

JOSÉ JACINTO DESCALÇO BILAU

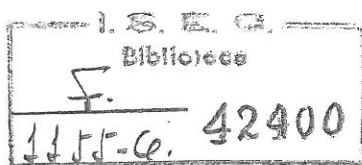


TRATAMENTO FISCAL DAS FUSÕES DE SOCIEDADES

Dissertação para Mestrado em
Gestão/MBA, no Instituto
Superior de Economia e Gestão da
Universidade Técnica de Lisboa

LISBOA
1994

JOSÉ JACINTO DESCALÇO BILAU



RESERVADO

HDZ753.A3.B55 1994

TRATAMENTO FISCAL DAS FUSÕES DE SOCIEDADES

Dissertação para Mestrado em
Gestão/MBA, no Instituto
Superior de Economia e Gestão da
Universidade Técnica de Lisboa

LISBOA
1994



AGRADECIMENTOS

Desejo deixar expressa a minha gratidão ao Professor Doutor Rogério Fernandes Ferreira, pela constante disponibilidade, orientação e rigor exigido.

Agradeço à Direcção-Geral das Contribuições e Impostos as facilidades concedidas sem as quais não podia ter cumprido o programa de mestrado.

Também estou grato ao Dr. Correia das Neves pela leitura e crítica de um rascunho da segunda parte desta dissertação.

Agradeço ao Dr. Amaral Ferro e à Ana Cristina Reis pela ajuda que me deram, respectivamente, na revisão e secretariado das sucessivas provas da dissertação.

Finalmente, gostaria de deixar uma palavra de agradecimento a um conjunto de pessoas que indirectamente contribuíram para que fosse possível concretizar este trabalho: aos meus pais, à Teresa, à Maria Alice e ao Mr. Tomas A. Casey que entretanto nos deixou e a quem a tese é dedicada.

Os erros e as imprecisões existentes na dissertação são apenas da minha responsabilidade.

**UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMIA E GESTÃO**

NOME: José Jacinto Descalço Bilau

DEPARTAMENTO: Gestão

CURSO DE MESTRADO: Gestão

ORIENTADOR: Professor Doutor Rogério Fernandes Ferreira

DATA: Dezembro de 1994

TÍTULO: Tratamento fiscal das fusões de sociedades

PALAVRAS-CHAVE

- Fiscalidade
- Fusão de sociedades
- Neutralidade fiscal
- Benefícios fiscais
- Aspectos jurídicos da fusão de sociedades
- Motivações para a fusão de sociedades

RESUMO

As fusões constituem um meio privilegiado para as empresas poderem adquirir a dimensão crítica necessária ao seu desenvolvimento adequado no contexto de uma economia mundial caracterizada pela globalização dos mercados, pela internacionalização das empresas e pelo aumento da intensidade concorrencial.

A fiscalidade deve ter uma postura de neutralidade face à fusão e às outras operações de reestruturação, por forma a permitir que sejam feitas exclusivamente com base em critérios de eficácia económica. Com frequência a política fiscal assume-se de forma diferente promovendo ou constituindo um obstáculo à sua realização. No primeiro caso abrem-se portas a operações sem motivos económicos válidos, no segundo criam-se entraves à utilização de mecanismos que permitem ganhar eficiência e maior intervenção no mercado.

Nesta dissertação procura-se estudar o tratamento conferido pelo Sistema Fiscal Português à fusão de sociedades com a preocupação de aferir da sua neutralidade em relação à operação em causa.

O trabalho inicia-se com uma exposição das principais motivações que conduzem as empresas à fusão. Clarificam-se depois alguns dos aspectos jurídicos necessários a um melhor entendimento da problemática fiscal na fusão de sociedades.

A parte nuclear do trabalho começa por recordar de uma forma breve o regime fiscal aplicável à fusão de sociedades antes da reforma ocorrida em 1988 analisando-se em seguida o regime fiscal vigente por forma a verificar como cada um dos tipos de impostos afecta a realização da operação.

A política de benefícios fiscais e o regime fiscal comum aplicável entre outras operações à fusão de sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade Europeia previsto na Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, são outros temas tratados com algum desenvolvimento.

Por fim é apresentada a síntese do trabalho desenvolvido onde se conclui que o tratamento fiscal conferido à fusão de sociedades, é hoje tendencialmente neutro e inquestionavelmente mais justo que o existente antes da reforma da tributação de 1988.

**UNIVERSIDADE TÉCNICA DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE ECONOMIA E GESTÃO**

AUTHOR: José Jacinto Descalço Bilau

DEPARTMENT: Management

MASTER: MBA

UNDER THE ORIENTATION OF: Rogério Fernandes Ferreira, PhD

DATE: December 1994

TITLE: Fiscal treatment of corporate merger

KEY-WORDS

- Taxation
- Corporate merger
- Tax neutrality
- Tax incentive
- Juridical issues of corporate merger
- Motivation for corporate merger

ABSTRACT

Merging is a privileged means for enterprises to acquire the critical size necessary to their appropriate development within the framework of a worldwide economics whose main features are the market globalization, business internationalization and an ever increasing competitiveness.

The taxation system should have a neutral position with regard to merging and other reorganization operations to enable such operations to be achieved exclusively on the grounds of economic efficiency criteria. Tax policy, however, frequently assumes a different attitude, either encouraging their realization or being an hindrance thereto. In the first case the way is opened to operations without sound economic reasons, in the second case the use of certain devices permitting to gain more efficiency and a wider market intervention comes up against difficulties.

One of the main goals of this dissertation is to study the treatment given by the Portuguese Fiscal System to corporate merger, together with the appraisal of its neutrality in respect thereof.

This study starts with an exposition of some main reasons leading an enterprise to merge. Some juridical issues in connection with a better understanding of the fiscal matters involved in corporate merger are the object of further clarification.

So begin with the central part of this study briefly describes the tax regime applicable to corporate merger before the 1988 Tax Reform, and goes on analysing the tax regime presently in force in order to ascertain how each type of tax comes to affect the realization of such operation.

The tax incentive policy as well as the Common tax regime applicable, *inter alia*, to corporate merger in different EU member States, according to EEC Directive nr. 90/434/ECC of 23 July 1990, are other subject matters dealt with in this work.

Finally, there shall be presented a synthesis of the research carried on, from which the conclusion can be drawn that the trend of the tax treatment granted to corporate merger seems to be now neutral and undoubtedly more equitable than that previous to the 1988 Tax Reform.

RAZÕES PRÉVIAS

O presente trabalho analisa o tratamento conferido pelo Sistema Fiscal Português à fusão de sociedades, com o objectivo de concluir sobre o seu posicionamento: se impede, estimula ou é neutro relativamente à operação em causa.

A escolha deste tema para a dissertação conducente à obtenção do grau de mestre em gestão no Instituto Superior de Economia e Gestão, assentou em duas motivações principais: a primeira (que justifica a escolha de matéria fiscal) deriva do facto de exercer a minha actividade profissional na área da fiscalidade, como técnico-economista da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos (D.G.C.I.); a segunda tem a ver com o interesse particular que um estudo desta natureza assume ao incidir sobre a legislação fiscal de um país em que as empresas se revelam (em regra) pouco competitivas e de inadequada dimensão, onde, por isso, é primordial não criar obstáculos (designadamente fiscais) à reestruturação e reorganização empresarial, por forma a permitir-lhes enfrentar com êxito a dinâmica concorrencial nascida da globalização dos mercados e em particular do aparecimento do mercado único europeu.

A estas duas razões acresce que apesar de actualmente existir uma numerosa bibliografia sobre fusões, devido à importância que esta forma de reestruturação assumiu nos últimos anos, a verdade é que o tratamento fiscal das fusões de sociedades em Portugal é das áreas onde o trabalho é menos significativo carecendo de constante actualização.

No que concerne à delimitação do objecto de estudo é de referir que inicialmente considerámos o alargamento do âmbito do trabalho a outras técnicas de suporte à reorganização e reestruturação empresarial, designadamente à cisão que mantém com a fusão paralelismos no regime jurídico-fiscal. Concluímos no entanto que tal hipótese, por conduzir a uma maior dispersão nas pesquisas, seria incompatível com o tempo previsto para a realização deste trabalho. Pela mesma razão, excluímos do estudo as fusões internacionais de âmbito não comunitário, tendo em conta o menor interesse relativo, uma vez que obstáculos diversos (fiscais, direito comercial, laborais, etc.) as tornam praticamente irrealizáveis. Igual opção foi feita relativamente à fusão de outras empresas que não sociedades mas,

nestes casos, admitimos que a análise efectuada é passível de aplicação desde que se considerem as respectivas especificidades.

Depois de efectuadas estas opções, o objecto de estudo ficou claramente circunscrito ao tratamento fiscal da fusão de sociedades.

A fusão de sociedades é entendida aqui como a operação através da qual duas ou mais sociedades preexistentes, reúnem os diferentes meios de que dispõem, reestruturando a sua organização, com vista à melhoria dos seus resultados conjuntos, tudo isto com sujeição a um normativo jurídico específico que prevê a sua realização através de duas modalidades:

- A fusão-incorporação (ou absorção) em que uma sociedade existente incorpora no seu património um ou mais patrimónios, direitos e obrigações de outras sociedades que se extinguem sem que ocorra liquidação e partilha do seu património social;

- A fusão por constituição de nova sociedade (ou fusão propriamente dita) em que se cria uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas que se extinguem sem que ocorra liquidação e partilha do património social.

Conscientes de que o estudo do tratamento fiscal da fusão de sociedades, exige uma prévia clarificação de aspectos económicos e jurídicos entendeu-se ser útil dispensar-lhes algum espaço do nosso trabalho. O estudo começa com uma referência às principais determinantes que levam as sociedades a envolver-se num processo de fusão. Depois, na parte dedicada aos aspectos jurídicos, delimita-se o conceito e modalidades de fusão e expõem-se as principais tarefas e formalidades legais do respectivo processo. Foi atribuído algum relevo ao exame de duas questões centrais do processo de fusão: a relação de troca das participações sociais e balanços preparatórios e pós-fusão.

Efectua-se também uma abordagem aos principais instrumentos legais de origem nacional e comunitária sobre a defesa da concorrência, justificada pela sua inequívoca ligação à regulamentação fiscal (basta pensar que a aplicação de "regimes de favor" ou atribuição de benefícios fiscais à fusão só se justificam mediante uma análise positiva da operação em termos económicos).

Na terceira parte, o estudo centra-se no regime fiscal da fusão de sociedades, por forma a permitir verificar como cada um dos tipos distintos de impostos do Sistema Fiscal Português afecta a realização da operação.

A maior atenção dispensada à análise do regime vigente não impediu que acessoriamente se tivesse estudado também a solução fiscal existente antes das alterações ocorridas em 1988, por forma a concluir sobre a evolução da fiscalidade portuguesa nesta matéria.

Atenção especial merece ainda o regime fiscal comum previsto na Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, aplicável entre outras operações à fusão de sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade, cujas disposições foram transpostas em 1993 para o Código do IRC.

Por fim, são apresentados os resultados de todo o trabalho com o qual se pretende dar um modesto contributo para visualizar o tratamento conferido no nosso país à fusão de sociedades.

PLANO DE TRABALHO

1. FUSÃO DE SOCIEDADES: PRINCIPAIS MOTIVAÇÕES

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA FUSÃO DE SOCIEDADES

2.1. Conceito e modalidades de fusão

2.2. O processo de fusão: tarefas e formalidades legais

2.3. Aspectos do processo de fusão

2.4. A fusão e a lei de defesa da concorrência

3. REGIME FISCAL DA FUSÃO DE SOCIEDADES

3.1. Regime fiscal anterior à reforma da tributação do rendimento de 1988

3.1.1. Regime geral

3.1.2. Benefícios fiscais

3.2. Regime fiscal vigente

3.2.1. Impostos sobre o rendimento

3.2.1.1. Regime especial aplicável às fusões no plano nacional

3.2.1.2. Fusões de sociedades de diferentes Estados-membros da comunidade europeia

3.2.1.3. Regime fiscal aplicável aos sócios

3.2.1.4. Regime geral

3.2.2. Imposto sobre o valor acrescentado

3.2.3. Imposto municipal de sisa

3.2.4. Imposto do selo

3.2.5. Emolumentos notariais e registrais

3.2.6. Benefícios fiscais aplicáveis à fusão de sociedades

4. CONCLUSÕES

FUSÃO DE SOCIEDADES: PRINCIPAIS MOTIVAÇÕES

1. FUSÃO DE SOCIEDADES: PRINCIPAIS MOTIVAÇÕES

Subjacente à intenção de fundir sociedades, encontramos um vasto leque de motivações. A sinergia, a diversificação, os melhoramentos na gestão, as economias resultantes da integração vertical, o aumento do poder de mercado através da integração horizontal e razões fiscais contam-se entre as determinantes mais referidas pela literatura especializada para justificar o incremento significativo das fusões ocorrido nas últimas décadas por todo o mundo.

Qualquer das motivações apontadas pode, só por si, levar as empresas a entrar numa operação de fusão mas, também podem coexistir, assumindo alguma delas maior ou menor predominância conforme os sectores de actividade e as circunstâncias em que ocorram.

Além daquelas razões principais, neste trabalho referem-se ainda duas outras justificações particulares para a realização da fusão: a primeira, associada ao incremento de fusões por incorporação em períodos inflacionistas e que é explicada pela diferença existente entre o valor de mercado da empresa incorporada e o custo de criação interna da empresa semelhante; a segunda, está ligada às recentes mutações ocorridas na Europa ocidental e à necessidade sentida pelas empresas de se reestruturarem para competir no mercado único emergente em 1993.

1.1. Sinergia

O conceito de sinergia, mencionado quando se trata de matérias de economia e gestão, utiliza-se com o sentido que apresenta na biologia de onde é originário. Refere-se a existência de um efeito sinérgico quando o resultado da soma é superior à soma dos resultados das partes. No caso das fusões, quando a sociedade resultante da fusão vale mais que a soma das empresas intervenientes quando individualmente consideradas.

A definição de sinergia não é pacífica e alguns autores criticam aqueles que nas fusões a utilizam de uma forma imprecisa vislumbrando efeitos sinérgicos "até numa mera eliminação da duplicação do conselho de

administração das empresas envolvidas". (1)

Também Ansoff, naquela que é ainda considerada uma obra de referência sobre sinergia ("Estratégia Empresarial") (2), chama a atenção para a necessidade de tratar a sinergia em termos analíticos rigorosos e evitar criar a ilusão de ver sinergia onde ela não existe.

Gaughan (3) faz referência a dois tipos de sinergia: a sinergia operacional e a sinergia financeira.

A fonte da sinergia operacional encontra-se na utilização mais eficiente dos recursos e nas economias de escala que se podem obter quando se combinam (fundem) empresas e que permite uma redução do custo médio unitário quando se aumenta a quantidade produzida. A sua existência deve-se à partilha de serviços de marketing, produção, distribuição, etc., e é referida com muita frequência nas fusões horizontais e por vezes nas fusões em conglomerado.

A sinergia financeira refere-se ao impacte que a fusão pode ter no custo do capital. Com efeito, a empresa resultante da fusão se ganhar poder financeiro pode ficar com maior capacidade de negociação obtendo financiamento a uma menor taxa de juro. Também o aumento das garantias no período "pós-fusão", pode desenvolver uma maior capacidade de endividamento, nomeadamente crédito bancário e empréstimos por obrigações.

Obviamente que a fusão só por si não origina uma redução automática do risco e pode mesmo aumentá-lo, como refere um estudo de Hinggs e Schall (4) onde a graduação do risco de falência da empresa resultante da operação, depende designadamente da correlação dos "cash-flows" das empresas participantes na fusão.

(1) O' ROURKE, J. Tracy, Postmerger Integration, The Arthur Youg Management Guide to Mergers and Acquisitions, New York, John Wiley & Sons, 1989, pp. 227-228.

(2) ANSOFF, H. Igor, Estratégia Empresarial, São Paulo, Editora Mc Graw-Hill do Brasil Ltda, 1980, pp. 67-68.

(3) GAUGHAN, Patrick A., Mergers and Acquisitions, New York, Harper Collins Publishers Inc., 1991, pp. 101-110.

(4) HINGGS, Robert C., e SCHALL, Lawrence C., Corporate Bankruptcy and Conglomerate Mergers, Journal of Finance n.º 30 (March 75), pp. 93-113.

1.2. Diversificação

A diversificação enquanto estratégia é uma forma de crescimento que em regra se coloca quando a expansão pelos produtos tradicionais se esgota. Não é alheia ao acumular de recursos financeiros pela empresa ao longo da sua evolução anterior e encontra a sua origem nas forças acumuladas no campo do marketing, produção, aprovisionamento, investigação, desenvolvimento, etc.

Adoptando uma estratégia de diversificação a empresa pode crescer através da diversificação concêntrica ou em conglomerado. No primeiro caso diversifica-se para produtos relacionados, procurando por essa via explorar a sinergia na comercialização, na produção, na tecnologia ou em outros campos. A sua concretização é efectuada pela via da expansão interna com desenvolvimento de novos produtos, ou por fusão com outras empresas que se dediquem a actividades relacionadas com as da empresa.

A diversificação em conglomerado orienta-se para produtos não relacionados e por isso envolve um maior risco. A via utilizada é geralmente a da aquisição de outras empresas.

A escolha entre as duas vertentes da diversificação depende necessariamente do objectivo predominante que a empresa pretende atingir.

A opção pela diversificação por parte dos gestores é mais frequente quando as taxas de lucro da actividade base dão sinais de enfraquecimento ou evidenciam alta volatilidade, o que permite utilizá-la como justificação para fazer face ao risco e à incerteza.

A invocação de que a diversificação reduz o risco é uma das justificações mais polémicas para as fusões. A tese de que, ao diversificar-se, a empresa está a prestar um serviço aos accionistas - substituindo-os na tarefa de diversificação de carteiras - assenta na ideia de que a entrada em negócios expostos diferentemente às flutuações da procura (e dos resultados) proporcionará aos accionistas maior estabilidade nos dividendos e valorização das suas acções.

Contudo, depois dos desenvolvimentos da teoria de selecção de carteiras e do mercado eficiente é possível afirmar que a diversificação conseguida através das fusões não é superior à diversificação que os accionistas podem conseguir para as suas carteiras actuando directamente por si próprios no mercado de valores sempre que este exista e esteja suficientemente desenvolvido.

Brealey e Myers (5) demonstraram que a diversificação obtida através da fusão não aumenta o valor e que é mais simples e mais barata para o accionista do que para a empresa, acrescentando que o efeito da diversificação obtido pela fusão podia já ter sido conseguido antes pelos investidores através da selecção de activos das empresas fundidas desde que os mercados de capitais sejam perfeitos e não exista restrição às oportunidades de diversificação pelos investidores.

O valor da diversificação como forma para justificar as fusões é também posto em causa por outros autores com Van Horne (6) e Gaughan (7). O primeiro refere que a empresa não pode nesta matéria fazer algo pelos accionistas que eles não possam fazer por si próprios. O segundo fundamenta a sua tese através da observação da realidade das empresas norte-americanas e a ilustra com o exemplo dos conglomerados que cresceram ao longo da década de 60, designadamente pelo recurso às fusões por incorporação e que a partir dos anos 80, face aos resultados obtidos, desencadearam sucessivas operações de cisão e desinvestimento.

1.3. Gestão ineficiente/melhoramentos na gestão

Os ganhos resultantes de uma melhoria na gestão é outra das motivações que os responsáveis de uma empresa têm presente quando iniciam um processo de fusão.

Este argumento parece ser mais razoável nas incorporações de pequenas empresas nas maiores, pois admite-se que na maior parte dos casos a expansão da empresa alvo dependa de uma melhor rede de distribuição, de uma nova filosofia de marketing e de competências de gestão diferentes daquelas que habitualmente o perfil do gestor da pequena empresa apresenta.

(5) BREALEY, Richard A., e MYERS, Stewart C., *Principles of Corporate Finance*, Singapore, Mc Graw Hill International Editions, 1988, pp. 793-826.

(6) HORNE, James C. V., *Fundamentals of Financial Management*, 1979, London, Prentice-Hall International, p. 542.

(7) GAUGHAN, Patrick A., *ob. cit.*, pp. 110-112.

Algumas vezes são expectativas ligadas ao impacto que uma nova gestão pode ter na empresa incorporada que justifica a disponibilidade da incorporante em aceitar durante o processo de negociação uma avaliação generosa da empresa alvo.

1.4. Integração vertical

A integração vertical envolve a incorporação de empresas que permitam ganhar o máximo controlo possível sobre o processo de produção expandindo-se para montante, na direcção dos fornecedores de matérias primas ou para jusante, na direcção do consumidor final.

Com estas fusões as empresas pretendem ganhar vantagem competitiva minimizando os custos de aquisição dos recursos e/ou através do controlo sobre a distribuição dos produtos. É mais comum em empresas com uma forte posição competitiva (quota de mercado alta) actuando em indústrias de alta atractividade (*). É esta alta atractividade que faz com que a empresa se envolva cada vez mais na indústria.

Em "Competitive Advantage" (8) Porter refere como benefícios mais importantes da integração vertical: (a) a contenção de custos a vários níveis (redução de etapas no processo produção, custos de coordenação e programação, economias de informação, redução de custos de vendas e compras, etc.); (b) assegurar fornecimentos ou procura; (c) maior domínio tecnológico das indústrias a jusante e/ou montante o que pode ser crucial para a actividade inicial; (d) compensar o poder de negociação de clientes e fornecedores; (e) oportunidade para diferenciar produtos; (f) aumentar as barreiras de entrada na indústria; (g) aumentar a rendibilidade geral da empresa; (h) defesa em relação aos concorrentes (a integração generalizada numa indústria pode levar à integração defensiva).

(*) Uma indústria é tanto mais atractiva quanto mais altos forem os valores atribuídos às subvariáveis da atractividade: vendas totais, margem unitária por produto vendido e taxa de crescimento esperado no médio prazo.

(8) PORTER, Michael E., *Competitive Advantage*, New York, Free Press, 1985, pp. 308-309.

1.5. Aumento do poder de mercado através da integração horizontal

Através da fusão entre empresas de actividades similares, complementares ou inseridas no mesmo sector de actividade procura-se um aumento da quota de mercado e as economias de escala que daí podem advir.

Existe ainda um potencial de poupança ao nível dos custos que não são directamente proporcionais ao volume de actividade. Apontam-se economias significativas resultantes da eliminação de duplicação de postos de venda, redução de pessoal desnecessário e criação de diversos serviços comuns mais eficientes.

Um outro benefício que se pretende obter pela integração horizontal é o de um maior poder sobre o mercado ao nível do controlo de preços, o que levado ao extremo possibilitaria às empresas ditar as leis ao próprio mercado. Quando a estrutura da indústria se aproxima do oligopólio (*), as integrações horizontais que possam ocorrer levantam quase sempre o problema do prejuízo social. Na maior parte dos países a extensão e as consequências da concentração de empresas têm sido historicamente objecto de vigorosa contestação por parte da opinião pública o que levou à sua limitação através da regulamentação de defesa da concorrência (**).

(*) Para desenvolvimento ver BILAS, Richard A., Teoria Microeconómica, Forense Universitária, R. Janeiro, 1983, Cap. 10 (Caracterização e efeitos do oligopólio), pp. 268-295.

(**) O tema fusões e defesa da concorrência será retomado mais desenvolvidamente no ponto 2.4..

1.6. Razões fiscais

A economia de impostos e a obtenção de benefícios fiscais contam-se também entre os factores determinantes da fusão.

Uma empresa que nos últimos anos acumulou avultados prejuízos e tem fracas perspectivas de inverter a situação pode ser encarada como uma potencial candidata a entrar num projecto de fusão com uma empresa rendível por forma a esta tirar partido dos prejuízos fiscais reportáveis.

Na maior parte dos países consigna-se às autoridades fiscais o direito de julgar as motivações que levam à fusão e se a sua concretização se deve exclusivamente a razões de carácter fiscal, os benefícios fiscais podem não ser atribuídos e os eventuais regimes de favor inaplicáveis.

Nos países onde predominam as empresas de pequena dimensão utilizam-se os benefícios fiscais para estimular as fusões, como forma de fortalecer o tecido empresarial e torná-lo competitivo, proporcionando-se significativas vantagens fiscais. Exemplos desta actuação têm ocorrido em Portugal e noutros países onde se vise a preparação das empresas para actuarem em mercado único amplo e competitivo.

Outra razão para incorporar uma empresa, do ponto de vista fiscal, pode ser o benefício de certas concessões fiscais que ela possui tais como créditos de impostos por investimentos ou direito a deduções de impostos no estrangeiro.

Auerbach e Reishus (9) efectuaram um estudo nos E.U.A. que revela bem a importância da fiscalidade nas fusões. Os autores analisaram uma amostra de 318 fusões efectuadas entre 1968 e 1983, tendo concluído que em aproximadamente metade delas existiram vantagens fiscais com a operação.

(9) AUERBACH, Alan J., e REISHUS, David, "Taxes and the merger decision" referido por GAUGHAM, Patrick A., obra cit., pp. 498 e 499.

1.7. Diferença entre o valor de substituição e o valor de mercado

Alguns autores referem ainda como justificação para certas fusões por incorporação o tirar vantagem da diferença existente entre o valor de mercado de uma empresa e o custo de criação interna de empresa semelhante. Nos anos 70 e 80 o rácio q de Tobin (que relaciona o valor de mercado dos activos com o valor de substituição) situava-se em média próximo de 0,5 e 0,6 (10).

Esta situação constata-se especialmente em período de forte inflação em que se verifica uma subida significativa no valor de substituição dos activos e uma baixa relativa dos valores em bolsa das empresas (o que pressupõe baixos valores de goodwill). Alguns exemplos do que acabamos de referir passaram-se nos E.U.A. no início dos anos 80. Nas empresas petrolíferas devido à forte valorização dos seus recursos naturais o índice "q" chegou a atingir 0,2. Idêntica situação também se passou nas empresas seguradoras onde "as convenções contábeis permitiram, pelo mecanismo das provisões técnicas ou pela não reavaliação de activos uma forte subestimação dos valores da situação líquida" (11).

1.8. A necessidade de competir na Europa pós-1992

Razões de carácter institucional, político, social e tecnológico fizeram emergir nos últimos anos uma nova economia mundial caracterizada principalmente pela interligação das nações, pela mundialização dos mercados, pela internacionalização das empresas e por grandes reestruturações sectoriais.

Para o aceleramento deste processo contribuiu decisivamente a Comunidade Económica Europeia ao ver recentemente instituído o Mercado Único Europeu.

(10) WESTON, J., K. CHUNG, e S. HOAG, *Mergers, Restructuring and Corporate Control*, New Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990, p. 199.

(11) NAUSSENBAUN, Maurice, *Prises de contrôle, fusions e acquisitions (Éléments théoriques e pratiques)*, Encyclopédie de Gestion, Vol. III, Paris, Ed. Económica, 1989, p. 2248.

Este Mercado Interno criado em 1993 visou designadamente a abolição nos diferentes espaços nacionais das barreiras físicas, técnicas e fiscais à livre circulação de mercadorias, serviços e capitais e o estabelecimento de uma política comercial comum relativamente a países terceiros. Em consequência, o espaço europeu conhece um aumento da intensidade concorrencial na generalidade dos sectores pela via da pressão competitiva ou resultante da entrada de novos agentes económicos atraídos por um mercado de 340 milhões de consumidores.

Esta concorrência acrescida está, em muitas indústrias e sectores, a pressionar a saída das empresas não competitivas e a lançar as outras em processos de reestruturação, de focagem sobre as suas actividades principais e de extensão do seu mercado geográfico.

A intensa acção de reestruturação e reorganização a que estamos a assistir, visa dotar as estruturas empresariais de um perfil adequado para competir no grande mercado interno e passa, num número significativo de sectores onde o "volume" é importante, pelo recurso à fusão como forma mais rápida, segura e oportuna de atingir a dimensão crítica que permite às empresas obter ganhos de eficiência, exploração das economias de escala, maior cobertura geográfica ou mesmo actuar defensivamente face a competidores externos (12).

(12) NOURSE, R., Textos da Conferência "International Mergers and Acquisitions/The 1993 Perspective", Morgan Grenfell/Cachudo Nunes & Associados, Porto, 25/2/1992.

ASPECTOS JURÍDICOS DA FUSÃO DE SOCIEDADES

2. ASPECTOS JURÍDICOS DA FUSÃO DE SOCIEDADES

Incluimos na segunda parte deste trabalho um conjunto de temas de natureza jurídica que julgamos fundamentais para um melhor entendimento da problemática fiscal na fusão de sociedades.

Assim, começamos por referir os elementos básicos da fusão (conceito e modalidades), centrando a nossa análise nas disposições do Código das Sociedades Comerciais, com pontuais referências às disposições da Comunidade Económica Europeia e ao estabelecido nas legislações de outros países com trabalhos mais acessíveis para consulta.

