

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º 25/2015 -T

Tema: IRC - Artigo 18.º, n.º 9, alínea a) e artigo 43.º, n.º 3, do CIRC – ajustamentos pelo justo valor

Decisão Arbitral

Processo n.º 25/15-T

Autor / Requerente: A... – ... S.A.

Requerida: Autoridade Tributária e Aduaneira

Tema: IRC – Artigo 18.º, n.º 9, alínea a) e artigo 43.º, n.º 3, do CIRC – ajustamentos pelo justo valor

I - RELATÓRIO

1. Em 13 de Janeiro de 2015, a A... – ..., S.A. (Requerente), com NIPC ... e residência na Avenida ..., Lote ...,, ..., vem, nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei 10/2011, de 20 de Janeiro, apresentar Requerimento de constituição de tribunal arbitral singular em matéria tributária e pedido de pronúncia arbitral, com vista à anulação dos actos de liquidação respeitantes a Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, relativamente ao exercício fiscal de 2010, identificados com os números ..., ..., ... e ..., e, relativamente ao exercício fiscal de 2011, identificados com os números ... e ..., no montante global de € 15.661,26 (quinze mil seiscientos e sessenta e um euros e vinte e seis cêntimos), assim como reembolso dos valores já pagos, acrescidos de juros indemnizatórios. Para além da procuração e comprovativo de pagamento da taxa inicial juntou 3 documentos.

2. No pedido de pronúncia arbitral, o Requerente optou por não designar árbitro.

3. Nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do RJAT, por decisão do Presidente do Conselho Deontológico, foi designada como árbitro singular, a signatária Maria Manuela do Nascimento Roseiro, que aceitou o encargo no prazo legalmente estipulado.

4. Notificadas as partes e não havendo recusa da referida designação (artigo 11º, alíneas a) e b) do RJAT e dos artigos 6º e 7º do Código Deontológico), veio o tribunal arbitral a ficar constituído em 25 de Março de 2015, de acordo com o preceituado na alínea c) do nº 1 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, na redacção introduzida pelo artigo 228º da Lei nº 66-B/2012, de 31 de Dezembro.

5. Em 4 de Maio de 2015, a Administração Tributária e Aduaneira (AT ou Requerida) veio apresentar Resposta e juntar o processo administrativo.

6. De acordo com as posições das Partes, notificadas para o efeito, foi proferido em 23 de Junho de 2015 despacho arbitral dispensando a realização da reunião prevista no artigo 18º do RJAT, e notificando as Partes para apresentação de alegações escritas, no prazo de dez dias a decorrer sucessivamente, sendo marcada a data de 24 de Setembro de 2015 para comunicação da decisão arbitral. Nas alegações apresentadas, as Partes reiteraram os argumentos anteriormente invocados.

7. Pedido de pronúncia arbitral

A Requerente invoca, em síntese (*da nossa responsabilidade*), que:

- Para além da sua actividade principal de prestação de serviços e realização de vendas como operadora da B, detém uma carteira de acções cotadas em bolsa, tendo no exercício de 2009 adquirido acções cotadas da C, com vista à respectiva futura valorização em operação de fusão ou incorporação;
- No exercício de 2010, adquiriu e vendeu acções da D, tendo registado uma perda de € 2.118,17;
- A sua carteira (conta 142103) tinha um valor muito elevado (€ 813.611,86) face ao volume de negócios, mas em 31 de Dezembro decrescera para € 710.286,36, traduzindo uma desvalorização de € 103.325,50, que, juntamente com a perda no valor de € 2.118,17 (D), fez um total de € 105.443,67;
- Com a aprovação do SNC passou a proceder-se ao registo das acções pelo seu justo valor, concorrendo no saldo da conta 68 para o apuramento do lucro tributável declarado de € 52.351,32;
- Novo ajustamento com o valor da carteira de acções da C, fez com que em 31 de Dezembro 2011 a carteira de títulos tivesse o valor de € 509.734, 72, ou seja, uma

perda de € 224.749,18, tida em conta naquele exercício e susceptível de influenciar os exercícios seguintes;

