

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 180/2014-T

Tema: IRS - Cláusula Geral Anti Abuso

## DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros, Juiz José Poças Falcão (presidente), Professor Doutor Rui Duarte Morais (vogal) e Doutor Jorge Carita (vogal), estes integrando o Tribunal Arbitral por designação das partes [artigos 6º-2/b), 10º-2/g) e 11º-2, do RJAT] e, quanto ao presidente, por acordo dos árbitros vogais comunicado ao CAAD em 23-4-2014, acordam no seguinte:

### I - RELATÓRIO

A – **SGPS, S.A.**, pessoa coletiva n.º ..., com sede na Rua... Lisboa, na jurisdição do Serviço de Finanças de Lisboa – (a “**Requerente**) veio, nos termos do artigo 2.º, n.º 1 alínea *a*), artigo 3.º, n.º 1, artigo 6.º, n.º 2, alínea *b*) e artigo 10º, n.º 1, alínea *a*) do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro e dos artigos 1.º e 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, requerer a constituição de Tribunal Arbitral e formular pedido de pronúncia tendo como objeto os atos de liquidação abaixo esquematizados e cujo pagamento, nas parcelas respeitantes a IRS, a requerente efetuou no dia 19 de dezembro de 2013 ao abrigo do regime excecional de regularização de dívidas tributárias aprovado pelo Decreto-Lei n.º 151-A/2013, de 31 de outubro (conforme comprovativo de que junta cópia sob a designação de **Docs. 4 a 6**):

Ano	Documento	Liquidação	Natureza	Valor liquidado	Valor pago
2010	...		IRS	295.093,86 €	295.093,86 €
			Juros	1.242,64 €	0,00 €
			Juros	31.873,07 €	0,00 €
Subtotal				<b>328.209,57 €</b>	<b>295.093,86 €</b>
2011	...		IRS	674.982,16 €	674.982,16 €
			Juros	628,61 €	0,00 €
			Juros	13.810,82 €	0,00 €
			Juros	37.524,86 €	0,00 €
Subtotal				<b>726.946,45 €</b>	<b>674.982,16 €</b>
2012	...		IRS	856.335,66 €	856.335,66 €
			Juros	47.110,19 €	0,00 €
Subtotal				<b>903.445,85 €</b>	<b>856.335,66 €</b>
<b>TOTAL</b>				<b>1.958.601,87 €</b>	<b>1.826.411,68 €</b>

Pede a requerente:

- A) A anulação das Liquidações, por ilegalidade, no valor global de € 1.958.601,87, com as demais consequências resultantes dessa mesma anulação;
- B) O reembolso da parte das Liquidações objeto de pagamento pela Requerente, no montante de € 1.826.411,68;
- C) O pagamento de juros indemnizatórios, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da LGT, calculados sobre o montante referido na alínea anterior.

Alega, no fundamental e em síntese:

- a) As Liquidações foram emitidas na sequência de uma ação inspetiva externa aos exercícios de 2010, 2011 e 2012 da Requerente e têm por único e exclusivo fundamento a aplicação da cláusula geral anti abuso (“CGAA”) consagrada no artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária (“LGT”) e
- b) A aplicação da CGAA na situação vertente carece em absoluto de fundamento, em virtude de não se encontrar preenchido um só dos diversos pressupostos cumulativos de cuja verificação tal aplicação depende, não restando à Requerente senão demonstrar precisamente a ilegalidade das liquidações que materializam tal entendimento, em decorrência de uma equivocada compreensão dos factos e de uma errónea interpretação da lei.

Juntou documentos e um parecer jurídico elaborado pelo Professor Doutor Gustavo Courinha.

Na resposta a Autoridade Tributária e Aduaneira reafirmou, em síntese, os

fundamentos em que estribou a decisão de aplicação da cláusula geral antiabuso, alegando designadamente que o reembolso das prestações suplementares dos acionistas B e C “(...) foi efetuado com o único fito de requalificar dividendos através do reembolso de prestações suplementares (...)” , não estando em causa ajustamentos de preços de transferência nem a declaração de ineficácia da criação da SGPS por via da CGAA, mas tão somente o sobredito reembolso.

Alegou ainda:

- a ausência de prova de que a criação da SGPS se ficou a dever a uma necessidade de proteção dos principais acionistas (C) e (B), prevenindo desvirtuações de controlo e governação societários do Grupo D por via de alianças com minoritários e/ou futuros investidores ou ainda de perturbações na estabilidade societária;
- que os acordos parassociais previstos no artigo 17º, do Código das Sociedades Comerciais ou o recurso ao regime de permuta de participações sociais previsto no artigo 73º, do CIRC, serviriam esse alegado propósito dos principais acionistas;
- que a criação da requerente foi artificiosa, embora a sua constituição não padeça de ineficácia;
- que a argumentação da requerente não passa, em geral, no denominado *business purpose test*;
- que a artificialidade da constituição da SGPS, da revalorização das ações, do financiamento da SGPS e da compra e venda das participações da E, SGPS, são o conjunto de atos que levam à ineficácia do ato de reembolso para efeitos tributários, ato este que deve ser caracterizado como distribuição de dividendos.

Pediu, a concluir, que a ação fosse julgada totalmente improcedente.

O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído em 19-5-2014 e é competente.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas (arts. 4.º e 10.º, n.º 2, do mesmo diploma e art. 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março).

O processo não enferma de nulidades.

Foi realizada a reunião do Tribunal com as partes prevista no artigo 18º, do RJAT, tendo ambas as partes prescindida de alegações finais, orais ou escritas.

Cumpra apreciar e decidir o mérito do pedido.

## II FUNDAMENTAÇÃO

### FACTOS PROVADOS

- a) A requerente foi constituída em 15-12-2009, com o capital social, totalmente subscrito e realizado em dinheiro, de € 50.000 representado por 50.000 ações com o valor nominal de 1 (um) euro cada, sendo 25.000 pertencentes a C (C), 24.700 pertencentes a B (B), 100 pertencentes a F, 100 pertencentes a G e 100 pertencentes a H.
- b) Em 18-12-2009, os então acionistas da requerente F, G e H venderam ao também acionista C as 300 ações que globalmente lhes pertenciam pelo preço correspondente ao seu valor nominal: 300,00 (trezentos euros).
- c) Nesta mesma data (18-12-2009) B e C venderam à requerente parte das ações que detinham no capital da I, SGPS (sociedade que havia iniciado a sua atividade em 2006), passando esta (a requerente) a deter 77,5% do capital social da E, SGPS.
- d) Os referidos acionistas maioritários da I SGPS, B 20 625 ações e C vende 18.125 ações à A, num total de 38.750 ações, com o valor nominal de € 193.750,00, correspondentes a 77,50 % da I SGPS (*conforme contrato de compra e venda de ações da E à A, constante do PA*).
- e) No caso do acionista B, as 20.625 ações tiveram um preço de 7.837.500 (sete milhões, oitocentos e trinta e sete mil e quinhentos euros [cf. cláusula segunda do contrato de compra e venda de ações] e
- f) ... no caso do acionista C, as 18 125 ações tiveram um preço de € 6.887.500 (seis milhões, oitocentos e oitocentos e oitenta e sete mil e quinhentos euros [cf. cláusula segunda do contrato de compra e venda de ações]).

- g) Sendo o valor nominal unitário das ações de € 5,00, estas foram alienadas pelo valor de € 380,00/cada.
- h) A sociedade de revisores oficiais de contas J emitiu parecer favorável à realização das vendas mencionadas em d) a g) e, alegando fazê-lo com base em relatório de avaliação efetuado por “L, Lda.”, baseado no método dos múltiplos ou avaliação relativa, concluiu por um valor variável entre € 940,00 a € 1.480,00 por ação, ponderando ainda que num contrato de compra e venda de ações da I, SGPS, celebrado em 18-12-2009, o valor fixado por ação havia sido de € 400,00 [Cf. *anexo IX, do PA*]
- i) Para pagamento do preço foi a requerente financiada pelos adquirentes através de empréstimo que lhe foi concedido pelos seus sócios, B e C, na modalidade de prestações acessórias, com sujeição ao regime de prestações suplementares, reembolsáveis nos termos do artigo 210º, do Código das Sociedades Comerciais [deliberação unânime da requerente de 24-3-2010];
- j) A requerente já reembolsou parte do financiamento concedido pelos seus sócios [€ 7.937.324,13], permanecendo por reembolsar a importância de € 6.787.675,87 [Cf. PA, “informação central”, pág. 7/25]
- k) Ao concentrar 77,5% do capital da E SGPS na esfera da Requerente, C e B asseguraram uma posição acionista na I suficientemente sólida para gerir de forma confortável eventuais ajustamentos subsequentes desse mesmo capital, sem risco de perda de controlo para qualquer um deles individualmente considerado,
- l) E, a partir desse momento, foi possível permitir a M que reforçasse a sua posição no capital social da E SGPS para 10% sem que C e B, individualmente, corressem o risco de o outro se aliar a M e com este dominar determinados aspetos da vida da E SGPS,
- m) A detenção de 50% da Requerente – em si mesma uma posição de bloqueio ao próprio domínio da Requerente pelo outro sócio – permitiu a cada um dos cofundadores conservar “as rédeas” da E SGPS, o que a situação anterior à constituição da Requerente naturalmente não possibilitava, eliminando o riscos de instabilidade societária.

- n) A AT realizou uma ação inspetiva externa à requerente com vista à aplicação da cláusula geral anti abuso [CGAA] respeitante aos períodos (exercícios) de 2010, 2011 e 2012, credenciada pelas Ordens de Serviço n° OI2012... (de âmbito geral no que diz respeito aos exercícios de 2010 e 2011, respetivamente) e OI2013... (de âmbito parcial, no que diz respeito ao exercício de 2012).
- o) O relatório da inspeção tributária da Direção de Finanças de Lisboa de 4 de novembro de 2013 [*Doc. 7 e anexos, juntos com o pedido de pronúncia arbitral<sup>1</sup>*] fundamentou o despacho concordante da chefe de Divisão da Direção de Finanças de Lisboa, por subdelegação do Diretor de Finanças Adjunto, datado de 8 de novembro de 2013 e de que a requerente foi notificada.
- p) Os factos descritos naquele relatório como tendo sido apurados, fundamentaram as seguintes liquidações de retenção na fonte de IRS, com juros incluídos: € 328.209,57 relativa ao ano de 2010; € 726.946,45, relativa ao ano de 2011 e €903.445,85, relativa ao ano de 2012 [*Docs. 1 a 3*].
- q) Estas liquidações, foram pagas, sem juros, em 19-12-2013 ao abrigo do regime excecional de regularização de dívidas tributárias aprovado pelo DL n° 151-A/2013, de 31-10.
- r) Naquela inspeção considerou a AT apurados os seguintes factos:
- Após ter sido concretizado um aumento de capital, em 13/12/2006 o qual foi realizado através de novas entradas em dinheiro e da admissão de um novo acionista, a **N S.A, atual I SGPS, SA** (constituída em 17/05/2006), tinha um capital social de € 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros), representado por 50.000 acções, com um valor nominal de € 5,00 (cinco euros), conforme certidão permanente junta no PA.
  - Em 13/12/2007, foi alterada a sua estrutura societária, passando a configurar como I SGPS, SA, sociedade gestora de participações sociais.

