

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

FISCO

■ DOCTRINA ■ JURISPRUDÊNCIA ■ LEGISLAÇÃO ■

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

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

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

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

SOBRE O CONCEITO DE MAIS-VALIA

J. L. Saldanha Sanches*

O CONCEITO legal de mais-valia constitui um dos principais problemas dos Códigos do IRS e do IRC. Com um regime particular no IRC e formas de tributação no IRS que podem ser uma vantagem ou uma desvantagem, a delimitação legal do conceito é uma questão teórica cujas consequências práticas dispensam enumeração.

E a importância dessas consequências práticas provém em grande parte do tratamento especial dado às mais-valias, pois com um regime fiscal equiparado ao dos demais rendimentos a importância desta distinção seria menor.

Mas continuaria a colocar-se, embora circunscrita à questão de se saber, por exemplo, se a alienação de um bem por uma pessoa singular, seria um acto de comércio, produtor de um rendimento comercial ou industrial e por isso sempre tributado, ou um acto de gestão do património pessoal do alienante e por isso sujeito a IRS.

Conforme a natureza do bem e a sua integração no património do sujeito passivo do imposto o tomasse, ou não, apto para a produção de uma mais-valia.

I. Problemas da definição das mais-valias

A mais-valia é um conceito que não é normalmente objecto de definição expressa e precisa nos vários ordenamentos jurídicos.

Encontramos antes uma tendência para as definições feitas de forma negativa, com a exclusão do conceito de mais-valias de um certo número de acréscimos patrimoniais, tributados por uma outra previsão normativa; em termos muito amplos, exactamente como faz o Código do IRC ao tratar do conceito de variação patrimonial.

Este imposto tem como objecto o lucro tributável, que é constituído pela soma

algébrica do resultado líquido do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas (art. 17.º do CIRC), que são desta forma incluídas no rendimento tributável.

Mas são excluídas desta inclusão um certo número de variações patrimoniais, em enumeração taxativa: essencialmente, as mais-valias e menos-valias latentes ou não realizadas, as entradas de capital nas suas várias formas e as transferências do património da empresa a favor dos titulares do capital das mesmas ou de terceiros sob a forma de liberalidades (arts. 21.º e 24.º).

Ou seja, na ausência de uma definição expressa de variação patrimonial, verificamos que o Código do IRC usa este termo em dois sentidos distintos.

Usa-o no sentido restrito de acréscimos ou diminuições patrimoniais, que não apareçam reflectidos no resultado líquido do exercício através da tradicional conta de ganhos e perdas. E é em relação a este conceito que encontramos delimitações.

Mas tem igualmente implícito um conceito mais vasto e mais rigoroso de variação patrimonial, que está contida na definição de lucro do n.º 2 do art. 3.º: «o lucro consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação».

Pois essa comparação entre o património da pessoa colectiva em dois momentos distintos pressupõe um conceito de variação patrimonial como fundamento para o lucro tributável. Num conceito abrangente de rendimento tributável, pois a única variação patrimonial significativa que é excluída são as mais-valias não realizadas.

Mas para além deste acolhimento de um conceito geral de variação patrimonial, temos também a integração explícita de uma das formas nucleares destas — as mais e menos-valias realizadas — entre os ganhos

(art. 20.º) e as perdas (art. 23.º), que são objecto de uma definição no art. 42.º do Código do IRC, que contém também para elas regras de quantificação específicas.

E sem que haja uma definição de variação patrimonial encontramos uma definição de mais-valia realizada, essencial para distinguir estas de outros tipos de ganhos ou receitas da pessoa colectiva, embora esta definição não resolva todos os problemas de delimitação desta forma específica de receitas.

Verificamos, pois, a utilização pelo Código do IRC de um duplo conceito de variação patrimonial, conceito vasto e generalizador subjacente às formas de determinação do lucro tributável adoptadas pelo Código e um conceito destinado a completar a previsão normativa sobre os ganhos da empresa. Na verdade, este segundo conceito nada mais é do que uma concretização do primeiro, mas a forma como é tratado pelo Código nos arts. 21.º e 24.º parece conferir-lhe uma autonomia que na realidade não tem.

