SUMÁRIO

2 **Nota de Abertura**
Os Dossiers "Inforfisco"

3 **J.L. SALDANHA SANCHES**
Ainda sobre o conceito de Mais-Valias

19 **ARLINDO N.M. CORREIA**
A administração de um imposto

30 **Jurisprudência - CLOTILDE CELORICO PALMA**
A base factual das fixações do rendimento colectável

39 **Jurisprudência - J. L. Saldanha Sanches**
A aplicação retroactiva da lei contra-ordenacional

43 **Orientações Administrativas**
Coordenação de Leonel Corvelo de Freitas

49 **Dossiers - Inforfisco**
O regime fiscal dos direitos de autor

FISCO

■ DOUTRINA JURISPRUDÊNCIA LEGISLAÇÃO ■

■ DIRECTOR: J. L. Saldanha Sanches ■ COORDENAÇÃO TÉCNICA: J. Magalhães Correia, Rui Barreira.

■ COLABORADORES: Ana Paula Dourado (Jur.-FDL), A. Brás Carlos (DGCI/FDL), António Simões Mateus (econ.-IGF), Carlos M. Bernardes (econ.-Coopers & Lybrand), Carlos Loureiro (gest.-Arthur Andersen & Co.), António Lobo Xavier (FDC, jurista), 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 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).

■ GERÊNCIA: La Salete Fernandes ■ DIRECÇÃO DE MARKETING: Jorge Morais ■ DIRECÇÃO DE PRODUÇÃO: J. M. F. M. ■ TRADUÇÃO: Teresa Curvelo ■ COMPOSIÇÃO E PAGINAÇÃO: Edifisco ≡ Sociedade de Informação Fiscal, Lda. ■ PUBLICIDADE: 716 64 93 - 716 69 22 - 716 64 55 ■ IMPRESSÃO E ACABAMENTOS: Gráfica Europam ■ DISTRIBUIÇÃO: Dig livro. ■ PROPRIEDADE: Edifisco ≡ Sociedade de Informação Fiscal, Lda. ≡ Sociedade por quotas; Capital: 10 000 000$00; ■ Pessoa colectiva n.º 502086017 ■ Depósito legal n.º 23939/88 ■ Registo na DGCS n.º 112897 ■ SEDE: Az. Torre do Fato, 5-C 1.º Dt.º – Edifício Terraços de S. Paulo – 1600 Telheiras • Telefs. 716 64 93 - 716 64 22 - 716 64 55 Fax: 716 66 80

Revista mensal ■ Preço de cada número: 1300$00 ■ Assinatura anual: 13 800$00 ■ Pedidos de assinaturas para: FISCO, Az. Torre do Fato, 5-C 1.º Dt.º – Edifício Terraços de S. Paulo – 1600 Telheiras • Telefs. 716 64 93 - 716 64 22 - 716 64 55 (Ana Maria) ■ As opiniões expostas nos trabalhos são da exclusiva responsabilidade dos seus autores.

AINDA SOBRE O CONCEITO DE MAIS-VALIAS

J. L. Saldanha Sanches

This article thoroughly explores theoretical delimitation of the capital gains concept from the viewpoint of comparative law.

■

A exacta delimitação do conceito doutrinal de mais-valia, com recurso ao direito comparado, é o objecto deste artigo.

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 essas 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 só perderia importância com um conceito inteiramente abrangente de rendimento e uma tratamento neutro das suas diversas formas. A não ser assim pensemos apenas na alienação de um bem por uma pessoa singular, que pode ser um acto de comércio, (1) 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 não sujeito a tributação.

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

Só com uma concepção de rendimento que abrangesse todos os tipos de acréscimos patrimoniais e não distinguisse entre mais-valias realizadas e não-realizadas, esta questão perderia importância: em suma com a adopção do conceito de rendimento de Simons-Haig.

Pelo contrário, o tratamento muito particular dado às mais-valias nos dois Códigos dos Impostos sobre o Rendimento e a articulação existente nestes dois Códigos entre as normas definitórias destas, reforça a importância das distinções.

Em que casos produz a alienação de um bem por uma empresa uma mais-valia? Como clafissicar os acréscimos patrimoniais, em sentido amplo, proporcionados a um titular de uma empresa nas suas relações com esta? Como devemos determinar, e que tratamento devem ter, as mais-valias de pessoas singulares que sejam também rendimentos comerciais e industriais.

(1) O Código do IRS não contém um conceito explicito de acto de comércio. Há actividades comerciais e industriais e "actos isolados de natureza comercial e industrial" (art. 4º) o que pressupõe a categoria mais geral de "acto de comércio", com um significado não necessariamente coincidente com o utilizado no direito comercial.

São essas as perguntas a que se pretende responder no presente trabalho.

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 (2).

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° 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° e 24°).

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. É em relação a este conceito que encontramos delimitações.

Mas tem igualmente implícito um conceito mais vasto e mais rigoroso de variação patrimonial.