Em seguida, registamos de uma forma sumária o conjunto de tarefas e formalidades jurídicas inerentes ao processo de fusão que se inicia com a elaboração do respectivo projecto de acordo e culmina com a escritura da fusão e posterior inscrição no registo comercial.

Antes de terminarmos com uma análise dos regimes jurídicos nacional e comunitário sobre controlo das concentrações de empresas, teceremos algumas considerações sobre duas questões centrais do processo de fusão: balanços e determinação da relação de troca das participações sociais.

2.1. Conceito e modalidades de fusão

2.1.1. Conceito de fusão

A disciplina jurídica da fusão de sociedades comerciais aparece no ordenamento português com o Código Comercial de 1888 e só na década de setenta, os artigos 124.º a 127.º do conhecido Código Veiga Beirão foram substituídos pelo Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, que de uma forma mais aperfeiçoada regulou a fusão (e a cisão) de sociedades.

Mais recentemente, o Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, reserva o Título I, Capítulo IX da Parte Geral à fusão de sociedades. O regime estabelecido adaptou a

nossa legislação às Terceira e Oitava Directivas da Comunidade Económica Europeia.

O artº. 97º. do Código das Sociedades Comerciais, refere-se à fusão em sentido lato, como a reunião de duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, numa só; depois, através da enumeração das espécies que pode assumir aquele instituto, contribui para o esclarecimento do seu significado jurídico.

Segundo o nº. 4 daquela disposição a fusão pode realizar-se:

a) Mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra e a atribuição aos sócios daquelas de partes, acções ou quotas desta. É a fusão por incorporação ou absorção. As incorporadas extinguem-se, isto é, perdem a personalidade jurídica.

b) Mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quotas da nova sociedade. É a fusão propriamente dita. Aqui extingue-se a personalidade jurídica de todas as fundidas e surge uma nova sociedade.

Com vista a facilitar a aplicação da relação de troca, permite-se que acessóriamente à entrega de partes, acções ou quotas se conceda a atribuição aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas quantias em dinheiro iguais ou inferiores a dez por cento do valor nominal das participações que lhes forem atribuídas (artº. 97º., nº. 5 do C. S. C.).

A amplitude e a imprecisão terminológica do vocábulo "fusão", levou a que sucessiva legislação preferisse as definições das modalidades de fusão à sua definição unitária. Contudo, tal não impediu a sua definição doutrinal por parte de diversos autores:

Ferrer Correia (13) definiu a fusão como "o acto pelo qual duas ou mais sociedades reúnem as suas forças económicas para formarem com os sócios de todas elas, uma só personalidade colectiva, um novo sujeito económico e jurídico".

Para Pinto Furtado (14) a "fusão é a reunião de duas ou mais sociedades em uma só".

(13) CORREIA, Ferrer, Lições de Direito Comercial II (policopiado), p. 240.

(14) FURTADO, Pinto, Código Comercial Anotado (Vol. I), Coimbra, Liv. Almedina, 1975, p. 340.

Rogério F. Ferreira (15) designa por "fusão em sentido lato, a operação complexa pela qual se dá a união económica e jurídica de duas ou mais empresas".

Raúl Ventura (16), autor que tem um trabalho de alto merecimento nesta matéria, refere que "a essência da fusão de sociedades consiste em juntar os elementos pessoais e patrimoniais de duas ou mais sociedades preexistentes, de tal modo que passe a existir uma só sociedade"; acrescentando como condições essenciais da fusão:

- que se verifique a extinção de algumas sociedades (todas, se do processo resultar uma nova sociedade; ou todas menos uma).

- que as pessoas que formavam o substracto pessoal das sociedades participantes formem o substracto pessoal da sociedade final (quer nova, quer preexistente mas alargada), o que significa que terão de ser titulares de participações nessas sociedades.

- que o substracto patrimonial da sociedade final (nova ou não) seja constituído pelos patrimónios das sociedades que se extinguem ou por estes patrimónios juntamente com o património da sociedade que não se extingue.

Estes traços característicos da fusão relevam-na como fenómeno simultaneamente dissociativo e associativo uma vez que estamos perante a extinção das sociedades incorporadas ou fundidas as quais não findam verdadeiramente, antes se transformam, num processo de união de sociedades com transferência de património e deslocação de sócios.

(15) FERREIRA, Rogério F., Lições de Gestão Financeira, Vol II, Lisboa, Livraria Arnado, 1985, p. 255.

(16) VENTURA, Raúl, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p.

2.1.2. Modalidades de fusão

A fusão pode operar-se por uma das duas modalidades já anteriormente identificadas: fusão por incorporação (absorção) e fusão por constituição de nova sociedade (*).

Na fusão por incorporação existe transmissão global do património (activo e passivo) da sociedade incorporada para a incorporante, dissolvendo-se sem liquidação. A sociedade incorporante, única que subsiste, procede a um aumento de capital por entradas em espécie, atribuindo quotas ou acções aos sócios ou accionistas da sociedade incorporada.

Na fusão por constituição de nova sociedade (ou fusão propriamente dita), constitui-se uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas que se dissolvem sem liquidação. Aos sócios e accionistas das sociedades fundidas são atribuídas as correspondentes quotas ou acções emitidas pela nova sociedade.

A esta última modalidade de fusão são atribuídas as desvantagens de ser menos cómoda (implica a constituição de uma nova sociedade) e mais onerosa do que a fusão por incorporação.

A modalidade escolhida pode determinar o tipo de sociedade resultante da fusão. Na fusão por incorporação, a sociedade incorporante manterá o mesmo tipo independentemente do tipo da(s) sociedade(s) absorvidas. Se a modalidade escolhida implicar a constituição de nova sociedade, o tipo desta pode ser diverso do de alguma das sociedades fundidas.

Uma terceira situação é ainda contemplada pelo Código das Sociedades Comerciais: a fusão por transferência do conjunto do património de uma sociedade totalmente pertencente a outra (cf. artº. 116º. C. S. C.); trata-se de um caso especial de fusão por incorporação que não exige atribuição de participações sociais, pois a incorporada tem como único sócio a incorporante e, assim, as participações dos sócios da incorporante já, indirectamente, envolviam participação na incorporada.

(*) No artº. 97º. do C. S. C. reproduz-se no seu essencial os conceitos de fusão por incorporação e fusão por constituição de nova sociedade que se encontram nos artº. s 3º. e 4º. da Directiva 78/855/CEE (Terceira Directiva do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, baseada na alínea g) do nº. 3 do artº. 54º. do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas).

Também o processo de formação do contrato de fusão se afigura mais simplificado, uma vez que estamos perante uma relação de domínio total.

2.2. O processo de fusão: tarefas e formalidades legais

No período que antecede a fusão podem identificar-se duas fases distintas. Uma primeira fase de negociação, com duração variável e livremente organizada, sem obediência a quaisquer formalismos jurídicos e em que se dá a aproximação entre as sociedades em presença. Neste período existe, por via de regra, algum secretismo a fim de evitar alterações precipitadas no clima social ou mesmo perturbações nos mercados financeiros em casos de empresas cotadas em bolsa. É neste período que se realizam os diversos estudos destinados a um melhor conhecimento das sociedades envolvidas e se colocam os problemas delicados inerentes a um "casamento" de empresas: avaliação das empresas, determinação da configuração jurídica da operação (fusão por incorporação versus fusão por criação de nova sociedade), organização interna da empresa resultante da fusão, destino dos gestores das diferentes empresas, determinação da relação de troca das participações sociais, estudo do impacto da junção de culturas diferentes, etc.

Ultrapassada esta primeira fase e tomada a decisão de fusão, passa-se a uma segunda fase em que tem lugar uma sequência de tarefas e formalidades jurídicas inerentes ao processo de fusão:

1º. Os órgãos de administração das sociedades participantes elaboram um projecto de fusão, donde constem todos os elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico, como no aspecto económico.

Nas diversas alíneas do n.º 1 do art.º 98.º do C. S. C. faz-se uma enumeração dos elementos que obrigatoriamente devem estar contidos no projecto:

a) A modalidade, as condições e os objectivos da fusão, relativamente a todas as sociedades participantes ;

b) A firma, a sede, o montante do capital e o número e data da inscrição no registo comercial de cada uma das sociedades;

c) A participação que alguma das sociedades tenha no capital de outra;

d) Balanços das sociedades intervenientes, especialmente organizados, donde conste designadamente o valor dos elementos do activo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade;

e) As partes, acções ou quotas a atribuir aos sócios da sociedade a incorporar nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo anterior ou das sociedades a fundir nos termos da alínea b) desse número e, se as houver, as quantias em dinheiro a atribuir aos mesmos sócios, especificando-se a relação de troca das participações sociais;

f) O projecto de alteração a introduzir no contrato da sociedade incorporante ou o projecto de contrato da nova sociedade;

g) As medidas de protecção dos direitos de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade;

h) As modalidades de protecção dos direitos dos credores;

i) 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;

j) Os direitos assegurados pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade a sócios da sociedade incorporada ou das sociedades a fundir que possuem direitos especiais;

l) Quaisquer vantagens especiais atribuídas aos peritos que intervenham na fusão e aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades participantes na fusão;

m) Nas fusões em que seja anónima a sociedade incorporante ou a nova sociedade, as modalidades de entrega das acções dessas sociedades e a data a partir da qual estas acções dão direito a lucros, bem como as modalidades desse direito.

Para além destes elementos o projecto de fusão deve igualmente tratar outras matérias necessárias ao cabal conhecimento da operação em causa.

2º. Os órgãos de administração das sociedades participantes devem, em seguida, submeter o referido projecto de fusão ao parecer dos respectivos conselhos fiscais. Se as sociedades em causa não tiverem órgão de fiscalização, o projecto de fusão será examinado por um revisor oficial de contas (ou sociedades de revisores), independente de todas as sociedades participantes.

A esta obrigação estão também sujeitas as sociedades participantes que tenham órgão de fiscalização e cujas administrações se encontrem, por consequência, obrigadas à comunicação do projecto àquele órgão nos termos do nº. 1 do artº. 99º. do C. S. C.

Cada um dos revisores oficiais de contas pode exigir das sociedades participantes todas as informações e documentos que julguem necessários, bem como proceder aos exames indispensáveis ao cumprimento da sua tarefa.

Do relatório a elaborar pelos revisores constará designadamente um parecer fundamentado sobre a adequação e razoabilidade da relação de troca, métodos seguidos na sua definição, a justificação de métodos utilizados, valores encontrados através de cada método, importância relativa de cada um deles na determinação dos valores propostos e dificuldades encontradas nas avaliações a que procederam.

3º. Terminado o processo de fiscalização do projecto de fusão, deve o mesmo ser registado nas conservatórias do registo comercial. Para o efeito, torna-se necessário proceder à sua publicação no Diário da República e cumprir com o estabelecido no Código do Registo Comercial, publicitando a operação em jornais locais da sede das sociedades intervenientes (artº. 100º., nº. 1 do C. S. C. e artº. 3º., alínea p) do Código do Registo Comercial).

Registado o projecto de fusão, deve seguidamente ser submetido à deliberação dos sócios de cada uma das sociedades participantes na

operação. Para o efeito, deverão ser convocadas as Assembleias Gerais nos termos do n.º 2 do art.º 100.º do C. S. C.

A notícia publicada sobre a efectivação do registo do projecto de fusão deve referir obrigatoriamente que aquele (e a documentação anexa) pode ser consultado na sede de cada sociedade participante, pelos respectivos sócios e credores sociais, e ainda referir as datas designadas para as Assembleias Gerais (art.º 100.º, n.º 3 do C. S. C.).

A notícia antes referida deve constar também das convocatórias da Assembleia Geral de cada sociedade participante que seja publicada no jornal oficial (art.º 100.º, n.º 4 do C. S. C.).

4.º. A partir da data da publicação da notícia a que se refere o n.º 3 do art.º 100.º do C. S. C. os sócios e credores de cada uma das sociedades participantes podem consultar, na sede da respectiva sociedade o projecto de fusão, o relatório e pareceres elaborados pelos órgãos de fiscalização das sociedades e pelos revisores oficiais de contas e relativamente aos três últimos exercícios, as contas, relatórios, pareceres e deliberações dos órgãos sociais.

O art.º 101.º do C. S. C. refere ainda o direito de obter, sem encargos, cópia dos documentos mencionados.

5.º. O processo de fusão obriga depois à reunião da Assembleia Geral das várias sociedades intervenientes. Porém, antes da Assembleia Geral de cada sociedade deliberar sobre a proposta, a administração deve declarar se posteriormente à data de elaboração do projecto houve mudanças relevantes na situação de facto em que ele se baseou. Em caso afirmativo, a assembleia delibera se o processo de fusão deve ser renovado ou se prossegue na apreciação da proposta.

Como a proposta de deliberação apresentada nas várias assembleias é rigorosamente igual, a introdução de qualquer modificação pela assembleia, significa a sua rejeição, sem prejuízo da sua renovação (cf. 102.º do C.S.C.).

6.º. No que respeita à deliberação de fusão, o n.º 1 do art.º 103.º do C. S. C. refere que na falta de disposição diversa no contrato de sociedade, a mesma é tomada nos termos estabelecidos para as alterações do contrato de sociedade. Para as sociedades por quotas exige-se o mínimo de uma maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social (n.º 1 do art.º 265.º do C. S. C.), e para as sociedades anónimas é necessária a maioria de

dois terços correspondentes às acções representadas na assembleia (n.º 3 do art.º 386.º do C. S. C.).

No que concerne às sociedades anónimas, quando alguma das sociedades intervenientes possuir várias categorias de acções, a eficácia da deliberação de fusão depende da aprovação prévia da assembleia especial de cada categoria de acções (n.º 3 do art.º 103.º do C. S. C.).

Se a deliberação tiver alguma das consequências referidas nas alíneas do n.º 2 do art.º 103.º, do C. S. C. (*), só pode ser executada depois de obtido o consentimento dos sócios prejudicados.

No art.º 104.º do C. S. C., o legislador prevê a situação de fusão em que existe participação de uma sociedade no capital de outra, e procede a uma limitação do número de votos, de forma a impedir o domínio do processo de fusão. Assim, na Assembleia Geral que deliberar a fusão, a sociedade participante não poderá dispôr de um número de votos superior à soma dos que pertençam a todos os outros sócios da sociedade participada.

7.º. Aprovado o projecto de fusão, as administrações das sociedades participantes poderão outorgar desde logo a escritura de fusão (cf. 106.º C. S. C.).

Quando a modalidade de fusão escolhida implicar a constituição de nova sociedade, devem observar-se as normas relativas à constituição de sociedades (de carácter geral e específicas do tipo de sociedade escolhido).

8.º. A administração de cada uma das sociedades deve promover o registo e publicidade de cada deliberação e os credores devem ser avisados do seu direito de oposição nos termos do art.º 107.º do C. S. C..

(*) Art.º 103.º do C. S. C.:

.....

2.º. A deliberação só pode ser executada depois de obtido o consentimento dos sócios prejudicados quando:

a) Aumentar as obrigações de todos ou alguns dos sócios;

b) Afectar direitos especiais de que sejam titulares alguns sócios;

c) Alterar a proporção das suas participações sociais em face dos restantes sócios da mesma sociedade, salvo na medida em que tal alteração resulte de pagamentos que lhes sejam exigidos para respeitar disposições legais que imponham valor mínimo ou certo de cada unidade de participação.

9º. Os credores das sociedades participantes têm o direito de oposição judicial com fundamento em prejuízos que da fusão derivem para a realização dos seus direitos, desde que estes sejam anteriores à publicação das deliberações das respectivas sociedades(cf. 108º. C. S. C.).

Aos credores obrigacionistas são também conferidos direitos equivalentes com as alterações estabelecidas no artº. 109º. do C. S. C..

Nos termos do nº. 1, do artº. 108º., do C. S. C. a oposição judicial à fusão deduzida por qualquer credor impede a inscrição definitiva da fusão no registo comercial até que se verifique um dos seguintes factos:

a) Haver sido julgada improcedente, por decisão com trânsito em julgado, ou, no caso de absolvição da instância, não ter o oponente intentado nova acção no prazo de 30 dias;

b) Ter havido desistência do oponente;

c) Ter a sociedade satisfeito o oponente ou prestado a caução fixada por acordo ou por decisão judicial;

d) Haverem os oponentes consentido na inscrição;

e) Terem sido consignadas em depósito as importâncias devidas aos oponentes.

Quando a oposição for julgada procedente, o tribunal determinará o reembolso do crédito do oponente ou, se este não puder exigi-lo, a prestação de caução (nº. 2, artº. 108º., C. S. C.).

10º. Também os sócios das sociedades participantes que votaram contra o projecto de fusão têm o direito de se exonerar (se a lei ou contrato de sociedade lhes atribuírem tal direito), exigindo à sociedade que lhes adquira ou faça adquirir as suas participações.

Na falta de acordo das partes ou de estipulação diversa do contrato de sociedade, a contrapartida da aquisição deve ser calculada nos termos do artº 1021º. do Código Civil, com referência ao momento da fusão. Para o efeito, está prevista a intervenção de um revisor oficial de contas nomeado por acordo entre o sócio exonerado e a sociedade, ou na falta deste, pelo tribunal. A avaliação efectuada pelo revisor oficial de contas pode não ser

aceite por qualquer das partes a quem se dá o direito de requerer uma segunda avaliação nos termos da lei processual (cf. artº. 105º., C. S. C.).

11º. Decorrido o prazo de oposição à fusão, sem que tenha sido deduzida oposição ou verificado alguns dos factos referidos no nº 1 do artº 108º., e outorgada a escritura de fusão, deve a administração de qualquer das sociedades participantes ou da nova sociedade constituída, requerer a inscrição da fusão no registo comercial.

Com o registo da fusão produzem-se três efeitos (artº. 111º., C. S. C.):

- Extinção das sociedades incorporadas ou, no caso de constituição de nova sociedade, todas as sociedades fundidas;

- Os direitos e obrigações delas transmitem-se para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade;

- Os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade.

Como acabamos de verificar, os trâmites legais previstos no Código das Sociedades Comerciais com vista a evitar lesões de interesses de sócios, credores sociais, de outros terceiros e as numerosas obrigações, diligências e formalismos a que obriga, tornam o processo de fusão longo e complexo levando muitas vezes as empresas a soluções alternativas, que embora economicamente menos adequadas e com inconvenientes formais e fiscais são mais expeditas e menos onerosas. Não são raras as situações em que o objectivo inicial das empresas envolvidas num processo de concentração passava pelo recurso à fusão e que acabaram em trespasse de estabelecimento (ou mesmo simples cessões de exploração por prazo alargado).

2.3. Aspectos do processo de fusão

2.3.1. Balanços das sociedades intervenientes na fusão

1. A Terceira Directiva do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, é um corpo normativo amplo dirigido exclusivamente a regular a fusão de sociedades anónimas (ou os seus equivalentes nacionais) nos diversos Estados-membros da Comunidade Europeia; compõe-se de regras imperativas e outras em que deixa ao critério dos Estados-membros a sua inclusão ou não na legislação interna. No que respeita aos balanços das sociedades intervenientes na fusão e que constam do respectivo projecto (*), a Directiva Comunitária refere a possibilidade de utilização do último balanço anual aprovado, se foi fechado nos seis meses anteriores à data do projecto de fusão, ou um balanço referido a uma data que não deve ser anterior ao primeiro dia do terceiro mês anterior à data do projecto de fusão. Neste último caso, a sua elaboração seguirá quer os métodos quer os critérios de apresentação do último balanço de exercício.

Deixa-se à legislação de cada Estado-membro a autorização para:

- a) Que não se realize um novo inventário físico;
- b) Que as avaliações que figuram no último balanço só se modifiquem em função dos lançamentos contabilísticos, tomando em conta as amortizações e provisões relativas ao período em questão e as modificações importantes do valor real que não apareçam na contabilidade.

O Código das Sociedades Comerciais estabelece na alínea c), n.º 1, art.º 98.º, que o projecto de fusão deverá incluir entre outros elementos os "balanços das sociedades intervenientes, especialmente organizados, donde conste designadamente o valor dos elementos do activo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade". Estamos pois, perante um preceito que obriga as diversas sociedades intervenientes na operação, à elaboração propositada daquela peça contabilística para

(*) Estes balanços são vulgarmente designados por balanços de fusão.

efeitos de fusão (17). Este balanço especial será auditado nos termos previstos no art.º 99.º do C.S.C. e posteriormente submetido à assembleia geral para aprovação "a qual, porém, não é autónoma e expressa, antes está compreendida na aprovação da proposta de fusão, nas condições desta constantes" (18).

Não encontramos no C.S.C. qualquer menção nem ao tempo máximo que pode mediar entre a elaboração do respectivo balanço e a data do projecto de fusão, nem referência à dispensa de inventário físico quando da elaboração do balanço contabilístico, o que nos leva a admitir, (por remissão para a directiva comunitária) que o prazo máximo em causa é de três meses e pela exigência do inventário físico.

2. Um dos aspectos mais discutidos quando se aborda a questão dos "balanços de fusão" é sem dúvida, o de saber se os seus elementos patrimoniais se devem manter com valores baseados nos critérios dos balanços de exercício, eventualmente actualizados por coeficientes que reflectam a erosão monetária ou derivados de ajustamentos tendentes à uniformização de critérios valorimétricos entre sociedades, ou pelo contrário, se devem reflectir os valores reais acordados para a fusão.

Esta polémica vai buscar a primeira linha de argumentos à questão das "reavaliação livres" (19), onde pontificam duas correntes de opinião:

Uma que defende as reavaliações, sustentada pelo objectivo de conseguir uma imagem tanto quanto possível fiel da situação económica e financeira da empresa e outra que recomenda por agora um debate

(17) A elaboração de balanço especial não está obrigatoriamente prevista noutras legislações: as legislações francesa (Décret n.º 88-418 de 22 de Abril de 1988) e espanhola (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro), em sintonia com a III directiva comunitária, só exigem a elaboração especial do "balanço de fusão" se as últimas contas anuais se reportarem a um exercício cujo termo é anterior em mais de seis meses à data do projecto de fusão.

A legislação italiana (Codice Civile art.ºs 2501/2) apresenta duas "nuances" em relação às suas congéneres francesa e espanhola: dilata de três para quatro meses o prazo a que o novo balanço se reportará e adopta como data de referência a do depósito do projecto de fusão na sede da sociedade e não a data desse projecto.

(18) VENTURA, Raúl, ob. cit., p. 77.

(19) O tema é tratado com o maior desenvolvimento e clareza por Rogério F. Ferreira no estudo "reavaliações (livres) do imobilizado corpóreo" incluído no livro "Pensar a Gestão", Lisboa, Editora Fim de Século, 1993, pp. 171-184.

aprofundado de questão, insistindo em que a obtenção da imagem verdadeira e apropriada tem a sua base objectiva no princípio do custo histórico e que a avaliação a preço diferente pode conter arbítrios, subjectivismo ou reflectir objectivos de natureza fiscal.

Para além destes argumentos genéricos, a controvérsia é alimentada por parte dos defensores da (re) avaliação com o argumento de que a razão de troca, síntese da valorização dos patrimónios das diversas sociedades afectadas no processo de fusão se deve deduzir exactamente das demonstrações contabilísticas, o que deveria obrigar a apresentá-las com os valores aceites pelas partes nos acordos de fusão.

Ao contrário, os opositores a esta corrente de opinião sublinham que perante o espírito de continuidade subjacente à operação, não existe qualquer obrigação de espelhar nos "balanços de fusão" os valores que lhe serviram de base e, conseqüentemente, fazer emergir as mais-valias tácitas, até porque, a fazê-lo, a utilização de valores contabilísticos derivados de uma valorização de empresas em funcionamento (como são os valores dos acordos de fusão) colocava um conjunto de questões bastante problemáticas.

Não estará qualquer valor atribuído à nova empresa impregnado de expectativas futuras sobre a conjuntura, o sector, a indústria, a actividade e a própria empresa? Estará a avaliação suficientemente justificada? Os critérios e os estudos de base são os mais correctos e idóneos? Não existem por detrás intenções fiscais? etc.

Como refere Rogério F. Ferreira (20), "Na fixação do «preço» da transacção de uma empresa pode não assumir relevância o «real valor», mas outros elementos inclusive menos racionais (influência de precedentes, desejos de antecipação a terceiros, preocupações de natureza muito pessoal ou particular, poder contratual, constrangimentos de ocasião, receios, incompetência, etc.)."

Perante este rol pertinente de questões, julgamos que por ora a solução mais prudente poderá ser a de manter os "balanços de fusão" assentes nos princípios contabilísticos tradicionais (custo histórico, prudência, gestão continuada e uniformidade) projectando assim a continuação de uma actividade tanto do ponto de vista comercial como fiscal e, reflectir os valores acordados para a fusão em balanços complemen-

(20) Citação do artigo "Descobrir o valor das empresas", FERREIRA, Rogério F., Diário de Notícias de 23/5/94 p. 13 (suplemento "Negócios").

-tares sem outra transcendência e efeitos do que justificar a relação de troca proposta (*).

2.3.2. Balanço pós-fusão

A directriz contabilística nº. 1/91 da Comissão de Normalização Contabilística, publicada no D. R. II série de 16 de Janeiro de 1992, referente ao tratamento contabilístico de concentrações de actividades empresariais, reconhece dois métodos aplicáveis na contabilização da fusão:

1) O método de compra que considera a fusão substancialmente uma operação de aquisição que se concretiza pela cedência de acções da adquirente à sociedade incorporada, por um determinado preço de compra, calculado com base na razão de troca das participações sociais. De acordo com este método, a sociedade adquirente contabiliza pelos valores assentes nos acordos de fusão a aquisição dos activos e passivos da sociedade incorporada (incluindo os não identificáveis nas demonstrações financeiras), reflectindo a sua contabilidade as mais-valias da sociedade incorporada, sem que as suas se manifestem.

2) O método de comunhão de interesses, assente no pressuposto de que a fusão está imbuída da ideia de continuidade, como se as actividades das empresas continuassem como dantes, só que a partir de agora conjuntamente possuídas e geridas. Este método omite as valorizações mencionadas nos acordos de fusão, e os activos, passivos, reservas e resultados das empresas intervenientes são contabilizadas pelos seus valores históricos o que quase sempre conduz a um prémio de fusão resultante da diferença entre a quantia registada como capital emitido (mais qualquer retribuição adicional em forma de dinheiro ou de outros activos) e a quantia registada relativa ao capital adquirido, que se ajusta nos capitais próprios

(*) Não obstante, importa ter presente as tendências dominantes, tudo se encaminhando para o uso (e abuso) das reavaliações livres. A esse respeito invoca-se a legislação que autoriza um regime especial de reavaliação dos elementos do activo imobilizado corpóreo aplicável às empresas objecto de privatização (Dec.-Lei nº. 22/92, de 14 de Fevereiro) e sabe-se estar para aprovação pelo Conselho Geral da Comissão de Normalização Contabilística uma directriz sobre reavaliação de activos imobilizados tangíveis que vai no mesmo sentido.

(conta reservas de fusão). Por consequência, não há em princípio lugar ao reconhecimento do trespasse em resultado da operação.

Este último método é, sem dúvida, o que melhor se conjuga com a ideia de continuidade subjacente á fusão, pois mantém a homogeneidade no balanço "consolidado" resultante da operação a valores históricos e responde à realidade do convénio entre as sociedades envolvidas, pois as valorizações mencionadas nos acordos referem-se às empresas em funcionamento, isto é, a valores globais dos patrimónios e não a valores integrados pelo somatório dos valores dos vários elementos patrimoniais.

O tratamento contabilístico da fusão de sociedades merecia um mais amplo comentário. Julgamos no entanto que a delimitação efectuada do objecto de estudo não torna este trabalho o local mais indicado para o fazer.

2.3.3. A relação de troca das participações sociais

1. A relação de troca das participações sociais, expressão sintética da comparação dos coesivos conjuntos dos valores patrimoniais das sociedades envolvidas no processo de fusão, tem por base o "valor" atribuído às empresas (*) que participam na fusão e não é mais do que a relação que existe entre o número de acções da sociedade incorporada que corresponde a um número determinado de acções da sociedade incorporante ou no caso da fusão por criação de sociedade nova, que se entregam em troca das participações da nova sociedade, ou vice-versa.

A título exemplificativo, a sua determinação pode ser obtida da seguinte forma:

Admitindo uma fusão entre duas sociedades anónimas (A, B) e sendo:

(VA) o valor atribuído para efeitos de fusão ao património da sociedade A:
1500.000.000 u. m.

(NaA) o número de acções da sociedade A 120.000

(*) "Valor" que não é só dado pelos elementos ditos patrimonializados mas mais os incorpóreos não explicitados no balanço, goodwill, etc.