---

<sup>1</sup> Os documentos a que se fizer referência sem outra menção, foram juntos pela requerente com o pedido.

- Em 2009, antes da alienação de acções datada de 18/12/2009, a participação no capital social distribuía-se da seguinte forma:

Acionistas	NIF	N.º acções	Valor	Percentagem
B	...	21 875	€ 109.375,00	43,75%
C	...	21 875	€ 109.375,00	43,75%
M	...	2 500	€ 12.500,00	5%
O	...	2 500	€ 12.500,00	5%
P	...	500	€ 2.500,00	1%
Q	...	500	€ 2.500,00	1%
F	...	250	€1.250,00	0,5%
	<b>Total</b>	<b>50 000</b>	€ <b>250.000,00</b>	<b>100%</b>

- A A, que foi constituída em 15/12/2009, com um capital social inicial de 50.000 acções, com valor nominal de € 1,00 (conforme respectiva Certidão Permanente e, ainda, Contrato de Sociedade anónima e de SGPS, constantes do PA) e apresentava a seguinte estrutura de acionista:

Acionistas	NIF	N.º acções	Valor	Percentagem
B	...	24 700	€ 24.700,00	49,40%
C	...	25 000	€ 25.000,00	50%
G	...	100	€ 100,00	0,20%
H	...	100	€ 100,00	0,20%
F	...	100	€ 100,00	0,20%

	<b>Total</b>	<b>50 000</b>	<b>€ 50.000,00</b>	<b>100%</b>
--	--------------	---------------	------------------------	-------------

- Passados 3 (três) dias, em 18/12/2009, verifica-se uma alienação de ações dos três acionistas minoritários, ficando, dessa forma, a sociedade a ser propriedade de apenas dois acionistas, isto é C e B.
- Sendo que a venda foi aquela alienação referida no ponto anterior foi feita a favor de B, ficando, dessa forma, com 25.000 acções, correspondentes a € 25.000,00 e a uma percentagem de 50% (conforme contrato de compra e venda de acções, constante do PA)
- Ainda nesse mesmo dia (18/12/2009), os supra referidos acionistas maioritários da I SGPS, B vende 20 625 acções e C vende 18.125 acções à A, num total de 38.750 acções, com o valor nominal de € 193.750,00, correspondentes a 77,50 % da I SGPS (conforme contrato de compra e venda de acções da E à A, constante no PA).
- No caso do acionista B, as 20.625 acções tiveram um preço de 7.837.500 (sete milhões, oitocentos e trinta e sete mil e quinhentos euros [cf. cláusula segunda do contrato de compra e venda de acções] e
- ... no caso do acionista C, as 18 125 acções tiveram um preço de € 6.887.500 (seis milhões, oitocentos e oitocentos e oitenta e sete mil e quinhentos euros [cf. cláusula segunda do contrato de compra e venda de acções]).
- Sendo o valor nominal unitário das acções de € 5,00, estas foram alienadas pelo valor de € 380,00/cada.
- Foi requerido pela A à sociedade de revisores oficiais de contas, J, um parecer sobre a referida operação e o respectivo preço, que vem dar como válido e como que ratifica o valor de € 380 por cada Acção alienada, referindo-se até que o valor unitário se situava num intervalo entre € 940,00 e € 1.480,00.
- A sociedade de revisores oficiais de contas mencionada agiu na qualidade de Fiscal Único da própria sociedade A.

- Como data de pagamento do preço das ações, os contraentes estipularam a sua efetivação “(...) até ao dia 31 de Janeiro de 2010 (...)” (cf. cláusula segunda dos referidos contratos).
- Após concretização daquela operação a I SGPS ficou com a seguinte composição:

Acionistas	NIF	N.º Ações	Valor	Percentage m
A SGPS, SA	...	38 750	€ 193.750,0 0	77,50%
B	...	1 250	€ 6.250,00	2,50%
C	...	3 750	€ 18.750,00	7,50%
M	...	2 500	€ 12.500,00	5%
O	...	2 500	€ 12.500,00	5%
P	...	500	€ 2.500,00	1%
Q	...	500	€ 2.500,00	1%
F	...	250	€ 1.250,00	0,5%
	Total	50 000	€ 250.000,0 0	100%

- Para a A conseguir proceder a esta compra de ações, por um valor tão significativo, bem superior ao seu capital social e não tendo recorrido a qualquer empréstimo bancário, fê-lo exclusivamente através de um empréstimo dos seus dois acionistas, B e C.

- Este empréstimo dos acionistas revestiu a forma de prestações suplementares e resulta da deliberação por unanimidade da A, datada de 24/03/2010.
  - Todavia, em 31/01/2010, já tinha sido efetuado o respetivo lançamento contabilístico.
- s) A principal subsidiária da E SGPS, a I, S.A. (“I”), lançou em julho de 2009 o Fundo R (“**Fundo R**”), que ainda hoje constitui o fundo de maior envergadura sob a sua gestão.
- t) Em outubro de 2009, o Dr. M (“M”), acionista da E SGPS desde julho de 2007, reiterou a C e B a intenção de duplicar a sua participação na sociedade, que à data se cifrava em 5% do capital social.
- u) A relevância da posição individual de B e C resulta, nomeadamente, do regulamento de gestão do primeiro fundo gerido pela I, o Fundo S (“**Fundo S**”) que...
- v) ...no artigo 22º dispunha (Cf. doc. 10, junto com o pedido de pronúncia):

**Artigo 22.º**  
**(Quadros Superiores**  
**"Key Executives" )**

1. No caso de <sup>B</sup> ou <sup>C</sup> deixarem de ser administradores ou de terem qualquer vínculo com a <sup>E</sup> ou conjuntamente <sup>Q e P</sup> deixarem de ter qualquer vínculo com a <sup>E</sup>, tal circunstância consubstanciará um "Key Executive Event", conforme abaixo descrito.
  2. <sup>B</sup> dedicará 100% do seu tempo de trabalho à gestão do Fundo, e/ou à gestão de fundos constituídos pela Entidade Gestora e à gestão da <sup>E</sup>.
  3. <sup>C</sup> não dedicará mais de 30% (trinta por cento) do seu tempo de trabalho a outras actividades que não a gestão do Fundo, e/ou à gestão de fundos constituídos pela Entidade Gestora e à gestão da <sup>E</sup>.
  4. <sup>Q e P</sup> dedicarão 100% do seu tempo de trabalho ao Fundo e/ou a outros fundos constituídos pela Entidade Gestora.
  5. O incumprimento dos compromissos acima mencionados, durante o período de duração do Fundo, por <sup>B e C</sup>, individualmente considerados, ou por <sup>Q e P</sup> conjuntamente, consubstanciará imediatamente um "Key Executive Event", com as seguintes consequências:
    - (i) suspensão de novos investimentos, reforço de investimentos e desinvestimentos para os quais não existissem compromissos jurídicos válidos anteriores ao "Key Executive Event"; no entanto, os Participantes (salvo, para evitar dúvidas, a Entidade Gestora ou qualquer entidade a ela associada) podem, através de Consentimento Especial dos Investidores, deliberar o fim da suspensão das referidas actividades de investimento/desinvestimento;
    - (ii) substituição do(s) Quadro(s) Superior(es) em saída por Consentimento Ordinário dos Investidores dentro de um prazo limite de 6 (seis) meses que pode ser alargado para 12 (doze) meses com o consentimento do Conselho Consultivo;
    - (iii) no caso de a substituição do(s) Quadro(s) Superior(es) não ser feita no prazo limite de 6 (seis) meses, e o Fundo permanecer no Período de Investimento, o Período de Investimento terminará, salvo voto em contrário dos Participantes com o Consentimento Ordinário dos Investidores;
    - (iv) no caso de a substituição do(s) Quadro(s) Superior(es) não ser feita no prazo limite de 6 (seis) meses e o Período de Investimento já tiver terminado, os Participantes com o Consentimento Especial dos Investidores terão a opção de deliberar a dissolução do Fundo.
- w) A atividade pessoal e conjunta (e o consenso que tal implica) dos acionistas cofundadores era assim de tal forma essencial que, a sua falta, podia não apenas conduzir à substituição da I como sociedade gestora como, em situações limite, a uma eventual deliberação de dissolução dos Fundos pelos respetivos investidores.
- x) Para pagamento do preço foi a requerente financiada pelos adquirentes através de empréstimo que lhe foi concedido pelos seus sócios, B e C, na modalidade de prestações acessórias, com sujeição ao regime de prestações suplementares, reembolsáveis nos termos do artigo 210º, do Cód. das Sociedades Comerciais

[deliberação unânime da requerente de 24-3-2010];

- y) A requerente já reembolsou parte do financiamento concedido pelos seus sócios [€ 7.937.324,13], permanecendo por reembolsar a importância de € 6.787.675,87 [Cf. PA, “informação central”, pág. 7/25]
- z) Ao concentrar 77,5% do capital da E na esfera da Requerente, C e B asseguraram uma posição acionista na E suficientemente sólida para gerir de forma confortável eventuais ajustamentos subsequentes desse mesmo capital, sem risco de perda de controlo para qualquer um deles individualmente considerado,
  - aa) E, a partir desse momento, foi possível permitir a M que reforçasse a sua posição no capital social da E para 10% sem que C e B, individualmente, corressem o risco de o outro se aliar a M e com este dominar determinados aspetos da vida da E,
  - bb) A detenção de 50% da Requerente – em si mesma uma posição de bloqueio ao próprio domínio da Requerente pelo outro sócio – permitiu a cada um dos cofundadores conservar “as rédeas” da E, o que a situação anterior à constituição da Requerente naturalmente não possibilitava, eliminando o riscos de instabilidade societária.