E as mais ou menos-valias latentes estão formalmente integradas neste último conceito, ao serem excluídas da tributação na estatuição relativa às variações patrimoniais que não integram o lucro tributável, enquanto as mais e menos-valias realizadas são tratadas como uma das formas das variações patrimoniais em sentido amplo, uma vez que as encontramos nos artigos que enumeram exemplificativamente os ganhos e perdas da empresa. São, em suma, uma das formas possíveis de ganhos e perdas nas variações patrimoniais determinantes do lucro tributável.

A articulação entre as diversas expressões de um mesmo conceito deve ser explicitada, pois não encontramos no Código do IRC uma definição de acréscimos patrimoniais ou de variações patrimoniais no sentido de mais-valias (*capital gains*), personalizadas pela imputação a um determinado património.

Tal como não a encontramos no Código do IRS: a este falta mesmo uma concepção implícita de acréscimo ou variação patrimonial, com o recorte negativo das exclusões de tributação a serem feitas apenas de

forma casuística, a partir de uma definição também casuística das mais-valias, no seu art. 10.º.

Neste Código as mais-valias começam por ser consideradas como um categoria residual: são mais-valias os ganhos que não forem rendimentos comerciais ou industriais e que resultem das alienações onerosas que a seguir se enumeram.

E depois de uma previsão geral sobre a tributação de certas alienações, como as de valores imobiliários, encontramos a exclusão de tributação das mais-valias resultantes da alienação de alguns deles: não são tributadas as mais-valias provenientes da alienação de obrigações, de unidades de participação em fundos de investimento e de acções detidas durante um certo período.

E encontramos-nos no caso destas exclusões perante situações cuja razão de ser só encontra justificação em razões de política económica, em alguns casos mal definidos, ou seja, estamos neste caso perante benefícios fiscais.

Pois só essas razões de política económica, ainda que não muito claras, podem justificar que se deixe por tributar as mais-valias que resultem eventualmente da alienação de obrigações ou se favoreçam os «fundos de capitalização» em detrimento dos fundos de distribuição.

Já na exclusão de tributação de acções detidas mais de 24 meses, a política económica subjacente à concessão do elemento benefício fiscal — favorecimento de investimentos de longo e médio prazo, contra investimentos especulativos — aparece mais claramente. E o encurtamento deste prazo para 12 meses, feito pelo Estatuto dos Benefícios Fiscais, é um argumento subsidiário a favor desta sua característica.

Podemos contudo concluir que ambos os Códigos, na sua tributação dos acréscimos patrimoniais, seguem, em traços gerais, a concepção tradicional das mais-valias como o ganho resultante da alienação de um bem económico, na medida em que esta alienação não constitui o objecto específico de uma actividade empresarial.

Ganho obtido pela sociedade na alienação de bens que desempenhavam na empresa uma função instrumental, não integrados directamente no fluxo produtivo desta. Ganho obtido por uma pessoa singular na alienação dos bens objecto de enumeração taxativa por uma pessoa singular, quando este rendimento não é comercial ou industrial, embora aqui os problemas de delimitação sejam mais complexos, como veremos adiante.

São definições que nos podem servir de princípios ordenadores na interpretação do complexo normativo formado pelos Códigos do IRC e do IRS na sua regulamentação das mais-valias, embora estes nem sempre a eles se mantenham fiéis em alguns dos regimes normativos particulares que nele podemos encontrar.

É uma definição que tem a sua principal limitação na opção do Código do IRC, de excluir da tributação as mais-valias e menos-valias latentes e não realizadas «ainda que expressas na contabilidade» (alínea *b*) do art. 21.º e no acentuar da realização do ganho como pressuposto da realização que encontramos no art. 10.º do Código do IRS, com a sua principal expressão nas presunções de realização do número 3 deste artigo.

II. Os vários tipos de mais-valias

As dificuldades ligadas aos contornos nebulosos da definição de mais-valias e à falta de sistematicidade das classificações legais, que são em parte resultado da artificialidade das distinções entre mais-valias e outros rendimentos, podem ser parcialmente ultrapassadas se procurarmos distinguir entre os vários tipos de mais-valias, abandonando os aspectos puramente formais da definição, para atender às diferenças substanciais que podemos encontrar entre elas.

Isso poderá contribuir para distinção entre ganhos que se tornaram mais-valias ou são mais-valias por razões formais e outros que correspondem essencialmente ao conceito de mais-valias.

É a essa tentativa de classificação que vamos proceder a seguir.

a) *As mais-valias como windfall gains*

As formas de acréscimo patrimonial que preenchem integralmente o conceito genérico de mais-valias são as que se concretizam em ganhos que se devem a circunstâncias exteriores, independentemente de qualquer esforço ou de comportamento intencional do seu titular.