(VB) o valor atribuído para efeitos de fusão ao património da sociedade B:
500.000.000 u. m.

(NaB) o número de acções da sociedade B 80.000

(VuA) o valor unitário atribuído por acção da sociedade A

$$\frac{VA}{NaA} = \frac{1500.000.000 \text{ u.m.}}{120.000} \\ = 12.500 \text{ u.m.}$$

(VuB) o valor unitário atribuído por acção da sociedade B

$$\frac{VB}{NaB} = \frac{500.000.000 \text{ u.m.}}{80.000} \\ = 6.250 \text{ u.m.}$$

A) Fusão por incorporação

(Admitindo A como sociedade incorporante e B como sociedade incorporada).

$$\text{RT (relação de troca)} \frac{VuA}{VuB} = \frac{12.500 \text{ u.m.}}{6.250 \text{ u.m.}} \\ \text{RT} = 2$$

O valor de RT (2) expressa o número de acções de B que se entrega por cada acção a receber da sociedade A.

Situações particulares de fusão por incorporação:

a) A sociedade incorporante detém participação na sociedade incorporada.

Determinada a relação de troca, os outros sócios receberão acções da sociedade incorporante; enquanto a sociedade incorporante, anulará a sua participação na incorporada e procederá a um aumento de capital pelo montante das acções destinadas aos outros sócios.

b) A sociedade incorporante detém a 100% a sociedade incorporada.

Neste caso particular não é necessário qualquer aumento de capital sendo suficiente a anulação da participação na sociedade incorporada por parte da sociedade incorporante.

B) Fusão por criação de sociedade nova

Admitindo os mesmos dados referidos em A) e sendo:

(VuN) o valor nominal de uma acção da sociedade nova (Ex. 10.000 u.m.)

(VuD) o valor unitário atribuído por acção da sociedade dissolvida

sociedade A:

Como $VuN < VuD$

$$\begin{aligned} \text{a relação de troca (RT)} &= \frac{VuD}{VuN} \\ (RT) &= \frac{12.500 \text{ u.m.}}{10.000 \text{ u.m.}} \\ (RT) &= 1.25 \end{aligned}$$

sociedade B:

Como $VuN > VuD$

$$\begin{aligned} \text{a relação de troca (RT)} &= \frac{VuN}{VuD} \\ (RT) &= \frac{10.000 \text{ u.m.}}{6.250 \text{ u.m.}} \\ (RT) &= 1.6 \end{aligned}$$

Atribui-se uma acção da nova sociedade por cada 1,6 acções da sociedade B e por cada acção da sociedade A entregam-se 1,25 acções da sociedade nova (a possibilidade de atribuição acessória de quantias em dinheiro pode ser

considerada desde que não ultrapasse dez por cento do valor nominal das participações atribuídas).

2. A relação de troca das participações sociais mereceu particular atenção por parte do legislador do C.S.C., que a arrola como um dos requisitos indispensáveis no projecto de fusão.

Naquele texto legal, podemos encontrar um conjunto de disposições com vista a assegurar a conciliação dos diversos interesses na determinação da relação de troca.

Exige-se às administrações das sociedades participantes na fusão a elaboração de informação detalhada, explicando e justificando o projecto de fusão e, em especial, a relação de troca das participações de um ponto de vista económico e jurídico (artº. 98º. C.S.C.).

Além do parecer sobre o projecto de fusão a emitir pelos órgãos de fiscalização das sociedades, ou em substituição dele, se se tratar de sociedade que não tenha órgão de fiscalização, o C.S.C. (artº. 99º.) exige que um revisor oficial de contas (ou sociedades de revisores), examinem o projecto de fusão e redijam um relatório com o respectivo parecer. Este parecer referirá se a relação de troca está ou não justificada, mencionando o método ou métodos utilizados e se este(s) são adequado(s), indicando os valores encontrados com a utilização de cada um deles, proporcionando uma opinião sobre a importância relativa atribuída a estes métodos na determinação do valor adoptado. O relatório indicará ainda as dificuldades de valorização quando estas existam.

A lei menciona também a informação a que têm acesso os accionistas e credores, com antecedência mínima de um mês sobre a realização da assembleia geral que vai deliberar sobre o projecto de fusão. Entre aquela documentação encontra-se obrigatoriamente o projecto de fusão e os relatórios dos órgãos de administração e fiscalização, assim como relatório e parecer do revisor oficial de contas (C.S.C. artºs 100º. e 101º.).

Como verificámos anteriormente, quer no caso da fusão propriamente dita quer na modalidade de fusão por incorporação, a determinação da relação de troca assenta no valor patrimonial que se considere para efeitos de fusão, o que nos conduz à delicada questão da valorização de empresas. Sobre esta matéria, não encontramos no Código das Sociedades Comerciais qualquer referência a métodos ou critérios a

utilizar na avaliação dos patrimónios ou sobre outros factores que possam influenciar a relação de troca.

Somente e a propósito dos relatórios dos revisores oficiais de contas (artº. 99º., nº. 4) (*), se refere a possibilidade de aplicação de vários métodos de avaliação.

Convenhamos que, tendo em conta a complexidade de uma operação como a fusão e a discussão sempre possível sobre qualquer valor atribuído a uma empresa, suscitaria dificuldades proceder de outro modo, e muito menos optar pela fixação na lei de regras rígidas e métodos uniformes de avaliação das sociedades envolvidas na operação.

À semelhança do que acontece no C.S.C., também outras legislações comunitárias (todas elas de resto inspiradas na terceira directiva) renunciam aludir expressamente quaisquer métodos de valorização de empresas envolvidas numa operação de fusão, no entanto, admitimos que o método de avaliação assente na actualização de "cash-flows" é um dos mais utilizados na prática e costuma ser referido como aquele que mais se ajusta à realidade da transmissão global de um património em funcionamento. Outros critérios baseados no valor contabilístico, valor de substituição, valor de liquidação, valor bolsista, valor com base no «price earnings ratio» etc., são também utilizadas com vista a obter uma cifra tão próxima quanto possível do valor real da empresa (21).

(*) "4. Os revisores elaborarão relatórios donde constará o seu parecer fundamentado sobre a adequação e razoabilidade da relação de troca das participações sociais, indicando, pelo menos:

a) Os métodos seguidos na definição da relação de troca proposta;

b) A justificação da aplicação ao caso concreto dos métodos utilizados pelo órgão de administração das sociedades ou pelos próprios revisores, os valores encontrados através de cada um desses métodos, a importância relativa que lhes foi conferida na determinação dos valores propostos e as dificuldades especiais que tenham deparado nas avaliações a que procederam".

(21) A Comissão Francesa de Operações de Bolsa (C.O.B.) recomenda que nas fusões se utilize pelo menos dois destes métodos, chamando a atenção para as vantagens e inconvenientes de cada um deles em função das circunstâncias de cada caso; refere ainda que a utilização de mais de quatro métodos já complica inutilmente o cálculo da relação de troca. (Les Fusions de Sociétés, CHADEFAX, Martial, Paris, La Villeguerin Editions, 1990, p. 36).

2.4. A fusão e a lei de defesa da concorrência

2.4.1. Controlo das fusões a nível nacional

No dia 1 de Janeiro de 1994 entrou em vigor o novo regime jurídico relativo às regras de concorrência (Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro) que, para além das práticas restritivas da concorrência e dos auxílios do Estado contemplou a apreciação preventiva das concentrações de empresas. Esta nova lei segue os princípios definidos pela Comissão Europeia passando as empresas nacionais a estar sujeitas a novas condicionantes quando envolvidas em operações de concentração.

A fusão de sociedades está englobada no conceito legal de concentração que consta do art.º 9.º pelo que existe necessidade de notificação prévia da operação desde que se verifique uma das seguintes condições:

- Criação ou reforço de uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, em consequência da operação de concentração (alínea a) art.º 7.º);

- Realização, pelo conjunto das empresas envolvidas na operação de concentração, de um volume de negócios superior a 30 milhões de contos, em Portugal, no último exercício, líquidos dos impostos directamente relacionados com o volume de negócios (alínea b) art.º 7.º).

Do âmbito de aplicação deste diploma, ficam, porém, sempre excluídas as fusões relativas a sociedades financeiras, instituições de crédito e empresas de seguros (n.º 2 do art.º 7.º).

O art.º 10.º estabelece o princípio da proibição das operações de concentração sujeitas a notificação "que criem ou reforcem uma posição dominante no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, susceptível de impedir, falsear ou restringir a concorrência".

Introduziu-se contudo a possibilidade de autorização destas operações quando se entenda que as vantagens económicas são superiores

ao risco das restrições de concorrência que cria. Este tratamento de excepção pode ocorrer nas situações em que:

- Se reforce significativamente a competitividade internacional das empresas participantes na operação (alínea b) do n.º 2 art.º 10.º).

- Se contribua para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico e, cumulativamente, se reserve aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante, não se imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos e não se dê a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa (alínea a) do n.º 2 art.º 10.º e n.º 1 do art.º 5.º).

A notificação prévia prevista no n.º 1 do art.º 7.º será apresentado na Direcção-Geral de Concorrência e Preços pelo conjunto das empresas participantes na fusão e dela deverão constar as informações previstas nas diversas alíneas do n.º 3 do art.º 30.º:

a) Identificação das pessoas individuais e colectivas participantes na operação de concentração;

b) Natureza e forma jurídica da concentração;

c) Natureza dos bens ou serviços produzidos;

d) Lista das empresas que mantenham com as participantes vínculos de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados na alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º;

e) Quotas de mercado em consequência da operação de concentração e base da sua determinação;

f) Volume de negócios em Portugal das empresas participantes, bem como daquelas a que se refere o n.º 1 do artigo 8.º, relativamente ao último exercício;

g) Relatório e contas das empresas participantes relativamente aos três últimos exercícios;

h) Indicação dos principais concorrentes;

i) Indicação dos principais clientes e fornecedores;

j) Fornecimento, se for caso disso, das informações que os autores da notificação considerem relevantes para a averiguação do preenchimento das condições enunciadas nas alíneas do n.º 2 do artigo 10.º.

Depois de recebida a notificação, a D. G. C. P. procede à instrução do procedimento respectivo e no prazo máximo de 40 dias remete-o ao Ministro responsável pela área do comércio a quem cabe autorizar ou não uma fusão abrangida pelo diploma em análise.

Com base nos elementos constantes do processo, e no prazo de 50 dias contados da data de recepção da notificação, o Ministro pode (art.º 32.º):

(i) Não manifestar qualquer posição, o que valerá como decisão de não oposição à operação, pelo que a fusão fica autorizada.

(ii) Submeter a questão à apreciação do Conselho da Concorrência, quando entender que a operação é susceptível de afectar negativamente a concorrência.

Deste facto deve-se dar conhecimento às empresas e, assim, interromper automaticamente o prazo anteriormente referido.

O Conselho da Concorrência terá de se pronunciar no prazo de 30 dias sobre a possibilidade de a fusão poder afectar negativamente a concorrência em Portugal e, em caso afirmativo, se o caso concreto cumpre ou não com as condições de justificação previstas no n.º 2 do art.º 10.º já anteriormente referidas.

Após o processo ser enviado ao Ministro, pelo Conselho da Concorrência, aquele tem 15 dias úteis para proferir uma das seguintes decisões:

a) Não se opor à fusão;

- b) Impor condições e obrigações para que a fusão se realize;
- c) Proibir a operação.

As duas últimas decisões revestirão a forma de despacho conjunto do Ministro responsável pela área do comércio e do Ministro da tutela das actividades económicas afectadas pela operação em causa, e acarreta a nulidade dos negócios relacionados com a fusão.

Do despacho conjunto de oposição cabe recurso para o Supremo Tribunal Administrativo nos termos gerais.

No momento em que redigimos este trabalho, o regime jurídico do controlo de concentrações instituído pelo Decreto-Lei n.º 371/93 tem escassos meses de vigência, sendo ainda inexistente a sua aplicação prática. Contudo, não queremos deixar de nos referir a um dos aspectos mais discutidos da nova lei e que se prende com as condições que obrigam as empresas envolvidas numa operação de concentração a submeterem-se ao controlo prévio da operação. No que se refere ao critério do "volume de negócios" (alínea b) do art.º 7.º), entendemos que o valor previsto pode ser suficientemente alto para não levantar grandes problemas às empresas com a dimensão das portuguesas, já no que concerne ao critério do "controlo de mercado" (alínea a) do art.º 7.º), admitimos que possa efectivamente suscitar dificuldades às empresas portuguesas que ocupam posições importantes nos circuitos comerciais, ou nos sectores com maior tradição em Portugal, mas também é certo que a fusão pode, ser ainda autorizada com base no critério do balanço económico previsto no art.º 5.º e a que já nos referimos.

2.4.2. Controlo das fusões de âmbito comunitário

Atendendo ao crescente número de processos de reestruturação, originados com a suspensão progressiva das fronteiras nacionais, o Conselho das Comunidades Europeias adoptou em 21 de Dezembro de 1989 o Regulamento (CEE) n.º 4064/89. Este instrumento jurídico que visa um controlo efectivo das operações de concentração e pretende assegurar a manutenção duma sã concorrência no Mercado Comum Europeu entrou em vigor em 21 de Setembro de 1990.

Entre as operações de concentração abrangidas pelo regulamento contam-se as fusões pelo que, as empresas intervenientes na operação, quando esta tenha dimensão comunitária, estão obrigadas a notificar a Comissão sobre as suas intenções no prazo de uma semana a contar da conclusão do acordo e a suspender a operação pelo período de três semanas para permitir à Comissão que se pronuncie sobre "a compatibilidade da operação com o Mercado Comum".

Para efeitos do regulamento, uma operação de concentração é considerada de dimensão comunitária:

a) Quando o volume total de negócios realizado à escala mundial por todas as empresas envolvidas, for superior a 5 mil milhões de ECUs (aproximadamente, 900 milhões de contos);

e

b) Quando o volume total de negócios realizado individualmente na Comunidade por, pelo menos, duas das empresas em causa, for superior a 250 milhões de ECUs (cerca de 45 milhões de contos), a menos que cada uma dessas empresas realize mais de dois terços do seu volume de negócios num único Estado-membro da Comunidade (22).

A Comissão Europeia aprecia a "compatibilidade da operação com o Mercado Comum" em função dos seguintes critérios:

- A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

- A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro; as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores; o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento; a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no

(22) Estes limites serão revistos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, antes do final de 1994. Na revista "BANQUE & DROIT" n.º. 33, (Janvier- Février 1994), p. 46, ROGER DAOUT da Direction Générale de la Concurrence (CEE), refere que os limites foram inicialmente fixados a um nível demasiado alto e que a intenção declarada da Comissão é de propor a sua revisão no sentido da baixa; o objectivo pode no caso da alínea a) descer até dois mil milhões de ECUs e o da alínea b) também ser reduzido significativamente.

mercado; a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão; os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum, as operações de concentração que não criem ou não reforcem uma posição dominante, de que resultem obstáculos significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.

As operações que forem declaradas incompatíveis com o mercado comum são objecto de procedimento e a Comissão neste caso pode, solicitar às empresas intervenientes a suspensão da operação projectada, até à tomada de uma decisão final, o mais tardar quatro meses a contar da data do início do procedimento.

A decisão final não é contudo proferida sem antes ser ouvido um comité consultivo composto pelos representantes das autoridades dos diversos Estados-membros.

Relativamente aos primeiros anos de aplicação do Regulamento, Roger Daout (23) refere que o exame efectuado a mais de uma centena de operações de concentração que foram notificados à Comissão conduziu em aproximadamente 90% dos casos a um reconhecimento de "compatibilidade com o mercado comum" logo na primeira fase do exame, o que significa que as empresas obtiveram o "agrément" comunitário no prazo de 4 semanas após a notificação. Nos restantes cerca de dez por cento, nem todos tiveram decisão negativa porque foi possível concertar com as partes uma solução por medida, designadamente através do recurso à alienação de participações noutras empresas que estavam a comprometer a operação.

(23) DAOUT, Roger, Pub. cit. pp. 44-46.

REGIME FISCAL DA FUSÃO DE SOCIEDADES

3. REGIME FISCAL DA FUSÃO DE SOCIEDADES



3.1. Regime fiscal anterior à reforma da tributação do rendimento de 1988

3.1.1. Regime geral

O tratamento fiscal dado à fusão de sociedades em Portugal antes da reforma da tributação do rendimento que ocorreu com o Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, não assentava para os efeitos em causa no princípio jurídico da sucessão universal, pelo que o desagravamento fiscal da operação só poderia ocorrer mediante a concessão casuística de benefícios fiscais. Às fusões que não podiam beneficiar dos desagravamentos fiscais concedidos em legislação avulsa aplicava-se o regime de direito comum (*), considerando-se separadamente os efeitos da fusão relativamente a cada uma das sociedades participantes na operação. À sociedade fundida (ou incorporada) era aplicado o regime fiscal da liquidação, a sociedade nova era tributada nos termos devidos para a consecução de uma nova actividade e a sociedade incorporante (caso da fusão por incorporação) estava sujeita a tributação pelo aumento de capital.

Desta forma, todos os ganhos evidenciados pelas empresas incorporadas ou fundidas no período de liquidação estavam sujeitas aos entretanto abolidos impostos da Contribuição Industrial e Imposto Complementar (Secção B). Havia diferença de tratamento fiscal quanto aos ganhos realizados na transmissão onerosa dos elementos enumerados no art.º 1.º do CIMV, que eram tributados em sede de Imposto de Mais-Valia. Neste imposto, os ganhos obtidos na transmissão de elementos do activo imobilizado das empresas e dos bens ou valores por ela mantidos como reserva ou para fruição determinavam-se pela diferença entre o valor de realização e valor de aquisição; se os elementos, bens ou valores fossem

(*) Esta noção têm carácter fictício uma vez que não constitui qualquer regime autónomo para a fusão, é no entanto, de utilização generalizada entre os especialistas fiscais quando a fusão se apresenta como o encadeamento de duas operações em que o regime jurídico e fiscal está determinado: dissolução com liquidação seguida de aumento de capital ou criação de nova sociedade.

depreciáveis, ao valor de aquisição subtraía-se o montante que poderia ter sido amortizado ou reintegrado caso se tivessem aplicado as taxas máximas constantes da tabela de amortizações e reintegrações então em vigor; de forma a minorar os efeitos da inflação, ao valor de aquisição deduzido pelas amortizações fiscalmente consideradas aplicava-se ainda um coeficiente de correcção monetária correspondente ao ano a que se refere esse valor; o imposto recaía sobre as mais-valias líquidas das menos-valias apuradas, nos termos expostos, em cada exercício económico.

De salientar que a especificidade das regras que acabamos de enunciar podia conduzir ao apuramento de mais-valias (ou menos-valias) mesmo quando a sociedade nova ou incorporante registava como valores de cedência aqueles que figuravam na contabilidade da sociedade absorvida ou fundida.

Também se encontrava sujeito a imposto de mais-valias o aumento do capital da sociedade incorporante por emissão de acções ou quotas. (n.º 4, art.º 1.º, do CIMV).

Em matéria de sisa, o Código de Sisa e Imposto sobre as Sucessões e Doações sujeitava (e sujeita) a tributação as transmissões de bens imóveis operadas por fusão de sociedades, sendo devida por aquela para quem se transmitiam os bens: a sociedade nova ou a incorporante.

De acordo com o CSISSD, a aplicação de uma taxa reduzida de 4% (em vez de 8%) visava (e ainda visa) um desagravamento fiscal com vista a auxiliar a solução de problemas económicos, facilitando a realização daquelas operações.

No que respeita ao Imposto Sobre Valor Acrescentado, a fusão encontrava-se (e encontra-se) abrangida pelo art.º 3.º, n.º 4 do CIVA (*) que, por motivos económicos e de simplificação administrativa, não considera como transmissão, quando na realidade o são, as cessões a título oneroso da totalidade de um património desde que o adquirente seja ou venha ser pelo facto da aquisição, um sujeito passivo de IVA.

Como os enquadramentos previstos no CIVA e no CSISSD para as transmissões efectuadas no âmbito da operação de fusão se mantiveram no essencial inalteráveis, dispensamo-nos por ora de um maior desenvolvimento, remetendo para os pontos 3.2.2. e 3.2.3. deste trabalho.

(*) O Código do Imposto Sobre o Valor Acrescentado foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 394-B/84, de 26 de Dezembro, e entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1986.

No que se refere ao imposto do selo não se previa qualquer desagravamento para a fusão, pelo que se onerava, quer a constituição da nova sociedade (art.º 155.º TGIS), quer o aumento de capital da sociedade incorporante (art.º 145.º TGIS).

Quanto ao tratamento fiscal do reporte de prejuízos, o Código da Contribuição Industrial dispunha, no art.º 43.º, que os prejuízos verificados em determinado exercício poderiam ser deduzidos aos lucros tributáveis, havendo-os, de um, ou mais, dos três (depois cinco) anos posteriores, mas que, com excepção dos casos de sucessão por morte, a dedução não aproveitava senão ao contribuinte que suportou o prejuízo. Assim, os prejuízos das sociedades fundidas no caso de fusão propriamente dita, e das sociedades incorporadas no caso de fusão por incorporação, não podiam ser deduzidos nos lucros da sociedade nova ou incorporante.

Algumas disposições especiais contemplaram a possibilidade de reporte de prejuízos quando na fusão participavam empresas que foram nacionalizadas e cuja incorporação foi determinada por lei. Além destas disposições, o Decreto-Lei n.º 132/83, de 18 de Março permitiu também, às empresas envolvidas em operações de concentração, o reporte dos prejuízos nos termos em que damos conhecimento no ponto seguinte.

Ao nível da tributação dos sócios das sociedades fundidas/incorporadas importará referir:

- A tributação em sisa da eventual adjudicação de imóveis aos sócios na liquidação da(s) sociedade(s);

- A não sujeição a imposto de mais-valias das operações das acções através das quais os accionistas da sociedade extinta recebiam as acções correspondentes ao aumento de capital que acompanhava a fusão por incorporação;

- A não sujeição a imposto de capitais e, conseqüentemente a imposto complementar da distribuição de acções aos sócios da sociedade fundida ou incorporada. Também outras contrapartidas (numerário p. ex.) não estavam sujeitas àqueles impostos conforme interpretação da jurisprudência então firmada (cf. Acórdão de 28 de Julho de 1976, S.T.A., 2ª. Secção, Apêndice

de 17 de Dezembro de 1979) (*).

(*) Recorde-se que na anterior reforma fiscal, dos resultados distribuídos no momento da liquidação só se tributavam os que não eram de "reservas". Veja-se a orientação do legislador na época que está expressa no preâmbulo do Código do Imposto de Capitais: "E não se foi para a tributação das reservas, na altura da liquidação das sociedades, quer aquelas tivessem sido ou não incorporadas no capital, por se entender que a tributação dos lucros em imposto de capitais, adicionando-se, no regime da reforma, à sua tributação em contribuição industrial, só poderia verdadeiramente compreender-se quando se tratasse de lucros distribuídos periodicamente, e não de lucros capitalizados através da sociedade. Com efeito, é só porque os lucros distribuídos anualmente aos sócios vão ser por estes destinados em grande parte a consumo, enquanto os lucros levados a reservas representam aforro, que pode justificar-se uma tributação dos primeiros mais pesada que a dos últimos e, portanto, a sua sujeição a dois impostos - a contribuição industrial e o imposto de capitais. Ora, as reservas repartidas na altura da liquidação das sociedades não são geralmente destinadas pelos sócios a consumo, não se justificando, assim, a sua tributação em imposto de capitais".

3.1.2. Benefícios fiscais

Os benefícios fiscais dirigidos à fusão de empresas iniciaram-se em 1959, contemplando inicialmente os sectores considerados de reconhecido interesse para a economia nacional (banca, seguros, indústria mineira, etc.) e, estenderam-se no pós 25 de Abril às empresas intervencionadas pelo Estado, mas, só em 1983, tiveram expressão de relevo ao abrangerem a generalidade das empresas envolvidas em processo de reorganização em resultado de actos de concentração ou cooperação.

À data de entrada em vigor do CIRC, a legislação fiscal existente não se limitava a ser inócua, antes favorecia desmesuradamente a realização da fusão através das inequívocas vantagens fiscais que eram proporcionadas. Com efeito, salienta-se a ausência total de tributação sobre os ganhos eventualmente apurados nas empresas fusionadas e/ou incorporadas nas transmissões dos bens do imobilizado que ficava valorizado nos actos de transmissão global a favor da empresa nova ou incorporante que por sua vez beneficiava de novas reintegrações calculadas sobre os valores empolados dos activos imobilizados (a legislação existente só permitia a tributação de 40% do aumento das reintegrações resultantes da reavaliação).

No quadro seguinte, apresentamos a sequência cronológica dos incentivos e desagravamentos fiscais de que beneficiaram os actos de fusão, desde o Decreto-Lei nº 4261, de 12 de Novembro de 1959, até 1989, data em que ocorreu a reforma da tributação do rendimento e que instituiu um regime de neutralidade para a fusão.