## **MOTIVAÇÃO E VALORAÇÃO DOS FACTOS PROVADOS**

O Tribunal fundou a sua convicção relativamente ao quadro factual descrito, analisando de forma crítica os documentos incorporados no processo por ambas as partes [incluindo o processo administrativo instrutor, contendo o relatório da inspeção à requerente levada a cabo pelos Serviços de Inspeção Tributária e que fundamentou a aplicação da CGAA e consequente liquidação de retenção na fonte de IRS e juros compensatórios (Docs. 1 a 3, juntos com o pedido de pronúncia arbitral)], em conjugação com a circunstância de não ter sido suscitada controvérsia entre as partes quanto à sua realidade.

Por outro lado, ponderou ainda o Tribunal, para prova dos factos mencionados em k) a m), w), z), aa) e bb), a consideração dos mesmos à luz das regras da experiência (factos notórios – cf. artigo 412º-1, do CPC).

Assinale-se que poderia ter o Tribunal optado, na linha de outras decisões arbitrais proferidas por Tribunais constituídos no âmbito do CAAD [cf. v. g., as decisões arbitrais nos processos n.ºs 47/2013<sup>2</sup> (“*Não se prova que a transformação societária tenha sido motivada por questões relacionadas com a gestão, dimensão, ou imagem societária*”), 62/2014<sup>3</sup> (“*Não se provou que os Requerentes tenham optado pela venda das suas participações à .... com o desígnio de obter vantagens fiscais, designadamente a nível da tributação em IRS*”) e 267/2013<sup>4</sup> (“*Não se provou que os Requerentes tenham optado pela venda das suas participações à ..... S.A. com o desígnio de obter vantagens fiscais, designadamente a nível da tributação em IRS*”), por considerar não provado que a requerente tenha praticado os atos e negócios jurídicos elencados supra com o único ou principal intuito de conseguir vantagens fiscais, designadamente ao nível da tributação em IRS.

Tratando-se de matéria na linha de fronteira entre “factos” e “conclusões” foi deliberado, no caso, abordar a questão na fundamentação jurídica da decisão (cf. infra).

## II FUNDAMENTAÇÃO (cont.)

### O DIREITO

1- O artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária estabelece uma cláusula geral anti abuso, nos termos da qual «*são ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas*»

No caso em apreço, a Administração Tributária decidiu a aplicação da cláusula geral anti abuso considerando que, para efeitos de tributação em IRS, “(...) a artificialidade da

---

<sup>2</sup> Árbitro único: Dr. Jorge Carita

<sup>3</sup> Presidente do Coletivo: Juiz Conselheiro Jorge Lopes de Sousa.

<sup>4</sup> Idem.

*constituição da SGPS, a revalorização das ações, do financiamento da SGPS e da compra e venda das participações da E, SGPS, são o conjunto de atos que levam à ineficácia do ato de reembolso para efeitos tributários, ato este que deve ser caracterizado como distribuição de dividendos (...)*”.

2- Analisemos cada uma destas questões.

Porém, antes, há que salientar a natureza de *norma excepcional* [absolutamente excepcional] da CGAA.

A natureza excepcional desta norma resulta quer do facto de permitir que a tributação seja efetuada por aplicação de outras regras que não as normas gerais que a lei para prevê para o(s) negócio(s) efetivamente praticados, quer, mais importante, por constituir um desvio ao princípio da segurança jurídica, na sua dimensão de previsibilidade da lei fiscal aplicável, que é um princípio basilar do direito fiscal.

**Segurança e previsibilidade** implicam que os contribuintes possam confiar na tipicidade do tipo legal de imposto, que possam ter a certeza que, uma vez praticados os negócios que a norma de incidência prevê, serão tributadas de acordo com a respetiva estatuição.

A CGAA só será, pois, aplicável nos casos em que se deva considerar que não é posto em causa o valor da segurança jurídica, a ideia confiança na norma legal ínsita na ideia de Estado de Direito, por o contribuinte, objetivamente, dever saber que o ato ou negócio que praticou, nas circunstâncias em que ele aconteceu, não pode ser enquadrado na previsão legal por não ser coerente com o “espírito da lei”, muito embora, formalmente, possa encontrar “amparo” no elemento literal da norma.

Porém, diferentemente do que acontece relativamente a normas com idêntico intuito, que encontramos em outros ramos do ordenamento jurídico, como sejam o instituto do abuso do direito ou o princípio da boa-fé, a CGAA não é uma cláusula geral aberta que permita ao intérprete afastar a solução legal (a tributação) que decorre da norma que resultaria aplicável (da norma de incidência cuja hipótese os factos preenchem) invocando considerações de justiça material ou de coerência substantiva do sistema jurídico fiscal.

A CGAA é, também ela, uma norma típica – como não poderia deixar de ser, tratando-se de uma norma que releva diretamente nas regras de incidência tributária - que só pode ser

aplicada quando, indubitavelmente, se encontrem verificados todos e cada um dos pressupostos nela previstos.

Significa isto que o intérprete se tem de abster de quaisquer juízos sobre, nomeadamente, se a economia fiscal lograda é ou não “justificada” ou “aceitável”, se a concreta situação fere ou não uma suposta igualdade horizontal entre os contribuintes.

O intérprete, o julgador, tem apenas o dever de verificar se, no caso concreto estão ou não, indubitavelmente, presentes cada um dos pressupostos de aplicação da CGAA.

E tal análise, tal interpretação, tem que ser feita de forma restritiva, como impõem as regras da hermenêutica jurídica relativamente às normas excepcionais.

Ao intérprete é completamente vedado dar à CGAA um âmbito de aplicação mais vasto [fazer uma interpretação extensiva] que aquele que decorre do próprio texto legal, mesmo que sob o pretexto de realização da justiça material no caso concreto.

Dir-se-á que, assim sendo, fica, em muito, reduzida a eficácia da CGAA no combate a formas de elisão fiscal que se poderão, razoavelmente, considerar abusivas. Poderá ser a realidade, mas tal decorre, inquestionavelmente, da natureza excepcional da norma e do que tal natureza impõe ao intérprete, ao julgador.

## 2 – Os *elementos* da CGAA

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que a aplicabilidade da CGAA supõe a verificação de quatro pressupostos (ou *elementos*): elemento meio; elemento resultado; elemento intelectual; elemento normativo.

### a) **Elemento meio**

“Este elemento corresponde à via escolhida pelo contribuinte para obter o desejado ganho ou vantagem fiscal, i.e., o(s) acto(s) ou negócios jurídicos cuja estrutura se encontra determinada em função de um dado resultado fiscal (Gustavo Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, 2009, pág. 165)

“É, em conclusão, do nível de incoerência entre a forma ou estrutura escolhida e o propósito económico fáctico fiscal do contribuinte, entre o fim para que é entregue

*concretamente essa forma adoptada e a causa que lhe é própria*” (*ibidem*, pág. 166) que se aferirá da verificação deste elemento.

Estando em causa uma sequência de negócios jurídicos pré-ordenados (*step by step doctrine*) “importa ressaltar, no entanto, que perante um caso de uma estrutura de tal natureza será esta que deverá possuir o carácter anómalo exigido pela atual redação da C.G.A.A, ainda que os actos ou negócios que a compõem sejam, em si mesmos, típicos ou vulgares” (*ibidem*, pág. 168).

No caso concreto, verificamos que os negócios jurídicos que conduziram à realização de mais-valias não sujeitas a tributação (como veremos adiante, este é o cerne da questão, é em razão destes negócios que se concretizou a “vantagem fiscal” em causa, sendo os negócios jurídicos posteriores irrelevantes em termos de aplicação da CGAA) foram a constituição da A e a aquisição por esta sociedade de ações de que antes eram titulares os seus sócios, C e B.

Não se pode detetar qualquer “carácter anómalo” em cada um destes negócios jurídicos: sendo o fim prosseguido a criação de uma sociedade tendo por objeto a detenção de ações, a forma societária escolhida, SGPS, é a própria; pretendendo a sociedade adquirir as ações necessárias à realização do seu escopo social, a forma escolhida (compra e venda) é a correta, porquanto esta é a forma legal típica que a lei prevê para a aquisição a título oneroso, inter-vivos, de bens e direitos. A sequência dos negócios é, também “normal”: não se compreenderia a criação da sociedade sem a posterior aquisição das ações em causa. Porém, a inexistência de “negócios jurídicos anómalos”, ou de uma “sequência anómala de negócios jurídicos”, não basta, a nosso ver, para excluir a possível aplicação da CGAA. É preciso ainda aferir se o conjunto dos negócios praticados não é, em si mesmo *artificial*, não passou de uma mera *fachada* que nada alterou de substancial relativamente à realidade anterior, o que analisaremos nos pontos seguintes.

Por ora, cumprirá ainda salientar que, existindo diferentes vias legais típicas para a realização de um determinado resultado económico, o contribuinte não é obrigado a escolher a via que, para si, resultaria mais onerosa.

A afirmação de que o mesmo resultado económico poderia ser obtido, p. ex., através de uma permuta de ações ou da celebração de um pacto acionista entre os sócios maioritários da I (C e B) é irrelevante em termos de aplicabilidade da CGAA

Acresce ainda que, no caso concreto, a permuta de ações não permitiria lograr o objetivo de criação de “um [só] voto maioritário” na I e um pacto acionista celebrado pelos sócios maioritários (C e B) não asseguraria, da mesma forma, tal desiderato, dada a sua eficácia meramente obrigacional, ou seja, a sua inoponibilidade ao sócio minoritário desta sociedade.

#### **b) Elemento resultado**

*“Neste elemento resultado importa apenas demonstrar que o sujeito logrou, pelos seus actos, a verificação de uma certa vantagem fiscal e a equivalência dos efeitos económicos com aqueles do acto normal tributado” (Gustavo Courinha, cit., pág. 176).*

No caso concreto, está provado que, ao realizar uma mais-valia de valor muito elevado, os sócios da Requerente obtiveram uma significativa vantagem fiscal, que não lograriam se se tivessem absterido de os praticar os negócios jurídicos atrás referidos e, portanto, permanecessem sócios da I a título individual, recebendo, nessa qualidade os dividendos que por aquela viessem a ser distribuídos.