- Embora os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorram, em princípio, para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no momento da realização, a excepção prevista no nº 9 do artigo 18º do CIRC para o caso dos “instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos do capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5% do respectivo capital social”, dá a possibilidade de o sujeito passivo deduzir os valores decorrentes da aplicação do justo valor;
- Mas enquanto a Requerente considera que, na formação do lucro tributável, os ajustamentos, tanto positivos como negativos concorrem nos termos dos artigos 17º, nº 1, 21º, nº 1 e 24º, nº 1, do CIRC, a AT considera que os gastos em investimentos financeiros apenas concorrem em metade do seu valor nos termos do nº 3 do artigo 45º do CIRC;
- Há que ter em conta que a introdução desta norma (então, art. 42º, nº 3, do CIRC), quer inicialmente com o OE para 2003, quer com redacção alterada pelo OE para 2006, visou, como mecanismo de luta contra a fraude e evasão fiscal, alargar a base tributável do IRC, desincentivando comportamentos fraudulentos, e o nº 9 do art. 18º do CIRC veio aceitar, por razões de aproximação entre fiscalidade e contabilidade, a aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros (...) nos casos em que a fiabilidade da determinação do justo valor esteja em princípio assegurada;
- Ao contrário do que acontecia antes da introdução do SNC, em que era no momento da realização, dependente da actuação voluntária do SP, que se apurava as mais-valias, os gastos apurados por aplicação do nº 9 do artigo 18º do CIRC não estão condicionados à vontade do sujeito passivo, porque o valor dos instrumentos financeiros está objectivamente determinado por critérios igualmente objectivos, sem intervenção do SP na formação do preço, não se justificando a aplicação do nº 3 do art. 45º do CIRC;

- Nenhuma das três situações a que esta norma se aplica – “diferença negativa entre as mais-valias e as menos valias realizadas mediante transmissão onerosa de partes de capital”; “outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio” e “outras variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares” – cabe no conceito de gasto previsto no art. 23º do CIRC;
- Só faz sentido aplicar o nº 3 do art. 45º do CIRC em casos em que a aferição da variação patrimonial é em função do princípio da realização, em situações dependentes da actuação voluntária do sujeito passivo, destinando-se o limite de 50% de desincentivo aos sujeitos passivos de tomarem certas decisões, colocando-se em posições desvantajosas para beneficiar em termos de formação de lucro tributável e em que o valor dos instrumentos financeiros não se encontrava objectivamente determinado;
- Neste sentido, o Acórdão proferido pelo CAAD (proc 108/2013-T), sendo este entendimento reforçado com a revogação do artigo 45º do CIRC pela Lei nº 2/2014, de 16/1;
- Seriam ainda violados os princípios da equidade, boa-fé e igualdade, e da prevalência da verdade material sobre a substância, segurança, confiança, proporcionalidade;
- Atendendo à evolução do valor de carteira no ano de aquisição – valorizações e desvalorizações – verifica-se, ao analisar a situação no seu todo, um saldo final negativo entre aquisição e venda de - € 27.486,80;
- Deve o presente Pedido ser considerado procedente, declarando-se a anulação dos actos de liquidação identificados com os nºs ..., ..., ..., e ..., relativamente ao exercício fiscal de 2010 e nºs ..., e ... relativamente ao exercício fiscal de 2011, condenando-se a AT a devolver à Requerente todos os valores pagos, acrescido de juros indemnizatórios, desde o pagamento das liquidações até ao reembolso efectivo das quantias devidas.