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
Dec.-Lei n.º 42641 de 12/11/1959	Todos os encargos fiscais	Bancos comerciais e estabelecimentos de crédito
Art.º 6.º do Dec.-Lei n.º 48828 de 2/1/69 e Art.º 2.º do Dec.-Lei n.º 48842 de 18/1/69	Isenção de sisa	Empresas mineiras que visem a sua concentração
Art.ºs 1.º, 2.º e 3.º do Dec.-Lei n.º 48844 de 20/1/69	<ul style="list-style-type: none"> - Redução da taxa de sisa; - Isenção de contribuição industrial por 5 anos; - Aceleração das reintegrações e amortizações - Isenção de imposto de mais-valias pelos ganhos resultantes das fusões e incorporações; - Benefícios em sede de imposto complementar e imposto de capitais relativamente a juros de obrigações emitidas. 	Empresas que explorem indústrias têxteis algodoeiras que resultem da fusão de outras ou as incorporem
Dec.-Lei n.º 117/71 de 2 de Abril	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção da sisa para as transmissões resultantes dos actos de fusão ou de incorporação; - Redução a metade da taxa da contribuição industrial durante cinco anos; - Autorização para a aceleração das reintegrações e amortizações previstas no n.º 7.º do art.º 26.º do C.C.I. até ao limite das percentagens fixadas nas tabelas anexas à Portaria n.º 21867, de 12/2 de 1966, acrescidas de 50 por cento; - Isenção de imposto de mais-valias sobre os ganhos resultantes das fusões ou incorporações. 	Empresas que explorem a indústria de pesca
Lei n.º 2/71 de 12/4/71	Isenção ou redução de encargos fiscais	Sociedades de seguros e resseguros

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
<p>Lei n.º 3/72, de 27 de Maio (Lei de Fomento Industrial)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção ou redução da taxa da sisa relativa às transmissões de imóveis; - Isenção da contribuição industrial e do imposto de comércio e indústria, e seus adicionais, durante um período não superior a dez anos; - Redução das taxas da contribuição industrial e do imposto de comércio e indústria, e seus adicionais, por período não excedente a dez anos, não podendo, porém, no caso de a redução ser precedida pela isenção anterior, a soma dos dois períodos de benefícios exceder quinze anos; - Isenção ou redução do imposto complementar, secção B, relativamente aos lucros que beneficiem da isenção ou da redução anteriormente referidas; - Autorização, durante os primeiros dez anos, para se proceder à aceleração, com as taxas aconselháveis em cada caso, das reintegrações e amortizações referidas no n.º 7 do art.º 26.º do Código da Contribuição Industrial; - Dedução, total ou parcial, dos valores dos investimentos em bens e equipamento de que resultem novos processos de fabrico, redução de custo ou melhoria de qualidade dos produtos fabricados, na matéria colectável da contribuição industrial dos três anos seguintes ao do investimento; <p style="text-align: right;">(continua)</p>	<p>Sectores industriais que permitam efectivar as finalidades previstas na Lei de Fomento Industrial</p>

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
<p>Lei nº. 3/72, de 27 de Maio (Lei de Fomento Industrial)</p>	<p>(continuação)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consideração como custos ou perdas de exercício, para os efeitos do artigo 26º. do Código da Contribuição Industrial, da totalidade dos gastos suportados com a formação e aperfeiçoamento do pessoal; - Isenção ou redução do imposto de mais-valias sobre os ganhos resultantes da concentração e dos aumentos de capital destinados à reorganização; - Isenção ou redução do imposto de capitais e do imposto complementar sobre os juros de empréstimos titulados por obrigações e destinados a financiar a operação; - Dedução dos prejuízos sofridos nos três últimos exercícios por empresas concentradas e ainda não deduzidos nos lucros tributáveis de um ou mais dos seis primeiros exercícios da empresa resultante da concentração; - Isenção ou redução dos direitos aduaneiros devidos pela importação de bens de equipamento destinados à operação, desde que a indústria nacional não possa fornecer esses bens em condições comparáveis de preço, qualidade e prazos de entrega; - Outras isenções ou abatimentos fiscais adequados à especial natureza dos empreendimentos. 	<p>Sectores industriais que permitam efectivar as finalidades previstas na Lei de Fomento Industrial</p>

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
<p>Dec.-Lei n.º 160/73 de 10 de Abril</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção de sisa para as transmissões resultantes dos actos de fusão ou incorporação; - Redução a metade da taxa de contribuição industrial durante o período de cinco anos; - Isenção de direitos de importação pelo prazo de cinco anos, prorrogáveis, relativamente a matérias-primas e equipamentos necessários à actividade da empresa; - Isenção de imposto de mais-valia sobre os ganhos resultantes das fusões ou incorporações. <p>Obs: Estes benefícios fiscais eram complementados com subsídio à produção das unidades fabris objecto de concentração.</p>	<p style="text-align: center;">Indústria de conservas de peixe</p>
<p>Dec.-Lei n.º 135/74 de 4/4/74</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção ou redução de sisa; - Isenção ou redução de imposto de mais-valia; - Outros benefícios fiscais. 	<p style="text-align: center;">Sociedades exploradoras da indústria de transportes públicos rodoviários</p>
<p>Dec.-Lei n.º 614/75 de 11/11/75</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção de sisa; - Isenção de imposto de mais-valia sobre os ganhos resultantes dos aumentos de capital. 	<p style="text-align: center;">Empresas intervencionadas pelo Estado</p>
<p>Lei n.º. 32/79 de 7/9/79</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção de impostos, taxas, contribuições, emolumentos e outros encargos legais. 	<p style="text-align: center;">Empresas públicas integradas em sectores vedados à iniciativa privada</p>

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
<p>Cap. VIII do Decreto-Lei nº. 132/83, de 18/3/83</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção da sisa relativa à transmissão de imóveis; - Isenção do imposto de mais-valias sobre os ganhos da fusão e dos aumentos de capital destinados à reorganização; - Dedução dos prejuízos sofridos nos 3 últimos exercícios pelas empresas concentradas, e ainda não deduzidos, aos lucros tributáveis de um ou mais dos 5 primeiros exercícios da empresa resultante da concentração; - Dedução aos lucros tributáveis em contribuição industrial da empresa resultante da concentração, das importâncias que, nos respectivos exercícios, as empresas concentradas poderiam deduzir aos seus lucros tributáveis, em consequência de benefícios fiscais concedidos por investimentos ou reinvestimentos em bens do activo immobilizado corpóreo, contanto que esses bens continuem ao serviço da empresa resultante da concentração e sejam transferidos para esta pelo valor contabilístico que tinham nas empresas concentradas à data da concentração. 	<p style="text-align: center;">Empresas dos sectores das indústrias extractivas e transformadoras que se reorganizem em resultado de actos de concentração ou que celebrem actos de cooperação.</p>

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
<p>Dec.-Lei nº. 160/85 de 13/5/85</p>	<p>- Os mesmos incentivos fiscais concedidos pelo Dec.-Lei nº. 132/83, de 18 de Março.</p>	<p>Empresas que se reorganizem em resultado de actos de concentração a realizar até 31/12/86.</p> <p>Obs: Esta extensão do regime do D.L. nº. 132/83, nunca teve aplicação prática devido à ausência de definição pelo Conselho de Ministros dos sectores abrangidos no diploma.</p>
<p>Dec.-Lei nº. 447/85 de 25/10/85</p>	<p>- Isenção de sisa pelas transmissões de imóveis;</p> <p>- Isenção de impostos de mais-valias devido pelos ganhos realizados através do aumento de capital social das sociedades mediante incorporação de reservas ou emissão de acções;</p> <p>- Isenção do imposto de mais-valias devido pelos ganhos resultantes da transmissão onerosa de elementos do activo imobilizado;</p> <p>- Isenção do imposto do selo, taxas e emolumentos devidos pela constituição de sociedades e pelos aumentos de capital, bem como o estabelecido pela tabela geral de imposto do selo nos artº.s 54, 141 e 165.</p>	<p>Empresas do sector da indústria metalomecânica.</p>

Benefícios fiscais à fusão de sociedades

LEGISLAÇÃO	NATUREZA DO BENEFÍCIO FISCAL	DESTINATÁRIOS
<p>Dec.-Lei nº. 181/87, de 21/04/1987</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Isenção da sisa relativa à transmissão de imóveis necessários à concentração ou cooperação; - Isenção do imposto de mais-valias sobre os ganhos resultantes de concentração ou cooperação e dos aumentos de capital destinados à reorganização; - Dedução dos prejuízos sofridos nos três últimos exercícios pelas empresas concentradas e ainda não deduzidos dos lucros tributáveis de um ou mais dos três primeiros exercícios da empresa resultante da concentração. 	<p>Empresas envolvidas em actos de cooperação e concentração (até 31/12/89).</p>

3.2. Regime fiscal vigente

No direito português, não existe um regime fiscal substantivo que considere conjuntamente as diferentes categorias de impostos a propósito da fusão, o seu regime fiscal deriva de um conjunto de operações individualizadas com incidência fiscal própria.

Os três eixos geradores de tributação são: a transmissão de elementos activos e passivos (bens, direitos e obrigações que integram e património das empresas fusionadas/incorporadas), a troca de títulos de participação social ao nível dos sócios e a realização de um conjunto de actos inerentes á reorganização jurídica.

Este conjunto de operações, comum a todas as fusões, produzem, em regra, efeito em cinco impostos (*) do actual sistema fiscal:

- Imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas;
- Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares;
- Imposto sobre o valor acrescentado;
- Imposto do selo;
- Sisa.

Nesta parte nuclear do trabalho, verificaremos como cada um dos tipos distintos de impostos afectam a realização de uma fusão.

No ponto 3.2.1. referente aos impostos sobre o rendimento analisa-se os dois regimes de tributação existentes: o regime que obedece ao disposto nos artigos 62º. a 64º. do CIRC (regime especial) e outro que cai no regime geral como se houvesse cessação efectiva de actividade nas sociedades fusionadas/incorporadas (que designamos por regime de direito comum ou regime geral).

Ainda no âmbito dos impostos sobre o rendimento, analisamos a solução fiscal prevista na Directiva Comunitária 90/434/CEE, para a fusão

(*) E ainda em emolumentos notariais e registrais.

de sociedades de diferentes Estados-membros e que foi transposta em 1993 para o Código do IRC.

Nos pontos seguintes, examinamos os efeitos do imposto sobre o valor acrescentado (3.2.2.), da sisa (3.2.3.) e do imposto do selo (3.2.4.) sobre as operações de fusão.

O ponto 3.2.5. é dedicado aos emolumentos notariais e registrais que alguns autores entendem constituir verdadeiros impostos.

Por último (ponto 3.2.6.), referimos os benefícios fiscais concedidos desde 1989 à concentração e cooperação de empresas e de que pode aproveitar a fusão.

3.2.1. Impostos sobre o rendimento

3.2.1.1. Regime especial aplicável às fusões no plano nacional

O código do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas consagra o princípio da sucessão na plenitude de direitos, tendo adoptado uma postura de neutralidade relativamente às fusões. O regime especial acolhido no CIRC permite que a operação se realize sem tributação (princípio da imunidade) e correlativamente a esta ausência de imposto, que as latências fiscais existentes no seio da sociedade incorporada ou fundida sejam transferidas para a sociedade resultante da fusão (sociedade incorporante ou nova) como se a operação não tivesse tido lugar.

Como veremos mais adiante, essa neutralidade manifesta-se nas soluções que o legislador entendeu reter no que se refere às seguintes matérias:

- Mais-valias relativamente aos bens transmitidos;
- Provisões e amortizações;
- Reporte de prejuízos;
- Tributação de sócios.

A aplicação do regime fiscal de neutralidade depende, no entanto, da verificação das condições previstas no artº. 62º., nº 1, do CIRC:

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

2. Os elementos patrimoniais activos e passivos objecto de transmissão sejam inscritos na contabilidade da sociedade nova ou incorporante com os os mesmos valores que tinham na contabilidade da sociedade fundida ou incorporada;

3. Os valores referidos em 2. devem resultar da aplicação das disposições do CIRC, ou de reavaliações feitas ao abrigo de legislação de carácter fiscal.

3.2.1.1.1. Efeitos da fusão sobre a sociedade nova/incorporante

3.2.1.1.1.1. Determinação do lucro tributável

Como já referimos na parte II, em consequência da fusão a sociedade nova (ou incorporante), recebe um conjunto de elementos patrimoniais activos e passivos da sociedade fundida (ou incorporada), e em troca atribui-lhe os correspondentes títulos de participação social. No plano fiscal, quando preenchidos os três requisitos legais referidos no ponto anterior, a operação enquadra-se no regime especial explicitamente previsto no Código do IRC para as operações de fusão (e cisão).

As consequências fiscais para a sociedade resultante da fusão, no que concerne à determinação do lucro tributável, estão enumeradas no nº. 3 do artº. 62º. do CIRC e são as seguintes:

(i) O apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transmitidos é feito como se não tivesse havido fusão;

(ii) As reintegrações e amortizações sobre os elementos do activo immobilizado transmitidos são efectuados de acordo com o regime que vinha sendo seguido nas sociedades fundidas ou incorporadas;

(iii) As provisões que foram transferidas das sociedades fundidas têm, para efeitos fiscais, o regime que lhes era aplicável nestas sociedades.

De acordo com a primeira disposição a sociedade resultante da fusão, quando da determinação do lucro tributável, apura a mais-valia ou menos-valia resultante da alienação de bens do activo immobilizado pela diferença entre o valor de realização líquido dos encargos que lhe sejam inerentes e o valor de aquisição dos bens na sociedade fundida ou incorporada, deduzido das reintegrações e amortizações efectuadas. O valor de aquisição líquido é normalmente corrigido pelo coeficiente de desvalorização da moeda publicado em Portaria do Ministério das Finanças (*). Esta actualização monetária toma como referência o ano de aquisição pela sociedade fundida (incorporada) e não é aplicável aos investimentos financeiros salvo quanto aos investimentos em imóveis e partes de capital.

Embora o código não o refira, admitimos como indiscutível a projecção deste princípio perante uma situação de fusões sucessivas ao abrigo do regime especial do artº. 62º. do CIRC, caso em que se deve tomar como referência, o valor e a data de aquisição na primeira sociedade fundida ou incorporada.

No que se refere às amortizações e reintegrações estabelece-se que a sociedade resultante da fusão está obrigada a amortizar os elementos do activo immobilizado transmitido, de acordo com o regime seguido no período anterior à fusão pela sociedade fundida/incorporada. De acordo com o estabelecido no artº. 7º. do Decreto-Regulamentar nº. 2/90, de 12 de Janeiro (regime fiscal das reintegrações e amortizações) (**), a quota de reintegração que poderá ser aceite como custo no exercício em que a fusão teve lugar é determinada tendo em conta o número de meses em que os elementos estiveram em funcionamento na sociedade fundida/incorporada e na sociedade para a qual se transmitem em consequência da fusão.

(*) A Portaria nº 277/94, de 10 de Maio, contém os coeficientes a aplicar aos bens alienados em 1994.

(**) Ao regime fiscal das reintegrações e amortizações foram recentemente efectuadas diversas alterações e aditamentos (Dec.-Regulamentar nº 16/94, de 12 de Julho).

O princípio de neutralidade fiscal a que o legislador se vinculou em todas as suas consequências pode traduzir-se aqui numa eventual desvantagem para a sociedade resultante da fusão, se comparado com a legislação em vigor para a amortização dos bens adquiridos em estado de uso. Com efeito, o supracitado diploma que regula o regime fiscal das amortizações e reintegrações, prevê no n.º 2 do art.º 5.º que nesta última situação as taxas de reintegração se determinam, com base no correspondente período de utilidade esperada, o qual poderia ser inferior ao período de amortização em falta à data da fusão na sociedade fundida/incorporada.

Relativamente às provisões, o CIRC no artigo 33.º admite como fiscalmente dedutíveis as que tiverem por fim a cobertura de créditos resultantes da actividade normal que no fim do exercício possam ser considerados de cobrança duvidosa e sejam evidenciados como tal na contabilidade; as que se destinarem a cobrir as perdas de valor que sofrerem as existências; as que se destinarem a ocorrer a obrigações e encargos derivados de processos judiciais em curso; as constituídas pelas empresas que exerçam a indústria extractiva do petróleo e as constituídas pelas instituições dependentes da disciplina imposta pelo Banco de Portugal e pelo Instituto de Seguros de Portugal.

A existência destas provisões no âmbito da sociedade fundida ou incorporada coloca a questão de saber se a sociedade resultante da fusão pode retomá-las na sua contabilidade ou, se pelo contrário, com a dissolução da sociedade onde foram constituídas não devem subsistir por não se terem verificado os eventos a que se reportam.

O regime particular em análise admite a transferência das provisões para a sociedade resultante da fusão (afastando assim o seu tratamento como proveito fiscal na sociedade extinta), na medida em que esta é a continuadora da sociedade fundida ou incorporada, e é ela que deverá fazer face aos riscos ou despesas a pagar de ocorrência possível e de montante em geral incerto, que nasceram antes da fusão e que são objecto de provisão. Daí a legitimidade de manter no balanço da sociedade resultante da fusão as referidas provisões até que as causas que lhe estão na origem se deixem de verificar, procedendo-se nessa altura à sua reposição.

3.2.1.1.1.2. Transferência de prejuízos fiscais reportáveis

Tendo em consideração que o rendimento das sociedades flui em continuidade, e que os exercícios económicos são interdependentes e complementares, o código do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, institui no artº. 46º. a solidariedade entre os exercícios, ao permitir a dedução nos lucros tributáveis futuros dos prejuízos fiscais apurados num determinado exercício. Esta possibilidade é limitada aos cinco exercícios posteriores àqueles em que os prejuízos ocorrem.

Além desta limitação no tempo, o mesmo artigo estabelece ainda as seguintes derrogações e especialidades:

a) Não são dedutíveis os prejuízos fiscais no exercício em que os lucros tributáveis forem calculados através de métodos indiciários;

b) A administração fiscal pode corrigir os prejuízos fiscais apurados mesmo quando decorridos mais de cinco anos, no entanto, esta alteração só se repercute nos lucros tributáveis dos exercícios que ainda estejam dentro do prazo de caducidade previsto no artigo 79º. do CIRC (5 anos);

c) Se no mesmo contribuinte coexistirem actividades sujeitas a regimes fiscais diferentes, não se admite que os prejuízos de um desses regimes possam ser deduzidos dos lucros tributáveis apurados de acordo com outro regime diferente;

d) Os contribuintes que exerçam opção por um período de tributação diferente do ano civil, não tomam em consideração o exercício em que a opção é feita para efeitos de contagem do prazo previsto no nº. 1 do artº. 46º., se o período decorrido entre o início do ano civil e o dia imediatamente anterior ao do início do novo período for inferior a seis meses;

e) Os prejuízos fiscais das sociedades transparentes são reportáveis nas próprias sociedades e não na pessoa dos sócios.

A possibilidade de transferência dos prejuízos fiscais reportáveis está igualmente contemplada no regime especial aplicável à fusão de sociedades. Com efeito, o nº. 5 do artº. 62º. do CIRC permite que o Ministro das

Finanças, autorize, a requerimento dos interessados nesse sentido, entregue na D.G.C.I. antes da fusão, que os prejuízos fiscais obtidos pelas sociedades fundidas ou incorporadas, possam ser deduzidos no lucro tributável da sociedade resultante da fusão de um ou mais dos cinco exercícios posteriores a que os mesmos se reportem. A referida autorização está no entanto condicionada à demonstração pelos interessados das vantagens económicas associadas à fusão.

Na sequência das alterações introduzidas pela Lei do Orçamento do Estado para 1994 admitiu-se a possibilidade de o Ministro das Finanças fixar no despacho de autorização um plano específico de dedução dos prejuízos fiscais de modo a que o montante a deduzir em cada exercício não ultrapasse um determinado limite.

A transferência de prejuízos fiscais reportáveis, foi matéria desde logo eleita como alvo preferencial das críticas ao regime previsto no artigo 62º. do CIRC. Entre outros motivos, refere-se a atribuição de um poder discricionário ao órgão decidente, uma vez que existe a contingência de a empresa nova (ou incorporante) poder não deduzir ao seu lucro tributável os prejuízos fiscais apurados nas sociedades fundidas (ou incorporadas).

Outra frente de críticas, assenta na tese de que o disposto sobre reporte de prejuízos no artº. 62º. do CIRC, orienta as empresas na escolha da modalidade e do sentido da fusão, conduzindo-as para a solução mais vantajosa em termos fiscais e, que pode não ser a mais adequada em termos empresariais.

Em relação à primeira das críticas, consideramos que a inexistência de permissão automática para o reporte (como é possibilitado nos termos do artº. 46º. do CIRC) só por si, não é suficiente para considerar o acto discricionário, e que estas reticências colocadas ao princípio da neutralidade fiscal, visam acima de tudo, evitar que, em algumas situações, a livre transferência dos prejuízos, se transforme, numa livre transferência de créditos potenciais de imposto. Um acórdão do S.T.A., a propósito do poder conferido ao Ministro das Finanças no artº. 62º. nº. 5 parece concludente quando cita Alberto Xavier (24): "...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 individual", e mais adiante "trata-se sim de um conceito indeterminado, em que existe uma margem de livre apreciação,

(24) Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8/5/1991 (recurso nº 11913).

mas em que só uma das soluções é a solução objectiva e justa pretendida por lei".

Em relação à segunda crítica, não duvidamos que a existência de prejuízos acumulados em alguma das sociedades que têm em vista a fusão, pode ser motivo suficiente para que durante o período negocial se opte pela fusão por incorporação e, paradoxalmente, se confira a qualidade de sociedade incorporante à sociedade que vem acumulando prejuízos, pois, nesta solução, os prejuízos obtidos pela sociedade incorporante são reportáveis sem qualquer limitação. Ao contrário, na fusão por constituição de nova sociedade (ou quando a sociedade incorporada é deficitária) os prejuízos acumulados no período anterior à fusão não poderiam, em caso algum, ser deduzidos na sociedade nova (ou incorporante) sem a autorização do Ministro das Finanças. Ora, perante esta diferença de tratamento, é lógico que as empresas pretendam evitar o risco de uma eventual falta de anuência do Ministro das Finanças e também os trâmites mais ou menos longos inerentes ao pedido de autorização.

Neste caso a fiscalidade orienta claramente a escolha das empresas, mas não é razão para se vir reclamar o reporte automático dos prejuízos, antes, sim, clamar no sentido da igualdade de tratamento mediante a extensão da autorização referida no n.º 5 do art.º 62.º do CIRC a todas as fusões em que participem sociedades com prejuízos acumulados passíveis de reporte. Não quer isto dizer que se limite a fusão em que intervenham sociedades deficitárias (pelo contrário, essa situação justifica muitas vezes os movimentos de reestruturação), mas como forma que se vislumbra para contrariar aquela habilidade fiscal e como garantia de que são motivações económicas que determinam a operação.

Uma última observação, prende-se com a recente alteração ao CIRC introduzida pela Lei do Orçamento de Estado para 1994. Doravante, em virtude da actual redacção do n.º 5.º do art.º 62.º, a sociedade nova (incorporante), depois de ver autorizada a dedução dos prejuízos fiscais poderá ser confrontada com um plano específico, fixado no despacho de autorização, que impõe um limite máximo de dedução para cada exercício.

Esta limitação quantitativa ao reporte de prejuízos, sem aplicação prática até ao momento, suscita-nos algumas interrogações e apreensão. Faz sentido introduzir este tipo de normas com o objectivo (dificilmente alcançável) de fazer corresponder (por aproximação larga) o reporte de prejuízo ao lucro que a sociedade deficitária produziria, se a fusão não se tivesse realizado? Será razoável e sensato determinar (antes da fusão), o

escalonamento das sucessivas deduções, tendo em conta a absoluta incerteza que paira sobre os resultados a obter pela sociedade beneficiária da operação? Que critérios vão ser aplicados para determinar os limites ao reporte em cada exercício? Não seria desejável que a norma fixasse critérios objectivos indexados ao valor do património líquido das sociedades participantes na operação?

3.2.1.1.1.3. Obrigações declarativas

Relativamente às obrigações declarativas, a fusão com criação de uma nova sociedade, obriga à entrega da declaração de início de actividade, na repartição de finanças competente, no prazo de 90 dias após a inscrição no Registo Nacional de Pessoas Colectivas (art.ºs 94.º e 95.º do CIRC).

3.2.1.1.2. Caso especial em que a sociedade incorporante detém participação social no capital da sociedade incorporada.

Na fusão por incorporação pode acontecer que a sociedade incorporante, para a qual são transmitidos os elementos patrimoniais da(s) outra(s) sociedade(s), detenha desde momento anterior ao da fusão uma participação social no capital de alguma sociedade incorporada. Neste caso, os outros sócios da sociedade incorporada recebem acções da sociedade incorporante segundo a relação de troca estabelecida, enquanto esta última não receberá acções de si própria, limitando-se a aumentar o capital num montante igual à emissão de títulos atribuídos aos restantes detentores do capital e procede simultaneamente à anulação da participação que detinha na sociedade incorporada.

Da operação pode resultar uma mais-valia se os valores por que estavam contabilizadas as acções for inferior à cifra atribuída à fracção do património da incorporada, ou uma menos-valia se a participação estava contabilizada por um valor superior ao do activo transmitido.

O regime especial das fusões que vimos analisando, refere-se expressamente a esta situação particular da fusão por incorporação. A redacção inicial do n.º 4 do art.º 62.º do CIRC (*) estabelecia a exclusão da tributação da mais-valia eventualmente resultante da anulação da participação no capital da sociedade incorporada que tenha sido transmitida para a sociedade incorporante. Esta redacção não se refere expressamente à situação em que a sociedade incorporante obtinha uma menos-valia, o que deixava algumas dúvidas sobre a possibilidade da sua inclusão como componente negativa do resultado do exercício em que a fusão teve lugar. A questão foi colocada por António Lobo Xavier (25), num estudo sobre o tratamento fiscal das variações patrimoniais resultantes da anulação de participações no capital da sociedade incorporada pela sociedade incorporante em consequência de um processo de fusão: "o que ocorre imediatamente perguntar é o seguinte: poderá esta menos-valia ser considerada - em relação à sociedade incorporante, bem entendido - como um custo ou uma perda respeitante ao exercício em que a fusão tem lugar?", e, mais adiante, reflectindo sobre o propósito de obter um regime fiscal neutro para as fusões: "Ora a fusão nunca seria neutra se a sociedade incorporante não pudesse considerar como um custo o decréscimo patrimonial que experimenta ao, digamos assim, trocar títulos ou participações por um activo que vale menos. Para a fusão ser fiscalmente neutra é necessário que essa diminuição patrimonial apresente relevo fiscal, nos termos de qualquer diminuição patrimonial realizada." O autor acaba por concluir que a única forma de evitar um desvio às regras gerais do IRC sobre a determinação da matéria colectável, implica um tratamento da menos-valia gerada pela anulação da participação social em consequência de uma fusão, como custo ou perda da sociedade incorporante no exercício em que a fusão se realizou.

A Lei n.º 30-C/92, de 28 de Dezembro, que alterou o n.º 4 do art.º 62.º do CIRC, entendeu de maneira diferente e desfez as eventuais dúvidas sobre o tratamento da menos-valia ao considerar expressamente a sua não concorrência para a formação do lucro tributável: "Quando a sociedade para

(*) Redacção inicial do n.º 4 do art.º 62.º do CIRC: "4 - Quando a sociedade para a qual são transmitidos os elementos patrimoniais das sociedades fundidas ou cindidas detém uma participação no capital destas, é excluída da tributação a mais-valia eventualmente resultante da anulação dessa participação em consequência da fusão ou cisão".

(25) XAVIER, A. Lobo, "Sobre o regime fiscal das variações patrimoniais", Fisco n.º 27, Janº 1991, pp. 3-6.

a qual são transmitidos os elementos patrimoniais das sociedades fundidas ou cindidas detém uma participação no capital destas, não concorre para a formação do lucro tributável a mais-valia ou a menos-valia eventualmente resultante da anulação dessa participação em consequência de fusão ou cisão".

3.2.1.1.3. Efeitos da fusão sobre a sociedade incorporada/fundida

3.2.1.1.3.1. Determinação do lucro tributável

1. Em regra, a transmissão do património da sociedade fundida (incorporada), que se opera por via da fusão, faz emergir, relativamente aos elementos do activo imobilizado, determinados ganhos ou perdas. Estas mais-valias ou menos-valias são obtidas (artº. 42º. do CIRC) pela diferença entre o valor de realização líquido dos encargos que lhe sejam inerentes, e o valor de aquisição deduzido das reintegrações ou amortizações efectuadas. O valor de aquisição será ainda eventualmente corrigido por certos coeficientes de desvalorização da moeda nos termos do artº. 43º. do CIRC.

Como já vimos, o objectivo do legislador com o regime especial do CIRC, é o de que a operação se realize num ambiente de neutralidade fiscal, o que implica necessariamente a ausência de qualquer tributação e, designadamente da tributação das mais-valias realizadas por motivo de fusão. Para obter este resultado estipulou-se que na determinação do lucro tributável da sociedade fundida (incorporada) não há lugar ao apuramento de mais-valias ou menos-valias por motivo de fusão: "Estas mais-valias, a existirem, têm uma natureza meramente potencial, só sendo passíveis de tributação aquando da sua realização já no seio da sociedade nova ou incorporante. Difere-se pois o momento da tributação da mais-valia para o momento em que esta sociedade venha, ela própria, a alienar os bens transmitidos em virtude da fusão"(*).

De salientar, porém, o respeito pela regra da identidade contabilística (alínea b) nº. 1 do artº. 62º. do CIRC) - o que significa, inscrever os elementos patrimoniais objecto de transmissão, na sociedade nova (incorporante) com os mesmos valores que apresentavam no balanço da sociedade fundida (incorporada), desde que tais valores sejam os que resultam da aplicação das disposições do código ou de reavaliações feitas ao abrigo de legislação de carácter fiscal. O incumprimento desta regra, conduz à tributação das mais-valias nos termos gerais e sem possibilidade de beneficiar do previsto no artº. 44º. do CIRC sobre reinvestimento dos

(*). Código do IRC comentado; D.G.C.I., 1990, p. 239.

valores de realização (*) uma vez que a empresa incorporada/fundida se extingue.

2. De acordo com o CIRC (artº. 33º. nº. 2) as provisões constituídas e aceites como custo fiscal que não devam subsistir por não se terem verificado os eventos a que se reportam e as que forem utilizadas para fins diversos dos expressamente previstos no artigo 33º. do CIRC consideram-se proveitos do respectivo exercício. Este princípio geral, não prevalece em caso de fusão, uma vez que o artº. 62º. nº. 2 do CIRC determina que não são considerados proveitos ou ganhos as provisões constituídas e aceites para efeitos fiscais que respeitam a créditos, existências e obrigações. Admite-se assim que a operação não determina a interrupção da actividade transmitida e que após a fusão as provisões contabilizadas nas sociedades fundidas ou incorporadas mantém a sua razão de ser no seio da sociedade nova ou incorporante, a qual terá agora de fazer face aos créditos de cobrança duvidosa, às perdas de valor em existências e às obrigações e encargos derivados de processos judiciais em curso que foram provisionados pela sua antecessora.

3.2.1.1.3.2. Obrigações declarativas

Relativamente às entidades com sede ou direcção efectiva em território português, a cessação da actividade ocorre na data da fusão (artº. 7º., nº. 5, al. a) do CIRC). Assim, as sociedades fundidas ou incorporadas terão de entregar, no prazo de 30 dias após o registo da fusão, nas repartições de finanças competentes, as declarações de rendimentos relativa ao período compreendido entre o início do período de tributação e a data da cessação (artº. 96º. nº. 3 do CIRC).

Este prazo também se aplica para a apresentação da declaração relativa ao exercício imediatamente anterior, quando a cessação ocorrer antes de 31 de Maio.

(*) O artº 44º do CIRC prevê a possibilidade de exclusão da tributação das mais-valias relativas aos bens do imobilizado corpóreo, desde que o valor de realização seja reinvestido na aquisição de elementos do activo imobilizado corpóreo até ao fim do segundo exercício seguinte ao da realização.