Conceito esse, que está contido, na definição de lucro do n° 2 do art. 3°: "o lucro consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação" (3).

Há aqui um conceito implícito de variação patrimonial, uma vez que essa comparação entre o património da pessoa colectiva em dois momentos distintos, pressupõe um conceito de variação patrimonial como fundamento para a determinação do 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 patrimoniais, temos também a integração explícita de uma das formas nucleares destas - as mais e menos-valias realizadas - entre os ganhos (art.

(2) "Não existe em nenhum ordenamento jurídico uma definição legal abrangente de mais-valia" Yakov Neeman, Rapport Général, ao XXX Congresso da Associação Fiscal Internacional sobre Mais-Valias, in Cahier de Droit Fiscal Internacional, vol. 41 b, p. 17.

Ou em alguns casos encontramos tentativas de definição que são "monumentos de complexidade fiscal". James W.Wetzler "Capital Gains and Losses in "comprehensive Income Tax" ed. por Joseph Pechman "Brookings Institution", 1981, p. 115. E essa dificuldade definitória tem na sua raiz a artificialidade económica da distinção entre resultados de investimento que sejam juros, dividendos ou mais-valias realizadas. Richard Goode "The Compreensive Income Tax", in Charles E. Walker e Mark A. Bloomfield "New Directions in Federal Tax Policy for the 80" The American Council for Capital Formation. Center for Policy Research" 1984. Por isso o que as legislações fazem é renunciar à definição de aumentos ou diminuições patrimoniais limitando-se a descrever "o pressuposto gerador dos mesmos para efeitos fiscais" José Ramón Dominguez Rodicio "Los Incrementos Y Diminuciones Patrimoniales desde una Perspectiva de Derecho Interno" in "Estudios sobre la Tributation Bursatil" ed. por A.Martinez Lafuente, Madrid, 1987.

(3) "Variação do activo líquido entre dois exercícios sucessivos" N.H. Freitas Pereira "A Base Tributável do IRC", Ciência e Técnica Fiscal, Out. - Dez. 1990, p. 131 "lucro é o saldo do capital próprio de uma empresa no fim de um período sobre o capital próprio no início do período", excluindo algumas entradas e saídas. D. Schneider "Steuerbilazen" Wiesbaden, 1978, pg. 36. Ou o resultado da "comparação entre os patrimónios da empresa determinado segundo os sãos princípios da contabilidade" B. Knobbe-Keuk "Bilanz un Unternehmenssteuerrecht", 5ª ed., Colónia 1985, p. 7.

20°) e as perdas (art. 23°).

Mas as mais-valias realizadas, são objecto de uma definição no art. 42° do Código do IRC, que contém também para elas regras de quantificação específicas, mas com uma função delimitadora em relação aos demais tipos de ganhos e perdas das pessoas colectivas.

Em suma, 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: um 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 do IRC nos arts. 21° e 24° 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-vaias 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, como já sublinhámos, uma das formas possíveis de ganhos e perdas, que se encontram, nas variações patrimoniais determinantes do lucro tributável. Constituindo qualquer ganho uma forma de variação patrimonial positiva e qualquer perda uma forma de variação patrimonial negativa.

Esta dualidade de conceitos pode ser explicada, pela recepção do conceito de variação patrimonial ou acréscimo patrimonial na actual regulamentação da tributação das sociedades.

Esta passa a incorporar as mais-valias, mas mantém algumas das formas anteriores de determinação do lucro tributável, feitas sem o recurso ao conceito de variação patrimonial.

Mas aceita este conceito, uma vez que passamos da tributação real das mais-valias no sentido de capital gains, para a tributação de acréscimos patrimoniais ou de variações patrimoniais no sentido de mais-valias que são personalizadas pela sua imputação a um determinado património, o que equivale a dizer à situação tributária considerada globalmente de uma dada pessoa colectiva (4).

Sem que encontremos uma definição global de acréscimo patrimonial, tal como a não encontramos no Código do IRS: a esta 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 enumeração também necessariamente casuística das mais-valias, no seu art. 10°.

Neste Código as mais-valias começam por ser consideradas como uma 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 encontramo-nos no caso destas exclusões, perante situações cuja razão de ser só encontra justificação em razões de política económica, em alguns casos mal definidas, ou seja, estamos perante situações que em rigor devem ser qualificadas como isenções fiscais.

É manifestamente o caso das acções detidas durante um certo período de tempo, mas já encontramos motivações menos claras no

(4) Sobre esta distinção V. Otto Ebnetz "Die Besteuerung des Wertzuwachs-Ein Theoristischer Ansatz in Rahmen des Einkommenbesteurung", Baden Baden, 1978, pg. 2.

caso da exclusão das obrigações.

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 (5).

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 fieis em alguns dos regimes normativos

particulares que nele podemos encontrar.

E 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°).

E no acentuar da realização do ganho como pressuposto da tributação, que encontramos no art. 10° 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 resultando 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 os vários tipos de rendimento (6).