8. A Resposta da Requerida

A Requerida respondeu, em síntese (*da nossa responsabilidade*), que:

- Nos exercícios de 2010 e 2011 a Requerente só poderia ter considerado para apuramento do lucro tributável metade da perda apurada em investimentos financeiros, pelo que há que acrescer € 52.721, 84 ao resultado tributável final de 2010, e € 112.374,59 ao resultado tributável final do exercício de 2011;
- Há que atender à alínea a) do n.º 1 do art. 23.º do CIRC (são gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para manutenção da fonte produtora, nomeadamente os gastos resultantes do justo valor em instrumentos financeiros) e ao n.º 3 do art. 45.º (limite às perdas ou variações patrimoniais);
- Tendo em conta as alterações introduzidas pela introdução do SNC (DL 158/2009) e ao CIRC (DL 159/2009), estreitando a ligação entre contabilidade e fiscalidade, com a admissão de mensuração ao justo valor dos investimentos em instrumentos de capital próprio com cotações divulgadas publicamente (NCFR 27), mantém-se, como situação regra, o princípio anteriormente vigente da realização (momento da alienação), aceitando-se apenas o modelo do justo valor quando os ganhos e perdas são reflectidos em resultados;
- Mas se esse tipo de ajustamento provocar uma perda, esta apenas concorre para a formação do lucro tributável em metade do seu valor, não se vendo razão para não aplicar o n.º 3 do art. 45.º do CIRC, tal como admitem autores como André Vasconcelos, in “O justo valor e o Código do IRC”;
- O mesmo regime se aplica às situações enquadráveis no regime transitório estabelecido no artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho – quanto aos efeitos decorrentes da adopção pela primeira vez do NIC, relevantes em termos de IRC, que se repercutem divididas em partes iguais no primeiro exercício e nos quatro seguintes;
- De realçar que o Acórdão n.º 85/2010 do Tribunal Constitucional (que se pronunciou sobre a constitucionalidade da redução a metade das menos-valias dedutíveis) refere que após a republicação do CIRC pelo Decreto-lei n.º 159/2009, de 13/7, a solução manteve-se na íntegra, apesar de ter sido deslocada para o art. 45.º por via da renumeração operada, ou seja, poderá concluir-se que o legislador não introduziu

- qualquer alteração porque quis manter o regime, vigente até aí, “para perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”, de concorrência em metade para a formação do lucro tributável;
- Não procede o argumento da Requerente de que quando se aplica a alínea a) do n.º 1 do art. 18.º do CIRC cessa a aplicação do n.º 3 do art. 45.º, porque os gastos apurados resultantes do justo valor não estão condicionados à vontade do sujeito porque esta norma não efectua qualquer distinção entre perdas relativas a partes de capital cujo preço seja ou não formado em mercado regulamentado.
 - Também não procede o argumento da Requerente de que faz sentido aplicar o n.º 3 do art. 45.º apenas nos casos em que a aferição da variação patrimonial é em função da realização, porque o preceito não diz isso e, se fosse essa a intenção do legislador, teria que o dizer, face à introdução da redacção da alínea a) do n.º 9 do art. 18.º;
 - Não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu, sendo certo que a redacção consagrada no art. 45.º, n.º 3 (criada pelo OE 2003) teve uma evolução histórica e surgiu quando em que dispositivos transitórios para a banca e seguradoras já possibilitavam periodização com base no justo valor, tudo levando a crer que a norma abrange todos os tipos de perdas relativas a partes de capital, incluindo perdas potenciais;
 - Esta interpretação não viola princípios constitucionais como a capacidade contributiva, igualdade fiscal, justiça da prevalência sobre a forma, confiança, segurança jurídica e proporcionalidade, tal como outras normas do CIRC que limitam dedução de custos ou perdas sem que por isso padeçam de inconstitucionalidade, como tem sido reconhecido pelo Tribunal Constitucional;
 - A doutrina da decisão arbitral no processo 108/2013-T assenta numa interpretação parcial e desactualizada do art. 45.º, n.º 3, entendendo-o como norma anti-abusivo específica, cuja aplicação dependeria da apreciação casuística do carácter abusivo da operação em concreto;
 - As alterações introduzidas na Lei n.º 2/2014 confirmam que anteriormente as perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, nomeadamente os ajustamentos decorrentes da

aplicação do art. 18º, nº1, a), concorriam para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor – o Relatório explica as alterações ocorridas, incluindo a revogação do art. 45, nº 3, como adaptação ao novo regime, incluindo as normas sobre dupla tributação económica, e foi eliminada a limitação à dedutibilidade prevista no nº 3 do art. 45º, sendo esse regime aplicável apenas depois de 1 de Janeiro de 2014;