Estamos neste caso perante a concepção clássica de mais-valias como acréscimos ocasionais dos valores dos bens, fortuitos, não provenientes de um esforço ou de uma actividade com vista a um fim, com esta ausência de relação entre a desutilidade da actuação e a utilidade do ganho a justificar a tributação: o Estado apropria-se através do imposto de um ganho que se não encontra legitimado pela actividade do contribuinte.

O exemplo típico destas mais-valias são as mais-valias prediais, em particular quando os aumentos de valor dos prédios se devem a factos imprevistos (obras públicas, urbanização ou, numa outra possibilidade, descoberta de jazigos mineiros) que levam a um forte aumento dos valores destes bens. Em especial se o aumento do valor do bem se deve a uma actividade pública, há uma justificação suplementar para a tributação.

Nesta zona, as dificuldades de delimitação do conceito residem apenas na questão de saber se a actividade do titular faz com que o rendimento obtido com a alienação seja um rendimento comercial ou industrial ou um rendimento de mais-valia.

Sublinhemos apenas que aqui estamos perante mais-valias cuja formação se deve a factos alheios à vontade ou actividade deliberada do titular e que isso pode constituir um critério de distinção.

Antes da reforma fiscal havia tributação em contribuição industrial ou em imposto de mais-valia conforme nos encontrássemos perante uma actividade de uma empresa colectada em compra e venda de terrenos — actividade intencional, formação de um lucro tributável e sujeição a contribuição industrial — e perante a venda de terrenos por empresas ou particulares com um outro objecto social.

A natureza da actividade ou tipo de actuação do contribuinte constituía uma forma de caracterizar os seus ganhos como rendimentos comerciais e industriais, mesmo se realizados por uma pessoa singular.

O que quer dizer que mesmo com um outro regime legal, prevalecia o tipo de actividade como critério de distinção entre o que seria, numa primeira análise, mais-valias e outros tipos de rendimento.

Podemos por isso concluir que a caracterização do rendimento como mais-valia, mesmo nestas suas formas nucleares, depende sempre da relação com o titular do bem económico cuja alienação deu origem a um ganho.

Com a actividade deste, no caso das pessoas singulares ou das pessoas colectivas, a constituir um critério determinante, para em algumas situações sabermos se há ou não um rendimento tributável ou uma mais-valia ou outra forma de rendimento.

Por exemplo, na venda de um quadro, poderemos ter um rendimento comercial e industrial se este estiver integrado no património empresarial do alienante, uma vez que este se dedica a essa actividade, ou um ganho não tributável se a alienação tiver um carácter isolado.

Ou numa pessoa colectiva, teremos mais-valia se o quadro desempenhava um fim ornamental, ou um outro ganho se é este o objecto social da empresa.

É a relação do bem com o titular determina o modo como se realizou o ganho: este tem um carácter marcadamente intencional no caso da venda por um comerciante de arte e um carácter fortuito em outros casos.

b) Mais-valias e organização empresarial.

Um outro tipo particularmente acentuado de mais-valias são as que resultam da actividade comercial e que se traduzem não apenas em ganhos presentes, mas numa expectativa dotada de um grau razoável de probabilidade em relação a ganhos futuros.

É o caso do *goodwill* ou «aviamento» do estabelecimento comercial enquanto com-

plexo da organização comercial do comerciante ou de uma empresa, sob a forma de um aumento do valor potencial do seu valor, que pode ser realizado através da sua alienação.

Este aumento de valor, substancialmente com as características essenciais da mais-valia, é em princípio o resultado normal da actividade comercial.

E se esta situação é susceptível de garantir, no futuro, fluxos permanentes e estáveis de rendimento, pode proporcionar no presente, mediante a alienação da fonte produtiva, um ganho imediato, correspondendo ao conceito da mais-valia.

O que se tem traduzido no direito fiscal português na tradicional tributação do *trespasse* como uma operação apta a produzir uma mais-valia, embora aqui haja a distinguir entre as potencialidades específicas da empresa e a possibilidade de existência de uma renda de situação, como as que estão ligadas à legislação actual sobre arrendamentos.

c) As mais-valias indirectas

Em todos estes casos, temos abordado as mais-valias, pressupondo uma relação directa entre os bens económicos que podem proporcionar mais-valias e os seus titulares.