#### **c) Elemento intelectual**

Este é, sem dúvida, o pressuposto mais característico da CGAA

*“A manifestação da fraude à lei revela-se na pretensão do contribuinte em obter primordialmente uma vantagem fiscal, dirigindo neste sentido os negócios ou actos que pratica. A finalidade não fiscal que, por seu turno, deve guiar a atuação de qualquer sujeito (...) é aqui substituída, na sua normal preponderância, por uma finalidade fiscal, acabando secundarizada” (ibidem, pág. 179)*

No caso concreto temos, como factos provados, a vantagem fiscal - que é, recorde-se, muito significativa - e as consequências jurídico-económicas dos negócios praticados, a alteração substancial que tais negócios implicaram ao nível do controlo acionista da I, bem como o facto da existência de consenso permanente entre os C e B ser condição essencial para que a sociedade continuasse administradora do “Fundo S”.

É extremamente difícil ponderar o “peso relativo” de cada uma das motivações em presença, porquanto, desde logo, não se traduzem ambas em “economias” monetárias que possam ser diretamente comparadas.

A importância não fiscal dos negócios em causa resulta evidente da valoração dos factos anteriormente feita.

Podemos, assim, afirmar que os negócios praticados permitiram lograr um resultado de relevante interesse para o prosseguimento da normal atividade da I: assegurar o controlo unitário desta sociedade, através da existência de um só voto maioritário (o da A), prevenindo-se o risco de alianças pontuais dos sócios C ou B com o sócio minoritário.

A importância da existência de um voto maioritário, de um único acionista controlando uma sociedade, não pode ser minimizada.

Mostra a experiência comum que muitas sociedades têm graves problemas, que podem mesmo inviabilizar o prosseguimento da sua atividade, em razão da existência de divergências entre os sócios maioritários e/ou a realização de alianças pontuais de um ou alguns deles com sócios minoritários, de forma assim imporem a sua vontade ao outro (ou aos) sócio maioritário.

E não se argumente no sentido de que não há indícios de que tal pudesse vir a acontecer na I, dadas as boas relações existentes entre os sócios maioritários, C e B. Uma boa estratégia empresarial consiste em prevenir riscos potenciais e não em esperar que os problemas aconteçam e, só então, procurar encontrar soluções

Sendo objetivamente impossível valorar a importância relativa dos dois interesses (fiscal e não fiscal) em presença (pese embora se reconheça o quão pode impressionar o montante da vantagem fiscal obtida), a dúvida teria que, necessariamente, aproveitar ao sujeito passivo num contexto – como é o dos autos - em que o ónus da prova dos factos alegados para aplicação da cláusula geral anti abuso recai sobre a Autoridade Tributária e Aduaneira (artigo 74.º, n.º 1, da LGT. [cf. artigos 414º, do CPC, 346º, do Código Civil, 100º, do CPPT e 29º-1/c), do RJAT. Defendendo, no essencial, esta orientação, cf. ainda na jurisprudência arbitral, os acórdãos do CAAD n.ºs 62/2014-T, de 1-9-2014 e 267/2013-T, págs. 34 e 23, respetivamente (Coletivos presididos pelo Sr. Conselheiro Jorge Lopes de Sousa).

Daí que, neste enquadramento, resultaria, no caso, a ausência de prova quanto à exclusividade ou preponderância do interesse fiscal na prática da sucessão de atos que também conduziram a uma efetiva e significativa poupança fiscal.

Porém e apesar disso, no caso concreto, o peso que deve ser atribuído ao *elemento intelectual* resulta necessariamente muito desvalorizado, na ponderação de interesses que aqui cumpre fazer, em razão do que a seguir se dirá quanto ao elemento normativo.

#### **d) Elemento normativo**

*“Pode dizer-se, em atenção à existência (e exigência) deste elemento, que a CGAA não é, afinal, um mero expediente de obtenção de receita fiscal a qualquer custo, assente no facto de o contribuinte obter uma vantagem fiscal [sublinhado nosso]. A desconsideração fiscal de tais actos ou negócios só sucederá quando, cumulando-se todos os supra referidos requisitos, se demonstre que o efeito fiscal obtido (sempre em atenção aos efeitos identicamente obtidos) merece um juízo de reprovação pelo Direito “ (ibidem, pág. 189).*

Começaremos por realçar o seguinte: uma questão, que já ficou abordada, é a da motivação fiscal do negócio ou negócios praticados; outra, diferente, é o de, no pressuposto de que os negócios praticados não sejam anómalos ou artificiais, saber “da contrariedade do resultado ao Direito”. É apenas desta última questão que agora cuidaremos.

O que está em causa, neste ponto, é o facto de uma alienação de ações, geradora de mais-valias (as quais, economicamente, correspondem, para além de outros fatores, à realização [recebimento] dos dividendos acumulados na sociedade e dos dividendos que o alienante esperaria obter, no futuro, caso mantivesse a condição de acionista) estar, ao tempo, não sujeita a tributação em IRS, verificados determinados pressupostos, enquanto a distribuição de dividendos está (e estava) sujeita a tributação neste imposto, a título de rendimentos de capital.

Ora, é inequívoco que este diferente tratamento fiscal de formas jurídicas diversas de obtenção de rendimentos que são, em larga medida, economicamente equivalentes [ou seja, o tratamento fiscal privilegiado da alienação de ações] correspondeu, enquanto tal regime vigorou, a uma opção deliberada do legislador.

Citando o Sr. Prof. Gustavo Courinha, no *parecer* junto aos autos (Doc. 9), “*parece evidente que a CGAA não pode obstar às opções dos contribuintes que, confrontados com a escolha entre dividendos (distribuíveis ou meramente potenciais) optem, mesmo que por razões fiscais, pela obtenção de mais-valias.*

*Na verdade, a aplicação da CGAA, neste contexto, resultaria na desconsideração da própria opção do legislador fiscal que, deliberadamente e por mais de vinte anos, promoveu precisamente essa fórmula jurídica, potenciando ao máximo a vantagem fiscal associada às mais-valias por meio da sua pura e simples não tributação (...), em total contraste com a tributação dos respetivos dividendos” .*

Este entendimento é pacífico na doutrina e na jurisprudência arbitral do CAAD, sendo já numerosos os acórdãos proferidos com incidência sobre este tema, os quais, com uma única exceção, vão no sentido que preconizamos.

Decisões essas que concluíram, em suma, que é absolutamente legítima a opção<sup>5</sup> do contribuinte em organizar os seus negócios jurídicos de forma a realizar mais-valias não tributadas (vg. transformando uma sociedade por quotas em sociedade anónima e alienando, depois, com ganho, as ações assim obtidas), mesmo quando a única motivação da alteração da forma societária tenha sido de natureza fiscal (cf., p. ex., Acórdãos Arbitrais, CAAD n.ºs 123/2012, de 9/05/2013, 124/2012, de 06/06/2013, 138/2012, de 12/07/2013 e 139/2013, de 19/12/2013, este último subscrito pelo Presidente deste colégio arbitral).

#### 4- *Em resumo:*

- Constitui planeamento fiscal legítimo, face à CGAA, os sujeitos passivos praticarem negócios jurídicos que tenham como resultado a realização de mais-valias não sujeitas [ao

---

<sup>5</sup> “*Nenhum princípio do direito fiscal implica que as escolhas dos contribuintes se façam pela via mais tributada. O contribuinte pode perfeitamente erigir uma construção jurídica que desemboque numa tributação relativamente moderada. O abuso do direito não condena a habilidade fiscal, mesmo que esta conduza a construções jurídicas pouco ortodoxas*” (Bergerès, apud, Nuno Sá Gomes, “**Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal**” (Lições), Editora Rei dos Livros, 2000, pg. 71).

tempo] a tributação em IRS, mesmo quando a realização de tais negócios tenha como motivação exclusiva ou principal a economia fiscal assim lograda.

- Os negócios jurídicos praticados pelos sujeitos passivos com tal desiderato só serão passíveis de censura, ao abrigo da CGAA, quando forem uma mera “fachada”, origem apenas uma mera alteração jurídico-formal da situação anterior, que, no essencial, se manteve inalterada. Tal não acontece no caso *sub judice* uma vez que a constituição da A e posterior aquisição por esta de ações antes detidas por B e C, provocou profundas alterações substantivas ao nível da estrutura acionista de controle da I.

- Não se verificam pois, no caso concreto, os elementos meio e normativo e intelectual cuja verificação, cumulativamente com o elemento resultado (que aconteceu), é condição necessária para o preenchimento da tipicidade da CGAA,

4- Com o que acabámos de concluir poder-se-ia dar por terminada a fundamentação deste acórdão na sua parte essencial, por dela resultar prejudicada a apreciação dos demais fundamentos invocados pela AT para sustentar as liquidações ora postas em crise.

De todo o modo, porquanto uma fundamentação “esgotante” (ou seja, que abranja as diferentes questões suscitadas) sempre contribuirá melhor para o total esclarecimento da motivação que conduziu à decisão arbitral, acrescentar-se-á o seguinte:

**a) O preço de venda das ações**

Da fundamentação da liquidação impugnada resulta a conclusão, pela AT, de que as ações em causa foram vendidas por um preço anormalmente elevado, de forma a criar, para C e B, um ganho de maior valor [mais-valia], não tributado.

Começaremos por salientar que esta questão não pode ser apreciada por este tribunal arbitral no quadro deste processo, o qual tem como [único] objeto a apreciação da legalidade de liquidações de IRS feitas com fundamento no disposto na CGAA.

Ora, esta norma (art.º 38º, n.º 2, da LGT) destina-se apenas a permitir a requalificação de negócios jurídicos fiscalmente abusivos e não a “corrigir” elementos de um negócio

jurídico fiscalmente válido, nomeadamente o preço que foi declarado em determinadas transações.

Para a correção dos valores declarados pelos contribuintes que se entenda não corresponderem à realidade existem outros instrumentos legais, nomeadamente o regime dos preços de transferência, que seria aplicável na situação concreta dadas as *relações especiais* existentes entre C e B (vendedores das ações) e a sociedade A (adquirente das mesmas).

Acresce - ainda, que em rigor fosse desnecessário referi-lo - que não existe qualquer prova que permita concluir que o preço acordado foi superior ao valor real (de mercado) das ações alienadas: a única informação constante dos autos, relativa ao valor de tais ações, é um parecer de uma sociedade de revisores oficiais de contas, contratada pela ora Requerente, o qual conclui, em suma, que o valor de mercado das ações em causa seria, até, superior ao que foi efetivamente praticado na sua alienação.