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, ao menos na sua origem histórica.

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 nuclear de mais-valia, são as que correspondem a ganhos que se devem a circunstâncias exteriores, independentemente de qualquer esforço ou de comportamento intencional do seu titular.

(5) Klaus Vogel, Relatório nacional já cit. Cahiers de Droit Fiscal Internacional, vol. 41 b. No caso francês o conceito de mais-valia foi uma criação jurisprudencial, no sentido de determinar quais os ganhos que, salvo previsão expressa da lei, não seriam tributados. E mais-valia (ganhos de capital) era um ganho não-habitual ou esporádico proveniente de uma só operação. M. Chrétien, Relatório Nacional francês, ob. cit., pg. 311.

(6) Para outro tipo de classificação, atendendo basicamente à delimitação de situações próximas V. O. Ebnetz (nt. 4), pag. 21. Todos estes problemas surgem, como salienta Alan J. Auerbach, in "Capital, Gains Taxation anda Tax Reform", NTJ, Setembro 1989, pg. 391, do afastamento do conceito de conceito pleno de rendimento acréscimo patrimonial "Muitas das distorções assicadas com o presente sistema de tributação das mais-valias resultam dos seus desvios da concepção Haig-Simons". Que obriga a elaborar distinções artificiais entre várias formas de rendimento marcadas por uma identidade essencial.

Estamos neste caso perante a concepção clássica de mais-valias como acréscimos ocasionais dos valores dos bens, acréscimos fortuitos, não provenientes de um esforço ou de uma actividade com vista a um fim (7).

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 aumento 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 produção de bens públicos por parte do Estado, o que fornece uma justificação suplementar para a tributação.

Nesta zona, as dificuldades de delimitação do conceito residem essencialmente 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. A aquisição do bem, não teve como objectivo beneficiar do seu possível aumento de preço, não sendo objectivo beneficiar do seu possível aumento de preço, não sendo pois uma actividade especulativa no sentido pleno do conceito.

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 lucro tributável e sujeição a contribuição industrial - ou perante a venda de terrenos por empresas, com um outro objecto social, ou particulares com um simples destino de fruição do bem, sem uma motivação de natureza comercial.

A natureza da actividade, o 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 do titular com o 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 se 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 patrimóno 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 objectivo social da empresa.

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.

(7) Pedro Soares Martinez "Manual de Direito Fiscal", Coimbra 1983, pg. 537. Estarimos assim nesta zona, poerante um "unearned increment", ganhos independentes da actividade do titular, já referidos por David Ricardo e J. Stuart Mill. V. O Ebnet (nt. 4, pg. 117. Embora possamos também, ter Windfall profits que não são mais-valias como sucedeu, por exemplo, aquando da brusca subida das cotações do petróleo, o que justificou uma tributação com parciais efeitos parcialmente retroactivos. Hans-Jurgen Papier "Estragssteuerliche Erfassung der "windfall-profits", Stu W, 1984.

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 complexo da organização comercial do comerciante ou de uma empresa, sob a forma de um aumento do seu valor potencial, que pode ser realizado através da sua alienação (8).

Este aumento de valor, substancialmente com as características essenciais da mais-valia (9), é em princípio, o resultado normal da actividade comercial.

O valor total de uma empresa está normalmente acima do valor do património constante do balanço num determinado momento temporal, pois consubstancia-se numa expectativa sobre receitas futuras que dependem do nome da empresa, da sua clientela, da sua organização ou das tecnologias de que dispõe (10).

E da sua actividade resultam por isso hipóteses de lucro futuro ou o domínio sobre certos bens susceptíveis de um aumento sustentado de valor.

E se esta situação é susceptível de garantir no futuro um grau razoável de probabilidade, fluxos permanentes e estáveis de rendimento, pode proporcinar no presente, mediante a alienação da fonte produtiva, um ganho imediato, correspondendo este ganho 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.

A posição actual é de tributar os ganhos resultantes do trespasse como uma mais-valia comercial e industrial. É uma solução equilibrada no que diz respeito aos seus resultados, quando permite a dedução dos crusto de aquisição. Mais problemática, quando no caso de uma construção empresarial ab ovo este não existe. Pois neste caso, a mais-valia não é, como em princípio deveria ser, uma diferença entre um valor inicial e um valor futuro.

E a tributação do trespasse de estabelecimentos comerciais, levanta alguns problemas em relação à letra da Lei, uma vez que a alínea d) do nº 1 do art. 10º fala apenas de "cessão onerosa de arrendamento e de outros direitos e bens afectos, de modo doradouro ao exercício de actividades profissionais independentes.