Mas a interposição das sociedades entre as pessoas singulares e os bens económicos, com o fenómeno banal mas com importantes consequências fiscais da sua autonomia patrimonial, vem introduzir alterações importantes nos modos de aparecimento e de formação das mais-valias.

Considerando, por exemplo, uma determinada sociedade após alguns anos de actividade comercial, nós poderemos encontrar, numa avaliação do seu património, a seguinte situação:

1) A empresa tem um valor mais elevado do que aquele que é revelado pelo seu balanço, uma vez que goza de uma excelente reputação, tem uma boa carteira de clientes e uma boa organização;

2) Adquiriu terrenos onde instalou unidades produtivas e que entretanto se valorizaram;

3) Em todos os exercícios distribuiu apenas uma parte dos lucros que obteve, reinvestindo o excedente.

Do ponto de vista da análise externa da situação da empresa, que se traduz no valor que pode ter para um potencial adquirente o capital desta e vai definir o preço de alienação das suas partes sociais, colocando-o acima do seu valor de aquisição, ela está apta para a produção de uma mais-valia.

Tal como tem potencialidades para a produção de mais-valias parcelares através da alienação de elementos do seu activo corpóreo ou incorpóreo, com tratamentos fiscais não coincidentes para os vários tipos de elementos alienáveis parcelarmente, como veremos posteriormente.

Estamos assim perante uma mais-valia que tem para o alienante e o adquirente um carácter unitário, mas que tem na sua origem dois componentes totalmente distintos.

Num primeiro grupo, temos mais-valias no sentido nuclear do termo, resultantes do aumento de valor de um conjunto de bens que, articulados entre si, têm uma valorização adicional pela combinação que entre eles foi realizada (bom nome, clientes, tecnologia).

E temos também mais-valias que resultaram do aumento de valor de bens que não estão sujeitos a qualquer depreciação pela passagem do tempo e que, pelo contrário, se podem valorizar com a passagem deste (terrenos).

Em todos estes casos esta subida de valor é um resultado indirecto da actividade da empresa, em princípio destinada a prosseguir o fim imediato da obtenção de lucro enquanto fluxo de receitas regulares.

Ao contrário do lucro em sentido estrito, resultado de um processo em princípio dominado pela intencionalidade, a obtenção de mais-valias (ou menos-valias) está essencialmente dependente de factores externos que a gestão empresarial não domina e só parcial e incompletamente pode prever. Até pela correlação existente entre mais-valias e prazos temporais alongados, o que

só por si leva a um aumento do factor incerteza.

E num segundo grupo temos um conjunto de investimentos empresariais ou de aplicações financeiras que se integraram ou permaneceram no património da empresa, pela renúncia dos sócios ao direito de quinharem nos lucros, transformando assim um rendimento de capital (dividendos, lucros distribuídos) numa mais-valia.

E temos ainda uma situação intermédia e mais importante do ponto de vista da actuação normal da empresa: um acréscimo do valor da empresa, em resultado de lucros reinvestidos dentro dela e que provocaram um dos seus aumentos de valor que procurámos tipificar dentro do primeiro grupo.

No caso dos investimentos de pura fruição, realizados no interior da empresa, eles podem ter uma razão de precaução financeira, mas podem também ser uma consequência de um sistema fiscal que favorece a manutenção dos lucros da sociedade, em vez da sua atribuição aos sócios: através de manutenção dos lucros dentro da empresa obtém-se um adiamento e uma redução significativa da tributação.

Ela só terá lugar quando a empresa for liquidada ou uma sua parte social for alienada e, neste último caso, com uma taxa libertatória muito abaixo da taxa normal de tributação.

É em relação a estas possibilidades de transformação de rendimentos sujeitos a um determinado regime fiscal, em ganhos de capital sujeitos a um outro regime normalmente mais favorável, que encontramos, em alguns países, algumas limitações legais.

Pois se as mais-valias têm um regime fiscal mais favorável, a possibilidade sistemática de transformar rendimentos em mais-valias corresponde ou ao preenchimento de um objectivo preciso de política económica que a justifica (incentivo ao autofinanciamento) ou a uma distorção permanente no sistema.

Entre nós, nada encontramos no sentido de impedir a transformação de rendimentos do lado da tributação pessoal do rendimento,

mas podemos encontrar uma preocupação semelhante no modo como o Código do IRC trata a liquidação das sociedades, uma vez que, embora pareça considerar mais-valia o resultado da liquidação, trata como rendimento de capital o resultado normal dessa liquidação.