Por último, acrescentaremos, em mero *obiter dictum*, que não parece fazer qualquer sentido a ideia, aventada pela AT, de que a transação deveria ter sido feita pelo valor nominal das ações, porquanto, manifestamente, tal montante não teria qualquer correspondência com o valor real das mesmas, à data da transação.

Os sujeitos passivos têm a obrigação fiscal de praticar preços de mercado nas suas transações, mormente as realizadas entre sujeitos ligados por relações especiais, como é o caso, sob pena de a AT poder corrigir os preços convencionados, mesmo que reais.

***b) A forma escolhida para o financiamento da aquisição das ações pela A***

A AT questiona, também, a forma como foi financiada a aquisição pela A das ações antes detidas por C e B, ou seja, o facto de terem sido estes, na qualidade de únicos sócios de tal sociedade, tenham efetuado prestações suplementares/acessórias de montante correspondente ao preço de tais ações e que as prestações suplementares/acessórias tenham sido realizadas através do endosso à sociedade dos cheques por aqueles recebido desta para pagamento do preço das ações em causa, ou seja, sem que, nestas operações, tenha havido lugar a quaisquer fluxos monetários reais.

Em primeiro lugar, diremos que resulta evidente dos factos provados que a operação de aquisição de ações pela A tinha que ser feita com recurso a crédito, uma vez que, tendo esta sociedade sido constituída três dias antes de tal aquisição, os seus recursos próprios seriam, quando muito, o valor do respetivo capital social, manifestamente insuficiente. Segundo, compreende-se perfeitamente que tenha sido afastada a opção de financiamento por uma entidade externa, nomeadamente um entidade bancária – hipótese que, provavelmente, não suscitaria objeções por parte da AT – desde logo pelos custos que tal implicaria, nomeadamente em termos de pagamento de juros. Tal opção seria, economicamente, a menos aconselhável.

A opção de o necessário crédito ser assegurado pelos sócios era, obviamente, a mais racional, quer do ponto de vista da A, quer de B e C, estes enquanto sócios únicos daquela. Duas hipóteses se poderiam, então colocar: ser acordado um pagamento a prestações, calendarizado de acordo com as previsíveis distribuições de dividendos pela A, caso em que C e B passariam a ser credores da sociedade em razão do preço de venda das ações ou a realização, por C e B, das necessárias prestações suplementares / acessórias (como aconteceu).

É totalmente indiferente, quer sob o ponto de vista fiscal, quer quanto à possibilidade de a sociedade, no futuro, distribuir dividendos, que C e B passassem a figurar como credores da A a título de vendedores das ações ou a título de detentores de prestações acessórias/suplementares (como aconteceu).

É, porém, fácil compreender a razão económica subjacente à opção tomada: se tivesse sido contratado o pagamento em prestações do preço devido pela compra das ações, tal obrigação (o montante em dívida) passaria a figurar, inquestionavelmente, no *passivo* da A. Diferentemente as prestações suplementares / acessórias são, contabilisticamente, reconhecidas como *capital próprio* (e não como passivo), pois não configuram uma obrigação presente (atual) da sociedade, desde logo pelas restrições impostas à restituição destas prestações pelo Código das Sociedades Comerciais.

Ora, o reconhecimento contabilístico das prestações suplementares ou acessórias como capital próprio é, do ponto de vista financeiro, um aspeto de relevância extrema para a

análise da posição financeira e do desempenho económico de uma sociedade, atendendo a que afeta a construção e a interpretação de vários rácios financeiros fundamentais que usam os montantes de capital próprio e/ou o passivo para aferir a respetiva condição financeira.

Em especial, o rácio de autonomia financeira (proporção de capital próprio no total dos ativos) é de natureza fundamental, sendo critério para a atribuição ou exclusão de financiamentos e incentivos públicos, ou mesmo conteúdo de cláusulas de agravamento de condições (por exemplo de *spreads*) ou reembolso antecipado em contractos de crédito.

Ou seja, a forma escolhida para o financiamento desta aquisição foi, economicamente, a mais correta, desde logo porquanto não operou qualquer descapitalização da A (nem, obviamente, da E), pelo que não é merecedora de censura.

Quanto à questão do endosso dos cheques, tal “formalismo” era, também, objetivamente necessário, atento o disposto no art.º 212º, n.º 2 da CSC, o qual impedia C e B de realizarem as prestações suplementares /accessórias em causa através da extinção [por compensação] do crédito que detinham sobre a A correspondente ao preço das ações alienadas.

## **5. O pedido de pagamento de juros indemnizatórios.**

A requerente pede o reembolso do imposto que pagou, no montante de € 1.826.411,68, correspondente ao total das liquidações, sem juros uma vez que do pagamento destes ficou dispensada à luz do DL n.º 151-A/2013.

E pede que o reembolso se processe acrescido de juros indemnizatórios, à taxa legal, nos termos do art. 43.º da LGT e 61.º do CPPT.

A requerente pagou efetivamente a mencionada importância [Cf. q), do elenco de factos provados].

De harmonia com o disposto na alínea b) do art. 24.º do RJAT, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a administração tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao

termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, *“restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito”*, o que está em sintonia com o preceituado no art. 100.º da LGT [aplicável por força do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 29.º do RJAT] que estabelece, que *“a Administração Tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamação, impugnação judicial ou recurso a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da legalidade do ato ou situação objeto do litígio, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, se for caso disso, a partir do termo do prazo da execução da decisão”*.

Embora o art.º 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RJAT utilize a expressão *“declaração de ilegalidade”* para definir a competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD, não fazendo referência a decisões condenatórias, deverá entender-se que se compreendem nas suas competências os poderes que em processo de impugnação judicial são atribuídos aos tribunais tributários, sendo essa a interpretação que se sintoniza com o sentido da autorização legislativa em que o Governo se baseou para aprovar o RJAT, em que se proclama, como primeira diretriz, que *“o processo arbitral tributário deve constituir um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária”*.

O processo de impugnação judicial, apesar de ser essencialmente um processo de anulação de atos tributários, admite a condenação da Administração Tributária no pagamento de juros indemnizatórios, como se depreende do art.º 43.º, n.º 1, da LGT, em que se estabelece que *“são devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido”* e do art.º 61.º, n.º 4 do CPPT (na redação dada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, a que corresponde o n.º 2 na redacção inicial), que *“se a decisão que reconheceu o direito a juros indemnizatórios for judicial, o prazo de pagamento conta-se a partir do início do prazo da sua execução espontânea”*.

Assim, o n.º 5 do art.º 24.º do RJAT ao dizer que *“é devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na lei geral tributária e no*

*Código de Procedimento e de Processo Tributário*” deve ser entendido como permitindo o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no processo arbitral.

No caso em apreço, é manifesto que, na sequência da ilegalidade dos atos de liquidação, há lugar a reembolso do imposto, por força dos referidos arts. 24.º, n.º 1, alínea b), do RJAT e 100.º da LGT, pois tal é essencial para “*restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado*”, na parte correspondente à correção que foi considerada ilegal.

No que concerne aos juros indemnizatórios, é também claro que a ilegalidade do ato é imputável à Administração Tributária e Aduaneira, que, por sua iniciativa o praticou, como se viu, sem suporte legal.

Está-se perante um vício de violação de lei substantiva, consubstanciado em erro nos pressupostos de direito, imputável à Administração Tributária.

Consequentemente, a Requerente tem direito a juros indemnizatórios, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da LGT e do artigo 61.º do CPPT, calculados sobre a quantia que pagou indevidamente (€ 1.826.411,68).

Assim, deverá a Autoridade Tributária e Aduaneira dar execução ao presente acórdão, nos termos do art.º 24.º, n.º 1, do RJAT, restituindo aquela importância à requerente, com juros indemnizatórios, à taxa legal supletiva das dívidas cívicas, nos termos dos arts. 35.º, n.º 10, e 43.º, n.ºs 1 e 5, da LGT, 61.º, do CPPT, 559.º do Código Civil e Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril (ou diploma ou diplomas que lhe sucederem).

Os juros indemnizatórios são devidos desde a data do pagamento (19-12-2013), até à do processamento da nota de crédito, em que são incluídos (art.º 61.º, n.º 5, do CPPT).

### **III DECISÃO**

De harmonia com o exposto, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a. Julgar procedentes os pedidos de declaração de ilegalidade e anulação das liquidações de IRS n.ºs 2013 ..., 2013 ... e 2013 ... (Docs. 1 a 3, juntos pela requerente) e

- b. Julgar procedente o pedido de juros indemnizatórios, condenando a Autoridade Tributária e Aduaneira a reembolsar a requerente do imposto pago, na importância de 1.826.411,68 com juros indemnizatórios à taxa legal supletiva das dívidas cíveis, nos termos dos arts. 35.º, n.º 10, e 43.º, n.ºs 1 e 5, da LGT, 61.º, do CPPT, 559.º do Código Civil e Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril (ou diploma ou diplomas que lhe sucederem), desde a data do pagamento (19-12-2013), até à do processamento da nota de crédito, em que são incluídos (art.º 61.º, n.º 5, do CPPT).

### **Valor do processo**

De harmonia com o disposto no art. 315.º, n.º 2, do CPC e 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € 1.958.601,87.

### **Custas**

Não tendo o Tribunal sido constituído nos termos previstos no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2, do artigo 6.º, do RJAT, não tem lugar a fixação do montante das custas e sua repartição pelas partes (Cf. artigo 22.º-4, do RJAT)

Lisboa e CAAD, 3 de Dezembro de 2014

O Tribunal Arbitral Colectivo

*José Poças Falcão*  
(árbitro presidente)

*Rui Duarte Morais*  
(árbitro vogal)

*Jorge Carita com declaração de voto*  
(árbitro vogal)

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Discordo da posição que fez vencimento, pelas seguintes razões:

1. Tendo em conta a tese defendida pela AT, esteve em causa nos autos, se os pressupostos legais para a aplicação da cláusula geral anti abuso, estariam ou não preenchidos.

De acordo com o artigo 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária (LGT), a sua aplicação pressupõe a ocorrência dos seguintes elementos, independentemente da posição doutrinal sobre o tema:

- os atos ou negócios jurídicos sejam essencial ou principalmente dirigidos à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais;

- a redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, resulte de meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas ou que as vantagens fiscais não fossem alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios.