Conhecido o sentido que o termo "profissional independente" assume no contexto dos rendimentos tributados em IRS, a Lei parece estar voltada apenas para os locais onde estas actividades são exercidas, não sendo este o entendimento que a administração faz do preceito.

c) As mais-valias indirectas

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

Mas a interposição das sociedades entre

(8) A. Ferrer Correia "Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal", Coimbra, 1985, pg. 255. Mas convirá distinguir entre estabelecimento como simples conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas organizado pelos comerciantes e empresas, que pode ter vários estabelecimentos. Alberto Xavier "As Sucursais de Sociedades Estrangeiras no Direito Brasileiro (Aspectos Tributários e Cambiais)", Centro de Estudos Fiscais, Comemoração do XX Aniversário, Lisboa, 1983, vol. I, pg. 16. O termo "trespasse" está a ser usado agora para, do ponto de vista contabilistico, designar o good-will. V.José Vieira dos Reis "A Contabilização do Trespasse", FISCO nº 36, pg. 3

(9) E por isso é também qualificado como mehr-wert pela doutrina alemã e por sur-valeur em França. A. Ferrer Correia (nt. 8), pg. 257 nt. 1. José Vieira dos Reis (nt. 8) pg. 8.

(10) B. Knobbe-Keuk (nt. 3), pg. 70.

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 uma avaliação do seu património, a seguinte situação:

1) O património da 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 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.

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-valia 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 lucros 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.

Uma mais-valia significativa surge normalmente após a passagem de um longo período, excepto quando eventos mais ou menos inesperados provocam um aumento substancial do valor de um bem. E em ambos os casos predominam factores não-intencionais.

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 quinhoarem nos lucros (11), transformando assim um rendimento de capital (dividendos, lucros distribuidos) 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 patrimonial desta, em resultado do lucros reinvestidos em bens susceptíveis de experimentarem as valorizações que procurámos tipificar dentro do primeiro grupo.

(11) Se os lucros não são distribuidos, a sua retenção "vai aumentar a autonomia patrimonial da pessoa colectiva" Manuel António Pita "Direito aos lucros", Coimbra, 1989, pg. 51, com um enriquecimento indirecto do sócio. E por isso se do ponto de vista do direito comercial são reservas legias, reservas estatutárias ou reservas livres, são lucros do ponto de vista do direito fiscal. Num caso está em jogo a tutela dos interesses dos sócios ou dos credores e no outro o interesse público da correcta distribuição dos encargos tributários.

No caso dos investimentos de pura fruição, realizados pela empresa, estes 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 a uma sua parte social for alienada e, neste último caso, com uma taxa liberatória muito abaixo da taxa normal de tributação.

É em relação a estas possibilidades de transformação de rendimentos sujeitos a um determinado fiscal, em ganhos de capital sujeitos a um outro regime normalmente mais favorável, que encontramos, em alguns países, algumas limitações legais (12).

Pois se as mais-valias têm um regime fiscal mais favorável, a possibilidade sistemática de transformar rendimentos em mais-valias corresponde, ou a um objectivo preciso de política económica que a justifica (incentivo ao auto-financiamento), 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 em benefício dos sócios, trata como rendimento de capital a parte mais importante do produto desta mesma liquidação.

Ainda que aqui, como veremos, seja realmente discutível se na liquidação de uma empresa em benefício dos sócios, 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 reflectivdas 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-valia que correspondem ao núcleo essencial deste conceito e mais-valia 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 (13), se pudesse distinguir entre os vários tipos de mais-valias.

Mas esta desconsideração só pode ter lugar, com fundamento num expresso 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° do CIRC: ao atribuir transparência fiscal às sociedades de simples administração de bens cujos titulares de transformação de rendimentos através da interposição de uma soci-

(12) Yakov Neeman (nt. 2), pg. 36.

(13) E esta desconsideração da personalidade das empresas é o método usado em alguns países para a qualificação como "dividendos" ou como outros rendimentos de capital, de ganhos que se pretendiam ver transformados em mais-valia, para obter uma menor taxa de imposto. Condorcet Pereira de Resende "Caihers de Droit Fiscal Internacional" Rapport Générale "La Non-reconaissance des Personne Juridiques en Matiére Fiscal", Rio de Janeiro, 1989, pg. 38.

Entre nós, do ponto de vista da situação existente no direito comercial, Pedro Cordeiro, "A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais", Lisboa, AAFDL, 1989.

edade (14).

Transformação de rendimentos prediais sujeitos a IRS em lucro tributável sujeito a IRC (mas com formas de cálculo muito diferentes), ou mesmo, num momento posterior, 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 que o procure impedir.

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° 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 DOS SÓCIOS NAS SUAS RELAÇÕES COM A SOCIEDADE

a) O Regime de Liquidação das socieades

O conjunto de distinções que procurámos elaborar acerca das 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 natureza 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° do Código do IRC.

Encarada como um processo, a liquidação de uma sociedade define-se como "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." (15)

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.