Ainda que aqui, como veremos, seja realmente discutível se estamos perante rendimentos de capital ou de mais-valias.

d) Rendimentos de capital e mais-valias

O que se passa com as mais-valias acumuladas no património de uma empresa (uma parte delas reflectidas pelo balanço e outras não) é uma manifestação do problema mais vasto da dificuldade em distinguir entre os vários tipos de resultados de um investimento, classificando-os como rendimentos de capital ou como mais-valias.

E a dificuldade (ou artificialidade) da distinção passa também pela possibilidade de utilizar as formas negociais existentes, para conseguir uma mudança jurídica dos titulares directos dos rendimentos.

Mesmo que se aceite a distinção entre mais-valias que correspondem ao núcleo essencial deste conceito e mais-valias que são o resultado da transformação de outros tipos de rendimentos em mais-valias, a interposição da pessoa jurídica sociedade entre os sócios e o património societário faz com que só através de uma operação de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais se pudesse distinguir entre os vários tipos de mais-valias.

Mas esta desconsideração só pode ter lugar com fundamento num expresse comando legal, que pode por esta via evitar a utilização das formas jurídicas com o fim exclusivo de obter uma economia fiscal.

Como sucede na alínea c) do art. 5.º do CIRC: ao atribuir transparência fiscal às sociedades de simples administração de bens cujos titulares sejam um grupo familiar, pretende evitar a possibilidade de transformação de rendimentos através da interposição de uma sociedade.

Transformação de rendimentos prediais sujeitos a IRS em lucro tributável sujeito a IRC (mas com formas de cálculo muito diferentes), ou mesmo de dividendos em ganhos de capital.

Mas pode concluir-se que na situação actual do direito português, e salva esta excepção, não há qualquer obstáculo legal à transformação de rendimentos através da interposição de sociedades, uma vez que não existe um princípio geral com tal alcance.

A operação de transformação de lucros em mais-valias pode ser feita também através de uma operação de interposição de uma outra sociedade ou pessoa colectiva, que realiza assim uma transformação de segundo grau.

Se a sociedade que funciona como fonte geradora dos lucros não optar pela sua transformação em mais-valias através do seu reinvestimento, esta transformação pode ser feita quer pela interposição de uma sociedade intermédia que preencha os requisitos do art. 45.º do CIRC ou por qualquer outra entidade, como um fundo de investimento, que possa ser subtraído à dupla tributação económica do rendimento.

Não há pois qualquer obstáculo legal à transformação de rendimentos em mais-valias, quer através de uma opção por parte da sociedade onde os ganhos são realizados, quer através da interposição de uma outra sociedade entre a que realizou os ganhos e os titulares do seu capital.

III. Mais-valias por sócios nas suas relações com a sociedade

a) O regime de liquidação das sociedades

O conjunto de distinções que procurámos elaborar acerca da mais-valias originárias e das mais-valias indirectas, criadas pela existência de um património societário com existência autónoma em relação aos patrimónios dos titulares das partes sociais, pode ser útil para abordar alguns dos problemas que se colocam a propósito da liquidação das sociedades. Considerando particularmente a natu-

reza específica da liquidação das sociedades e as dificuldades sempre presentes na definição de mais-valias, mesmo na forma relativamente abrangente que é utilizada pelo art. 42.º do Código do IRC.

Encarada como um processo a liquidação de uma sociedade, é o conjunto de actos realizados com o fim de dar ao património social uma constituição que, ressalvados os direitos de terceiros e tendo em conta as convenções entre os sócios ou, na falta delas, os critérios legais, permita atribuir individualmente aos sócios os elementos existentes (Raul Ventura).

Estamos pois perante o fim de um património e a entrega dos seus vários componentes aos titulares do capital da empresa, e o fim da autonomia patrimonial da empresa vai fazer surgir um conjunto de situações fiscalmente relevantes.

Quando se procede ao fraccionamento do património, podem ser encontrados lucros não realizados, nomeadamente sob a forma de mais-valias latentes que não foram objecto de qualquer tributação, tal como podemos encontrar uma massa de lucros não distribuídos e que são rendimentos que foram objecto de transformação em mais-valias.