- Deve ser considerado improcedente o pedido de declaração ilegalidade assim como de juros indemnizatórios.

9. Questão a decidir

A questão que se coloca nos presentes autos consiste em saber se de acordo com o disposto na alínea a) do nº 9, do artigo 18º do CIRC, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 159/2009, de 13 de Julho, as perdas decorrentes da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, reconhecidas através de resultados nos exercícios em causa (2010 e 2011), relevam fiscalmente na totalidade ou apenas em 50%, nos termos do nº 3 do artigo 45º do mesmo Código.

10. Saneamento

O Tribunal é materialmente competente e encontra-se regularmente constituído, nos termos dos artigos 2.º, nº 1, alínea a), 5.º, nº 2, e 6.º, nº 1, do RJAT.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão legalmente representadas, nos termos dos artigos 4.º e 10.º, nº 2, do RJAT e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março.

O processo não enferma de vícios que o invalidem.

Pelo que se passa à decisão de mérito.

II. FUNDAMENTAÇÃO

11. Factos provados

11.1. A Requerente, cuja actividade principal é “*Com. Ret. Equipamento Telecomunicações, Estab. Espec.*”, código 47420 do CAE, tem como objecto social outras actividades, como prestação de serviços de consultoria de gestão de comunicações, comércio por grosso e a retalho de máquinas, veículos e equipamentos industriais, aluguer de veículos e equipamentos com e sem manobrador, indústria e comércio por grosso de metais preciosos e siderúrgicos, obtenção e primeira transformação de metais preciosos, compra e venda de bens imobiliários e revenda dos mesmos adquiridos (artigos 5º e 6º da Resposta).

11.2. A Requerente é agente da B..., SA com lojas abertas em várias localidades, designadamente, ..., ..., ..., ..., ... (...), ..., ..., ..., ..., ... e ... (artigo 8º do Pedido e artigo 7º da Resposta).

11.3. A Requerente foi, entre 24 e 25 de Novembro de 2014, e ao abrigo das Ordens de Serviço 2014... e 2014... (Serviços de Inspeção Tributária da Direcção de Finanças de ...), objecto de uma inspeção tributária, originada pela situação que decorre do código de actividade da IT ... “Acção de controlo declarativo” com âmbito geral e incidente sobre os exercícios de 2010 e 2011, e que analisou os movimentos de carteira de acções cotadas em bolsa detidas pela Requerente (PA, pontos II-1. e 2. do RIT).

11.4. Durante o exercício de 2009, a Requerente adquiriu, através do Banco Espírito Santo, acções da C (artigo 14º do Pedido, artigo 8º da Resposta e PA).

11.5. A contabilização daqueles valores seguiu a norma contabilística e de relato financeiro (NCRF) 27, tendo havido em 2010 uma reclassificação ao justo valor, cujas alterações foram imputadas à demonstração de resultados (artigo 9º da Resposta, ponto III. 1. do RIT).

11.6. No exercício de 2010, a Requerente adquiriu e vendeu acções da D, conforme extracto contabilístico da conta 142101 SNC (), tendo apurado uma perda de valor (contas 142101 e 686201) de € 2.118,17 (artigos 10º e 12º da Resposta).

11.7. Relativamente às acções da C foram apurados os seguintes valores: i) Valor da carteira inscrito na conta 142103 SNC1 – 813.611,86€; ii) Valor da carteira a 31 de Dezembro de 2010 - 710.286,36€; iii) Cálculo da perda por redução do justo valor em activos financeiros – 103.325,50€ (=710.286,36 - 813.611,86) – (artigo 17º e 18º do Pedido e artigo 11º da Resposta).