(14) Pode considerar-se que a simples detenção de bens não preenche a exploração económica que é o motivo de constituição de uma sociedade. "Transparencia Fiscal y Los Valores Imobiliários" in Estudos sobre Tributation Bursatil", (nt. 2), pg. 284. A mesma questão de forma mais sofisticada, se colocou em outros ordenamentos jurídicos, a propósito da constituição de fundos imobiliários fechados com actividade de mera gestão de bens. V. Hans Joachim Herrmann "Einkommensteuerrecht Fragen der Geltaltung geschlossener Immobilienfonds", Stu W, 1989, pg. 97. Mas recorde-se que em Portugal a transparência fiscal não tem qualquer conteúdo sancionatório, podendo mesmo considerar-se que, por evitar uma dupla tributação, tem vantagens para o contribuinte.

(15) Raul Ventura "Dissolução e Liquidação de Sociedades - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais", Coimbra, 1987, pg. 212. Tendo Ventura feito anteriormente uma distinção entre liquidação como fase da vida da sociedade e como processo. Dicotomia que se projecta também no regime fiscal: a dissolução "fase" cria deveres de cooperação especiais contidos nos art. 65° do CIRS e a dissolução "processo" tem métodos especiais de cálculo da matéria colectável regulados nos arts. 66° e 67°.

Quando se procede ao fraccionamento do património, podem ser encontrados lucros não-realizados (16), nomeadamente sob a forma de mais-valia latentes que não foram objecto de qualquer tributação, tal como podemos encontrar uma massa de lucros não distribuidos 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 as suas instalações fabris, aguardam realização. As suas existências vão ser também alienadas.

Com a passagem dos vários elementos do património para os sócios ou para terceiros, todos estes ganhos potenciais se realizam ou se dão como realizados, surgindo um lucro, cuja determinação se rege pela alínea b) do art. 65° do CIRC.

E esta tributação na partilha vai ter lugar sobre ganhos ainda não tributados, mesmo no caso de tais ganhos serem o resultado do investimento de lucros já antes sujeitos a tributação.

Pois, se estivermos perante rendimentos que foram tributados enquanto lucro realizado pela sociedade, não haverá nova tributação destes: tendo sido sujeitos a tributação, eles entraram no património da sociedade por um determinado valor e na determinação do resultado da partilha, a fonte de uma incidência nova do imposto, pode ser apenas um acréscimo do seu valor ou um rendimento por este originado.

Mas a não distribuição de lucros aos sócios, levou a um adiamento na tributação do rendimento pessoal: que vai ter lugar com a entrada dos bens, ou do produto da sua venda, no património dos sócios.

Ou seja, haverá tributação da sociedade em liquidação, sempre que esta realize um ganho, ganho estes que é, também 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 ou do activo imobilizado, dado como realizado no momento da liquidação. E por isso, há tributação apenas de valores latentes, que por isso ainda não foram tributados.

Mas, em todos os casos, há tributação na pessoa dos sócios (quer sejam pessoas singulares, quer pessoas colectivas) por ter havido uma transferência inter-patrimonial, passando os bens com a liquidação para a titularidade directa dos sócios. Essa deslocação patrimonial é um pressuposto da tributação do sócio, que obtém desta forma o resultado do seu investimento no lucro da sociedade.

Mas como qualificar o tipo de rendimento obtido pelo 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° 1 do art. 67°.

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° 2, procede a uma distinção entre o que na partilha será tratado como rendimento de capital e o que será tratado como mais-valia.

(16) Um lucro pode considerar-se realizado e como tal aparecer no balanço de uma empresa quando um elemento do património é alienado e em seu lugar um outro elemento do património - normalmente um crédito ou dinheiro - com um valor mais elevado do que o elemento alienado pode ser inscrito no activo. B. Knobbe-Keuk "Bilanz und Unternehmmenssteuerrecht", 5ª ed., Colónia, 1985, pg. 190. Sendo a realização da mais-valia um caso particular da realização do lucro. A mais-valia (ou menos-valia) pode considerar-se realizada no momento em que se aprefeiçoa o direito com base no qual o bem sai do património e se transforma no correspondente valor, adquirindo assim autonomia" Pietro Adonnio "Plusvalenza e Minusvalenza", Novissimo Digesto Italiano, pg. 156.

E esta separação entre os dois tipos de rendimento, é obtida através da interrelação entre 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.

E 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-valia, 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,

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

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

$$A > B$$

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 (17).

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 o 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.

E surge aqui 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. 10º do CIRS.

E não é abrangida porque não estamos

(17) Para exemplos e explicações detalhadas ver DGCI, Código do IRC. Anotado e Comentado, Lisboa, 1990, sem indicação de autores.

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 nº 2 do art. 67º), mas não tributável em IRS, dada a redacção do art. 10º do Código deste.

Esta situação de não tributação, não constitui um desvio isolado dentro dos princípios da tributação das pessoas singulares, 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.

O que significa que a nova tributação do rendimento pessoal criada pelo IRS, só fragmentariamente realizou o objectivo de alargar a base deste imposto.

Mas, para além da qualificação jurídica usada pela lei para os resultados da partilha, coloca-se 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 (18).