Enquanto se mantém a autonomia do património societário a realização ou não realização de lucros tem consequências fiscais. As mais-valias dos prédios onde está a sede social da empresa ou o aumento do valor das suas existências aguardam realização. Com a passagem dos vários elementos do património para os sócios, todos estes ganhos potenciais se dão como realizados, surgindo um lucro, cuja determinação se rege pela alínea b) do art. 65.º do CIRC.

No caso de estarmos perante rendimentos não tributados, que se têm por realizados no momento da liquidação.

Pois se estivermos perante rendimentos que foram tributados enquanto lucro realizado pela sociedade, a sua entrada no património dos sócios dará apenas origem à tributação destes.

Ou seja, haverá tributação da sociedade em liquidação sempre que esta realize um

ganho, ganho este que é essencialmente uma consequência da comparação entre o património da empresa em momentos diversos.

O lucro tributável é assim uma consequência de um qualquer aumento de valor das existências, do activo imobilizado, dado como realizado no momento da liquidação. E por isso há tributação apenas de valores latentes e por isso ainda não tributados.

Mas em ambos os casos há tributação na pessoa dos sócios (quer sejam pessoas singulares, quer pessoas colectivas) por ter havido uma transferência interpatrimonial, passando os bens com a liquidação para a titularidade directa dos sócios.

Mas que tipo de rendimentos obtém o sócio?

O Código do IRC, numa primeira análise, parece conceber o resultado da partilha como um composto de mais-valia e de rendimento de capital.

E isso acontece porque, através de um método de qualificação dos ganhos contido numa «regra de englobamento», se dividem os resultados da partilha em rendimentos de capital e mais-valias.

Mas, na verdade, esta regra corresponde materialmente a uma parte essencial da estatuição, limitando decisivamente o alcance do enunciado no n.º 1 do art. 67.º.

Este artigo, na sua primeira parte, determina que no rendimento pessoal de cada sócio seja englobado o «valor que for atribuído a cada um deles em resultado da partilha, abatido do preço de aquisição das correspondentes partes sociais».

Mas, no seu n.º 2, procede a uma distinção entre o que na partilha será tratado como rendimento de capital e o que será tratado como mais-valia.

Esta separação entre os dois tipos de rendimento é obtida através da inter-relação entre três valores distintos: valor de atribuição a cada sócio de uma parte do património, preço de aquisição pelo mesmo da parte que lhe foi atribuída e entrada efectiva para a realização do capital, tudo a valores nominais e sem levar em conta os efeitos da inflação.

E temos um valor inicial, sobre o qual vai

recair a tributação, que é a diferença, como já dissemos, entre o preço de aquisição e o valor de atribuição: afinal de contas, a medida do enriquecimento do sócio.

Através da já referida regra de englobamento, esta quantia será tratada de duas formas diferentes: uma como rendimento de capital e outra como mais-valia.

Mas a parte que será tratada como mais-valia corresponde ao possível excesso do valor da diferença entre valor de atribuição e valor de aquisição (a tal medida do enriquecimento efectivo do sócio) e o valor de atribuição e a entrada efectiva de capital.

Descodificando, haverá tributação em mais-valia (e não considerando aqui a hipótese de menos-valias, também dificultada do ponto de vista fiscal pela inexistência de correcção monetária), apenas se um sócio tiver adquirido uma quota da sociedade por um preço abaixo da entrada inicial efectiva de capital. Nesse caso, e apenas nesse caso, poderá haver um retorno de capital considerado como mais-valia para efeitos fiscais.

Mas se a tiver adquirido por um preço acima do valor da entrada efectiva, não haverá mais-valia, mas apenas rendimento de capital: uma vez que a diferença entre o valor de atribuição e o valor de aquisição tenderá a ser menor do que entre o valor de atribuição e o valor da entrada inicial.

Formalizando, haverá mais-valia se, e apenas se,

$$\text{sendo } A = \text{Vat} - \text{Vaq}$$

$$\text{e } B = \text{Vat} - \text{Vee}$$

$$A > B$$

entendendo por Vat o valor da atribuição, por Vaq o valor de aquisição e por Vee o valor da entrada efectiva (ou inicial).

Para que haja mais valia é pois essencial que tenha havido antes uma menos-valia, com uma parte de capital alienada por menos do que o seu valor nominal (que pode ser igual ou maior que o valor da entrada inicial).

Sem isso, será negativa a «diferença entre as diferenças» e não existirão rendimentos a tributar como mais-valias.