Da aplicação da CGAA decorre a ineficácia, no âmbito tributário, de actos ou negócios jurídicos, estes permanecendo válidos no plano civil.

2. No caso dos autos, o que a AT pretende que seja ineficaz é a realização de uma mais-valia com venda de acções (não sujeita a tributação à data dos factos), ao invés de uma distribuição aos accionistas de dividendos acumulados.

Sem mais, afigura-se evidente, que a alienação de acções, geradora de mais-valias não tributadas se deu, se não “essencial”, pelo menos “principalmente”, de acordo com o que é imposto pela norma em causa, ou seja, tendo em vista a obtenção de vantagens fiscais.

Apesar de a Requerente alegar que não foram razões de ordem fiscal a determinar a sua constituição, bem como a aquisição por esta sociedade de acções de que antes eram titulares os seus sócios C e B, a verdade é que os factos, objectivamente encarados, não é isso que revelam.

Efectivamente, a prática dos diversos negócios jurídicos que conduziram à realização de mais-valias não sujeitas a tributação demonstram que a única vantagem real, concreta e indiscutível, foi o ganho fiscal obtido pelos sócios da Requerente, esta responsável pelo pagamento por substituição tributária, como entidade obrigada à retenção na fonte.

3. Em síntese, foi realizado o seguinte conjunto de operações:

- Constituição da Requerente;
- Compra pela Requerente de acções da E, SGPS, SA (“E”);
- Prestações suplementares dos accionistas C e B para compra das referidas acções;
- Distribuição de dividendos da E à Requerente;
- Reembolso das prestações suplementares aos accionistas C e B.

Demarcando o objecto dos autos, não devemos ir mais além do que resulta claro da lei:

- (i) as mais-valias resultantes da alienação de 77,50 % do capital social da E à Requerente eram à data excluídas de tributação (alínea a), n.º 2 do artigo 10.º do CIRS),
- (ii) a distribuição de lucros da E à Requerente, excluída também de tributação (n.º 1 do artigo 32.º do EBF e alínea h) do n.º 1 do artigo 97.º do CIRC), em confronto com a
- (iii) operação de distribuição de dividendos da E directamente para os accionistas B e C, que acarretaria a tributação em sede de IRS, categoria E, por força da retenção na fonte a título definitivo, com a taxa de 21,5% para 2010 e 2011 e de 25% para 2012 (artigo 71.º, n.º 1 alínea c) do CIRS).

Resulta assim desta amálgama de operações, um ganho fiscal imediato e concreto de praticamente dois milhões de euros.

Assim sendo, é de estranhar que este ganho não tenha sido reflectido e tencionado, perante a sequência complexa de operações efectuadas.

Aferida a vantagem fiscal, vamos apurar se foi motivo exclusivo ou principal que determinou a actuação do sujeito passivo.

4. Como refere Gustavo Lopes Courinha “*não basta decorrer da análise dos actos ou negócios jurídicos em causa, a obtenção de um resultado fiscalmente vantajoso e um resultado não fiscal equivalente*”. É igualmente necessário que “*as escolhas e as formas*

*adoptadas pelo contribuinte sejam fiscalmente dirigidas (tax driven), e que aquele (resultado fiscal) prevaleça sobre este (resultado não fiscal).”<sup>6</sup>.*

Deste modo, é necessário, que se demonstre que de entre todas as razões que determinaram a realização do acto ou negócio jurídico cuja eficácia se questiona, a vantagem fiscal ambicionada se assuma como prioritária, em termos que se possa afirmar que esta foi a razão para a sua concretização.

É de salientar que *“a prova desta opção subjectiva por certos actos ou operações constitui uma probatio diabólica, devido à quase impossibilidade de provar, para além de um juízo de probabilidade, a vontade do contribuinte, precisamente o que o contribuinte oculta ou dissimula, e que sem a qual o meio utilizado ou resultado obtido não são censurados.”*. Daí que *“na impossibilidade de obter uma prova irrefutável – a confissão do próprio contribuinte –, a AT é obrigada a recorrer a elementos indiciários e presuntivos, num contexto de razoabilidade e normalidade, extraindo, com razoável segurança, a vontade do sujeito dos actos celebrados. Neste processo, a AT poderá ter em consideração qualquer elemento passível de indiciar a vontade do contribuinte e apoiar a sua conclusão.”<sup>7</sup>.*

Além disso, *“na caracterização dos objectivos dos actos ou contratos, não é também à motivação psicológica das partes – de muito difícil determinação – mas ao carácter anómalo ou não para os fins tidos em vista pelas partes das formas jurídicas utilizadas que se deve atender. (...) Não é necessária para a aplicação da norma a indagação dos motivos pessoais das partes, bastando a demonstração dos fins do negócio de acordo com a interpretação das suas cláusulas, mas obviamente a aplicação da norma do número 2 [do art.º 38 da LGT] do presente artigo depende necessariamente de um juízo de facto sobre a vontade efectiva dos sujeitos passivos do imposto, como se manifesta nos documentos do acto ou do contrato.”<sup>8</sup>.*

---

<sup>6</sup> Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2004, pág. 176.

<sup>7</sup> Cf. Acórdão arbitral CAAD n.º 47/2013-T, em que o signatário foi árbitro singular.

<sup>8</sup> Cf. LIMA GUERREIRO, *Lei Geral Tributária Anotada*, Anotação ao art.º 38, n.º 2, Editora Rei dos Livros, pg. 188.

Assim sendo, a Requerente justifica a sua constituição e *a posteriori* aquisição de acções na E, de que antes eram titulares os seus sócios C e B (que conduziu à realização de mais-valias não sujeitas a tributação) se deveu, principalmente, não à vantagem fiscal que iria decorrer da realização dos negócios jurídicos, mas a proteger os principais accionistas C e B de forma a prevenir desvirtuações de controlo e governações societárias do grupo E, por via de alianças com minoritários e/ou futuros investidores ou perturbações de estabilidade societária.

Antes de mais, este argumento, não apresenta qualquer vantagem significativa quando comparada com a vantagem fiscal realmente obtida.

Para além disso, como a AT refere, a mencionada argumentação não tem qualquer fundamento, onde a Requerente não junta qualquer elemento probatório dos factos por si alegados.

Mesmo na perspectiva da Requerente necessitar de um instrumento de controlo societário que garantisse uma lógica de estabilidade consensual, o esquema arquitectado pela Requerente não trouxe, para esta, qualquer benefício. A associação tanto de como de B a um terceiro poderá bloquear qualquer decisão da Requerente no governo da E. Ou seja: C e B actuam por via da Requerente no capital da E, pelo conjunto do capital social que detêm na primeira. Se C ou B se aliarem a um terceiro minoritário da E poderão bloquear a decisão da Requerente e então condicionar o poder de decisão e a percentagem indirecta que C ou B detêm na E. Aliás, se o verdadeiro motivo era evitar a perda do controlo da E, por que razão um dos sócios alienou acções ao sócio minoritário M, reforçando assim a sua posição (de 5% para 10%, que são actualmente propriedade da M SGPS) e aumentando o risco de este último se aliar a um dos cofundadores e tomar o controlo da E? Logo, é errado que seja para conferir maior estabilidade ou até ser uma condição essencial para que a sociedade continuasse administradora do fundo S, como de resto a AT aponta, seja por via directa ou indirecta, poderá constituir um factor de bloqueio, ainda mais grave, porquanto vai condicionar a percentagem do capital tanto de C como de B na Requerente e por sua vez reflectir-se no capital da E. Se ambos fossem detentores da percentagem do capital social na E exerciam o direito correspondente no governo da E livremente e não através da Requerente.

Em suma, podemos trazer à colação o raciocínio vertido no Acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T<sup>9</sup>, apesar dos factos serem obviamente diferentes, *“na perspectiva estritamente corporativa (...), o esquema concretamente efectivado pelos Requerentes, foi, notavelmente, contrário aos interesses patrimoniais em causa. Apenas a entrada em consideração dos interesses pessoais dos Requerentes, não só no que diz respeito ao ganho fiscal, como, igualmente, à transferência de riqueza acumulada ou a acumular nas sociedades para as suas esferas pessoais, sem ser pela via normal da distribuição de lucros, é que, numa perspectiva motivacional objectiva, explicará a idealização e concretização de toda a operação onde se insere o acto cuja eficácia a AT pretenda, para efeitos fiscais, ver suprimida.”*.

Por isso mesmo se explica a actuação da AT, quando os sócios C e B foram objecto de correcções adicionais de IRS exigidas por substituição tributária à entidade obrigada à retenção na fonte, a Requerente.

A importância da vantagem fiscal, em detrimento da finalidade não fiscal, na sequência das arquitectadas operações, ainda é mais evidente quando confrontamos os outros actos e negócios que também fazem parte do esquema criado. A constituição da Requerente e posteriormente a aquisição de acções da sociedade E, não trouxe nenhuma injeção de capital, nem nenhuma vantagem económica ou financeira para a Requerente. A Requerente não tinha capacidade financeira para pagar o preço das acções compradas, obrigando-a a endividar-se em € 14.725.000,00, financiando-se através dos seus sócios C e B na modalidade de prestações acessórias com sujeição ao regime de prestações suplementares.

Como de resto a AT aponta *“As prestações suplementares visam dotar as sociedades de meios financeiros de forma a suprirem dificuldades financeiras, mais ou menos pontuais, estrangulamentos de tesouraria, fundo de maneo insuficiente, ou de forma a atribuir musculatura financeira para um qualquer negócio evitando a alavancagem de instituições financeiras, private equity ou aumentos de capital. Isto quando a sociedade precisa de financiamento para algum investimento, seja para atrair novos mercados, reestruturação e reorganização empresarial. O que não deixa de ser inovador é que a própria razão da*

---

<sup>9</sup> Acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T, ainda não publicado, em que é Relator e Árbitro Presidente o Sr. Dr. José Pedro Carvalho e o signatário vogal, conjuntamente com a Sra. Dra. Manuela Roseiro, decisão essa que seguimos de perto.