11.8. Foi apurado um gasto final em investimentos financeiros no montante de 105.443,67€ (=103.325,50€ + 2.118,17€), incluído no saldo final da conta 68 (123.094,04€), conforme balancetes (artigos 19º e 20º do Pedido e artigo 13º da Resposta).

11.9. O resultado tributável declarado relativamente ao exercício de 2010 foi de € 52.351,32 (artigo 22º do Pedido).

11.10. A Requerente apresentou a declaração de rendimentos de IRC modelo 22, em 19 de Maio de 2011, e a declaração IES, em 29 de Setembro de 2011 (PA 4 , fls. 52 a 55 e 46 a 48).

11.11. No apuramento do resultado tributável de 2010 foi registado o montante de 123.094,04€, no campo A5016 do quadro 03-A (p. 4) e no campo A8093 do quadro 06 (p. 46) da IES de 2010 (artigo 14º da Resposta).

11.12. Em 31 de Dezembro de 2010, o valor contabilístico da carteira das acções da Requerente na C era de € 734.483,90 (artigo 18º do Pedido e artigo 16º da Resposta).

11.13. Em 31 de Dezembro de 2011, o valor da carteira de títulos (conta 142103) por aplicação do critério do justo valor era de € 509.734,72 (artigo 17º da Resposta e ponto III.2. RIT).

11.14. A Requerente apurou uma perda em activos financeiros a registar na contabilidade, a 31 de Dezembro de 2011, no montante de 224.749,18€ (=734.483,90 – 509.734,72). (Resposta, artigo 18º, e ponto III.2. RIT).

11.15. Este valor foi registado na conta 686301 SNC, contribuindo para o saldo final da conta 68 SNC no valor de 234.323,04€ cujo valor foi inscrito no campo A5016, do quadro 03-A da IES de 2011, contribuindo dessa maneira para o apuramento do resultado tributário do exercício de 2011 (Resposta art. 19º e ponto III.2. RIT).

11.16. Relativamente ao exercício de 2011, a Requerente apresentou, em 29 de Maio de 2012, a declaração de rendimentos de IRC modelo 22, onde apurou o prejuízo fiscal de € 104.139,77 e, em 12 de Julho de 2012, entregou a declaração IES (PA 4 , fls. 56 a 58 e 49 a 51).

11.17. A Requerente inscreveu, no campo A8092 do quadro 06 da IES de 2011, o valor de 224.749,18€ referente a gastos e perdas com investimentos financeiros (artigo 20º da Resposta).

11.18. No apuramento do lucro tributável dos exercícios de 2010 e de 2011 a Requerente não acresceu metade da perda apurada em investimentos financeiros ao quadro 07 da Modelo 22 de 2010 e de 2011 (artigo 22º da Resposta).

11.19. O Relatório de Inspeção efectuou as seguintes correcções:

Exercício de 2010

Ref.	Rubricas	Ano 2010
1	Resultado tributável declarado	52.351,32 €
2	Correção ao resultado tributável declarado	52.721,84 €
3= 1+2	Resultado tributário corrigido	105.073,16 €

(I-1.4. do RIT)

Exercício de 2011

Ref.	Rubricas	Ano 2011
1	Resultado tributável declarado	-140.139,77 €
2	Correção ao resultado	

	tributável declarado	112.374,59 €
3= 1+2	Resultado tributário corrigido	-27.765,18 €

(I-1.4. do RIT)

(Art. 2º da resposta)

11.20. O RIT concluiu que, “em resultado do incumprimento do previsto no n.º 3 do artigo 45.º do CIRC, há que acrescer ao resultado tributável final do exercício de 2010 o montante de 52.721,84€” e que “acrescer ao resultado tributável final do exercício de 2011, o montante de 112.374,59€” (RIT, III, 1. e 2. e Resposta, artigo 23º).