Mas o fim da fonte produtiva, é apenas uma das características do conceito de mais-valias: ela pressupõe também uma transmissão onerosa. O que quer dizer que, a forma jurídica do fonte da fonte produtiva para o seu titular, deverá ser a sua transmissão onerosa.

E na tributação do rendimento, através das previsões do art. 10º do CIRS e do art. 42º do CIRC, encontra-se alguma sistematicidade nessa matéria.

Considerando em particular o art. 42º do CIRC, verificamos que na sua definição de mais-valia como um dos possíveis ganhos da empresa, encontramos como pressuposto da existência desta ou a transmissão onerosa ou outras deslocações patrimoniais que a esta são equiparadas: os ganhos resultantes de indemnização e a "afectação permanente daqueles elementos a fins alheios à actividade exercida".

Equiparada à alienação, como operação que dá origem a uma mais-valia, esta afectação permanente exige o desvio de um bem do dominio da empresa. Pura previsão fáctica, a afectação permanente atende à distinção entre a titularidade jurídica do bem e a sua situação real.

Ora no processo de liquidação, com o fim da autonomia patrimonial da sociedade, os bens que compõe o seu activo imobilizado ou as suas existências, ou o produto da sua venda, são distribuídos pelos sócios, em alguns casos com um acréscimo de valor que constituia 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. 66º, 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 (19), ser

(18) Como defende António Lobo Xavier "Notas sobre o regime fiscal da amortização de acções sem redução de capital", RDE, 1988, pg. 174 "deste ponto de vista a liquidação de uma sociedade só poderia gerar mais-valia - rendimento - acréscimo - já que os sócios, nessa circunstância, recebem dinheiro ou bens mas ficam sem as acções ou quotas".

(19) V. Guy van Fraenyenhoven, Relatório Geral "O Regime de Liquidação de Sociedades" Cahiers de Droit Fiscal Internacional, vol 41 b, 1987, pg. 19. Podemos ter como sucede entre nós, uma determinação do lucro segundo as regras comuns e a tributação do mesmo como um rendimento de capital, com a particularidade do desconto da entrada efectiva, em sentido amplo. E para dar coerência plena ao sistema um crédito fiscal. Richard Wellman, Ib., pag. 133.

tratado como um rendimento de capital.

b) Compra de acções e sua amortização.

Em todos os casos, o Código das Sociedades Comerciais sujeita a estas operações, a limites bem definidos.

No caso da aquisição de acções próprias, começamos por encontrar no nº 2 do art. 317º do Código das Sociedades Comerciais um limite quantitativo de 10% para a parcela do seu capital que a sociedade pode adquirir.

E ainda um limite criado pela aplicação dos arts. 32º e 33º do mesmo Código, por expressa remissão do nº 4 do já citado art. 317º, onde se encontram limites para a distribuição de lucros aos sócios.

E no caso da amortização a limitação consiste apenas na aplicação dos art. 32º e 33º.

O sentido geral destas limitações existentes é a concretização do principio da conservação da fonte de rendimentos (20), uma vez que o prolongamento destas operações, com a sua passagem de determinados limites, seria o início de um processo que teria o seu culminar na liquidação da sociedade.

Mas, ao contrário do que se passa na liquidação, existe aqui uma alienação onerosa de direitos feita pelo sócio à sociedade, que se mantém enquanto tal, e por isso temos os pressupostos globais para que surja uma mais-valia.

Pois, enquanto na liquidação do património da sociedade esta se limita a transferir bens que antes se encontravam no seu património para a titularidade directa dos sócios, nos casos acima tratados temos uma deslocação patrimonial de igual sentido, mas como parte de um negócio sinalagmático em que os direitos sociais dos sócios (ou parte deles, no caso da amortização sem redução do capital social em que o sócio permanece como titular de acções de fruição) mudam de titular.

E temos neste conjunto de situações, uma mais-valia, que tal como a mais-valia proveniente de uma liquidação, não é tributada em IRS, por não se enquadrar na previsão do art. 10º do CIRS (21).

Se se verificar uma amortização sem diminuição de capital, como sucede no caso do art. 346º do Código das Sociedades Comerciais, não nos encontramos perante uma alienação de partes sociais.

Na verdade e para além de outros argumentos já utilizados, a natureza das coisas, faz com que o art. 10º não tenha uma formulação com efeitos idênticos para os casos de alienação dos direitos reais sobre imóveis e para os de alienação das partes sociais.

No campo dos direitos reais, dada a natureza destes direitos e o modo como se articulam entre si, a alienação de qualquer direito real que incida sobre imóvel (usufruto, direito de superficie) dá lugar a uma mais-valia tributada.

Mas no caso das partes sociais, encontramos a previsão legal da tributação das mais-valias resultantes da sua alienação e da amortização, considerada pela lei como uma das formas de alienação.