*Requerente não visa justificar a criação da estrutura, em prol da empresa, respeitando a sua personalidade jurídica. Mas sim, para uma protecção dos accionistas, não tendo em vista prosseguir ou praticar actos de gestão que visem o lucro da Requerente.”<sup>10</sup>.*

Aliás, não existem em concreto instalações, empregados e material administrativo, somente o seu administrador. Desde a constituição da Requerente, existe apenas uma factura que titula prestação de serviços à própria E, que diz respeito a consultadoria de um fundo de investimento, ou seja, fora do âmbito do objecto social da Requerente – gestão de participações sociais.

Como bem ficou decidido no Acórdão do TCA SUL<sup>11</sup> *“Estamos aqui perante as denominadas step by step transactions nas quais se encontra uma facti species complexa, envolvendo uma sucessão de actos/negócios coordenados entre si, embora possam ocorrer em momento temporais diversos e com o objectivo comum de conseguir uma vantagem fiscal. Face a esta espécie de operações, deve o aplicador da lei operar um tratamento integrado visualizando-as como uma única transacção, propendendo para um único e final resultado.”*

Posto isto, não restam dúvidas de que o conjunto das operações arquitectadas, no sentido da realização de uma mais-valia obtida com a venda de acções (não sujeita a tributação à data dos factos), ao invés de uma distribuição aos accionistas de dividendos acumulados, se deu, senão “essencial”, pelo menos “principalmente”, tendo em vista a obtenção de vantagens fiscais.

Acontece que, para que seja legítima a aplicação da cláusula anti abuso, torna-se ainda indispensável que tenha havido uma utilização de modo relevante, de meios artificiosos ou fraudulentos e de abuso das formas jurídicas.

5. Como já amplamente demonstrado, é inequívoco que a motivação dos actos/negócios jurídicos, pelo menos “principalmente”, foi a vantagem fiscal – a não tributação em sede de IRS do acréscimo patrimonial (dividendos) que toda a operação implicou, nas esferas pessoais dos sócios, devida pela Requerente por substituição tributária.

---

<sup>10</sup> Cf. Resposta da AT, ao abrigo do artigo 17.º do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária.

<sup>11</sup> Processo n.º 04255/10, de 15.02.2011.

Porém, é necessário identificar a desconformidade do resultado obtido através do acto abusivo com a *ratio legis*, espírito ou propósito da lei e os princípios do sistema fiscal.

Ressalvando o respeito devido pela opinião da Requerente, considera-se que, no caso, se encontra evidenciada de forma nítida, *“uma actuação que, globalmente considerada, se apresenta inequivocamente dirigida à obtenção da (atrás) referida (e demonstrada) vantagem fiscal, simultaneamente, com a utilização anómala, inusual, artificiosa, complexa, de formas jurídicas, mesmo de forma contraditória, com os fins económicos visados pelo contribuinte.”*<sup>12</sup>.

As finalidades apresentadas pela Requerente, já largamente referidas, como tendo determinado a realização do conjunto de operações onde se integra o acto sinalizado pela AT, são por si mesmo, abundantemente contraditadas pela própria razão da Requerente, que não visa justificar a criação da estrutura, em prol da empresa, respeitando a sua personalidade jurídica, mas sim, para uma protecção dos accionistas, não tendo em vista prosseguir ou praticar actos de gestão que visem o lucro da Requerente.

Para Lima Guerreiro, em *Lei Geral Tributária Anotada*, *“com a cláusula geral anti-abuso tenta-se combater, (...) em nome da justiça e da igualdade, a contradição entre as formas jurídicas adoptadas pelas partes e os fins económicos dos contratos. (...) Nos casos excepcionais em que os fins económicos se afastem dos típicos das formas jurídicas adoptadas, (...) justifica-se que o legislador faça actuar as cláusulas anti-abuso, fazendo prevalecer sobre a certeza e segurança das relações jurídico-tributárias interesses de natureza pública que no caso se desenham de relevo claramente superior, pois a sua lesão poria em causa os fundamentos da tributação em geral”*<sup>13</sup>. O autor afirma ainda que a aplicação da cláusula pressupõe uma *“actuação contra os fins essenciais do ordenamento jurídico-tributário”* defendendo que *“a cláusula anti-abuso não representa qualquer ofensa ao princípio da tipicidade. A garantia constitucional da tipicidade deve continuar a ser respeitada em relação ao acto ou negócio jurídico de resultado económico equivalente, cuja frustração o autor da conduta pretendeu evitar”*<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cf. Acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T.

<sup>13</sup> Lima Guerreiro, *ob.cit.*, pág. 186.

<sup>14</sup> Lima Guerreiro, *ob.cit.*, pág. 188.

Em lado algum é demonstrado que as vantagens da criação da Requerente, para que existe um controlo societário a “uma só voz”, supera os riscos associados pelo seu não controlo. Nunca foi demonstrado pela Requerente a existência de divergências entre os sócios maioritários como forma de se sentirem pressionados a efectuarem uma reorganização societária: - não existe uma única prova nesse sentido.

Por outro lado, é verdade que o tratamento fiscal mais vantajoso da realização de mais-valias não sujeitas a tributação, em contraste com a tributação dos respectivos dividendos, foi uma opção deliberada do legislador e o contribuinte não é obrigado a escolher a via que, para si, resultaria mais onerosa.

Porém, *“O aproveitamento ilícito, através de meios artificiosos ou fraudulentos do regime de exclusão tributária, não pode deixar de merecer censura normativo-sistemática por parte do ordenamento jurídico. O art.º 38, n.º 2 da LGT estabelece uma cláusula geral anti-abuso, para sancionar comportamentos abusivos, na previsão da qual se inclui o acto de transformação de uma sociedade por razões unicamente fiscais.”*<sup>15</sup>.

Ou seja, uma vez que o legislador previu expressamente que uma alienação de acções, geradora de mais-valias, não devia estar sujeita a tributação em IRS (à data dos factos), enquanto que uma distribuição de dividendos estava e está sujeita a tributação daquele imposto, a título de rendimentos de capital, não significa que queira premiar aqueles “mais expeditos” que arquitectem actos e negócios jurídicos com a única intenção de escapar à tributação devida com o acto ou negócio alternativo.

Assim sendo, conclui-se que os supostos fins económicos visados pela Requerente são, sem sombra de dúvida, contraditórios com os concretamente verificados, na medida em que, como já referimos, basta que C ou B se junte a um terceiro acionista da Requerente para bloquear decisões desta no governo da E. O certo também é que a Requerente não possui qualquer estrutura física, instalações próprias ou equipamento administrativo. Desde a sua constituição (2009), somente tem uma factura emitida e esta diz respeito a consultadoria, fora do seu objecto social, efectuada à própria E. Como de resto a AT aponta, *“a ausência de indicadores objectivos, como sejam gastos com pessoal, imobilizado, ou outro equipamento, demonstram inexistência de meios humanos e técnicos, com que o SP possa prosseguir o seu restrito objecto social.”*

Novamente podemos trazer à colação o raciocínio vertido no Acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T, apesar dos factos serem obviamente diferentes, *“os beneficiários desses encargos oneradores do grupo societário que se sujeitou a, e resultou de, toda a operação executada pela Requerente, foram precisamente eles próprios, assim se destapando, numa primeira linha, o carácter artificial e fraudulento da actuação daqueles, que, sob a capa de um pretense interesse societário, de forma enviesada, logram incrementar substancialmente as suas esferas jurídicas pessoais, evitando, da forma descrita, que tal incremento seja sujeito ao imposto respectivo.”*.

Com efeito, a argumentação da Requerente acaba por ter um efeito oposto e contrário aos objectivos que definiu como sendo aqueles que estão na base da criação da SGPS. As próprias formas jurídicas instrumentalizadas nas operações levadas a cabo denotam uma desconexão entre a forma escolhida e o propósito económico da Requerente.

6. Seguindo a teoria vertida no Acórdão do CAAD<sup>16</sup> que temos vindo a seguir de perto, *“Como é sabido, as sociedades, enquanto pessoas colectivas, são entendidas há largo tempo como “colectividades de pessoas ou complexos patrimoniais organizados em vista de um fim comum ou colectivo a que o ordenamento jurídico atribui a qualidade de sujeitos de direitos”, sendo especificamente entendidas como um “conjunto de pessoas – duas ou mais – que contribuem com bens ou serviços para o exercício de uma actividade económica dirigida à obtenção de lucros e à sua distribuição pelos sócios.”*

Ainda no mesmo acórdão, é referido o Prof. Carlos Alberto da Mota Pinto que esclarece que, *“A existência de pessoas colectivas resulta da existência de interesses humanos duradouros e de carácter comum ou colectivo. A consecução destes interesses exige o concurso dos meios e das actividades de várias pessoas ou, pelo menos, nela estão interessadas várias pessoas.”*, concluindo que *“A personalidade colectiva é, pois, um mecanismo técnico-jurídico justificado pela ideia de, com maior comodidade e eficiência, organizar a realização dos interesses colectivos e duradouros.”*. Em suma, ainda no dizer do mesmo Professor, *“A função económico-social do instituto da personalidade colectiva liga-se à realização de interesses comuns ou colectivos, de carácter duradouro.”*

---

<sup>15</sup> Cf. Acórdão arbitral CAAD n.º 47/2013-T.

<sup>16</sup> Cf. Acórdão arbitral CAAD N.º 131/2014-T

Ora, inexistem qualquer das finalidades referidas e, conseqüentemente provocadas pela actuação da Requerente. Ou seja, o resultado final do conjunto de operações arquitectado e executado pela Requerente transpõe o oposto do que é tutelado pelo instituto da personalidade colectiva em geral, e das sociedades comerciais em especial.

Na realidade, *“Tal organização mais não visa – é isso que decorre dos factos apurados – do que colocar ao serviço dos interesses pessoais do Requerente o mecanismo técnico-jurídico da personalidade colectiva, instrumentalizando-o, e contrariando, frontalmente, a própria função económico-social do instituto da personalidade colectiva, ao direccionar-se, deliberadamente, para a exclusiva realização dos interesses individuais do Requerente.”*<sup>17</sup>.