E se for ainda o titular originário o que recebe o valor de atribuição, nesse caso os dois valores serão idênticos, ou mais rigorosamente não haverá qualquer preço de aquisição, mas apenas uma subscrição de acção ou entrada de capital, também não existindo rendimentos tributáveis em mais-valia.

A ideia prevalecente parece ter sido a de evitar que, através da liquidação de sociedades com partilhas de bens pelos sócios, estes viessem a beneficiar do regime privilegiado das mais-valias.

Mas ainda aqui podemos encontrar outra incoerência sistemática: se se verificar uma manipulação negocial para tornar possível a formação de uma mais-valia (com alienação de uma parte de capital) de modo a possibilitar a existência de uma diferença positiva entre a diferença A e a diferença B, surgirá por esse caminho enviesado uma mais-valia.

O aparecimento de uma possível vantagem fiscal dentro de uma situação caracterizada por um excessivo contraste entre a possibilidade para uma pessoa singular ou colectiva de alienar partes do capital de uma sociedade, realizando mais-valias financeiras com um regime fiscal muito favorável e a partilha dos bens de uma sociedade pelos seus titulares originários.

Mas com uma adicional incoerência sistemática, no caso de termos uma mais-valia e do titular ser uma pessoa singular, este terá também uma posição favorável, uma vez que esta mais-valia não se encontra abrangida pelas previsões constantes do art. 10.º do CIRS.

E não é abrangida porque não estamos perante uma alienação onerosa das partes sociais, situação que é, ainda assim, a que mais se aproxima da partilha pelos sócios do produto de liquidação de uma sociedade.

Será uma mais-valia que o CIRC pretende tributar (mais-valia tributável lhe chama a alínea a) do n.º 2 do art. 67.º), mas não tributável em IRS, dada a redacção do art. 10.º do Código deste.

Mas esta situação de não tributação não constitui um problema em si, uma vez que é sabido que, enquanto no IRC só deixam de

ser tributados alguns acréscimos patrimoniais expressamente previstos pela lei, no IRS usa-se a técnica inversa: só são tributados as mais-valias cuja tributação a lei expressamente prevê.

Mas para além da qualificação jurídica usada pela lei, coloca-se contudo a questão de saber se encontramos efectivamente na liquidação das sociedades uma realização de mais-valias pelos sócios.

Se atendermos a uma das características de mais-valia, em contraste com o rendimento fonte, e que consiste na extinção da situação jurídica que produzia o rendimento, pareceria que na liquidação da sociedade os sócios apenas poderiam realizar uma mais-valia.

Mas o fim da fonte produtiva é apenas uma das características do conceito de mais-valias: ela pressupõe também uma transmissão onerosa, ou, por outras palavras, a forma jurídica do fim da fonte produtiva para o seu titular deverá ser a sua transmissão onerosa e na tributação do rendimento, através das previsões do art. 10.º do CIRS e do art. 45.º do CIRC, encontra-se alguma sistematicidade nessa matéria.

Ora o elemento essencial do processo de liquidação é a atribuição aos sócios dos elementos existentes, ressalvados os direitos de terceiros e levando em conta as convenções entre os sócios e os ditames da lei

No processo de liquidação, com o fim da autonomia patrimonial da sociedade, os bens que compõem o seu activo immobilizado ou as suas existências, ou o produto da sua venda, são distribuídos pelos sócios, em alguns casos com um acréscimo de valor que constitua uma mais-valia potencial ou latente.

Mas esta mais-valia é realizada pela sociedade, que subsiste até ao fim do processo de liquidação, quando vende o bem ou o transmite ao sócio, e não por este directamente.

Poderá pois haver lugar a uma mais-valia da sociedade, quer esta proceda a uma alienação normal ou haja lugar a uma transferência patrimonial para os sócios que, nos termos do art. 66.º, deverá dar-se a preços de

mercado: em ambos os casos teve lugar uma realização das mais-valias.

Mas os sócios receberão apenas um ganho final do seu investimento que poderia, como sucede em muitos outros países, ser tratado como um rendimento de capital.

IV. Mais-valias nas relações com terceiros

Depois de consideradas as dificuldades existentes na determinação das mais-valias que podem resultar das liquidações de empresas e das operações entre sociedades e titulares, podemos passar para o conceito central de mais-valias: as mais-valias como um dos ganhos ou proveitos da empresa, ou seja, as que resultam da alienação de bens da empresa.