O Decreto-Lei n.º 123/92, de 2 de Julho, que alterou o art.º 62.º do CIRC, reforçou as obrigações declarativas das empresas envolvidas numa operação de fusão. Assim, a sociedade cedente deverá juntar à declaração periódica de rendimentos, relativa ao exercício em que se verificou a fusão, declaração passada pela sociedade nova/incorporante em que esta se compromete a:

- 1) Cumprir a regra da identidade contabilística (alínea b) n.º 1 do art.º 62.º do CIRC);
- 2) Respeitar a condição prevista na alínea c) do n.º 1 do art.º 62.º do CIRC sobre a valorização dos elementos transmitidos;
- 3) Apurar os resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transmitidos como se não tivesse ocorrido a fusão (alínea a) do n.º 3 do art.º 62.º do CIRC);
- 4) Efectuar as reintegrações e amortizações dos elementos transmitidos em conformidade com o regime que vinha sendo seguido (alínea b) do n.º 3 do art.º 62.º do CIRC);
- 5) Manter o regime de provisões que vinha a ser aplicado na sociedade cedente (alínea c) do n.º 3 do art.º 62.º do CIRC).

3.2.1.1.4. A fusão de sociedades e o regime de tributação pelo lucro consolidado

O regime de tributação pelo lucro consolidado (RTLC) contido no artº. 59º. do CIRC permite que, mediante autorização prévia do Ministro das Finanças, um conjunto de sociedades em relação de grupo constitua uma unidade fiscal para efeitos daquele imposto, desde que sejam observados os condicionalismos e requisitos previstos nos nº.s 2 e 4 do artº. 59º. do CIRC(*).

As fusões que envolvam sociedade(s) do grupo e sociedade(s) exteriores interferem com o RTLC na medida em que podem provocar uma alteração na composição do grupo e esta situação pode motivar a caducidade da autorização do regime se a sociedade dominante não obtiver nova autorização para a sua aplicação ao novo grupo (nº. 7 do artº. 59º. do CIRC).

Se a caducidade da autorização se verificar, no último exercício em que for aplicável o RTLC, serão incluídos no lucro tributável do grupo:

— Os resultados provenientes de operações efectuadas entre as sociedades do grupo durante o período de aplicação do regime que se encontrem incorporados nos elementos do activo constantes dos balanços das sociedades do grupo, determinados de acordo com as regras estabelecidas pelo nº. 8 do artº. 59º. do CIRC;

(*) a) Condicionalismos exigidos à sociedade dominante e ao conjunto de sociedades do grupo (nº. 2 do artº. 59º. do CIRC):

— Todas as sociedades pertencentes ao grupo tenham a sua sede e direcção efectiva em território português;

— A sociedade dominante tenha, nos termos do C.S.C., o domínio total das demais sociedades do grupo;

— A totalidade dos rendimentos das sociedades do grupo esteja sujeita ao regime geral da tributação em IRC.

b) Requisitos que condicionam a autorização (nº. 4 do artº. 59º. do CIRC):

A adopção de políticas contabilísticas uniformes para todas as sociedades do grupo, nomeadamente, em matéria de:

— Critérios de valorimetria das existências e dos elementos do activo imobilizado;

— Métodos de reintegração e amortização dos elementos do activo imobilizado sujeitos a deprecimento.

— Uma importância correspondente ao produto de 1,5 pela diferença entre os prejuízos que, no período de aplicação do regime, foram integrados na base tributável consolidada e os que teriam sido considerados para efeitos fiscais se as sociedades tivessem sido tributadas autonomamente (nº. 10 do artº. 59º. do CIRC).

Se a fusão não implicar caducidade da autorização, no exercício anterior àquele em que se verificar a saída da(s) sociedade(s) do perímetro de consolidação, será incluído no lucro tributável do grupo uma importância correspondente ao produto de 1,5 pela diferença entre os prejuízos das sociedades que saíram do grupo que, no período de aplicação do regime, foram integrados na base tributável consolidada e os que teriam sido considerados, para efeitos fiscais, se essas sociedades tivessem sido tributadas autonomamente (nº. 11 do artº. 59º. do CIRC).

Se as alterações na composição do grupo resultarem de fusões envolvendo apenas sociedades abrangidas pelo lucro consolidado o CIRC determina que os encargos decorrentes da caducidade do regime e da modificação do grupo por saída de uma ou mais sociedades, poderão não se verificar, quando ocorram antes do termo de validade da autorização, se houver continuidade de aplicação da tributação pelo lucro consolidado e, a pedido da sociedade dominante a apresentar no prazo de 90 dias após a fusão, tal for autorizado pelo Ministro das Finanças (nº. 13 artº. 59º. do CIRC).

Quando a fusão ocorrer durante o período de validade da autorização ou imediatamente após o seu termo e envolver apenas a totalidade das sociedades abrangidas pelo RTLC, quer por incorporação numa delas de todas as outras, quer por constituição de nova sociedade, o Ministro das Finanças, pode autorizar que não seja aplicável o disposto em matéria de reintegração de prejuízos fiscais (nº. s 10, 11 e 12 do artº. 59º. do CIRC) e autorizar, nos termos do nº. 5 do artº. 62º. do mesmo código, que o prejuízo consolidado ou os prejuízos não objecto de compensação, por virtude do disposto no artº. 59º. - A do CIRC, possam ser deduzidos dos lucros tributáveis da sociedade resultante da fusão (nº. 14 do artº. 59º. do CIRC).

3.2.1.2. Fusões de sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade Europeia

Entre os principais obstáculos com que a fusão internacional de sociedades se tem deparado contam-se a ausência de coordenação no domínio do direito das sociedades e as barreiras de cariz laboral e fiscal.

A ausência de harmonização sobre o plano do direito das sociedades entre os diferentes países, dificulta hoje grandemente a realização de fusões internacionais, levando as empresas a preterir-las como suporte das suas estratégias, face a soluções alternativas, mais exequíveis e que lhes permitem alcançar objectivos similares. Alguns autores são mesmo categóricos em afirmar que as fusões no plano internacional são no momento praticamente "impossíveis face à incompatibilidade das legislações aplicáveis" (26).

Os obstáculos de cariz laboral devem-se a problemas com a transmissão de relações contratuais das sociedades que se extinguem em consequência da operação e à inexistência nos diferentes países de normas equivalentes sobre a representação dos trabalhadores nos órgãos sociais das sociedades, o que faz com que os países cujas legislações contemplam a cogestão receiem a utilização das fusões internacionais como meio de não cumprir essas disposições.

Além destas duas dificuldades, acrescem outras de natureza fiscal, associadas à perda de receitas resultante da transferência de uma actividade para o exterior, uma vez que na fusão internacional, em pelo menos um dos Estados envolvidos se perde soberania fiscal sobre a sociedade fusionada ou incorporada. Daí que, como refere Barbot V. de Faria: "a maioria das legislações nacionais conceda um tratamento fiscal equivalente ao das fusões de âmbito nacional às fusões em que a sociedade incorporante ou nova se situe no seu território fiscal, o mesmo não acontecendo quando ela se encontra em território estrangeiro. Neste último caso, quer directamente, através de cláusulas expressas, em sede de direito comercial ou fiscal, quer indirectamente, por via de exigências extremamente rigorosas e difíceis de preencher, as vantagens fiscais são negadas" (27).

(26) COZIAN, M., VIANDIER, A., "Droit des sociétés", Paris, Éd. Litec, 1990, 3ª Ed., § 1810.

(27) FARIA, Maria T. B. Veiga, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.ºs 343/345, artigo citado, p. 309.

Outro problema referido quando se enumera os obstáculos fiscais à fusão internacional (28), decorre do eventual perigo que a liberalização completa comportaria por direccionar o sentido das fusões para os Estados com menor carga fiscal. Só um esforço de harmonização fiscal nos diferentes países possibilitará uma solução para este problema, mas a possibilidade de uma solução futura neste campo não se afigura para os tempos mais próximos, uma vez que a fiscalidade de um país como se sabe, é grandemente reflexo da sua realidade e da sua própria evolução no tempo.

Assim, no contexto actual, as possibilidades de solução fiscal, para as fusões transfronteiriças passam por:

i) Existência de acordo estabelecido entre os países da sede das sociedades intervenientes na fusão;

ii) Soluções que envolvam países integrados em espaços económicos comuns.

O regime fiscal comum estabelecido na Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990 (29), aplicável entre outras operações à fusão de sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade Europeia, é um caso de solução multilateral (com reflexo na legislação nacional) que devido à sua importância será analisado em pormenor depois de efectuarmos um breve historial dos esforços comunitários nesta matéria.

O início da acção comunitária tendente à eliminação dos obstáculos fiscais à fusão de sociedades transfronteiriças data de 16 de Janeiro de 1969. Nesta data, a Comissão das Comunidades submeteu ao Conselho de Ministros uma proposta de directiva que dizia respeito à instauração de um regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões e entradas de activos, entre sociedades de Estados-membros diferentes por forma a permitir-lhes a organização das actividades no interior da comunidade sem os entraves decorrentes da existência de diferentes soberanias fiscais (30). Esta proposta foi desde a sua apresentação alvo do melhor acolhimento no seio das

(28) BEUSCH, K., THOMAS, J., Cahiers de droit fiscal international, Vol LVB, Ed. I. F. A., Bruxelas, 1970, Relatório Geral, p. I/66.

(29) JOCE 225, de 20 de Agosto de 1990.

(30) Cf. JOCE n.º C 39, de 22 de Março de 1969, p. 1.

instituições comunitárias, tendo obtido pareceres favoráveis por parte do Comité Económico e Social (31) e do Parlamento Europeu (32).

Também o Conselho das Comunidades na resolução de 17 de Dezembro de 1973 sobre política industrial (33) sublinhou a sua importância para alcançar os objectivos do programa de acção fiscal apresentado pela Comissão em 8 de Fevereiro de 1967, observando simultaneamente sobre a complementaridade existente entre a supressão dos obstáculos fiscais e a adopção de um estatuto da sociedade europeia no encorajar da cooperação industrial no espaço europeu.

Em face da receptividade havida, sucederam-se os trabalhos no seio do Conselho com vista à resolução de problemas de carácter técnico. Contudo, contrastando com esses avanços, emergiu uma posição reticente por parte da Alemanha Federal assente no argumento de que poder-se-iam utilizar as fusões transnacionais para contornar as obrigações jurídicas relativas à participação dos trabalhadores nos órgãos dirigentes das sociedades através da transformação das sociedades alemãs em estabelecimentos estáveis de sociedades estrangeiras.

Também a Holanda apresentou as suas reservas com receio das consequências que o tratamento fiscal mais favorável dos dividendos existente na maioria dos outros Estados-membros pudesse produzir sobre a actuação das sociedades sediadas no seu território.

O efeito bloqueador por parte destes dois Estados perdurou durante bastante tempo apesar do esforço da Comissão no sentido de os dissuadir das suas posições, designadamente através da Comunicação ao Conselho de 29/4/1980 (34), onde se propunha a inclusão de uma cláusula de salvaguarda que consistia no direito de qualquer Estado membro a suspender a aplicação do regime previsto na proposta de directiva se constatasse que a realização das fusões se fazia principalmente no sentido dos outros Estados-membros, de maneira a evitar, problemas políticos e sociais inerentes a uma passagem de parte importante da economia nacional para o controlo de outros países.

Só quatro anos mais tarde a proposta de directiva foi relançada através da comunicação da Comissão ao Conselho, efectuada em 17 de

(31) JOCE n.º C 100, de 1 de Agosto de 1969, p. 4.

(32) JOCE n.º C 51, de 29 de Abril 1970, p. 12.

(33) JOCE n.º C 117, de 31 de Dezembro de 1973.

(34) Ver Doc. COM (80) 203 final.

Janeiro de 1984 (35). A proposta de directiva (que passa a contemplar também a reestruturação através da permuta de acções) era agora componente de um "pacote fiscal" que visava encorajar a cooperação entre empresas dos diferentes Estados-membros.

A negociação em bloco no seio do Conselho deste conjunto de textos que incluía a proposta de directiva sobre sociedades-mãe/filiais(36), documentos relativos à instituição de um Agrupamento Europeu de Cooperação e uma convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas, acabou por não conduzir a resultados positivos mais uma vez devido à oposição da Alemanha relativamente a matérias relacionadas com a supressão da retenção na fonte aplicável aos dividendos distribuídos pelas sociedades de um Estado-membro filiais de sociedades de Estados-membros diferentes (37).

No "livro branco" de Junho de 1985, a Comissão das Comunidades Europeias volta a relevar a importância da directiva "fusões" ao incluí-la entre as medidas prioritárias para a realização do mercado interno e acentua a urgência da sua adopção por forma a possibilitar o desenvolvimento da actividade das empresas em toda a Comunidade, sem restrições impostas por fronteiras ou disposições fiscais.

A perspectiva de realização em 1993 do mercado interno como um espaço sem fronteiras no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada, não era porém compatível com mais adiamentos no trabalho de remoção dos obstáculos fiscais à cooperação transfronteiriça, pelo que em 23 de Julho de 1990 o Conselho de Ministro das Comunidades Europeias adoptou três importantes propostas da Comissão no domínio dos impostos sobre as sociedades dentre as quais se contava a directiva relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permuta de acções entre sociedades de Estados-

(35) Cf. Doc. COM (84) 77.

(36) A Versão original desta proposta de directiva, data igualmente de 1969 (Cf. J. O. C. 39, de 22 de Março de 1969, p. 7).

(37) Comunicação da Comissão ao Conselho de 5 de Julho de 1985: Doc COM (85) 360 final.

-membros diferentes (38).

A procura de medidas fiscais adequadas para promover a realização de fusões internacionais foi sempre acompanhada por idêntico esforço no domínio do direito comunitário das sociedades. Contudo, apesar do sucesso obtido com a Terceira Directiva (adoptada em 1978) que permitiu aproximar as diferentes legislações relativamente a fusões de sociedades anónimas dependentes de um mesmo Estado-membro, não foi ainda possível alcançar um quadro jurídico que assegure a possibilidade de realização de fusões transfronteiriças.

Entre as iniciativas visando tornar possível a fusão de sociedades de diferentes Estados-membros conta-se, a elaboração de um projecto de convenção sobre fusões internacionais tornado público em 1973 (39), que possibilitaria a incorporação de uma sociedade de um Estado-membro numa outra de um Estado-membro diferente.

A escassez de discussão em torno do mesmo levou a que alguns anos mais tarde (1980) fosse suspenso.

Nos anos que se lhe seguiram a discussão incidiu sobre a conveniência de elaborar um novo texto para a "Convenção" ou em alternativa regular esta matéria sob a forma de directiva. A escolha recaiu sobre a segunda opção, considerada o meio mais adequado para regulamentar a fusão transfronteiriça, pelo que, em 14 de Janeiro de 1985 foi tornada pública a proposta de décima directiva destinada a harmonizar as diferentes legislações e a permitir as fusões transfronteiriças (40).

Esta proposta de directiva (ainda pendente no Parlamento Europeu) baseia-se nos trabalhos efectuados no âmbito do projecto da "Convenção" e nas soluções adoptadas na Terceira Directiva referente à fusão de sociedade anónimas dependentes de um mesmo Estado-membro, encontrando obviamente soluções de harmonização próprias para os elementos que, na fusão transfronteiriça, diferem dos da fusão interna, ou que lhe sejam

(38) Directiva 90/434/CEE, J. O. L. 225, de 20 de Agosto de 1990, p. 1.

Na mesma data, foram também adoptadas a Directiva do Conselho sobre o sistema comum de fiscalidade aplicável no caso de sociedades-mãe/filiais de diferentes Estados-membros (90/435/CEE) cujo objectivo é evitar a tripla tributação dos lucros de filiais estrangeiras na Comunidade e a "Convenção sobre Arbitragem" (90/436/CEE) que prevê a introdução de um procedimento arbitral no intuito de evitar a dupla tributação no caso de correcção de preços de cessão interna, de âmbito internacional, de empresas associadas.

(39) Boletim das Comunidades n.º 13/1973.

(40) JOC 23, de 25 de Janeiro de 1985 e suplemento n.º 3/85 do Boletim das Comunidades..

específicos.

Outra iniciativa que visa tornar possível a fusão de sociedades de Estados membros diferentes é a proposta de regulamento relativo ao estatuto da sociedade anónima europeia.

A ideia da sociedade europeia foi lançada em 22 de Outubro de 1959, numa conferência proferida pelo Prof. Sanders do Instituto Superior de Ciências Económicas de Roterdão que teve eco no seio da Comissão e que se viu posteriormente reforçada em Março de 1965 por uma nota informativa do governo francês em favor da criação de uma sociedade de tipo europeu.

Este instrumento jurídico voltou a ser referido um ano depois pela Comissão da CEE no "memorando sobre a criação de uma sociedade comercial europeia" e foi objecto de estudo por um grupo de trabalho nomeado para o efeito e que viria a apresentar em 1970 uma primeira proposta de estatuto de sociedade europeia (41). Este texto original depois de obter os pareceres do Comité Económico e Social e do Parlamento Europeu deu origem a uma segunda proposta apresentada pela Comissão em 30 de Abril de 1975.

Apesar de várias contribuições críticas a esta segunda proposta a sua discussão seria suspensa em 1982, para só ser relançada sob o impulso do livro Branco (1985) onde, (ponto 137 consagrado à cooperação industrial) se refere a sociedade anónima europeia, fundada no direito europeu, como um dos instrumentos apropriados à realização do mercado interno.

Desde aí, sucessivos apelos têm sido feitos (*) às instituições comunitárias competentes no sentido de efectuarem progressos rápidos na criação duma sociedade de direito europeu, no entanto, as dificuldades em torno de base legal e da equivalência dos sistemas de participação dos trabalhadores suscitam algumas polémicas que o tempo vem esbatendo mas que ainda não eliminou totalmente.

(41) JOC 124, de 10 de Outubro de 1970 e suplemento nº 4/75 do Boletim das Comunidades.

(*) Destaque-se os apelos efectuados pela presidência do Conselho Europeu de Bruxelas realizado em 29 e 30 de Junho de 1987 e no "Mémoradum" enviado em 15/7/88 pela Comissão ao Parlamento, ao Conselho e aos parceiros sociais.

3.2.1.2.1. Regime fiscal comum previsto para as fusões na Directiva 90/434 da Comunidade Económica Europeia

A Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, relewa o princípio de que as fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes podem ser necessárias para criar, na Comunidade, condições análogas às de um mercado interno e assegurar deste modo a realização e o bom funcionamento do mercado comum. A realização destas operações são referidas como necessárias para criar empresas de dimensão europeia adaptadas às exigências do mercado comum, com maiores níveis de produtividade e com mais possibilidades de reforçar a sua posição concorrencial no plano internacional. Deste modo, à Comunidade cabe zelar para que a concretização daquelas operações não sejam entravadas por restrições, desvantagens ou distorções particulares resultantes das disposições fiscais dos Estados-membros.

Face à impossibilidade de eliminar a penalização fiscal existente para as operações transfronteiriças através do alargamento dos regimes internos dos diferentes países comunitários (tal era a importância das suas diferenças), os doze colocaram-se de acordo sobre a necessidade da existência de um regime fiscal comum aplicável em cada Estado-membro. Este regime fiscal responde a uma dupla preocupação claramente enunciada: evitar a tributação das operações de reestruturação abrangidas pela directiva e salvaguardar os interesses financeiros do Estado da sociedade contribuidora ou adquirida o que relativamente às fusões, cisões e entradas de activos exige que os activos transferidos sejam afectos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária situado no Estado-membro da sociedade contribuidora. Desta forma permite-se ao Estado da sociedade contribuidora ou adquirida abster-se de tributar na altura de fusão ou transferência, sem que por isso perca o direito de tributar posteriormente.

De referir também, a faculdade que os Estados-membros têm de recusar a aplicação da Directiva sempre que a realização das operações em causa tenha como objectivo a fraude ou a evasão fiscal ou permitam que uma sociedade fuja à legislação em matéria de representação dos trabalhadores nos órgãos sociais(*).

(*) Recordamos que o clausulado anti-abuso responde, designadamente, às preocupações da Alemanha e da Holanda a que anteriormente nos referimos.

3.2.1.2.1.1. Âmbito de aplicação da Directiva

Além das fusões, a Directiva é aplicável também às cisões, entrada de activos e permuta de acções em que participem sociedades de dois ou mais Estados-membros (artº. 1º.).

No que concerne à fusão, a definição que consta da al. a) do artº. 2º. da Directiva, apoia-se nos termos dos artº.s 3º. e 4º. da proposta de Décima Directiva do Conselho, relativa à fusão transfronteiriça de sociedades anónimas e abrange três situações:

i) A fusão-incorporação, definida como a operação pela qual uma ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para outra sociedade já existente, mediante atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da outra sociedade, e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos;

ii) A fusão por criação de uma nova sociedade, caso em que duas ou mais sociedades transferem, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para uma sociedade que constituam, mediante a atribuição aos respectivos sócios de títulos representativos do capital social da sociedade nova, e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na ausência de valor nominal, do valor contabilístico desses títulos;

iii) A fusão no caso em que uma sociedade transfere, na sequência e por ocasião da sua dissolução sem liquidação, o conjunto do activo e do passivo que integra o seu património para a sociedade detentora da totalidade dos títulos representativos do seu capital social.

As entidades abrangidas são as "sociedades de um Estado-membro", precisando a directiva este conceito segundo três critérios cumulativos (artº. 3º.):

1. A sociedade deverá revestir uma das formas jurídicas mencionadas no anexo á directiva (no caso português, as sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, bem como outras pessoas colectivas que exerçam actividades comerciais ou industriais, constituídas de acordo com a legislação portuguesa);

2. A sociedade deverá de acordo com a legislação fiscal de um Estado-membro ser considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado e, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade;

3. Que a sociedade esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta a um imposto sobre o rendimento das sociedades num dos Estados-membros (no caso português ao imposto sobre o rendimento de pessoas colectivas).

Face a algumas dificuldades de interpretação surgidas relativamente às entidades abrangidas pela Directiva, foi publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º C 225 de 20 de Agosto de 1993 (42), uma proposta de directiva do Conselho que modifica a Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes, e que prevê a substituição do texto original do art.º 3.º, no sentido de alargar o seu campo de aplicação a "todas as empresas que possam exercer actividades transfronteiriças na Comunidade e que se encontrem sujeitas ao imposto sobre o rendimento das sociedades num Estado-membro".

Na redacção actual, o art.º 3.º da Directiva, limita a aplicação das suas disposições às sociedades que cumpram com os três critérios anteriormente referidos, enquanto na nova redacção elimina-se o primeiro

(42) A proposta de Directiva 93/ C 225/05, apresentada pela Comissão em 26 de Julho de 1993 prevê a data limite de 1.1.94 para a sua transposição pelos Estados-membros. É óbvio que, caso a proposta se traduza em directiva este prazo terá de ser alterado.

requisito, estendendo-se a sua aplicação a qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, satisfaça as seguintes condições (*):

a) Que, de acordo com a legislação fiscal de um Estado-membro, seja considerada como tendo o seu domicílio fiscal nesse Estado e, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da Comunidade;

b) Que, além disso, esteja sujeita, sem dele se encontrar isenta, a um dos impostos sobre o rendimento das sociedades existentes nos diferentes Estados-membros.

(*) Artigo 1º. da proposta de Directiva 93/C 225/05.

3.2.1.2.1.2. Análise do regime fiscal comum aplicável às fusões (*)

a) Regras relativas às sociedades intervenientes na fusão

A Directiva estabelece em primeiro lugar que a fusão não implica qualquer tributação das mais-valias que são determinadas pela diferença entre o valor real dos elementos do activo e do passivo transferidos e o seu valor fiscal (artº. 4º. nº. 1) (**). O valor fiscal é entendido como sendo "o valor que teria sido fixado para o cálculo de um ganho ou de uma perda a considerar para efeitos de determinação da matéria colectável de um imposto sobre o rendimento, sobre os lucros ou sobre as mais-valias da sociedade contribuidora, se estes elementos do activo e do passivo tivessem sido vendidos no momento da fusão ou da cisão, mas independentemente destas operações".

Como refere Freitas Pereira (43), esta definição de valor fiscal parece corresponder ao valor líquido contabilístico dos elementos transferidos, eventualmente corrigidos nos termos da legislação fiscal de cada país já que se estabelece que esse valor é correspondente ao que seria tomado em consideração para efeitos de matéria colectável respectiva se os elementos do activo e passivo tivessem sido vendidos no momento da fusão, mas independentemente dessa operação.

A aplicação do nº. 1 do artº. 4º. está no entanto subordinada ao compromisso da sociedade beneficiária em calcular as novas amortizações e as mais-valias ou menos-valias relativas aos elementos obrigatoriamente transferidos para seu estabelecimento estável nas mesmas condições em que teriam podido fazê-lo as sociedades contribuidoras se a fusão não tivesse ocorrido.

(*) A análise que a seguir efectuamos, centra-se na operação que é objecto de estudo no trabalho (a fusão), contudo, o regime fiscal em análise é apresentado na Directiva como comum também à cisão e à entrada de activos.

(**) Ao referir-se aos elementos do passivo, o legislador está a contemplar a perspectiva anglo-saxónica que entende as mais-valias num sentido amplo que engloba os ganhos eventualmente resultantes de registar o passivo real por valor inferior ao mencionado no balanço da sociedade contribuidora.

(43) PEREIRA, M. H. de Freitas, "A Directiva Comunitária relativa ao regime fiscal comum aplicável a Fusões, Cisões, Entradas de activos e Permutas de acções", Fisco nº. 47, Outubro de 1992, p. 8.

Se (em acordo com a legislação do Estado-membro da sociedade contribuidora) for permitido à sociedade beneficiária calcular as amortizações e as mais-valias ou menos-valias em condições diferentes, o regime não será aplicável aos elementos relativamente aos quais a sociedade beneficiária vier a utilizar essa faculdade.

No artº. 5º. a Directiva prevê que a sociedade beneficiária através do seu estabelecimento estável se substitua igualmente à sociedade contribuidora relativamente às provisões e reservas constituídas e aceites fiscalmente na sociedade contribuidora (excepto se as provisões ou reservas respeitarem a estabelecimentos estáveis da sociedade contribuidora situados no estrangeiro, uma vez que com a fusão de que é beneficiária uma sociedade não residente, o Estado da sociedade contribuidora deixa de poder tributar no futuro a anulação dessas provisões e reservas).

Prevê-se também a transmissibilidade para a sociedade beneficiária dos prejuízos da sociedade contribuidora ainda não deduzidos, desde que essa possibilidade exista relativamente às fusões realizadas entre empresas residentes no Estado da sociedade contribuidora. Se no plano interno, a transmissão de prejuízos está sujeita a autorização, ou não for permitida, então será esse o regime a aplicar também nas fusões transfronteiriças (artº. 6º).

No caso da fusão-incorporação isenta-se de tributação a eventual mais-valia obtida pela sociedade incorporante em virtude da anulação de uma participação sua na sociedade incorporada. Qualquer dos Estados-membros pode, no entanto, derrogar esta disposição sempre que a participação da sociedade beneficiária no capital da sociedade contribuidora não exceda 25% (artº. 7º).

Na já referida proposta de Directiva (93/C 225/05) publicada no J. O. C. E. nº. C 225 de 20 de Agosto de 1993, também se alvitra a substituição do nº. 2 do artº. 7º. da Directiva 90/434/CEE. O objectivo desta alteração é a necessidade de harmonização relativamente ao conceito de "participação mínima", entre esta Directiva e uma outra, sobre o regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes (Directiva 90/435/CEE).

O legislador comunitário considera oportuno conciliar as duas noções de participação, propondo uma nova redacção para o nº. 2 do artº. 7º. da Directiva "fusões", onde abandona o limite actual para o exercício pelos Estados-membros do direito à derrogação, fazendo depender o uso dessa faculdade quando "a participação detida pela sociedade beneficiária no

capital da sociedade contribuidora não lhe confira a qualidade de sociedade-mãe, nos termos das disposições nacionais adoptadas em aplicação do n.º 1, alínea a) do art.º 3.º da Directiva 90/435/CEE".

b) Regras relativas aos sócios das sociedades fundidas/incorporadas

O artigo 8.º da Directiva dispõe que a atribuição de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária a um sócio da sociedade contribuidora, em troca de títulos representativos desta última, não deve implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias obtidas por este sócio.

Como condição para este tratamento neutral impõe-se que o sócio não atribua aos títulos recebidos como parte da fusão, um valor fiscal (*) superior ao dos títulos que transferiu (os Estados-membros vêm desta forma assegurada a possibilidade de tributar posteriormente eventuais aumentos de valor).

Se a lei do Estado-membro da residência do sócio o autorizar a optar por um tratamento fiscal diferente do descrito, o princípio de "não-tributação" previsto naquele artigo não será aplicável em relação aos títulos representativos relativamente aos quais o sócio exerceu o seu direito de opção.

De referir ainda que a Directiva não impede os Estados-membros à tributação dos eventuais pagamentos em dinheiro efectuados aos sócios aquando da fusão.

c) Regras relativas ao caso especial da transferência de um estabelecimento estável.