Por outro lado, conforme é referido na decisão proferida pelo processo arbitral CAAD n.º 267-2014-T, *“(…) a mera plausibilidade e verosimilhança dessa circunstância e aptidão é insuficiente para a prova da existência de justificações de natureza económica empresarial, não bastando a mera menção dessas justificações no relatório justificativo de transformação da sociedade. Identicamente, não obstante alguns dos factos articulados pelos Requerentes possam ser considerados verosímeis, a sua prova não se basta com essa verosimilhança. É insuficiente a mera declaração, em articulado, dum historial de factos tendentes a demonstrar a existência de uma justificação, sem qualquer suporte probatório. Na lição de Pires de Sousa, a verosimilhança corresponde ao id quod plerumque accidit, ou seja, a um princípio de normalidade, segundo o qual “os factos não se encontram isolados, mas relacionados entre si, seja por relações de causa efeito seja por uma ordem lógica e regular”. Como Isabel Fonseca realça, a verosimilhança “coloca-se no quando id quod plerumque accidit e das máximas de experiência.”, aparentando a priori e em abstracto na convicção do juiz, pelo que “não se está ainda no domínio da prova, mas somente no campo da afirmação factual, cuja existência verosímil se corresponde à normalidade.”*

Com efeito, a mera declaração ou construção de uma história, por si só, não é bastante para corroborar o alegado pela Requerente, que em todo o caso não passa nas regras comuns da experiência e da normalidade dos actos societários.

Assim sendo, *“não só não se reflectem na situação criada pelos Requerentes as finalidades por eles apontadas como estando subjacentes à não tributação de mais-valias,*

*e à promoção fiscal dos grupos de sociedades, como as mesmas são, frontalmente contrariadas, já que, não havendo qualquer substracto material de “sociedade”, nem, muito menos, de grupo societário, não há qualquer intervenção de investidores ou mercados de capitais, nem a dinamização, organização ou instalação de quaisquer grupos económicos, já que todo a estrutura corporativa desenhada e implementada se direccionou, deliberada e, até, assumidamente, para um tipo de organização totalmente individual, em termos de se poder questionar mesmo se não estarão reunidos em concreto os pressupostos necessários para que, mesmo na ausência da norma do artigo 38.º/2 da LGT, se lançasse mão do mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica.”<sup>18</sup>.*

*Como bem escreveu Saldanha Sanches, “às empresas, e apenas às empresas, compete a escolha dos meios específicos pelos quais realizarão os seus negócios: necessário é que exista, como motivo para a sua escolha, não uma certa via de obtenção de uma poupança fiscal contra a intenção expressa da lei, mas, sim, o que pode considerar-se uma razão comercial legítima. A operação deve ser capaz de resistir ao business purpose test (...) [que] nada mais é do que uma razão comercial legítima tal como pode vir a ser demonstrada pelo sujeito passivo, em particular, no caso de este ter adoptado uma via pouco habitual.”<sup>19</sup>.*

Sem querer desenvolver o tema referido, sempre se dirá que a desconsideração da personalidade jurídica é um recalçamento do princípio da proibição do abuso de direito, consagrado no artigo 334.º do Código Civil.

Deste modo, segundo se julga, e sempre seguindo de perto o acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T, é evidenciado o abuso de formas jurídicas perpetrado pelos sócios da Requerente nas operações por si levadas a cabo, e na qual se insere o negócio jurídico cuja ineficácia a AT pretende, decorrente incoerência entre a forma ou estrutura escolhida e o propósito económico-prático final dos sócios da Requerente, que se traduz na utilização de formas jurídicas dirigidas à alocação de lucros e posterior reembolso em forma de prestações suplementares, colocando o veículo utilizado para tal fim – a criação da Requerente – ao serviço exclusivo dos sócios, desfuncionalizando-a e afastando-a da sua

<sup>17</sup> Cf. Acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T.

<sup>18</sup> Cf. Acórdão arbitral CAAD n.º 131/2014-T.

<sup>19</sup> SALDANHA SANCHES, Os limites do planeamento fiscal, Coimbra Editora, 2006, pg. 176.

habitual vocação, já que grosso modo, desde a data da sua constituição não consta sequer uma única operação enquadrada no objecto social.

Ainda no raciocínio do referido acórdão, estas circunstâncias, se as quisermos enquadrar na posição doutrinal subjacente à argumentação da Requerente nos autos, demonstram, para lá de qualquer dúvida razoável, uma censurabilidade do ordenamento jurídico no seu todo, sobre a actuação daqueles, consubstanciada no conjunto de operações onde a realização de mais-valias não tributadas, que de outra maneira não lograriam se se tivesse privado de praticar os actos e negócios jurídicos e, permanecessem sócios da E a título individual, recebendo nessa qualidade os dividendos que por aquela viesse a ser distribuídos, *“manietando, deste modo, patentemente as normas jurídicas relativa à personalidade jurídica e à finalidade dos mecanismos técnico-jurídicos que subjazem à Requerente, para serviço dos interesses individuais dos sócios desta, em prejuízo de terceiros – no caso o Fisco.”*.

Efectivamente, e como se refere no acórdão do TCA Sul processo n.º 04255/10 de 15/02/2011, a razão de ser das normas anti-abuso está fundada na necessidade de estabelecer meios de reacção adequados para garantir o cumprimento do princípio da igualdade na repartição da carga tributária e na prossecução da satisfação das necessidades financeiras do Estado e de outras entidades públicas (nos termos do art.º 103, n.º 1, da CRP). Reconhece-se nessa decisão que *“(…) é inerente à racionalidade económica a minimização dos impostos a suportar, podendo utilizar-se várias vias para atingir tal desiderato, embora a fronteira de distinção entre elas nem sempre seja fácil de vislumbrar e nesse sentido são seguidas normalmente as vias da gestão ou planeamento fiscal da evasão ou elisão fiscal e da fraude fiscal (...) pelo que, dentro dos limites da lei e do direito, o sujeito passivo pode escolher as formas menos onerosas de tributação tendo como limite da sua pretensão minimizadora a fraude à lei.”*.

Aliás, qualquer outro raciocínio, impediria qualquer aplicação da CGAA, como é referido no acórdão arbitral CAAD n.º 47/2013-T, *“pois, ou a conduta está expressamente proibida por lei, ou, nos casos de aplicação de cláusula geral anti abuso, bastaria haver uma lacuna ou uma disposição menos clara, que o contribuinte poderia “manipular” a teleologia da norma”*.

Na continuação do aresto do TCA Sul processo n.º 04255/10 de 15/02/2011 “A interpretação da norma constante do art.º 38, n.º 2, da L.G.Tributária, deve ser operada em conformidade com a Constituição, sob pena de declaração da inconstitucionalidade da mesma, nomeadamente devido à violação do disposto no art.º 103, da Constituição da República, o que passando muito embora pelo respeito pela liberdade de opção quanto às formas de gestão empresariais visando obter todas as vantagens fiscais possíveis, assim devendo ser restringidas as limitações públicas a tal liberdade de opção empresarial, não deve ser entendida como um direito absoluto, mas apenas aceitável no plano de razoabilidade com base num relacionamento social que se pretende justo e equilibrado face à óbvia constatação da existência de direitos conflituantes (cf.artº.18, nº.2, da Constituição da República).

(...) Um dos limites à liberdade de gestão empresarial, é o da subsistência e manutenção do sistema fiscal visando a satisfação das necessidades financeiras do Estado e demais entidades públicas no quadro de uma repartição justa do rendimento e da riqueza criados (cf.artº.103, nº.1, da Constituição da República), estabelecendo a lei, para tanto, mecanismos de planeamento fiscal, ao mesmo tempo que visa prevenir a ocorrência de situações de evasão e fraude fiscais por razões de justiça social nessa medida se justificando a adopção de decisões de limitação legítima de direitos, liberdades e garantias em confronto.

(...) Sendo certo que a liberdade de gestão fiscal tem a sua expressão nas liberdades de iniciativa económica e de empresa, contempladas nos artigos 61, 80, al. c), e 86, da Constituição da República, também o é que a legitimação da liberdade das empresas, guiando-se pelo planeamento fiscal, passa, nomeadamente, pela escolha da forma e organização da empresa (...).

(...) Assim, não estando, nem podendo estar em causa a liberdade de escolha do contribuinte na conformação dos seus negócios, ou, dito de outro modo, não estando em causa o exercício da sua autonomia privada, o que se limita é a possibilidade de a vontade do contribuinte ser relevante no que respeita ao grau da sua oneração fiscal (...).”.

Nem se pode conceder, no caso dos autos, ao facto de que é o próprio legislador que, não proibindo expressamente o acto abusivo, deseja ou incentiva a prática do mesmo. A finalidade do artigo 38.º, n.º 2, é clara, uma vez que sanciona comportamentos que só

aparentemente são legais, que se escondem sob operações artificiais, às quais não subjaz uma verdadeira razão económica, tal como foi amplamente demonstrado.

Demonstrado que está que o efeito fiscal obtido merece um juízo de reprovação pelo Direito, e apesar da jurisprudência arbitral do CAAD defender que é legítimo que o contribuinte opte pela via menos onerosa, num contexto de racionalidade económica, não podemos seguir esta posição.

Em síntese:

- (i) os actos e negócios jurídicos relativos ao reembolso de prestações suplementares em detrimento de uma distribuição de dividendos foram, pelo menos, principalmente dirigidos à obtenção de vantagens fiscais, traduzidas, desde logo, na não tributação das mais-valias derivadas da alienação de acções e posteriormente na substituição da tributação da distribuição de dividendos pela não tributação da devolução de prestações suplementar de capital;
- (ii) a importância da vantagem fiscal – quase dois milhões de euros – em detrimento da vantagem não fiscal – possível intervenção de sócios minoritários – é manifestamente evidente;
- (iii) as vantagens fiscais referidas, não seriam alcançáveis sem a utilização de meios artificiosos ou fraudulentos, traduzidos na utilização de meios aparentemente destinados à unicidade do controlo societário, mas que, na realidade se traduziram nos sócios da Requerente que, actuando sob a capa do interesse societário, terão prosseguido e satisfeito interesses estritamente individuais, e alheios à Requerente; e,
- (iv) as referidas vantagens foram ainda obtidas com abuso das formas jurídicas, na medida em que foram utilizados mecanismos técnico-jurídicos dirigidos à alocação de lucros e posterior reembolso em forma de prestações suplementares, colocando o veículo utilizado para tal fim – a criação da Requerente – ao serviço exclusivo dos sócios, afastando-a da sua habitual vocação.

O comportamento da Requerente é antijurídico, atentando contra o espírito das próprias normas que invoca para se defender, merecendo, assim, a reprovação normativo-sistemática quanto à vantagem que abusivamente obtém, estando, deste modo, verificados os pressupostos legais de aplicação da cláusula anti abuso.



---

Jorge Carita