11.21. Em 26 de Novembro de 2014, a Requerente foi notificada do projecto de correcções do relatório de Inspeção Tributária através de ofício n.º ... do SIT da Direcção de Finanças de ... (PA I, p. 2).

11.22. Em 9 de Dezembro de 2014, a Requerente exerceu o seu direito de audição prévia (Doc. 3 junto pela Requerente, fls. 2 a 6).

11.23. Rejeitada, em informação de 10 de Dezembro de 2014, a interpretação defendida pela Requerente no direito de audição, foram mantidas as correcções propostas no projecto de RIT, o que obteve concordância superior e despacho do Director de Finanças da mesma data (RIT e PA 1).

11.24. Por mandado do director de Finanças adjunto da DF de ..., o ofício n.º ... de 10/12/2014, e o Relatório da Inspeção Tributária, foram objecto de notificação pessoal na pessoa de representante legal da Requerente do RIT (PA 1, fls 7 a 9).

11.25. Em Dezembro de 2014, a Requerente foi notificada das liquidações em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas relativamente aos exercícios de 2010 e 2011, sendo apurado de imposto e juros compensatórios, o montante de € 15.661,26, relativamente a 2010 (a pagar até 11-02-2015) e o montante de valor a reembolsar relativamente a 2011, de € 7.608,40 (cf. Artigo 9º do Pedido e Doc. 1 e Doc.2 juntos com o mesmo).

12. Não provado

A matéria dada como provada revela-se suficiente para apreciação da questão de direito, inexistindo factos não provados relevantes para a solução do presente litígio.

13. Fundamentação da prova

A fixação da factualidade fez-se com base nos factos alegados pelas partes e não contestados, assim como na documentação junta aos autos, incluindo o processo administrativo.

14. Aplicação do direito

14.1. A alteração de valor das participações financeiras detidas pela Requerente e o lucro tributável

A Requerente foi, nos exercícios de 2010 e 2011, detentora de participações financeiras inferiores a 5% nas sociedades C e D.

Em 2010, as acções da D sofreram, por aplicação do critério contabilístico do justo valor, uma depreciação de € 2.118,17 e as acções da C sofreram uma perda de € 103.325,50, o que somou uma perda total de € 105.443,67, defendendo a AT que só deve ser contabilizada metade dessa importância, ou seja, € 52.721,84.

No exercício de 2011, as acções da C sofreram nova redução de valor, no montante de € 224.749,18, e a AT efectuou correcção acrescentando metade dessa importância ao resultado tributável.

Trata-se pois de avaliar em que termos a depreciação do valor das participações financeiras deve concorrer para a determinação do lucro tributável da Requerente.

Não vem questionada a contabilização das participações financeiras da Requerente, na C e na D, de acordo com o critério do justo valor nem que as mesmas foram reconhecidas através de resultados, sendo apenas objecto do litígio se as perdas contabilísticas verificadas nos anos de 2010 e 2011, decorrentes da depreciação da

cotação das referidas acções contabilizadas de acordo com o critério aplicável do justo valor, e reconhecidas em resultados, deverão ser atendidas na totalidade, ou apenas em 50%, por aplicação do artigo 45.º, nº 3, do CIRC que, nos exercícios em causa, dispunha: “A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remição e amortização com redução de capital, bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares, concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.”.

A AT defende que esta norma se aplica ao caso dos autos na medida em que prevê especificamente que *“outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio (...), concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor”*.

14.2. A previsão do nº 3 do artigo 43º do CIRC – razões e evolução

A disposição correspondente à norma em causa nos autos, relativamente aos exercícios de 2010 e 2011, foi introduzida pela Lei 32-B/2002, de 30 de Dezembro (OE para 2003) no Código do IRC, como nº 3 do artigo 42º, que passou então a prever: “A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remissão e amortização com redução de capital, concorre para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.”.