Quando a sociedade contribuidora dispõe de um estabelecimento estável (**) situado num outro Estado-membro que não o desta sociedade,

(*) Por valor fiscal entende-se "o valor que seria tomado em consideração para o eventual cálculo de um ganho ou uma perda para efeitos de determinação da matéria colectável de um imposto sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do sócio".

(**) O estabelecimento estável é uma criação jurídica-fiscal, que sustenta a actividade económica num Estado, de uma empresa residente noutro Estado. É através do estabelecimento estável que se concretizam os direitos deste Estado a tributar a sociedade estrangeira pelo exercício daquela actividade.

este último renuncia ao direito de tributar o estabelecimento estável. A Directiva permite, no entanto, ao Estado da sociedade contribuidora reintegrar nos lucros tributáveis desta, os prejuízos anteriores do estabelecimento estável que tenham sido eventualmente deduzidos dos lucros tributáveis da sociedade neste Estado e que não tenham sido compensados (artº .10º. nº. 1).

O Estado em que se situa o estabelecimento estável e o Estado da sociedade beneficiária aplicarão as disposições da Directiva, como se o primeiro Estado fosse o da sociedade contribuidora.

O nº. 2 do artº. 10º. admite a possibilidade de derrogação do tratamento precedente se no Estado da sociedade contribuidora for aplicável o regime do lucro mundial, situação em que terá direito a tributar os lucros ou as mais-valias do estabelecimento estável verificado por ocasião da fusão desde que autorize a dedução do imposto que, na falta das disposições da directiva, incidiria sobre tais lucros ou mais-valias no Estado em que se situa o estabelecimento estável e admita aquela dedução do mesmo modo e pelo mesmo montante que teria aplicado se o imposto tivesse efectivamente sido liquidado e pago.

d) Cláusulas de salvaguarda

A inclusão de uma disposição relativa a utilizações abusivas (integrada pela primeira vez na proposta de directiva em 1980, por forma a responder aos receios da Alemanha e da Holanda) parece ter sido decisiva para a adopção da Directiva 90/434/CEE, pelo Conselho. Com base nas disposições da alínea a) do artº. 11º. qualquer dos Estados-membros pode recusar ou anular a aplicação das disposições fiscais previstas pela Directiva, sempre que a fusão "tenha como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais".

Concede-se às autoridades fiscais nacionais um poder de apreciação dos motivos da operação estando inclusivamente previsto que a inexistência de razões económicas válidas, tais como a racionalização ou reestruturação das actividades das sociedades que participam na operação, pode constituir presunção de que o objectivo dessa operação é a fraude ou a evasão fiscais.

A alínea b) do artº. 11º. reflecte as considerações da Alemanha sobre a possibilidade da fusão (e outras operações abrangidas pela Directiva) ser utilizada de modo abusivo para fugir à participação dos trabalhadores nos órgãos de gestão, ao admitir a possibilidade de qualquer Estado-membro

recusar a aplicação no todo ou em parte do regime da Directiva sempre que na sequência da fusão uma sociedade deixe de preencher as condições relativas à representação dos trabalhadores nos órgãos sociais nos moldes aplicáveis antes da operação.

Esta faculdade deixará contudo de poder ser exercida pelas autoridades dos Estados-membros a partir do momento em que a regulamentação comunitária (44) inclua disposições equivalentes em matéria de representação dos trabalhadores que seja aplicável às sociedades que são objecto da Directiva.

(44) A proposta de 5ª Directiva relativa à estrutura das sociedades anónimas e à competência dos respectivos órgãos prevê vários sistemas equivalentes de representação dos trabalhadores, o que facilitará a solução definitiva dos problemas da fusão transfronteiriça.

3.2.1.2.2. Transposição do regime fiscal da Directiva 90/434/CEE, no que respeita às fusões para o Código do IRC.

Em Portugal, a aplicação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas conformes com a Directiva 90/434/CEE, iniciaram-se com uma autorização dada na Lei do Orçamento publicada a 9 de Março de 1992, artº. 40º. a), mas, existiu incumprimento das disposições comunitárias (que deveriam ter sido transpostas antes de 1 de Janeiro de 1992) até à publicação do Decreto-Lei nº. 123/92, de 2 de Julho, que aditou ao CIRC entre outros o artº. 62º.-A, relativo a fusões e cisões de sociedades de diferentes Estados-membros das Comunidades Europeias. Neste artigo do código prevê-se a extensão do regime do artº. 62º. do CIRC (que de certa maneira já reflectia as disposições comunitárias) (45), à fusão de sociedades tal como é definida na alínea a) do nº. 2 da Directiva comunitária, em que intervenham também sociedade(s) de outros Estados-membros das Comunidades Europeias, desde que todas as sociedades intervenientes se encontrem nas condições estabelecidas no artº. 3º. da Directiva (*).

Exceptua-se do âmbito de aplicação do regime, a transmissão de navios e aeronaves, ou bens móveis afectos à sua exploração, quando a entidade beneficiária dos mesmos seja residente de Estado-membro diferente do da sociedade contribuidora, isto porque "de acordo com o que é norma nas convenções destinadas a eliminar a dupla tributação (cf. artigos 8º. e nº. 3 do artigo 13º. da Convenção Modelo da OCDE), os ganhos provenientes da alienação de navios ou aeronaves explorados no tráfego internacional e de bens móveis afectos à sua exploração são tributados apenas no Estado em que se situa a direcção efectiva da sociedade, pelo que não é possível salvaguardar nesse caso os direitos de tributação do Estado-

(*) Uma das condições estabelecidas no artº. 3º. da Directiva 90/434/CEE obriga as sociedades intervenientes (no caso português) a estar sujeitas ao Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas (Ver página nº. 76 deste trabalho). Note-se porém que, o regime especial do CIRC aplicável às fusões realizadas no plano nacional não condiciona a sua aplicação a sociedades sujeitas a um regime tributário específico. Ora, perante a ausência de uniformidade nos requisitos, não deixa de ser defensável uma aproximação entre os dois regimes.

(45) Ver nº. 11 do preâmbulo ao Código do IRC, Ed. D.G.C.I., 1990, p. 65.

-membro da sociedade que transmite esses bens" (46).

Como condicionante à aplicação do regime do artº. 62º.-A temos a obrigatoriedade de, após a fusão, o Estado português manter no seu território os elementos do activo e do passivo da sociedade residente, transmitidos em consequência da fusão, afectos a um estabelecimento estável da sociedade beneficiária, concorrendo para a determinação do lucro tributável imputável a esse estabelecimento estável (nº. 3 do artº. 62º.-A do CIRC).

Na determinação do lucro tributável desse estabelecimento estável são aplicáveis as regras do nº. 3 do artº. 62º. do CIRC relativas ao apuramento dos resultados respeitantes aos elementos patrimoniais transmitidos, provisões, reintegrações e amortizações. Estas regras foram objecto de análise no ponto 3.2.1.1.3., quando do estudo do regime especial aplicável às fusões no plano nacional.

A regra geral de que em consequência da fusão as provisões da sociedade contribuidora não são consideradas proveitos ou ganhos, conhece uma excepção, quando essas provisões respeitarem a estabelecimentos estáveis dessa sociedade situados fora do território português, o que é compreensível uma vez que com a fusão de que é beneficiária a sociedade não residente, o Estado português deixa de poder tributar no futuro a anulação dessas provisões (alínea a) do nº. 4, artº. 62º.-A do CIRC).

Relativamente à transmissibilidade de prejuízos fiscais, da sociedade residente para o agora estabelecimento estável da sociedade beneficiária, é admitida tal como está prevista no Código do IRC, artº. 62º., nº. 5, desde que efectuada no lucro tributável do estabelecimento estável situado em território português e no que concerne aos prejuízos que lhe sejam imputáveis.

No nº. 5 do artº. 62º.-A do CIRC estende-se a aplicação do regime deste artigo, à determinação do lucro tributável imputável a um estabelecimento estável situado em território português abrangido entre os bens transmitidos por uma fusão de sociedades de outros Estados comunitários que estejam nas condições do artº. 3º. da Directiva 90/434/CEE.

O caso especial da transferência de um estabelecimento estável de uma sociedade residente em Portugal operado por ocasião de uma fusão está contemplado pelo nº. 6 do artº. 62º.-A do CIRC. O legislador atendendo a

(46) PEREIRA, M. H. de Freitas, "A Directiva Comunitária relativa ao regime fiscal comum aplicável a fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções", Publicação citada, p. 8.

que em Portugal se aplica o regime de tributação do lucro mundial, sintonizou a disposição com o previsto no artigo 10º. nº. 2 da Directiva, excluindo da aplicação do regime especial do artº. 62º.-A, o estabelecimento estável, sendo os resultados verificados em consequência da fusão tributados, possibilitando-se no entanto à sociedade residente a dedução do imposto que, na falta das disposições da Directiva 90/434/CEE, "seria aplicável no Estado em que está situado esse estabelecimento estável, sendo essa dedução feita do mesmo modo e pelo mesmo montante a que haveria lugar se aquele imposto tivesse sido efectivamente liquidado e pago".

A dedução do imposto é feita de acordo com o artº. 73º. do CIRC (*), que independentemente da existência de convenção destinada a eliminar a dupla tributação com o país onde se situa o estabelecimento estável em causa, prevê a possibilidade de deduzir à colecta do IRC, o menor dos dois valores:

- Imposto sobre o rendimento liquidado e pago no Estado do estabelecimento estável na falta da Directiva 90/434/CEE;

- Fracção do IRC, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que no país do estabelecimento estável em causa possam ser tributados.

De referir ainda que por ocasião da fusão de uma sociedade portuguesa com sociedade de outro Estado-membro das Comunidades Europeias a legislação fiscal faz diversas exigências de natureza declarativa (nº.s 7 e 8 do artº. 62º.-A do CIRC). A sociedade que transmite os elementos patrimoniais por motivo de fusão, está obrigada a apresentar como anexos à declaração periódica de rendimentos (artº. 94º.-alínea b) do CIRC):

- Declaração passada pela sociedade para a qual os elementos patrimoniais são transmitidos em que esta se compromete com o previsto nas alíneas b) e c) do nº. 1 e nº. 3 do artº. 62º. do Código do IRC;

(*) A actual redacção foi introduzida pela Lei nº. 75/93, de 20 de Dezembro, que entrou em vigor em 12 de Janeiro de 1994. Antes desta modificação, a forma de dedução do imposto dependia da existência ou não de convenção destinada a eliminar a dupla tributação com o país do estabelecimento estável. A ausência de convenção implicava o tratamento do imposto como um simples custo, enquanto a existência de convenção permitia uma dedução à colecta apurada na sociedade residente.

- Declarações comprovativas, confirmadas e autenticadas pelas autoridades fiscais do outro Estado-membro da Comunidade Europeia de que são residentes as outras sociedades intervenientes na operação e de que se encontram nas condições estabelecidas no artº. 3º. da Directiva 90/434/CEE.

No caso da sociedade residente transmitir um estabelecimento estável situado na CEE exige-se ainda, um documento passado pelas autoridades fiscais do Estado-membro onde se situa o estabelecimento estável mencionando o imposto que aí seria devido na ausência das disposições da Directiva 90/434/CEE.

A cláusula antiabuso prevista no nº. 8 do artigo 62º.-A do CIRC, deixa às autoridades fiscais portuguesas a possibilidade de não aplicar total ou parcialmente, o regime especial que vimos analisando, quando se conclua que o objectivo principal ou um dos objectivos principais que preside à fusão é a fraude ou evasão fiscais.

Da remissão para o texto da Directiva transposta se conclui que é igualmente motivo para recusar a aplicação do artigo 62º.-A do CIRC, a inexistência de motivos económicos válidos para a realização da fusão.

3.2.1.3. Regime fiscal aplicável aos sócios

Como referimos atrás, a fusão obriga à extinção de algumas das sociedades participantes (ou todas na fusão propriamente dita) que transferem os seus patrimónios para uma sociedade preexistente que se vê alargada (ou para uma sociedade nova), passando os sócios das sociedades cedentes a fazer parte do substrato pessoal da sociedade final. Em consequência da operação, os sócios das sociedades extintas entregam as suas participações em contrapartida de certo valor que recebem da sociedade nova ou incorporante.

As implicações fiscais desta permuta de participação sociais, eventualmente acompanhada de certa quantia em dinheiro, é em seguida objecto de análise ao nível dos sócios da sociedade cedente (pessoas colectivas e pessoas singulares) e depois ao nível dos detentores do capital da sociedade incorporante, já que estes últimos, podem também ver afectada a sua situação fiscal em consequência da alteração na relação de forças no interior da sua sociedade em consequência do aumento de capital.

3.2.1.3.1. Efeitos sobre os sócios das sociedades fundidas/incorporadas

No que respeita ao regime aplicável aos sócios da sociedade fundida/incorporada, dispõe o artº. 63º. (*):

" 1 - No caso de fusão de sociedades a que seja aplicável o regime especial estabelecido nos artigos 62º. ou 62º.-A, não haverá lugar, relativamente aos sócios das sociedades fundidas, ao apuramento de ganhos

(*) A redacção actual do número 1 do artº. 63º. foi dada pelo artº. 1º. do Dec-Lei nº. 123/92, de 2 de Julho, em consequência da adaptação do CIRC às operações de fusão (e cisão) em que intervenham sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade Económica Europeia. A redacção «primitiva» era a seguinte:

" 1 - Relativamente aos sócios das sociedades fundidas não haverá lugar ao apuramento de mais-valias ou menos-valias realizadas em consequência da fusão desde que, na sua contabilidade, seja mantido para as novas participações sociais o valor pelo qual as antigas se encontravam registadas".

ou perdas para efeitos fiscais em consequência da fusão, desde que na sua contabilidade seja mantido quanto às novas participações sociais o valor pelo qual as antigas se encontravam registadas.

2 - O disposto no número anterior não obsta à tributação dos sócios das sociedades fundidas relativamente às importâncias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas em consequência da fusão.

Pode-se pois concluir que o tratamento fiscal das mais-valias realizadas pelos sócios pessoas colectivas das sociedades fundidas/incorporadas depende da sua opção por manter ou não as novas participações sociais contabilizadas pelo valor das antigas:

- Se as novas participações sociais forem contabilizadas pelos valores pelo qual as antigas se encontravam registadas, as mais-valias não são apuradas, admitindo-se que os sócios ainda não realizaram a sua parte no capital, verificando-se em consequência da fusão uma mera troca de títulos de participação social. A eventual mais-valia só influenciará o lucro tributável dos sócios no exercício em que estes transmitam a participação social da sociedade fundida/incorporada;

- Em caso de contabilização das novas participações sociais por valor diferente do das antigas, a mais-valia concorre para a formação do lucro tributável do exercício em que a fusão teve lugar de acordo com o regime geral do CIRC.

A redacção do n.º 1 do art.º 63.º, suscitou algumas dúvidas relativamente ao tipo de «sócios» que aí são referidos. Questionou-se a sua aplicação no caso dos sócios serem pessoas singulares pelo facto do diploma em que a norma se insere regular o imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas e também pela menção que faz ao registo contabilístico das participações sociais que, como se sabe, não é sempre obrigatório para as pessoas singulares.

A polémica assenta no facto do CIRS não contemplar inicialmente no art.º 10.º (rendimentos da categoria G) a mais-valia resultante da troca de

participações sociais gerada pela fusão. Medina Carreira (47) analisa assim o problema:

"Nas fusões não há qualquer acto de alienação; carece de sentido dizer que o sócio X, da sociedade fundida A, alienou a favor de si mesmo a sua posição social. Entendemos é que os direitos de X, relativamente a A se extinguem com a fusão: trata-se de uma extinção objectiva. Esta extinção funciona como facto constitutivo de uma nova situação jurídica, a de sócio da sociedade resultante da fusão.

Sendo pressuposto da tributação em IRS a obtenção de um ganho através da alienação onerosa de partes sociais (artº. 10º., nº. 1, al. b) do CIRS), certo é não poder aplicar-se esta norma de incidência à operação de fusão em que X não pode, obviamente, alienar em benefício de X".

O artº. 3º. do Decreto-Lei nº. 123/92, de 2 de Julho viria determinar a aplicação do disposto no artº. 63º. do CIRC, com as necessárias adaptações, aos sócios que sejam pessoas singulares para efeitos de IRS.

Posteriormente, com o Decreto-Lei nº. 6/93, de 9 de Janeiro, aditaram-se ao Código do IRS disposições no sentido de que a atribuição dos títulos representativos do capital da sociedade nova/incorporante aos sócios das sociedades fundidas/incorporadas que sejam pessoas singulares só não dá lugar a qualquer tributação se estes continuarem a valorizá-los para efeitos fiscais pelo valor dos antigos (nº.s 8 e 10 ambos do artº. 10º. do CIRS).

O nº. 2 do artº. 63º. do CIRC e os nº.s 8 e 10 do artº. 10º. do CIRS, admitem a hipótese de numa fusão realizada ao abrigo do regime especial do CIRC não ser exclusivamente atribuído aos sócios títulos de participação da nova sociedade ou da sociedade incorporante. Isto é, prevê-se a entrega de importâncias em dinheiro, ao abrigo do nº. 5 do artº. 97º. do Código das Sociedades Comerciais (*). Nesta hipótese, determina-se a tributação nos termos gerais das mais-valias correspondentes às quantias em dinheiro atribuídas para além dos títulos de participação social da sociedade nova ou incorporante.

(47) CARREIRA, Medina, "Concentração de Empresas e grupos de sociedades/aspectos históricos, económicos e jurídicos", Documento do IESF nº. 3, 1992, p.86.

(*) Nos termos do nº. 5 do artº. 97º. do C.S.C. a atribuição aos sócios da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas de quantias em dinheiro não pode exceder dez por cento do valor nominal das participações que lhe forem atribuídas.



Esta disposição da lei fiscal não é acolhida de forma pacífica por todos os autores. Raúl Ventura, certamente preocupado com a exequibilidade da troca de participações sociais protesta desta forma contra a tributação das quantias em dinheiro atribuídas aos sócios da sociedade incorporada ou sociedades fundidas:

"A tributação das importâncias em dinheiro esquece a finalidade principal visada pela lei comercial: a solução do problema dos «restos». Não se trata de um lucro ou rendimento auferido pelo sócio, mas sim de uma importância em dinheiro que substitui as participações na nova sociedade ou na sociedade incorporante que o sócio deveria receber e não recebe por dificuldades da paridade unitária. Ser privado das novas participações e ainda por cima ser tributado em IRC é castigo forte demais para quem nenhuma culpa tem nos acontecimentos" (48).

Embora compreendendo os argumentos não partilhamos desta opinião pois obtendo os sócios um ganho não se compreenderia, independentemente do motivo que o fez emergir ou da sua expressão, que não estivesse sujeito à tributação nos termos gerais prevista no Código do IRC para este tipo de rendimentos.

Por último é de referir que perdendo os sócios a qualidade de residente em território português (existente à data da fusão) o diferimento cessa e há lugar à tributação do valor que não foi considerado no momento em que se realizaram as operações (al. b) do n.º 4 e al. a) do n.º 5 ambos do art.º 7.º do CIRC e al. b) do n.º 9 e n.º 10 do art.º 10.º do CIRS).

Nos termos do n.º 2 do art.º 10.º do CIRS não estão sujeitos a tributação os ganhos relativos à alienação de acções, auferidas por pessoas singulares, detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses (al. c) n.º 2 do art.º 10.º do CIRS).

(48) VENTURA, Raúl, ob. citada, p. 52.

3.2.1.3.2. Efeitos sobre os sócios da sociedade incorporante

Revestindo a fusão a modalidade de incorporação os sócios da sociedade incorporante encontram-se em situação idêntica à dos sócios de uma outra qualquer sociedade que proceda a aumento do seu capital, pelo que da operação não advém em princípio qualquer consequência de natureza fiscal. Esta inocuidade tributária pode, contudo, em alguns casos, não se verificar uma vez que o aumento do capital social por incorporação de uma ou várias sociedades, pode reduzir a percentagem de participação dos sócios da sociedade incorporante e, conseqüentemente, impedir a sua inclusão em regime especial mais favorável previsto no CIRC destinado a atenuar a dupla tributação dos lucros distribuídos.

Uma das soluções destinados a contemplar a problemática da dupla tributação económica encontra-se no artº. 45º. daquele código e prevê que na determinação do lucro tributável da sociedade participante se deduza uma percentagem correspondente a 95% dos lucros distribuídos por entidades com sede ou direcção efectiva em território português, sujeitas e não isentas de IRC ou sujeitas ao imposto sobre o jogo, desde que a participação no capital social seja igual ou superior a 25% e que tenha permanecido na titularidade do sujeito passivo durante dois anos consecutivos ou desde a constituição da entidade participada, contanto que neste último caso seja mantida durante aquele período.

Para beneficiar deste regime, a sociedade participante (se não se encontrar entre as pessoas colectivas previstas nos números 2 e 3 do artº. 45º. CIRC) tem que se manter titular de, pelo menos, 25% do capital da participada, o que pode deixar de acontecer a partir do momento em que se aumenta o capital social da sociedade incorporante.

A título exemplificativo, se considerarmos a sociedade A como sociedade incorporante e a sociedade B como incorporada e admitindo que o capital de A antes da fusão é composto por 500 000 acções de 5 000\$00 e que a operação obriga a um aumento no capital social de 750 000 000\$00 (correspondente a 150 000 acções), uma terceira sociedade (C) que detém 130 000 acções de A e que vinha beneficiando do regime do artº. 45º. do CIRC, vê-se afastada desse tratamento fiscal particular, uma vez que a partir do momento da fusão vê reduzida a sua participação de 26% para 20% do capital.

Aos sujeitos passivos de IRC que em sequência do aumento de capital da sociedade incorporante deixem de satisfazer a condição de participação mínima estabelecida no n.º 1 do art.º 45.º, aplica-se a solução dos art.ºs 71.º e 72.º que se consubstancia num crédito de imposto correspondente a 50% (*) do IRC que tiver recaído sobre o lucro distribuído.

Esta última solução com que a sociedade pode ser confrontada em consequência da fusão é mais gravosa em termos fiscais como se pode constatar pelo exemplo seguinte (49):

Considerando a hipótese em que o lucro fiscal (Lf) assume o valor de 100 e que o lucro fiscal e o lucro a distribuir (Ld) estão relacionados pela seguinte igualdade:

$$Lf = Ld + 0,396 f$$

A expressão $0,396 Lf$ resulta da soma do IRC (0,36) com o valor máximo possível para a derrama (D) que é de 0,1 do IRC.

O lucro a distribuir é obtido através da igualdade $Lf = Ld + 0,36 Lf$, donde resulta:

$$100 = Ld + 0,396 \times 100$$

$$Ld = 100 - 39,6$$

$$Ld = 60,4$$

I. Regime do art.º 45.º do CIRC

a) Tributação na sociedade participada

$$IRC + D = 0,396$$

(*) Aplicável desde o exercício de 1993 inclusive. A percentagem inicialmente prevista no CIRC era de 20%, posteriormente alterada em 1991 para 35%.

(49) Os cálculos que se apresentam resultam de um trabalho de actualização dos utilizados pelo Prof. António J. Carvalho na comunicação "A fiscalidade portuguesa e a consolidação de contas" à conferência "Consolidação das contas dos grupos de empresas", ISEG, 4 de Dezembro de 1990.

b) Tributação na sociedade participante

b1) Acções não cotadas

$$\begin{aligned} \text{IRC} + \text{D} &= 0,396 \times [60,4 - (60,4 \times 0,05) (*) - (0,95 \times 57,38)] \\ &= 1,136124 \end{aligned}$$

Carga fiscal: IRC + D + imposto pago por avença

$$\text{Carga fiscal: } 1,136124 + 3,020 = 4,156124$$

b2) Acções admitidas à negociação dos mercados de bolsa ou acções adquiridas no âmbito das privatizações (**):

$$\begin{aligned} \text{IRC} + \text{D} &= 0,396 \times [60,4 - (60,4 \times 0,4) - (60,4 \times 0,05) - (0,95 \times 33,22)] \\ &= 0,396 \times 1,661 \\ &= 0,657756 \end{aligned}$$

Carga fiscal: IRC + D + imposto pago por avença

$$\text{Carga fiscal: } 0,657756 + 3,02 = 3,677756$$

(*) Nos termos dos art.ºs 182.º e seguintes do CIMSISD a distribuição de dividendos de sociedades anónimas está sujeita a imposto sobre as sucessões e doações por avença, à taxa de 5%, independentemente do receptor ser pessoa singular ou colectiva ou do facto de se tratar de residentes ou não residentes no território português; não estão abrangidas pelo regime de pagamento do ISD por avença quanto às acções nominativas ou ao portador registadas ou depositadas nos termos do Decreto Lei n.º 408/82, as sociedades gestoras de participação sociais e as sociedades que auferam dividendos de outras sociedades com quem consolidem para efeitos fiscais.

(**) Ao abrigo dos regimes previstos nos artigos 31.º e 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, os dividendos relativos às acções admitidas à negociação dos mercados de bolsa contam apenas por 60% do seu quantitativo para efeitos de IRC e IRS, enquanto que os dividendos relativos às acções adquiridas na sequência de processos de privatização, contam também, durante os primeiros cinco anos após a data de finalização do processo de privatização em 60% para efeitos de IRC e IRS.

Apesar de se tratarem de benefícios a cuja concessão presidem finalidades distintas, não introduzimos a hipótese que contempla a aplicação simultânea dos dois regimes uma vez que a Administração Fiscal não aceita a concorrência destes incentivos por operarem de forma semelhante.

Carga fiscal total (%)

	Acções cotadas/privatizações	Acções não cotadas
Sociedade participada	39,6	39,6
Sociedade participante	3,677756	4,156124
	43,277756	43,756124

II. Regime do artº. 72º. do CIRC

a) Tributação na sociedade participada

$$\text{IRC} + \text{D} = 39,6$$

b) Tributação na sociedade participante

b1) Acções não cotadas

$$\begin{aligned}\text{IRC} + \text{D} &= 0,396 \times (60,4 - 3,02 + 10,872) \\ &= 27,027792\end{aligned}$$

$$\begin{aligned}\text{Crédito de imposto} &: 0,5 \times 0,36 \times 60,4 \\ &= 0,5 \times 21,744 \\ &= 10,872\end{aligned}$$

$$\begin{aligned}\text{Carga fiscal} &= \text{IRC} + \text{D} - \text{Crédito de imposto} + \text{imposto pago por avença} \\ &= 27,027792 - 10,872 + 3,02 \\ &= 19,175792\end{aligned}$$

b2) Acções cotadas/privatizações

$$\begin{aligned}\text{IRC} + \text{D} &= 0,396 \times [60,4 - (60,4 \times 0,4) - (60,4 \times 0,05) + 6,5232] \\ &= 15,7383072\end{aligned}$$

$$\begin{aligned}\text{Crédito de imposto} &: 0,5 \times 0,36 (60,4 - 24,16) \\ &= 0,5 \times 0,36 \times 36,24 \\ &= 6,5232\end{aligned}$$

$$\begin{aligned}
 \text{Carga fiscal} &= \text{IRC} + \text{D} - \text{Crédito de imposto} + \text{imposto pago por avença} \\
 &= 15,7383072 - 6,5232 + 3,02 \\
 &= 12,2351072
 \end{aligned}$$

Carga fiscal total (%)

	Acções cotadas/privatizações	Acções não cotadas
Sociedade participada	39,6	39,6
Sociedade participante	12,2351072	19,175792
	51,8351072	58,775792

Quadro comparativo da carga fiscal na sociedade participante

	Acções cotadas/privatizações	Acções não cotadas
Solução do artº. 45º.	3,677756	4,156124
Solução dos artº.s 71º. e 72º.	12,2351072	19,175792

Comparando os resultados obtidos através das duas soluções previstas no CIRC para atenuar a dupla tributação económica podemos concluir que fiscalmente se estimula as ligações entre empresas em que a percentagem de participação é mais elevada (igual ou superior a 25%). Esta evidência revela a possibilidade de penalização fiscal que existe para o sócio de uma sociedade incorporante quando devido ao aumento do capital social vê a sua participação descer abaixo da percentagem mínima que dá acesso ao regime do artº. 45º..

Nesta matéria, a neutralidade fiscal poderia ser alcançada com a introdução no Código do IRC de disposição prevendo a manutenção do regime do artº. 45º. para os antigos sócios da sociedade incorporante que vissem o valor relativo da sua participação descer abaixo dos 25% em consequência de uma operação de fusão.

3.2.1.4. Regime geral

Como referimos anteriormente o regime especial da fusão acolhido no CIRC não é de aplicação geral, uma vez que se encontra condicionado à verificação das três seguintes condições: que a sociedade para a qual é transmitido o património das sociedade fundida/incorporada tenha sede ou direcção efectiva em território português; que os elementos patrimoniais activos e passivos objecto de transmissão sejam inscritos na contabilidade daquela sociedade com os mesmos valores que tinham na sociedade fundida/incorporada; e que estes valores estejam de acordo com a legislação de carácter fiscal.