O que enquadra na hipótese da amortização com diminuição do capital social, mas não num negócio jurídico de diferente natureza, em que o accionista recebe em vez das acções de que dispunha "acções de fruição", que, nos termos do 346º do Código das Sociedades Comerciais, apenas receberão dividendo depois de este ter sido atribuido às demais acções, tendo em princípio direito a uma remuneração fixa: estamos, pois, perante uma alienação de apenas alguns direitos societários.

O alcance da lei não é o mesmo quando esta prevê a tributação de direitos reais sobre bens imóveis e quando esta prevê a tributação da alienação de partes sociais e não de direitos com ela conexos, como é o caso nas presentes hipóteses.

De tudo isto, resulta uma tributação fragmentária das mais-valias, como desigualdades patentes e distorções graves: são tributadas algumas das mais-valias e ficam por tributar outras, no caso em que os seus titulares são pessoas singulares, enquanto são tri-

(20) Este princípio, extensível às situações acima citadas, aplica-se primordialmente à determinação do lucro distribuível aos sócios, com definição dos limites legais a esta distribuição. Manuel António Pita "Direito ..." (nt. 11).

(21) António Lobo Xavier "Notas..." (nt. 18).

butadas a generalidade das mais-valias realizadas pelas sociedades como possibilidade para estas de se desonerarem da tributação através do seu reinvestimento.

Sujeitos a tributação por mais-valias estão os valores mobiliários (22), ficando de fora todos os demais activos financeiros, como os direitos de opção ou as operações a prazo (os chamados contratos de futuros) (23).

Uma tributação fragmentária e sem sistematicidade, que convida os agentes económicos a escolher as formas jurídicas onde uma economia fiscal pode ser realizada, em vez de optar pela formas jurídicas mais eficientes do ponto de vista empresarial.

IV - MAIS-VALIAS DA SOCIEDADE NAS SUAS 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 transmissão onerosa de bens da empresa para terceiros.

Temos assim as mais-valias, como categoria especial dentro do conjunto global de ganhos da empresa, tendo 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° são mais-valias e menos-valias "os ganhos obtidos ou as perdas sofridas relativamente a elementos do activo imobilizado 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 uma aplicação de capitais, quer uma aplicação estritamente financeira, quer um qualquer investimento num bem cujo comércio não seja o objecto da actividade da empresa (24).

O que é determinante para esta classificação de um elemento do património da empresa como parte integrante do activo imobilizado, não é pois a natureza do bem, mas sim a sua função dentro da empresa.

E uma vez que é a função do bem que vai determinar o seu tratamento contabilistico e consequentemente a natureza do ganho resultante da sua alienação, compreende-se que destes resultem consequências fiscais: se um bem económico é considerado como um elemento do activo imobilizado no balanço da empresa, está implicitamente a proceder a uma classificação que tem efeitos fiscais.

E a qualificação atribuida em termos contabilisticos, tem o significado de um comportamento declarativo da empresa, que produz efeitos, nos termos e com os limites de qualquer outra declaração tributária. Verifi-

(22) Os valores mobiliários são essencialmente acções e obrigações de empresa, bem como títulos de participação. Para o DL n° 142/A/91 que veio regular o mercado de valores imobiliários, na sua alínea a) do art. 3°, estes deverão ser além dos já enumerados "quaisquer outros valores, seja qual for a sua natureza ou forma de representação, ainda que meramente escritural, emitidos por quaisquer pessoas ou entidades, públicas ou privadas, em conjuntos homógenos que confiram aos seus titulares direitos idênticos e legalmente susceptíveis de negociação num mercado organizado" conferindo esta última parte alguma circularidade à definição. Com uma perspectiva conceptual, Julio Nieves Borrego, "Los Valores Imobiliarios y el Impuesto Sucessorio", in A. Martinez Lafuente, (nt. 3), pg. 561, define-os como "títulos de participação social ou de participação em direitos de crédito substancialmente relacionados com a actividade da sociedade" ou em outros termos ligados com a condição de sócio ou com uma relação especial de crédito com a sociedade.

(23) Ao contrário do que sucede, por exemplo, na nova lei italiana sobre mais-valias onde se tributam direitos de obção e todos os outros direitos que não tenham natureza de juros, com uma taxa substitutiva (ou liberatória) de 25%. Frederici Giulliani in DPT, Maio-Junho 91, pg.676.

(24) Temos assim imobilizações "técnicas - constituidas por bens que tornam possível o arranque e o desenvolvimento da actividade da empresa " e de "rendimento - abrangem os investimentos de capital em actividades inorgânicas e cujos objectivos visam proporcionar um certo rendimento ou controlo de outras empresas" António Borges, Azevedo Rodrigues e Rogério Rodrigues "Elementos de Contabilidade Geral", Lisboa, 11ª ed. pg. 421.

cando-se aqui, a dupla função da contabilidade da empresa, que sendo organizada "nos termos da lei comercial e fiscal" deverá permitir o "controlo do lucro tributável" (nº 1 do art. 98º do CIRC), tendo por isso efeitos declarativos.

