

FICHA DOUTRINÁRIA

Diploma:	Código do IRC
Artigo:	73.º
Assunto:	Fusão entre dois fundos de capital de risco (FCR)
Processo:	2020 4569, sancionado por despacho de 2021-03-18, da Subdiretora-Geral do IR – PIV 18729

Um fundo de capital de risco português (entidade A) equaciona proceder a uma operação de fusão por incorporação, mediante a qual será incorporado num outro fundo de capital de risco português (entidade B), também gerido pela mesma entidade gestora.

O património da entidade A passará a integrar um compartimento autónomo, dotado de autonomia patrimonial (um subfundo), dentro do Fundo de Continuidade, no qual os elementos patrimoniais serão registados pelos mesmos valores que têm na entidade A imediatamente antes da operação.

Por outro lado, não serão efetuados quaisquer pagamentos aos atuais participantes da entidade A, que receberão apenas unidades de participação do Fundo de Continuidade, a registar na sua esfera patrimonial pelo mesmo valor que têm as unidades de participação da entidade A.

Pretende-se saber se é aplicável o regime de neutralidade fiscal à operação de fusão por incorporação através da qual todo o património da entidade A será integrado na entidade B e em que os investidores da entidade A receberão unidades de participação daquele outro fundo.

O investimento mais importante da entidade A é uma participação de 7% no capital social de uma outra entidade (sociedade C), detida indiretamente através de uma sociedade de direito Luxemburguês.

A fusão projetada pela sociedade gestora garante a continuidade do investimento dos participantes da entidade A pelo tempo adequado à concretização da estratégia de venda das participações sociais da sociedade C, sem : (i) as perdas resultantes de uma venda apressada daquelas participações; sem (ii) os gastos associados a um novo processo de prorrogação do período de duração da entidade A; e sem (iii) as ineficiências resultantes da duplicação desnecessária de estruturas de investimento, que torna mais caro e menos eficiente o controlo da gestão.

Em matéria fiscal, os FCR possuem capacidade tributária, sendo os direitos e os deveres fiscais exercidos por quem os representa, *in casu*, as sociedades gestoras.

São, portanto, considerados sujeitos passivos de IRC, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 2º do Código do IRC (CIRC). Dada a ausência de personalidade jurídica, compete à respetiva sociedade gestora assumir a sua representação, a qual exerce em nome dos participantes todos os direitos e obrigações do fundo.

Os FCR gozam dos benefícios previstos no artigo 23.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), o que se traduz num regime de tributação à saída, na esfera dos seus participantes, ficando os rendimentos auferidos pelos fundos isentos de tributação.

Os rendimentos obtidos pelos FCR estão isentos de IRC, desde que se constituam e operem conforme a legislação portuguesa. Já no que diz respeito aos rendimentos derivados de unidades de participação em FCR, determina-se a aplicação do regime geral de tributação do IRS ou do IRC, consoante os titulares dessas unidades de participação sejam investidores particulares ou empresas.

Porém, não consta no regime qualquer referência à aplicação do regime de neutralidade fiscal às operações de fusão que sejam realizadas entre FCR, como acontece, com os Organismos de Investimento Coletivo (OIC), em que, no n.º 7.º do artigo 22.º do EBF, se refere, expressamente, que: «*Às fusões, cisões ou subscrições em espécie entre as entidades referidas no n.º 1, incluindo as que não sejam dotadas de personalidade jurídica, é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 73.º, 74.º, 76.º e 78.º do Código do IRC, sendo aplicável*

às subscrições em espécie o regime das entradas de ativos previsto no n.º 3 do artigo 73.º do referido Código.» (Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, em vigor a partir de 1 de julho de 2015).

Quando uma lei especial não regula determinada matéria, devemos recorrer às regras gerais. E, nesta matéria, o artigo 73.º do CIRC (que se encontra inserido nas Disposições comuns e diversas) estabelece, no seu n.º 9, que: «*Às fusões e cisões, efetuadas nos termos legais, de sujeitos passivos do IRC residentes em território português que não sejam sociedades e aos respetivos membros, bem como às entradas de ativos e permutas de partes sociais em que intervenha pessoa coletiva que não seja sociedade, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime da presente subsecção, na parte respetiva.*».

Deste modo, podem ter cabal enquadramento no âmbito desta norma todas as operações de fusão realizadas por sujeitos passivos de IRC residentes em território português que não sejam sociedades, como poderá ser o caso dos FCR.

Há, no entanto, que atender também aos requisitos previstos no n.º 7 do artigo 73.º do CIRC, no qual se estabelece que o regime especial se aplica às operações de fusão e cisão de sociedades e de entrada de ativos, tal como são definidas nos n.ºs 1 a 3 da norma, em que intervenham: «*a) Sociedades com sede ou direção efetiva em território português sujeitas e não isentas de IRC; b) Sociedade ou sociedades de outros Estados membros da União Europeia, desde que todas as sociedades se encontrem nas condições estabelecidas no artigo 3.º da Diretiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro.*».

Quanto a estes requisitos, tem de se entender que os FCR, para poderem beneficiar do regime, têm de ser considerados entidades sujeitas e não isentas de IRC.

Nesta matéria, os FCR são sujeitos passivos do IRC, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do CIR, e, quanto aos seus rendimentos, ficam isentos de IRC, tributando-se os seus participantes por retenção na fonte à taxa de 10%, em sede de IRS ou IRC, consoante se tratem de pessoas singulares ou coletivas, relativamente aos rendimentos respeitantes às unidades de participação distribuídos ou mediante operação de resgate.

Considera-se que as empresas que apenas e tão só auferirem rendimentos sujeitos de IRC mas isentos objetivamente se encontram, à luz do regime do Imposto sobre o Rendimento, numa situação comparável à das empresas ou entidades isentas subjetivamente: quer num caso quer noutra, existem interesses extrafiscalmente relevantes dignos de proteção, ditados por razões de interesse público relacionados quer com a própria pessoa do contribuinte (isenção subjetiva) quer com a natureza dos bens ou das operações sujeitas a tributação (isenção objetiva).

Assim, a melhor interpretação da expressão "entidades sujeitas e não isentas de IRC" consiste em considerar que a mesma se reporta a entidades sujeitas e não isentas (subjetivamente) de IRC. E, quando as entidades auferirem rendimentos sujeitos de IRC mas totalmente isentos objetivamente, na verdade essas entidades beneficiam de uma isenção em tudo idêntica a uma isenção subjetiva.

Ora, no regime dos FCR, são os rendimentos dos fundos que estão isentos de IRC e não as entidades. Em todo o caso, todos os rendimentos dos fundos estão isentos, o que se traduz numa situação equivalente a uma isenção subjetiva. Logo, não podem cair no regime de neutralidade fiscal as operações de fusão realizadas entre FCR.

Ainda que se possa alegar o afastamento da aplicação da cláusula geral anti abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do CIRC, uma vez que as entidades intervenientes têm a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação (beneficiam de isenção de IRC quanto aos seus rendimentos de qualquer natureza), uma operação com estas características não reúne os requisitos para a aplicação do regime de neutralidade fiscal.