De acordo com o Relatório do Ministério das Finanças para o Orçamento de Estado de 2003 (p. 33), a intervenção legislativa na área em causa (IRC) guiou-se por *“duas prioridades, a saber, o combate à fraude e evasão fiscais e o alargamento da base tributável.”*, enquadrando-se a alteração que aqui interessa no âmbito do *“Alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade”* (p. 51).

A norma, cujo alcance levantara entretanto algumas dúvidas, veio a ser alterada pela 60-A/2005, de 30 de Dezembro, passando a dizer: “A diferença negativa entre as mais-

valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remição e amortização com redução de capital, bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares, concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor” (sublinhado nosso).

A alteração foi justificada pelo Ministério das Finanças como enquadrada no âmbito do “combate à evasão e fraude fiscais e outras medidas direccionadas à consolidação orçamental” (relatório p. 31).

Após as alterações e renumeração introduzidas pelo Decreto-Lei nº 159/2009, de 13 de Julho, que efectuou a adaptação do Código ao novo Sistema de Normalização Contabilística, aprovado pelo Decreto-Lei nº 158/2009, da mesma data, o nº 2 do artigo 43º passou a corresponder ao nº 3 do artigo 45º do CIRC, mantendo a mesma redacção.

O artigo 45º do CIRC foi revogado pelo art. 13º da Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro, que aprovou a Reforma da tributação das sociedades preparada no ano anterior.

14.3. O tratamento fiscal das mais-valias em IRC

Segundo o Código do IRC, “O lucro tributável das pessoas colectivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do exercício e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código” (art. 17º, nº 1).

Quanto ao tratamento de mais e menos-valias e de variações patrimoniais, vejamos a situação antes e depois da adaptação das normas do CIRC ao novo SNC.

O artigo 20º do CIRC apenas considerava proveitos ou ganhos as mais-valias realizadas (alínea f) do nº 1) assim como custos e perdas as menos-valias realizadas.

Quanto às variações patrimoniais positivas, o art. 21.º, n.º 1, dispunha:

“Concorrem ainda para a formação do lucro tributável as variações patrimoniais positivas não reflectidas no resultado líquido do período de tributação, excepto: (...)

b) As mais-valias potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade, incluindo as reservas de reavaliação ao abrigo de legislação de carácter fiscal” (...)

E, quanto às variações patrimoniais negativas, o artigo 24.º, n.º 1, dizia: “Nas mesmas condições referidas para os gastos, concorrem ainda para a formação do lucro tributável as variações patrimoniais negativas não reflectidas no resultado líquido do período de tributação, excepto: (...) b) As menos-valias potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade;”.

E o artigo 18.º, referente à periodização do lucro tributável, explicitava no seu n.º 9, que “Os proveitos ou ganhos ou custos ou perdas, assim como quaisquer outras variações patrimoniais, relevados na contabilidade em consequência da utilização do método da equivalência patrimonial não concorrem para a determinação do lucro tributável, devendo ser considerados como proveitos ou ganhos para efeitos fiscais os lucros atribuídos no exercício em que se verifica o direito aos mesmos”.

A adaptação do CIRC às normas internacionais de contabilidade adoptadas pela UE e ao Sistema de Normalização Contabilística (SNC), introduziu diversas alterações, tais como:

O n.º 9 do artigo 18.º do mesmo Código passa¹ a dispor que:

“Os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período

¹ Não se trata, porém, de um regime inteiramente inovador - a redacção agora incluída na alínea a) do n.º 9 do art.º 18.º é a mesma utilizada nos dispositivos integrados nos regimes transitórios criados para as entidades bancárias e seguradoras, respectivamente pela Lei n.º 53-A/2006, de 29/12 (alínea a) do n.º 2 do art.º 57.º) e Decreto-Lei n.º 237/2008, de 15/12 (alínea a) do n.º 2 do art.º 2.º). Confrontar “Relatório do grupo de trabalho criado por despacho de 23 de Janeiro de 2006 do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, *Impacto Fiscal da Adopção das Normas Internacionais de Contabilidade*, publicado no Caderno de C.T.F., n.º 200 (2006), pp. 99-100.

de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados, excepto quando:

- a) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos do capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5 % do respectivo capital social; ou
- b) Tal se encontre expressamente previsto neste Código.”.