Procedimentos anteriores à fusão (como a reavaliação extraordinária dos activos pertencentes às sociedades fundidas) ou aquando da fusão (como o registo contabilístico do "goodwill") podem fazer com que aqueles requisitos não sejam cumpridos e impedem que a operação se realize ao abrigo do regime especial previsto no CIRC. Neste caso, o pressuposto é de que existe uma cessação efectiva de actividade na sociedade incorporada/fundida, aplicando-se o regime geral de tributação, ou seja não há lugar a qualquer diferimento nem para as sociedades nem para os respectivos sócios.

3.2.2. Imposto sobre o valor acrescentado

O código do imposto sobre o valor acrescentado no seu artº. 2º. sujeita a IVA as operações de transmissão de bens, desde que efectuadas no território nacional a título oneroso por um sujeito passivo. A fusão é uma operação que tem como efeito necessário a transmissão de bens. Logo, trata-se de uma situação que em princípio deveria ser tributada em IVA.

Pelo mecanismo normal previsto no CIVA, o imposto a liquidar pelo cedente seria, no caso de ambos os intervenientes serem sujeitos passivos integrais, idêntico ao que o adquirente teria direito a deduzir, pelo que, em termos globais, não resultava qualquer arrecadação em benefício do Estado e obrigava a um maior esforço financeiro para a sociedade resultante da fusão.

Por estas razões o nº. 4 do artº. 3º. do CIVA retira-lhe relevância não considerando transmissão a cessão "a título oneroso ou gratuito de estabelecimento comercial, da totalidade de um património ou de uma parte dele, que seja susceptível de constituir um ramo de actividade independente, quando em qualquer dos casos, o adquirente seja, ou venha a ser, pelo facto da aquisição, um sujeito passivo de imposto de entre os referidos na alínea a) do nº. 1 do artº. 2º."

Ficam, assim, através desta disposição especial, afastadas da incidência do imposto sobre o valor acrescentado as transmissões efectuadas no âmbito de operações de fusão (*).

No caso de a empresa beneficiária ser um sujeito passivo misto (coexistem operações tributadas e isentas sem direitos à dedução) o nº. 5 do artº. 3º. do código prevê a possibilidade de a Administração Fiscal adoptar medidas regulamentares que evitem a perda de receitas e nomeadamente a limitação do direito à dedução.

A sociedade incorporante/nova poderá ser autorizada ao utilizar os eventuais créditos das sociedades fundidas/incorporadas, desde que estas entreguem as competentes declarações de cessação de actividade e desde que seja feita prova de registo da fusão uma vez que, face ao artº. 112º. do Código das Sociedades Comerciais, aquele registo é condição de transmissão de direitos e obrigações daquelas sociedades para a sociedade

(*) O IVA fica como que "em suspenso" (por razões aliás ponderosas). No fundo é uma situação análoga à que existia no antigo Imposto de Transacções.

nova/incorporante (Despacho de 16 de Dezembro de 1994, Proc. R 13993027, do SAIVA).

Atendendo a que no âmbito do Código do IVA a fusão se apresenta como uma das causas de cessação da actividade, as sociedades incorporadas/fundidas ficam obrigadas a entregar, na repartição de finanças competente, no prazo de 30 dias a contar da data do registo da fusão as respectivas declarações de cessação de actividade.

A sociedade incorporante só terá obrigação de entregar uma declaração de alterações, no prazo de 15 dias a contar daquele evento, se da fusão resultar alguma alteração aos elementos anteriormente manifestados à Administração Fiscal.

Se da fusão resultar uma sociedade nova, esta nova entidade jurídica entrega uma declaração de início de actividade, antes de a mesma se iniciar, o qual substituirá também a declaração exigida em sede de IRC.

3.2.3. Imposto municipal de sisa

Nos termos do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, declaram-se sujeitas a sisa as transmissões de bens imóveis em virtude da fusão de sociedades comerciais, de sociedades civis sob forma comercial, ou de tais sociedades entre si ou com sociedade civil (artº. 8º. nº. 15).

Assim, na fusão por incorporação estão sujeitas a sisa as transmissões de bens imóveis das sociedades incorporadas para a sociedade incorporante e na fusão propriamente dita estão sujeitas a sisa as transmissões de bens imóveis das diversas sociedades fundidas para a sociedade nova.

Em qualquer dos casos a sisa incide sobre o valor patrimonial de todos os imóveis das sociedades fusionadas ou sobre o valor por que esses bens entrarem para o activo da sociedade resultante da fusão, se mais elevados (cf., artº. 19º., § 3º., regra 18ª. do CSISSD). Ao valor resultante da matriz juntar-se-á, para efeitos da comparação e possível incidência, o valor declarado das partes integrantes, cujo rendimento não esteja compreendido no rendimento colectável dos referidos prédios (artº. 19º. § 2º. do CSISSD).

Considera-se parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio, com carácter de permanência (artº. 204º., nº. 3 do Código Civil).

A taxa da sisa é de 10% no caso de transmissão prédios urbanos e terrenos para construção e de 8% nos restantes casos, mas em caso de fusão a taxa a aplicar é reduzida para 4% desde que todas as sociedades estejam em actividade e nenhuma possua imobiliários de valor superior ao dobro do valor dos de qualquer das outras sociedades (artº. 39º. do CSISSD).

A ausência de definição do conceito de fusão na legislação fiscal e o facto de na regra 18ª. § 3º. do artº. 19º. se utilizar inicialmente o termo "nova sociedade"(*) alimentaram desde a aprovação do código (Decreto-Lei nº. 41969, de 24 de Novembro de 1958) a suposição de que esta redução aproveitava apenas à fusão por constituição de nova sociedade.

(*) Redacção inicial da regra 18ª: "Na fusão de sociedades referidas no nº. 15 do artigo 8º, a sisa incidirá sobre o valor matricial de todos imobiliários das sociedades fusionadas, ou sobre o valor por que esses bens entrarem para o activo da nova sociedade, conforme o que for maior".

Medina Carreira (50) considera que a verdadeira intenção do legislador não é abranger as duas modalidades de fusão: "Há, porém, a figura da fusão-incorporação, caracterizada pela transferência global do património de uma ou mais sociedades para o património de uma sociedade existente (artº. 97º., nº. 4, al. a) do C.S.C.). Nesta hipótese, e por exemplo, o regime especial da taxa de sisa (artº. 39º. do Código da Sisa) não é aplicável no caso de incorporação".

Esta interpretação não coincide com a de Menezes Leitão (51). Este jurista admite que a fusão por incorporação, quando não se encontrava prevista no C.S.C., estava naturalmente sujeita a sisa por recair na regra geral de incidência prevista no corpo do artº. 2º. do CSISSD, mas com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº. 598/73, de 8 de Novembro, em que se define especificamente a figura da fusão e as espécies que pode assumir, deixou de fazer sentido limitar o alcance da disposição exclusivamente à fusão por constituição de nova sociedade.

Também os Decretos-Leis nº.s 223/82, de 7 de Junho e 252/89, de 9 de Agosto, que alteram a redacção da regra 18ª. do § 3º. do artº. 19º. contribuíram, segundo o autor, para afastar aquela interpretação inicial.

Não queremos ainda deixar de questionar o sentido da "não aplicação" da benesse de redução da taxa às situações em que intervêm sociedades que possuem imobiliários de valor superior ao dobro do valor dos de qualquer das outras. O pretexto referido para esta condicionante no preâmbulo do CSISSD é o de facilitar a reunião de empresas de nível aproximado, e não a absorção das pequenas pelas grandes. Este argumento parece hoje injustificado, tanto mais que o papel moderador do nível de concentração pode ser cumprido eficazmente pela apreciação preventiva das concentrações prevista na "lei de defesa da concorrência".

É nossa opinião que seria oportuno alterar a redacção do artº. 39º. do CSISSD por forma a eliminar essa limitação e não deixar dúvidas sobre a sua sincronia com as frequentes referências de política económica em que se acentua a necessidade de reestruturação do tecido empresarial. Provavelmente a resposta para a sua manutenção, está na generosa

(50) Veja-se a obra citada em (47), p. 88.

(51) LEITÃO, Luis Menezes, Benefícios tributários à concentração e cooperação de empresas, Ciência e Técnica Fiscal do C.E.F. da D.G.C.I., nº. 366 de Abril-Junho, 1992, p. 23.

legislação avulsa, de que damos conhecimento no ponto 3.2.5., e que tem isentado de sisa a transmissão dos imóveis necessários à concentração empresarial.

3.2.4. Imposto do selo

O imposto do selo reveste, em regra, a natureza de imposto indirecto sobre a despesa, embora nalguns casos possa surgir com a natureza de imposto directo ou até sobre o capital. O diploma que lhe serve de base é o regulamento do imposto do selo, de que fez parte integrante a tabela geral do imposto do selo que apresenta ordem alfabética todos os actos ou situações sujeitas a imposto, a taxa aplicável a cada uma e as respectivas isenções.

As operações de fusão exigem a realização de variados actos, contratos, documentos e papéis que estão referidos na Tabela do imposto do selo, uns como sujeitos e outros como isentos de imposto do selo. Dentre eles, saliente-se as isenções previstas relativamente ao aumento de capital social da sociedade incorporante (artº. 145º.) e pela constituição de uma nova sociedade (artº. 155º.).

Ao nível da incidência do imposto, para além dos que recaem sobre documentos, livros, papéis e actos que constam da tabela, de referir os custos fiscais que podem advir da transferência de imóveis. Com efeito, a transmissão de titularidade que se opera com a fusão implica a sua sujeição (artº. 50º. da TGIS) a uma taxa de 8‰ que incide sobre o valor do imóvel calculado segundo as regras aplicáveis à liquidação do imposto municipal de sisa.

Como acabamos de verificar, não se encontrando prevista a eliminação do âmbito de incidência de imposto do selo de todas as operações e actos relacionados com a fusão, este imposto pode, nalgumas situações concretas, tornar-se um encargo fiscal que não deve ser menosprezado.

O desagravamento de imposto do selo pode ainda ser alcançado através da legislação avulsa que concede benefícios fiscais aos actos de cooperação e concentração, contudo, como veremos no ponto 3.2.5. a propósito da análise dos Decretos-Leis nº.s 404/90, de 21 de Dezembro, e 143/94, de 24 de Maio, não existe opinião unânime de que estas intervenções legislativas abranjam o imposto do selo.

3.2.5. Emolumentos notariais e registrais

Examinadas as soluções retidas no âmbito dos diferentes impostos do Sistema Fiscal Português, o presente estudo não ficaria completo sem uma referência à componente emolumentar que onera a fusão de sociedades.

A formalização de diversos actos, inscrições e averbamentos inerentes à fusão de sociedades acarreta um conjunto de emolumentos que são devidos ao registo nacional de pessoas colectivas, notários e conservatórias do registo comercial e predial. Estes emolumentos notariais e registrais estão previstos nos seguintes instrumentos normativos:

a) Emolumentos do registo nacional de pessoas colectivas

Decreto-Lei n.º 42/89, de 3 de Fevereiro, Portaria n.º 366/89, de 22 de Maio, e Decreto-Lei n.º 410/90, de 31 de Dezembro.

b) Emolumentos notariais

Tabela de emolumentos notariais aprovada pelo Decreto-Lei n.º 397/83, de 2 de Novembro, alterada pelas Portarias n.º 387/87, de 5 de Maio, n.º 575/89, de 26 de Julho e n.º 1046/91, de 12 de Outubro.

c) Emolumentos do registo comercial

Tabela de emolumentos do registo comercial aprovada pela Portaria n.º 883/89, de 13 de Outubro, alterada pelas Portarias n.º 1046/91, de 12 de Outubro, e n.º 773/94, de 2 de Agosto.

d) Emolumentos do registo predial

Tabela de emolumentos do registo predial aprovada pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, alterada pelas Portarias n.º 486/87, de 8 de Junho, n.º 575/89, de 26 de Julho, e n.º 1046/91, de 12 de Outubro.

O custo total dos emolumentos varia com as especificidades de cada operação e comporta além dos emolumentos de valor fixo acréscimos variáveis calculados sobre o total do valor do acto.

As normas existentes na tabela de emolumentos do notariado (art.º 5.º), na tabela de emolumentos do registo comercial (n.º 3 do art.º 3.º) e na tabela de emolumentos do registo predial (n.º 2 do art.º 2.º) que estabelecem acréscimos aos valores fixos dos actos notariais e inscrições registrais têm sido objecto da maior contestação.

Com base nos critérios da distinção entre taxa e imposto J. Xavier de Basto e A. Lobo Xavier (52) entendem que os referidos acréscimos emolumentares (sem qualquer relação directa com o custo do serviço prestado) não devem ser considerados como taxas, constituindo, ao contrário, verdadeiros impostos que não foram validamente estabelecidos porque o seu diploma regulador não foi emitido ao abrigo de autorização legislativa mas emanado dos poderes legislativos do Governo definidos na al. a) do n.º 1 do art.º 201.º da Constituição. Assim, a inconstitucionalidade das normas é defensável uma vez que a criação e definição dos elementos essenciais dos impostos está constitucionalmente submetida ao princípio da legalidade tributária e, portanto abrangida pela reserva relativa de competência da Assembleia da República (al. i) do n.º 1 do art.º 168.º da Constituição).

De referir ainda que o disposto nesta matéria não está harmónico com o direito comunitário. Com efeito, a Directiva 69/335/CEE, relativa aos impostos indirectos sobre as reuniões de capitais, só admite que se cobrem "direitos com carácter remuneratório" por ocasião da prática de um acto notarial ou de um acto de registo relativo a sociedades, desde que apresentem ligação com o serviço prestado (n.º 1 do art.º 12.º). Os nossos emolumentos de registo e de notariado, calculados segundo a capacidade contributiva das sociedades e não de acordo com o conjunto de custos de funcionamento e investimento das entidades que prestam o serviço, deverão por isso ser considerados como uma imposição proibida pelo art.º 12.º da Directiva 69/335/CEE.

(52) BASTO, José X. de, e XAVIER, António Lobo, "Ainda a distinção entre taxa e imposto: a inconstitucionalidade dos emolumentos notariais e registrais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos", Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.ºs 1-2-3 (Janeiro-Setembro), 1994.

3.2.6. Benefícios fiscais aplicáveis à fusão de sociedades

Após a reforma da tributação do rendimento (ocorrida em 1988), surgiram diversos diplomas concedendo benefícios fiscais às operações de concentração e cooperação que demonstrem contribuir para a reestruturação ou reorganização das empresas com vista ao reforço da sua capacidade concorrencial.

A fusão como uma das modalidades importantes de concentração não foi excluída de nenhum dos quatro diplomas entretanto publicados. Nessas intervenções legislativas podemos encontrar dois grandes tipos de benefícios:

- Os que visam isentar total ou parcialmente dos impostos que incidem sobre as operações e que reduzem ou eliminam o seu custo de realização. Este tipo de benefício está representado em todos os diplomas (Decreto-Lei n.º 168/90, de 24/5; Decreto-Lei n.º 404/90, de 21/12; Decreto-Lei n.º 289/92, de 26/12 e Decreto-Lei n.º 143/94, de 24/5);

- Os que aliciam as empresas à concentração, através da concessão de incentivos vários no período posterior à realização da operação. Um exemplo deste tipo de incentivos encontra-se no Decreto-Lei n.º 289/92, de 26 de Dezembro, onde se prevê a possibilidade de dedução à colecta de IRC de uma percentagem dos investimentos realizados.

Em seguida, examinamos a política de benefícios fiscais do último quinquénio, no que respeita às fusões, através da análise do regime previsto naqueles diplomas.

1. Decreto-Lei n.º 168/90, de 24 de Maio

Trata-se de legislação especial aplicável a operações de fusão e cisão de empresas públicas e ou de empresas de capitais exclusivamente públicos a envolver em processos de privatização e em que seja necessário proceder antecipadamente a um adequado redimensionamento.

Os benefícios atribuídos constam do n.º 1 do artigo 1.º e consistem na:

- Isenção de sisa relativamente às transmissões de bens imóveis verificados no âmbito daqueles operações;

- Isenção de imposto do selo, de emolumentos e outros encargos legais relativamente aos actos, contratos, documentos e papéis exigidos pelas operações de fusão e cisão;

- Aplicação às operações em causa do disposto nos artigos 62º. e 63º. do Código do IRC (incluindo o disposto sobre transferência de prejuízos fiscais).

Os incentivos fiscais são concedidos por despacho do Ministro das Finanças, a requerimento a apresentar, antes da operação, ao Ministro das Finanças, pelos interessados.

2. Decreto-Lei nº. 404/90, de 21 de Dezembro

Antecipando o aumento de concorrência inerente à abertura da economia portuguesa à Europa em 1993 e reconhecendo a necessidade de evitar entraves de ordem fiscal aos necessários movimentos de reorganização e reestruturação que permitam aumentar a capacidade concorrencial das empresas portuguesas, o Decreto-Lei nº. 404/90, de 21 de Dezembro, veio estabelecer a possibilidade dos actos de concentração ou cooperação realizados até 31 de Dezembro de 1993, beneficiarem de um regime de incentivo fiscal que consistia na "isenção da sisa relativa à transmissão de imóveis necessários à concentração ou à cooperação, bem como de emolumentos e de outros encargos legais que se mostrem devidos pela prática daqueles actos "(artº. 1º).

A fusão de empresas, quer na modalidade de incorporação, quer na de fusão propriamente dita, está abrangida nos actos de concentração tal como entendidos respectivamente nas alíneas a) e b) do nº. 1 do artº. 2º.:

a) A fusão de empresas, mediante a constituição de uma nova sociedade, por acções ou por quotas, que integre o património global de duas ou mais empresas individuais e/ou societárias que se dissolvam;

b) A incorporação por uma empresa, mediante transmissão a seu favor, de todo ou parte do património de outra empresa, ainda que esta não se dissolva.

Relativamente ao processo e obtenção dos benefícios, estabeleceu-se no artº. 3º. que a concessão depende de despacho do Ministro das Finanças, a requerimento das empresas interessadas, que para o efeito devem acompanhá-lo de estudo demonstrativo das vantagens do acto projectado.

Sobre este estudo, o Ministro das Finanças deverá colher pareceres do Ministro da tutela da área de actividade da empresa e da Direcção-Geral da Concorrência e Preços, que atenderão respectivamente à veracidade das vantagens existentes no acto e enunciadas no estudo e se da concentração resulta ou não distorção da concorrência.

De referir que o diploma em questão suscitou desde logo algumas dificuldades interpretativas e foi alvo de significativas críticas por parte de alguns juristas, que acentuaram o seu insuficiente rigor e certeza. Menezes Leitão (53) e Silvério Mateus (54) na análise que efectuaram ao regime estipulado pelo Decreto-Lei nº. 404/90, observaram, entre outras deficiências, a utilização de conceitos jurídicos, em sentido não técnico, que se afastam de outros contemplados no ordenamento jurídico e o facto de se considerar como objecto dos incentivos os actos de cooperação e concentração e não a reorganização empresarial deles resultante. Algumas das críticas efectuadas seriam depois acolhidas na redacção do Decreto-Lei nº. 143/94, de 24 de Maio, que lhe veio suceder, mantendo até 31 de Dezembro de 1995 o regime de incentivo previsto no Decreto-Lei nº. 404/90.

Para não perder a ligação que existe entre estes dois diplomas, abrimos excepção do princípio de apresentação cronológica que inicialmente idealizámos pelo que passamos a analisar o Decreto-Lei nº. 143/94 e só depois o Decreto-Lei nº. 289/92 datado de 26 de Dezembro.

(53) LEITÃO, Luís M., obra citada em (56), pp. 8-37.

(54) MATEUS, J. S., "Reestruturação das empresas/O Decreto-Lei nº. 404/90, de 21 de Dezembro", Fisco nº.s 55/56 JUN/JUL 1993, pp. 10-18.

3. Decreto-Lei nº. 143/94, de 24 de Maio

O Decreto-Lei nº. 404/90 vigorou até 31 de Dezembro de 1993, mas os benefícios nele previstos foram mantidos até 31 de Dezembro de 1995, pelo Decreto-Lei nº. 143/94, publicado em Diário da República de 24 de Maio. O legislador efectuou, no entanto, alguns reajustamentos e introduziu também uma linguagem com recorte técnico mais precisa do que a utilizada pelo Decreto-lei anterior.

Assim, no artigo 2º. procede-se à redefinição dos actos de concentração que passaram a ser explicitamente os seguintes:

a) A fusão de sociedades, empresas públicas ou cooperativas;

b) A constituição de sociedades anónimas ou por quotas, mediante a integração da totalidade ou de parte dos activos de empresas em nome individual ou de empresas em nome individual e de sociedades, afectos ao exercício de uma actividade que constitua do ponto de vista técnico uma exploração autónoma, desde que essa actividade deixe de ser exercida pelas empresas participantes e passe a sê-lo pela nova sociedade;

Considera-se como acto de concentração, a constituição de sociedades anónimas ou por quotas, através da integração de parte dos activos - quando antes se restringia ao património global - desde que afectos ao exercício de uma actividade que restringia do ponto de vista técnico uma exploração autónoma.

c) A incorporação, por uma sociedade já constituída ou a constituir, da totalidade ou de parte do activo de outras sociedades ou empresas em nome individual, desde que a incorporação tenha por objecto todos os elementos do activo afectos ao exercício de uma actividade que constitua do ponto de vista técnico uma exploração autónoma e as sociedades ou empresas incorporadas cessem tal exercício após a incorporação;

Além da fusão por incorporação, o legislador clarifica neste preceito que pretende abranger outras formas de incorporação independente do título jurídico pelo qual se operem.

d) A cisão de sociedades, desde que tal operação dê lugar a uma concentração nas modalidades previstas nas alíneas anteriores.

Apesar da cisão não se considerar como um acto de concentração no puro sentido funcional, pode em algumas situações funcionar como técnica jurídica de suporte da concentração. É precisamente nesses casos que o legislador está a pensar quando inclui a cisão como um dos actos de concentração.

Relativamente aos benefícios concedidos mantém-se (alínea a) do artº. 1º.) a "isenção de sisa relativa à transmissão de imóveis necessários à concentração ou à cooperação" e é efectuado um ajustamento no sentido de clarificar que a isenção dos emolumentos e dos outros encargos legais, abrange não só os actos de cooperação e concentração mas ainda todos os outros actos inerentes ao processo de reorganização (transformação de sociedades, aumento de capital, modificações estatutárias etc. ...).

Na redacção da alínea b) que refere "a isenção dos emolumentos e de outros encargos legais que se mostrem devidos pela prática de todos os actos inseridos no processo de reorganização" permanece, a dúvida sobre se a expressão «outros encargos legais», que transita do anterior Decreto-Lei, se refere exclusivamente às taxas devidas pela inscrição e registo de novas empresas em alguns sectores de actividade ou se abrange também o imposto do selo. A opinião dos juristas que publicaram análises sobre o Decreto-Lei nº. 404/90 (onde a expressão também era referida) não é unânime, defendendo Silvério Mateus (55) que "embora não expressamente previsto na lei tem-se entendido que este imposto é também abrangido pelo diploma. O argumento é de que como o imposto é cobrado no acto de formalização está englobado na expressão «outros encargos legais»", enquanto Menezes Leitão (56) refere que "o legislador não fez qualquer menção expressa da concessão de uma isenção relativamente a este tipo de imposto, tem que se considerar não existir isenção deste domínio, pois uma isenção fiscal não pode, por razões de segurança jurídica, ser sem mais deduzida de uma simples referência genérica à isenção de outros encargos legais.

Aliás, sempre que em casos paralelos o legislador quis conceder uma isenção deste tipo fez-lhe referência expressa (cf. artº. 1º. do Decreto-Lei nº.

(55) MATEUS, J. S., artigo citado, p. 14.

(56) LEITÃO, L. M., artigo citado, p.35.

168/90, de 24 de Maio)".

Uma outra deficiência apontada ao Decreto-Lei n.º 404/90 é agora superada através da explicitação efectuada no n.º 1 do art.º 3.º de que é condição indispensável para a concessão dos benefícios que da reestruturação empresarial projectada resulte efeitos positivos na estrutura produtiva:

- Os benefícios previstos no artigo 1.º só poderão ser concedidos se a reorganização empresarial projectada, sem prejudicar a existência de um grau desejável de concorrência no mercado, tiver efeitos positivos em termos de estrutura produtiva, designadamente através de um melhor aproveitamento da capacidade de produção ou comercialização ou do aperfeiçoamento da qualidade dos bens ou serviços das empresas.

Esta disposição ao referir algumas das formas como se pode actuar positivamente sobre a estrutura produtiva contribui para atenuar o casuismo e a margem de discricionariedade técnica que a sua ausência no anterior diploma permitia.

No que concerne ao processo de reconhecimento dos benefícios manteve-se no essencial o processo administrativo já referido a propósito do Decreto-Lei n.º 404/90 com duas alterações dignas de menção:

- O novo diploma ajustou o seu texto à legislação entretanto publicada sobre defesa da concorrência, passando o parecer do Director-Geral da Concorrência e Preços sobre a compatibilidade da reorganização empresarial projectada com a manutenção das regras de concorrência, a ser solicitada apenas nos casos previstos no art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro;

- A concessão dos benefícios deixa de efectuar-se por despacho do Ministro das Finanças, passando a efectuar-se por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Justiça.

4. Decreto-Lei n.º 289/92, de 26 de Dezembro

Este Decreto-Lei estabelece o regime de benefícios fiscais a aplicar a projectos de investimento, a realizar até final de 1995, e que tenham como objectivo a reestruturação e a internacionalização das empresas portuguesas.

Os benefícios são concedidos em regime contratual e dirigem-se, no caso do primeiro objectivo, a projectos de investimento que visem a reconversão, modernização, fusão ou concentração de empresas que se localizem em regiões afectadas pelo impacto económico e social de sectores declarados em reestruturação.

Para além das condições gerais de acesso que constam do art.º 2.º, são referidas as seguintes condições de elegibilidade para os projectos (art.º 3.º):

- a) Apresentar um valor superior a 25000 contos, tomando em consideração unicamente as aplicações relevantes nos termos do artigo 5.º;
- b) A realização do projecto não se ter iniciado à data da apresentação da candidatura, com excepção da aquisição de terrenos e da elaboração de estudos directamente relacionados com o investimento;
- c) Demonstrar viabilidade técnica, económica e financeira;
- d) Revelar coerência face à estratégia global da ou das empresas promotoras.

Os benefícios fiscais a conceder, consistem:

1) Numa dedução à colecta de IRC, calculada em função do interesse do projecto, não podendo o seu valor ultrapassar o montante que resultar da aplicação das seguintes percentagens à totalidade das aplicações relevantes (n.º 1 do art.º 4.º):

- a) 10%, relativamente aos investimentos realizados em 1993;
- b) 8%, relativamente aos investimentos realizados em 1994;
- c) 6%, relativamente aos investimentos realizados em 1995.

Se o projecto for considerado de interesse excepcional para o país (*) as percentagens referidas poderão ser aumentadas até o dobro (n.º 2 do art.º 4.º).

2) Poderão também, sem prejuízo do limite referido em 1), ser concedida isenção ou redução de taxa (consoante a natureza do projecto de investimento) relativamente aos seguintes impostos (n.º.s 6 e 7 do art.º 4.º):

a) Imposto municipal de sisa relativamente à aquisição de imóveis destinados ao exercício da actividade industrial ou que se integrem no respectivo complexo industrial e que tenham sido adquiridos no âmbito do projecto de investimento;

b) Contribuição autárquica relativamente aos imóveis destinados ao exercício da actividade industrial ou que se integrem no respectivo complexo industrial e que tenham sido adquiridos ou construídos no âmbito do projecto de investimento;

c) Imposto do selo que for devido relativamente aos actos ou contratos realizados por escritura pública e que se integrem no projecto de investimento.

No n.º 1 do art.º 5.º referem-se as aplicações que podem ser consideradas relevantes para os investimentos que visem a reestruturação de empresas:

a) Activo fixo corpóreo afecto à realização do projecto, com excepção de:

(*) Nos termos da Portaria n.º 1240/92, de 31 de Dezembro, que veio regulamentar a aplicação do Decreto-Lei n.º 289/92, um projecto é considerado de interesse excepcional para o país quando "apresente virtualidades susceptíveis de induzir factores de modernização da economia portuguesa, através da utilização de tecnologias avançadas, da implementação de estruturas organizativas e de gestão modelares ou da introdução de melhorias significativas na produtividade e competitividade da empresa que, pelos efeitos induzidos a montante e jusante no tecido industrial e produtivo, contribuam para a redução das assimetrias existentes entre Portugal e os restantes países da Comunidade".

