FICHA DOUTRINÁRIA

Diploma: Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Artigo/Verba: Art.73º - Definições e âmbito de aplicação

Assunto: Operação de fusão por incorporação - atribuição de partes sociais ao acionista da sociedade fundida por parte dos acionistas da sociedade incorporante - regime de neutralidade fiscal

Processo: 26604, com despacho de 2024-10-30, do Diretor de Serviços da DSIRC, por subdelegação

Conteúdo: No âmbito de uma operação de fusão, uma sociedade pretende incorporar a totalidade do património de outra sociedade, atribuindo partes do seu capital social ao sócio da sociedade fundida.

O capital social da sociedade fundida é detido por dois sócios, sendo um deles, o maioritário, a sociedade incorporante.

A entrega de partes de capital da sociedade incorporante ao sócio minoritário não será feita por intermédio da emissão de novas ações ou pela entrega de ações próprias detidas em carteira, mas sim à custa de ações detidas por partes dos seus atuais acionistas.

O capital social da sociedade incorporante manter-se-á, por conseguinte, inalterado.

Do ponto de vista do interesse económico, alegou-se que, através da operação, se visa maximizar os resultados do Grupo e aproveitar sinergias, inserindo-se a mesma numa estratégia de expansão resultante do aumento das vendas, conquistando novos mercados onde irá comercializar os produtos que desenvolveu.

À operação projetada pretende-se aplicar o regime especial de neutralidade fiscal, previsto nos artigos 73.º e seguintes do Código do IRC (CIRC).

Da elegibilidade da operação para efeitos de aplicação do regime de neutralidade fiscal
O n .º 1 do artigo 73.º do Código do IRC elenca as várias modalidades de fusão contempladas no regime de neutralidade fiscal, destacando-se, para o que no presente caso interessa, a prevista na alínea a), na qual se estabelece que se considera fusão a operação em que se dá a "transferência global do património de uma ou mais sociedades (sociedades fundidas) para outra sociedade já existente (sociedade beneficiária) e a atribuição aos sócios daquelas de partes representativas do capital social da beneficiária e, eventualmente, de quantias em dinheiro que não excedam 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal das participações que lhes forem atribuídas".

Uma vez que a atribuição de participações ao sócio da sociedade fundida foi feita à custa de partes de capital detidas pelos sócios da sociedade incorporante, afigura-se de primordial importância aferir do correto cumprimento daquele requisito, o qual é fundamental para a subsunção da operação em apreço a uma das modalidades de fusão elencadas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 73.º do CIRC, neste caso, a que consta da alínea a).

A propósito da questão que se prende com a troca de participações, elemento que consta da modalidade de fusão consagrada na alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), Elda Marques (CSC em comentário, Edições Almedina, Volume III, coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu, pág. 296) defende, nos seus comentários ao artigo 112.º do CSC, que "Na fusão por incorporação, as participações da sociedade incorporante a atribuir aos sócios da sociedade incorporada são, em regra, criadas em aumento de capital da sociedade incorporante", uma vez que, para esta Autora, na fusão é necessário observar o princípio da exata formação do capital social nominal.

Não obstante, poderá ser mais oportuno para a sociedade incorporante aumentar o capital social em menor medida, ou mesmo deixá-lo invariável, e atribuir aos sócios da sociedade incorporada participações próprias da sociedade incorporante, existentes em carteira ou adquiridas em resultado própria fusão.

Também Raúl Ventura (Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Comentário ao CSC, Almedina, 1990, pág. 67), a este propósito afirma que "A sociedade absorvente nem sempre é forçada a aumentar o seu capital social para proceder à incorporação: pode possuir anteriormente acções ou quotas próprias ou adquiri-las pela própria fusão e utilizá-las para satisfazer os direitos dos sócios da sociedade incorporada." .

Portanto, como se pode depreender do que vem sendo afirmado pela doutrina, a lei apenas contempla duas formas para atribuir as participações sociais da sociedade incorporante aos sócios da sociedade incorporada, e nenhuma delas consiste na atribuição de partes sociais detidas pelos próprios acionistas da sociedade incorporante.

Além do mais, numa operação de fusão com entrada de novos acionistas para o capital da sociedade incorporante, se a contrapartida feita aos novos acionistas, em troca da entrada do património da sociedade incorporada na sociedade incorporante, for feita à custa das partes sociais dos anteriores acionistas, o resultado final que se obtém é naturalmente uma redução da participação superior à que deveriam ter registado, uma vez que o número de ações que passam a deter diminui.

Na verdade, o que se verifica numa operação com esta configuração é um rearranjo das participações sociais detidas na sociedade incorporante, tendo apenas o sócio minoritário da sociedade incorporada aumentado a sua participação detida na sociedade incorporante à custa da entrega de ações nesta última por dois dos sócios da sociedade incorporante, os quais viram, assim, não só a sua participação ser reduzida como o seu valor.

Nestes termos, mesmo que se considerem cumpridos os requisitos materiais para que a operação seja elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal, incluindo quanto às razões de interesse económico, a verdade é que, de um ponto de vista formal, a operação não é elegível para efeitos do regime de neutralidade fiscal, por falta de observância do elemento da fusão que se prende com o aumento de capital que consta da alínea a) do n.º 1 do artigo 73.º do Código do IRC e a forma como foi atribuída a participação adicional apenas ao sócio minoritário da sociedade incorporada (que também já era sócio da sociedade incorporante).