Mas as mais-valias, como categoria especial dentro do conjunto global de ganhos da empresa, têm como propriedade distintiva o serem o resultado da alienação de uma certa categoria de bens: os bens cuja alienação se não integra na prossecução dos fins normais da empresa.

Voltando à definição do art. 42.º, são mais-valias e menos-valias «os ganhos obtidos ou as perdas sofridas relativamente a elementos do activo immobilizado mediante transmissão onerosa».

As mais-valias resultam assim da venda de bens que são elementos patrimoniais activos utilizados pela empresa por períodos superiores a um ano e que se integram no processo de produção ou constituem aplicação financeira.

O que é determinante para esta classificação do património da empresa como parte integrante do activo immobilizado não é a natureza do bem, mas sim a sua função dentro da empresa, que vai determinar a sua classificação contabilística e consequentemente a natureza do ganho resultante da sua alienação.

Outros critérios, como o tempo de detenção do bem que o deveria transformar numa «imobilização», têm que ser considerados como um critério suplementar: se o bem tem um carácter instrumental dentro da estrutura produtiva da empresa, a sua alie-

nação, mesmo que seja feita num curto período após a sua aquisição, tem que ser considerado como fazendo parte do activo immobilizado e por isso devendo originar mais-valia.

a) O caso dos investimentos financeiros

O tempo de detenção pode contudo servir como um critério supletivo para distinguir entre valores mobiliários que são adquiridos apenas como forma de rentabilizar temporariamente certos excedentes de tesouraria e aplicações financeiras feitas a médio e longo prazo.

Se as aplicações são feitas numa perspectiva de curto prazo, vão proporcionar um ganho constituído pelo seu rendimento, em especial se o seu prazo de vencimento couber inteiramente dentro do exercício anual da empresa.

Mas se elas são feitas numa perspectiva de immobilização financeira, a sua venda terá lugar, em princípio, num exercício distinto daquela em que foram adquiridas.

Mas a distinção fundamental provém necessariamente do objectivo da empresa na aquisição dos títulos: se eles têm um fim de immobilização podem proporcionar uma mais-valia, além de que, em princípio, as aplicações de tesouraria em títulos negociáveis têm um carácter excepcional.

Se a empresa não se dedica ao comércio de títulos, a aquisição destes constituirá normalmente uma immobilização financeira.

E, neste caso, o objectivo da empresa na aquisição do activo financeiro tem um carácter decisivo, pois a mais-valia que pode estar ligada a um activo financeiro é sempre uma mais-valia indirecta.

A subida do valor de uma acção indicia um aumento do valor do património da empresa de que ela é uma parte do capital, em todas as

combinações possíveis para este possível aumento de valor do património, que tanto se pode dever a lucros não distribuídos como às boas perspectivas existentes sobre os lucros da empresa.

E nos activos financeiros a artificialidade das distinções entre rendimentos fonte e ganhos de capital surge com particular nitidez.

Tomemos, por exemplo, o caso de uma obrigação convertível em acção: a remuneração do prestamista contém um juro — remuneração certa — e o direito de vir a adquirir acções da empresa por um preço que pode estar bastante abaixo do seu valor contabilístico ou da sua cotação.

A obrigação passa assim a comportar um elemento de risco e a sua valorização no momento da conversão depende dos mesmos factores que influenciam a valorização das acções da empresa.

E torna-se assim, no ordenamento fiscal português, a forma mais favorável de financiar uma empresa.

Constituindo os juros um custo para a empresa — ao contrário do dividendo — os seus rendimentos escapam ao imposto sobre os lucros das sociedades.

Se for detida por uma pessoa individual, a possibilidade de ser tributada com uma taxa liberatória assegura uma tributação relativamente baixa para o seu rendimento, e caso venha a obter uma subida de valorização por um qualquer motivo, a mais-valia proporcionada pela sua alienação também não é tributada.

Do ponto de vista fiscal, a obrigação aparece assim com seguras vantagens fiscais sobre as acções para o investidor individual, o que, num ambiente mais sensível à exploração de qualquer vantagem fiscal, poderia ter maiores consequências em relação às escolhas financeiras das empresas.

NOTA: Este trabalho constitui uma síntese de uma investigação mais longa sobre o conceito de mais-valia que, com as respectivas notas e bibliografia, será publicado futuramente. Nessa investigação nos propomos tratar questões com as mais-valias no IRS, o que não podemos fazer dentro do presente trabalho, já demasiado longo para uma revista como a Fisco.