1) Terrenos que não se incluam em projectos do sector da indústria extractiva, destinados à exploração de concessões mineiras, águas de mesa e mineromedicinais, pedreiras, barreiras e areeiros;

2) Edifícios e outras construções não directamente ligados ao processo produtivo ou às actividades administrativas essenciais;

3) Viaturas ligeiras ou mistas ou outro material de transporte no valor que ultrapasse 20% do total das aplicações relevantes;

4) Mobiliário;

5) Equipamentos sociais, com excepção daqueles que a empresa seja obrigada a possuir por determinação da lei;

b) Activo fixo incorpóreo afecto à realização do projecto, designadamente:

1) Despesas com assistência técnica e elaboração de estudos;

2) Despesas com investigação e desenvolvimento e com estudos de impacte ambiental;

3) Despesas com patentes, licenças e alvarás;

c) Activos enquadráveis no âmbito da alínea a) a adquirir em regime de locação financeira, desde que o respectivo contrato preveja a opção de compra.

As aplicações relevantes (donde se excluem os equipamentos adquiridos em estado de uso) devem ser contabilizadas no imobilizado das empresas promotoras do investimento, exigindo-se que as imobilizações corpóreas e os investimentos financeiros aí permaneçam durante pelo menos três anos após a conclusão do projecto.

A apresentação dos processos de candidatura é feita no IAPMEI ou no ICEP (se os projectos se enquadrarem no regime contratual do investimento estrangeiro) a quem compete (artº. 6º. nº. 2):

- a) Verificar o cumprimento das condições gerais de acesso;
- b) Verificar o interesse do projecto quanto aos objectivos visados pelos benefícios fiscais;
- c) Avaliar as aplicações relevantes;
- d) Propor os benefícios fiscais a conceder.

Aquelas entidades submeterão o processo, depois de instruído, ao parecer de uma comissão tripartida, constituída por representantes do IAPMEI, ICEP e D.G.C.I. a quem é incumbida coordenação e que poderá convocar as entidades públicas e privadas que julgue conveniente.

Tendo em conta o parecer desta comissão, será tomada decisão sobre os benefícios a conceder por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Indústria e Energia e ou Comércio e Turismo, conforme o caso em apreço (artº. 7º.).

O conjunto dos objectivos e metas que constam do contrato de concessão de benefícios são acompanhados e fiscalizados pelo IAPMEI ou ICEP conforme os casos, sem prejuízo da fiscalização que compete à Direcção-Geral das Contribuições e Impostos (artº. 9º.).

O diploma prevê também disposições relativamente à resolução do contrato (artº. 10º.), efeitos da resolução (artº. 11º.) e alteração do artº. 49º.-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais (artº. 14º.).

O regulamento de aplicação do Decreto-Lei em análise consta de Portaria posteriormente publicada sob o nº. 1240/92 no Diário da República I-B série, de 31 de Dezembro de 1992.

CONCLUSÕES

4. CONCLUSÕES

Ao elaborarmos esta tese tivemos como objectivo principal analisar o tratamento que o Sistema Fiscal Português confere à fusão de sociedades por forma a concluirmos sobre o seu posicionamento em relação à operação: se a promove, se representa um obstáculo ou ainda, como seria desejável, se é neutro e deixa livre curso à racionalidade dos agentes económicos.

Do exposto ao longo do trabalho em relação a este objectivo podem-se extrair as seguintes conclusões:

1. Se não existissem os diplomas dos benefícios fiscais, o Sistema Fiscal Português, com a configuração que tinha antes da reforma de 1988, acarretava custos tão elevados que o tornavam um obstáculo para a realização da fusão de sociedades.

A política de benefícios fiscais à concentração e cooperação empresarial iniciou-se em 1959 e abrangeu durante mais de duas décadas essencialmente empresas e sectores de actividade consideradas de reconhecido interesse para a economia nacional. A partir de 1983, os benefícios fiscais passaram a abranger a generalidade das empresas dos sectores das indústrias extractivas e transformadoras que se reorganizassem em resultado de actos de concentração ou celebrassem actos de cooperação. Através de legislação avulsa concedia-se a isenção de sisa relativamente à transmissão de imóveis, a isenção do imposto de mais-valias sobre os ganhos da fusão e dos aumentos de capital destinados à reorganização, a dedução dos prejuízos fiscais das empresas concentradas pela empresa resultante da concentração e a transmissibilidade do direito à dedução de determinadas importâncias em consequência de benefícios concedidos por investimentos ou reinvestimentos em bens do activo imobilizado corpóreo.

Saliente-se que estas disposições não se limitavam a eliminar obstáculos, antes proporcionavam significativas vantagens fiscais através da ausência total de tributação sobre os ganhos eventualmente apurados nas empresas fundidas/incorporadas nas transmissões dos bens do imobilizado que ficava valorizado nos actos de transmissão global a favor da empresa nova ou incorporante.

2. Depois da reforma da tributação ocorrida em 1988, passa-se ao nível dos impostos sobre o rendimento, de um sistema de favor assente em benefícios fiscais, altamente oneroso para o Estado, para outro cujo objectivo é a neutralidade fiscal por forma a que as empresas fundidas, incorporadas e incorporantes não sejam prejudicadas ou beneficiadas em consequência da operação. Nos Códigos do IRC e IRS a preocupação de não criar entraves à dinâmica e funcionamento da fusão traduz-se na busca de soluções de neutralidade em relação a matérias como mais-valias na transmissão de bens do imobilizado, provisões, amortizações, reporte de prejuízos e tributação de sócios. As disposições adoptadas assentam no respeito pela regra da identidade contabilística, o que significa manter os elementos patrimoniais objecto de transmissão (nas escritas das sociedades e dos sócios) com os valores que apresentavam anteriormente, desde que tais valores sejam os que resultam da aplicação das disposições fiscais.

Ao longo do trabalho foram no entanto identificadas algumas soluções polémicas e fontes menos importantes de não-neutralidade que podem de alguma forma enviesar o propósito do legislador em obter um regime fiscal neutro:

- Verificou-se que as disposições sobre transferência de prejuízos fiscais podem orientar as empresas que negociam a fusão quer na modalidade quer no sentido da mesma. Esta situação podia ser ultrapassada através da extensão da autorização ministerial prevista no n.º 5 do art.º 62.º do CIRC a todas as fusões em que existam sociedades com prejuízos acumulados passíveis de reporte. Também o plano específico de dedução de prejuízos fiscais (introduzido pela Lei do Orçamento para 1994) merece algumas interrogações e apreensão, nomeadamente pelo facto da norma que o prevê não fixar critérios objectivos para a determinação dos valores a deduzir em cada exercício.

- Na modalidade de fusão por incorporação em que a sociedade incorporante detém participação social no capital da sociedade incorporada, o tratamento fiscal da eventual menos-valia gerada pela anulação da participação social parece-nos criticável por não permitir que a sociedade incorporante considere como perda do exercício o possível decréscimo patrimonial resultante da anulação da participação.

- O aumento do capital social por incorporação de uma ou várias sociedades pode afastar os sócios da sociedade incorporante de um regime mais favorável destinado a atenuar a dupla tributação dos lucros

distribuídos. Esta penalização fiscal que ocorre quando (devido ao aumento do capital social) a percentagem de participação desce abaixo dos 25% podia ser neutralizada com a introdução no CIRC de disposição prevendo a manutenção do regime do artº. 45º. para os antigos sócios da sociedade incorporante que em consequência de uma fusão vissem o valor da sua participação descer abaixo daquele valor mínimo.

3. Ao nível comunitário, comprovámos que a legislação fiscal se antecipou ao direito comercial ao dar o primeiro passo no sentido de eliminar as restrições fiscais existentes a uma livre interacção das forças empresariais no seio da Comunidade. A Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990, que institui um regime fiscal comum aplicável entre outras operações à fusão, foi já transposta para o regime português com a publicação do Decreto-Lei nº. 123/92, de 2 de Julho, que aditou ao Código do IRC o artº. 62º.-A onde se prevê a extensão às fusões de sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade Europeia do regime previsto para as fusões de sociedades no plano nacional.

Não obstante, esta medida não ter produzido efeitos práticos devido à ausência de harmonização ao nível do direito comercial é sem dúvida um contributo indispensável para que a realização das fusões transfronteiriças no espaço europeu possa ser uma realidade num futuro próximo.

4. Também ficou claro que se não forem respeitadas as condições de acesso ao regime especial do Código do IRC, à fusão é aplicado o regime geral de tributação, ou seja não há lugar a qualquer diferimento nem para as sociedades nem para os respectivos sócios.

5. A fusão de sociedades não encontra no imposto sobre o valor acrescentado qualquer obstáculo uma vez que no Código do IVA existe disposição especial que permite que o imposto fique como que "em suspenso" nas transmissões efectuadas no âmbito de operações de fusão.

6. Quanto ao imposto municipal de sisa, não se pode concluir que se posiciona de forma neutral uma vez que incide sobre as transmissões de bens imóveis operadas em virtude da fusão. O legislador considerou no entanto motivo para aplicação de uma taxa reduzida de 4% quando todas as sociedades intervenientes estejam em actividade nenhuma possua imobiliários de valor superior ao dobro dos de qualquer das outras. Apesar

dos diversos diplomas que vêm isentando de sisa as transmissões de imóveis necessárias às operações de concentração, manter no CSISSD esta disposição assente no argumento de que é importante facilitar a reunião de empresas com dimensão aproximada não parece fazer sentido pois não entendemos quais as vantagens económicas particulares resultantes de facilitar exclusivamente as fusões entre pequenas, médias ou grandes empresas.

7. O imposto do selo, apesar das isenções estabelecidas relativamente ao aumento de capital social da sociedade incorporante e pela constituição de uma nova sociedade, continua a onerar diversos actos e operações relacionadas com a fusão. Para além da tributação que incide sobre diversos documentos, livros e papéis destaque-se a que recai sobre a transferência de titularidade de imóveis que se opera com a fusão.

No actual enquadramento fiscal, o encargo resultante deste imposto não deve ser menosprezado tanto mais que não existe opinião unânime de que os recentes diplomas que concedem diversos benefícios abrangem também o imposto do selo.

8. Verificámos ainda que a fusão de sociedades pode ser onerada de forma significativa com diversos emolumentos notariais e registrais. De relevar o facto de algumas normas das tabelas de emolumentos notariais, do registo comercial e do registo predial preverem acréscimos de emolumentos sobre os actos e as inscrições de valor determinado. Estes acréscimos emolumentares, calculados segundo a capacidade contributiva das sociedades, são considerados pela maior parte dos juristas não como taxas, mas verdadeiros impostos cuja criação e definição dos elementos essenciais está abrangida pela reserva relativa de competência da Assembleia da República. As normas em questão além de feridas de inconstitucionalidade encontram-se proibidas pelo direito comunitário (Directiva 69/335/CEE) que só admite que se cobrem "direitos com carácter remuneratório" por ocasião da prática de um acto notarial ou de registo relativo a sociedades quando exista ligação com o serviço prestado.

As principais intervenções legislativas referentes a benefícios fiscais abrangeram os emolumentos notariais, de registo comercial e de registo predial que são devidos pela formalização das operações necessárias aos actos de concentração.

9. Relativamente aos benefícios fiscais aplicáveis à fusão de sociedades verificou-se que no período de 1989-1994 eles foram concedidos, em regra, com o propósito de eliminar os custos fiscais da operação e só em casos excepcionais devidamente justificados (Decreto-Lei nº. 289/92, de 26 de Dezembro) proporcionam vantagens adicionais à empresa resultante da fusão.

Esta orientação em matéria de benefícios fiscais, diferente da existente antes da reforma da tributação ocorrida em 1988, parece-nos a mais adequada, pois as motivações económicas devem ser suficientes para que, uma vez eliminados os custos de natureza fiscal, a operação se realize sem a necessidade de ser impulsionada por uma política de favores fiscais, tantas vezes responsável pela realização de fusões de conveniência duvidosa.

10. À guisa de síntese final, gostaríamos de deixar a ideia de que não obstante a identificação que se fez de algumas soluções polémicas e fontes menos importantes de não-neutralidade elas não são suficientes para sustentar o argumento de que actualmente não existe neutralidade no tratamento fiscal conferido em Portugal à fusão de sociedades. Pelo contrário, estamos perante uma lei fiscal tendencialmente neutra ao nível dos impostos sobre o rendimento e IVA que tem sido complementada com sucessiva legislação avulsa contendo benefícios fiscais que visa idêntico objectivo ao nível dos restantes impostos (e emolumentos) que incidem sobre a operação.

SIGLAS

- C.C.I. - Código da Contribuição Industrial
- C.E. - Comunidade Europeia
- C.E.E. - Comunidade Económica Europeia
- C.E.F. - Centro de Estudos Fiscais
- C.I.M.V. - Código do Imposto de Mais-Valias
- C.I.M.S.I.S.S.D. - Código do Imposto Municipal da Sisa e Imposto sobre as Sucessões e Doações
- C.I.R.C. - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
- C.I.R.S. - Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
- C.I.V.A. - Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado
- C.O.B. - Comissão Francesa de Operações de Bolsa
- C O M. - Comissão (Relatórios/Estudos preparatórios)
- C.S.C. - Código das Sociedades Comerciais
- C.S.I.S.S.D. - Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações
- D.G.C.I. - Direcção-Geral das Contribuições e Impostos
- D.G.C.P. - Direcção-Geral da Concorrência e Preços
- I.A.P.M.E.I. - Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais
- I.C.E.P. - Instituto do Comércio Externo de Portugal
- I.M.V. - Imposto de Mais-Valias
- I.R.C. - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
- I.R.S. - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
- I.S.D. - Imposto sobre Sucessões e Doações
- I.S.E.G. - Instituto Superior de Economia e Gestão
- I.V.A. - Imposto sobre o Valor Acrescentado
- J.O.C. - Jornal Oficial das Comunidades
- J.O.C.E. - Jornal Oficial das Comunidades Europeias
- O.C.D.E. - Organisation de Cooperation et Développement Économiques
- S.I.F. - Serviços de Informação Fiscal
- S.S.E.O. - Subsecretário de Estado do Orçamento
- S.T.A. - Supremo Tribunal Administrativo
- T.G.I.S. - Tabela Geral do Imposto do Selo

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Nas páginas que se seguem apresenta-se uma lista de livros e artigos que foram consultados para a elaboração deste trabalho. A sua ordenação obedece ao critério alfabético por autores e dentro de cada um deles à ordem cronológica de publicação.

- AGOSTINI, M., Fusioni e Scissioni CEE: Prime Riflessioni, Commercio Internazionale, Milão, Ano 17, N° 12, 1993.
- ANSOFF, H. Igor, Estratégia Empresarial (tradução), São Paulo, Editora Mc Graw-Hill do Brasil Ltda, 1980.
- AUERBACH, Alan J., Mergers and Acquisitions, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.
- BARREIROS, J.A.R. Martins, TEIXEIRA, Manuel A. Costa e FERREIRA, Henrique Quintino, Código da Contribuição Industrial, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1988.
- BASTO, José X. de, e XAVIER, António Lobo, Ainda a distinção entre taxa e imposto: a inconstitucionalidade dos emolumentos notariais e registrais devidos pela constituição de sociedades e pelas modificações dos respectivos contratos, Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.º.s 1-2-3, Ano XXXVI (IX da 2ª. Série), 1994.
- BERTRANDON, Jack, e COLLETTE, Christine, Gestion Fiscale et Finances de l'entreprise, Paris, PUF, 1987.
- BEUSCH, Karl, e THOMAS, Jurgen, Rapport Général, Cahiers de Droit Fiscal International, VOL LVB, Bruxelas, Ed. I.F.A., 1970.
- BILAS, Richard A., Teoria Microeconómica (tradução), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1983.

- BISHOP, Matthew, DAVIS, Evan, e THOMPSON, David, Continental Mergers are Different, Accountancy, Vol. 107, N°. 1168, Institute of Chartered Accounts in England and Wales, Londres, 1991.
- BREALEY, Richard A., e MYERS, Stewart C., Principles of Corporate Finance, Singapura, Mc Graw Hill International Editions, 1988.
- CARDOSO, J. Pires, Noções de Direito Comercial, 10ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1987.
- CARREIRA, H. Medina, Concentração de Empresas e grupos de sociedades/aspectos históricos, económicos e jurídicos, Documento do IESF, nº. 3, 1992.
- CARVALHO, António Joaquim, Comentários ao CIRC, policopiado da biblioteca do IESF/336.215/CAR 731, 1990.
- CARVALHO, António Joaquim, e TOMÁS, João Amaral, Manual do Imposto sobre o Valor Acrescentado, 2ª ed., Porto, Porto Editora, 1990.
- CARVALHO, António Joaquim, A Fiscalidade Portuguesa e a Consolidação de contas, Comunicação à Conferência "Consolidação das Contas dos grupos de empresas", ISEG, 4 de Dezembro de 1990.
- CHADEFAUX, Martial, Les Fusions de Sociétés, Paris, La Villeguerin Editions, 1990.
- COLLIN, Patrick, Fusions: une simulation de calcul des plus-values, Revue Française de Comptabilité, nº. 234, Paris, 1992.
- CONDE, Artur Luís Alves, Associações e Agrupamentos. Fusões e Concentrações, Policopiado (CADE 1970/71).

- COOKE, Terence E., *Mergers & Acquisitions*, Cambridge, Basil Blackwell Inc., 1989.
- COUGNON, Jean M., *The E.C.C. Merger and Parent-Subsidiary Directives of 23 July 1990*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1992.
- COZIAN, M., VIANDIER, A., *Droit des sociétés*, 3^a ed., Paris, Éd. Litec, 1990.
- CORREIA, Ferrer, *Licões de Direito Comercial II (Policopiado)*, s.d.
- DAMMACCO, Salvatore, *Fusione e scissione delle società*, 6^a ed, Milão, Pirola Editore, 1994.
- DAOUD, Roger, *La mise en place et les premières expériences d'application du règlement sur le contrôle des concentrations dans la Communauté européenne*, *Banque & Droit*, n^o. 33, 1994.
- DELESALLE, Eric, *Fusions de sociétés (analyse comparée des méthodes de valorisation)*, *Revue Française de Comptabilité*, n^o. 224, 1991.
- FARIA, Maria T. B. Veiga, *Tratamento fiscal das fusões e cisões de sociedades de capitais*, *Ciência e Técnica Fiscal, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, n^o.s 343/345, 1987.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, *Análise crítica da actual situação fiscal*, *Relatório n^o. 13 (Colóquio de política industrial da AIP)*, 1970.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, *A Tributação pelo Lucro Real*, 2^a ed., Lisboa, Editorial Minerva, 1972.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, *Temas Económico- Sociais e de Gestão de Empresas*, Vol. I, Lisboa, Edições Ática, 1968.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, *Balanços (Gestão Financeira)*, 3^a ed., Vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1973.

- FERREIRA, Rogério Fernandes, Adenda (Legislação fiscal recente) de "A Tributação pelo Lucro Real" e de "Fiscalidade da Empresa", Lisboa, Livraria Petrony, 1974.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, Normalização Contabilística, Coimbra, Livraria Arnado, Lda, 1984.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, Lições de Gestão Financeira, Vol. II, Coimbra, Livraria Arnado, 1985.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, Pensar a Gestão, Lisboa, Ed. Fim de Século, 1993.
- FERREIRA, Rogério Fernandes, Descobrir o valor das empresas, Diário de Notícias (Suplemento "Negócios") de 23/5/1994.
- FURTADO, Pinto, Código Comercial Anotado (Vol. I), Coimbra, Liv. Almedina, 1975.
- GALL, Jean- Pierre le, e DIBOUT, Patrick, la fiscalité des fusions d'entreprises Communautaires, Revue de Droit des Affaires Internationales, n°. 8, Paris, 1990.
- GÁNDARA, Luis Fernández, e CARAVACA, Alfonso Luis Calvo, Derecho Mercantil Internacional, Madrid, Editorial Tecnos, 1993.
- GARCÍA-LASTRA, Carmen B., Las fusiones/escisiones de empresas: el período impositivo, Cronica Tributaria, n°. 51, Madrid, 1984.
- GARELLA, P., Fusions et Acquisitions dans l'industrie europeenne, Observations et Diagnostics Economiques, n°. 29, Paris, 1989.
- GAUGHAN, Patrick A., Mergers and Acquisitions, Nova Yorque, Harper Collins Publishers Inc., 1991.

- GOMES, Nuno de Sá, Teoria Geral dos Benefícios Fiscais, Ciência e Técnica Fiscal, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 362, 1991.
- GOMES dos Santos, José C., Tributação do resultado da partilha/as mudanças trazidas pela Lei n.º 2/92, Fisco, n.º 46, 1992.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, Fúcion de sociedades anónimas en el derecho español Y comunitário, Las Rozas, Distribuciones de la ley, S.A., 1991.
- HINGGS, Robert C., e SCHALL, Lawrence C., Corporate Bankruptcy and Conglomerate Mergers, Journal of Finance, n.º 30, American Finance Association, Nova Yorke, 1975.
- HORNE, James C. V., Fundamentals of Financial Management, Londres, Prentice-Hall International, 1979.
- JAEGER, Pier Giusto, e DENOZZA, Francesco, Appunti di Diritto Commerciale, 2ª ed., Milão, Dott. A. Giuffré Editore, 1992.
- LARGO GIL, Rita, Fúcion de sociedades mercantiles, Madrid, Ed. Cívitas, S.A., 1992.
- LEITÃO, Luis M., Benefícios tributários à concentração e cooperação de empresas/Análise do Decreto-Lei n.º 404/90, de 21 de Dezembro, Ciência e Técnica Fiscal, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 366, 1992.
- LOUREIRO, Carlos, Problemas fiscais da fusão e aquisição de empresas, Fisco, n.º.s 55/56, 1993.
- MARTINEZ, Soares, Manual de Direito Fiscal, Coimbra, Livraria Almedina, 1983.
- MATEUS, J.S., Reestruturação das empresas/O Decreto-Lei n.º 404/90, de 21/12, Fisco, n.º.s 55/56, 1993.

- MENEZES LEITÃO, Luís M. Teles, Fusão, cisão de sociedades e figuras afins, Fisco, nº. 57, 1993.
- MILLER, Brian J., Mergers & Acquisitions, Nova Yorque, John Wiley & Sons, Inc., 1994.
- MONGENSTERN, Patrick, Tirer profit de l'intégration fiscale, Paris, la Villeguerin Editions, 1990.
- NAUSSENBAUN, Maurice, Prises de contrôle, fusions e adquisicions (éléments théoriques e pratiques), Enciclopédie de Gestion, Vol. III, Paris, Ed. Economica, 1989.
- NEVES, João Carvalho, Análise Financeira (métodos e técnicas), Lisboa, 4^a ed., Texto Editora, 1990.
- NEVES, João Carvalho, Timing and economic value of mergers and acquisitions (Tese de Doutoramento), Manchester Business School, 1993.
- NOURSE, R., Textos da Conferência "International Mergers and Acquisitions/The 1993 Perspective", Morgan Grenfell/Cachudo Nunes e Associados, Porto, 25/2/1992.
- O'KEEFFE, S., Merger regulation thresholds: an analysis of the community-dimension thresholds in regulation 4064/89, European Competition Law Review, Vol. 15, nº. 1, Oxford, 1994.
- O'ROURKE, J. Tracy, Postmerger Integration, The Arthur Youg Management Guide to Mergers and Acquisitions, Nova Yorque, John Wiley & Sons, 1989.
- PEREIRA, Manuel H. de F., A Periodização do Lucro Tributável, Dissertação para Mestrado em Gestão, ISEG, Lisboa, 1986.

- PEREIRA, Manuel H. de F., A Directiva Comunitária relativa ao Regime Fiscal Comum Aplicável a Fusões, Cisões, Entradas de Activos e Permutas de Acções, Fisco, n.º 47, 1992.
- PONT, Manuel Broseta, Manual de Derecho Mercantil, 9ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- PORTER, Michael E., Competitive Advantage, Nova York, Free Press, 1985.
- SÁNCHEZ OLIVÁN, José, Fúision de sociedades: estudio económico y fiscal, 3ª ed., Madrid, Ed. Edersa, 1991.
- SAVIOLI, Giuseppe, Fusione di società, Milão, Etaslibri, 1994.
- SILVA, A. de Melo, Problemas fiscais da fusão de empresas, Ciência e Técnica Fiscal, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 148, 1971.
- SILVA, Gonçalves da, e PEREIRA, Esteves, Contabilidade das Sociedades, 10ª. edição, Plátano Editora, 1994.
- TESSLER, Diane J., Big firm mergers: the human dimension, Accountancy, Institute of Chartered Accounts in England and Wales, Vol. 106, n.º 1165, Londres, 1990.
- VENTURA, Raul, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.
- WARSHAWSKY, Mark J., Determinants of corporate merger activity: a Review of the literature, A review of corporate restructuring activity, Federal Reserve System, Board of Governors (Staff Studies: 152), Washington, 1987.
- WESTON, J., K. CHUNG e S. HOAG, Mergers, Restructuring and Corporate Control, New Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990.

XAVIER, António Lobo, Sobre o regime fiscal das variações patrimoniais,
Fisco, n.º 27, 1991.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	Págs.
AGRADECIMENTOS	2
RESUMO	3
ABSTRACT	5
RAZÕES PRÉVIAS	7
PLANO DE TRABALHO	10
1. FUSÃO DE SOCIEDADES: PRINCIPAIS MOTIVAÇÕES	
1. 1. Sinergia	13
1. 2. Diversificação	15
1. 3. Gestão ineficiente/melhoramentos na gestão	16
1. 4. Integração vertical	17
1. 5. Aumento do poder de mercado através da integração horizontal	18
1. 6. Razões fiscais	19
1.7. Diferença entre o valor de substituição e o valor de mercado	20
1.8. A necessidade de competir na Europa pós-1992	20
2. ASPECTOS JURÍDICOS DA FUSÃO DE SOCIEDADES	
2.1. Conceito e modalidades de fusão	23
2.1.1. Conceito de fusão	23
2.1.2. Modalidades de fusão	26
2.2. O processo de fusão: tarefas e formalidades legais	27
2.3. Aspectos do processo de fusão	34
2.3.1. Balanços das sociedades intervenientes na fusão	34
2.3.2. Balanço pós-fusão	37
2.3.3. Relação de troca das participações sociais	38

2.4. A Fusão e a lei de defesa da concorrência	43
2.4.1. Controlo das fusões a nível nacional	43
2.4.2. Controlo das fusões de âmbito comunitário	46
3. REGIME FISCAL DA FUSÃO DE SOCIEDADES	
3.1. Regime fiscal anterior à reforma da tributação do rendimento de 1988	50
3.1.1. Regime geral	50
3.1.2. Benefícios fiscais	54
3.2. Regime fiscal vigente	62
3.2.1. Impostos sobre o rendimento	63
3.2.1.1. Regime especial aplicável às fusões no plano nacional	63
3.2.1.1.1. Efeitos da fusão sobre a sociedade nova/incorporante	64
3.2.1.1.1.1. Determinação do lucro tributável	64
3.2.1.1.1.2. Transferência de prejuízos fiscais reportáveis	67
3.2.1.1.1.3. Obrigações declarativas	70
3.2.1.1.2. Caso especial em que a sociedade incorporante detém participação social no capital da sociedade incorporada	70
3.2.1.1.3. Efeitos da fusão sobre a sociedade incorporada/fundida	73
3.2.1.1.3.1. Determinação do lucro tributável	73
3.2.1.1.3.2. Obrigações declarativas	74



3.2.1.1.4. A fusão de sociedades e o regime de tributação pelo lucro consolidado	76
3.2.1.2. Fusões de sociedades de diferentes Estados-membros da Comunidade Europeia	78
3.2.1.2.1. Regime fiscal comum previsto para as fusões, na Directiva 90/434 da Comunidade Económica Europeia	84
3.2.1.2.1.1. Âmbito de aplicação da Directiva	85
3.2.1.2.1.2. Análise do regime fiscal comum aplicável às fusões	88
3.2.1.2.2. Transposição do regime fiscal da Directiva 90/434/CEE, no que respeita às fusões para o Código do IRC	93
3.2.1.3. Regime fiscal aplicável aos sócios	97
3.2.1.3.1. Efeitos sobre os sócios das sociedades fundidas/incorporadas	97
3.2.1.3.2. Efeitos sobre os sócios da sociedade incorporante	101
3.2.1.4. Regime geral	106
3.2.2. Imposto sobre o valor acrescentado	107
3.2.3. Imposto municipal de sisa	109
3.2.4. Imposto do selo	112
3.2.5. Emolumentos notariais e registrais	113
3.2.6. Benefícios fiscais aplicáveis à fusão de sociedades	115
4. CONCLUSÕES	125
SIGLAS	131
BIBLIOGRAFIA	132