A qualificação de um bem como elemento do activo imobilizado, terá de assentar na questão material e objectiva da função desse bem na actividade da empresa. E dessa qualificação resulta que o ganho obtido com a sua venda é uma mais-valia, com todas as consequências fiscais de tal classificação.

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 alienação, mesmo que seja feita num curto período após a sua aquisição, tem que ser considerado como proporcionando uma mais-valia uma vez que o bem faz parte do activo imobilizado.

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 constituido 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 imobilização financeira, a sua venda terá lugar, em princípio num exercício distinto daquele em que foram adquiridas.

Contudo, a distinção fundamental provém necessariamente do objectivo da empresa na aquisição dos títulos: só se eles tiverem um fim de imobilização, podem proporcionar uma mais-valia.

Os resultados práticos desta distinção são porém atenuados, pela restrição contida no art. 44º do CIRC, ao permitir o reinvestimento das mais-valias realizadas, às que resultem da alienação dos elementos dos activos imobilizado corpóreo: o que exclui o produto da venda de activos financeiros.

Mas, voltando ao fim imobilização como pressuposto da qualificação do ganho como mais-valia, esta finalidade é sublinhada pelo facto de, em princípio, as aplicações de tesouraria só em casos excepcionais poderem proporcionar uma mais-valia.

Mas, se a empresa não se dedica ao comércio de títulos, a aquisição destes e a sua detenção por um período prolongado constituirá normalmente uma imobilização financeira (25).

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 distribuidos como às boas perspectivas existentes sobre os lucros da empresa.

E é nos activos financeiros que a artificialidade ineresnte às 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 empreas por um preço que pode estar bastante abaixo do seu valor contabilisticos ou da sua cotação.

Estamos neste caso perante um título que durante um certo número anos apenas proporciona o direito a uma remuneração fixa, sem outros direitos sociais como o de participação nos lucros da empresa, mas que por efeito do contrato celebrado aquando da subscrição permitirá mais tarde a subscrição de

(25) O que justifica a sua expressa inclusão na recente lei italiana. Frederico Giulliani, DPT, Mai-Jun 1991, pg. 678.

acções por um preço em princípio abaixo do valor contabilistico ou da quotação das mesmas.

A subscrição das obrigações é por isso a prazo uma subscrição de acções e assim é tratada pelo Código das Sociedades Comerciais que no nº 3 do art. 366º integra a deliberação de aumento do capital da sociedade no processo de emissão das acções convertíveis: antes da emissão deve ser aprovado o aumento de capital na medida em que isso seja necessário "para satisfazer os pedidos de conversão".

E por isso, o aumento do valor das obrigações não dependerá apenas de uma eventual descida das taxas de juro que possa aumentar o valor nominal de títulos com maior rentabilidade financeira, mas passa a estar dependente do valor das acções que lhe estão ligadas, o que as torna tão susceptíveis de proporcionar mais-valias como estas (26).

E estas características das obrigações convertíveis transformam-nas, no ordenamento fiscal português, na forma mais favorável de financiar uma empresa.

Constituindo os juros um custo para 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 pode ter importantes consequências em relação às escolhas financeiras das empresas (27).

CONCLUSÕES

O conceito de mais-valia, como o lado real do conceito de acréscimo patrimonial é de dificil delimitação pela possibilidade que têm os sujeitos passivos das obrigações fiscais de moldarem livremente os seus negócios jurídicos e de encontrarem formas contratuais de que resulta a construção de mais-valias.

Esta dificuldade de delimitação é agravada pela não tributação das mais-valias não realizadas, que torna necessário introduzir distinções adicionais entre mais-valias latentes e mais-valias realizadas, ignorando as situações intermédias que também são frequentes.

A tributação parcelar das mais-valias, com ausência de uma definição abrangente no IRS e o regime privilegiado de algumas mais-valias no IRC, acentuam a falta de sistematicidade desta tributação, particularmente marcada no caso do IRS, que trata de forma divergente instrumentos financeiros com funções semelhantes e com formas de relação investidor sociedade bastante próxima, como sucede por exemplo, com a diferença de tratamento entre as acções e as obrigações convertíveis em acções.

(26) A situação de favor fiscal das obrigações acentuou-se depois da reforma fisca, quer por efeito da menor tributação destas, quer por efeito da tributação das mais-valias das acções.

Sobre a situação da tributação das obrigações antes da reforma v. António Joaquim Carvalho "Influência da Fiscalidade nas Formas de Financiamento das Empresas", IX Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, Relatório Nacional de Portugal, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa, 1981, pg. 199.

(27) O presente trabalho foi redigido em 1991, antes de algumas importantes alterações no regime das mais-valias.

Não tendo sido possível actualizá-lo optámos por o publicar sem levar em conta mudanças legislativas e contribuições doutrinárias posteriores, ficando pelo enquadramento teórico da figura das mais-valias.