O artigo 20.º, nº 1, dispõe: “Consideram-se rendimentos os resultantes de operações de qualquer natureza, em consequência de uma acção normal ou ocasional, básica ou meramente acessória, nomeadamente: (...)

- f) Rendimentos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros; (...)
- h) Mais-valias realizadas;”.

E, segundo o artigo 23.º, nº 1: “Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente: (...)

- i) Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros; (...)
- l) Menos-valias realizadas;”.

E o artigo 46.º/1 do mesmo Código, diz que:

“Consideram-se mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere e, bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afectação permanente a fins alheios à actividade exercida, respeitantes a: (...)

- b) Instrumentos financeiros, com excepção dos reconhecidos pelo justo valor nos termos das alíneas a) e b) do n.º 9 do artigo 18.º”

A questão é, pois, como se articulam estas normas com o nº 3 do artigo 45.º do CIRC, que a Requerente considera não aplicável ao seu caso.

14.4. A jurisprudência invocada nos autos

A Requerente cita a favor da sua posição o Acórdão proferido no âmbito do CAAD, em 25/11/2013, no processo nº 108/2013-T.

O referido acórdão considerou decisivo identificar as razões que levaram a incluir no n.º 9 do artigo 18.º do CIRC a aceitação da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, cuja contrapartida seja reconhecida através de resultados, nos casos em que a fiabilidade da determinação do justo valor esteja em princípio assegurada por se tratar de preço formado num mercado regulamentado. Tendo em conta esse enquadramento ², considerou: «a aceitação da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, operada pelo Decreto-Lei 159/2009, de 13 de Julho,

² Na análise da evolução do regime reteve que:

- São identificados como activos abrangidos pelo regime das mais-valias e menos-valias fiscais os activos fixos tangíveis, os activos intangíveis, as propriedades de investimento, os instrumentos financeiros, com excepção daqueles em que os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor concorrem para a formação do lucro tributável no período de tributação (nº 9 do art. 18º e alíneas f) e i) do número 1 dos artigos 20.º e 24.º do CIRC, e alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º);
- Onde antes se falava de proveitos e ganhos (artigo 20.º), passou-se a falar de rendimentos, e onde antes se falava de custos ou perdas (artigo 23.º), passou-se a falar de gastos;
- A adopção da aplicação do justo valor como critério de valoração contabilístico com relevância fiscal, corresponde a uma alteração coperniciana no regime da tributação dos rendimentos ou gastos resultantes da aquisição de instrumentos financeiros; antes, as variações patrimoniais relativas aos instrumentos financeiros eram irrelevantes do ponto de vista da formação do lucro tributável de cada período (art. 21.º/1/b) do CIRC) - apenas no momento da realização da mais ou menos-valia é que assumia relevância fiscal a variação patrimonial verificada - era uma tributação que ocorria uma só vez ao longo de todo o período de detenção dos instrumentos financeiros; estava dependente de uma actuação voluntária do sujeito passivo na medida em que a transacção dos instrumentos geradores da variação patrimonial, condição da relevância tributária daquela; apenas se daria se e quando o sujeito passivo assim o quisesse; a valorimetria da variação patrimonial era fixada em função da concreta transacção que desencadeava a sua relevância tributária;
- Como a conjugação das características referidas propiciava manipulações contabilísticas e fiscais, podendo o sujeito passivo optar por desencadear a relevância tributária no momento e termos em que tal lhe fosse fiscalmente mais proveitoso pelo que a lei (através do art. 42º, nº 3, posteriormente 45º, nº 3), a lei procurava (com a justificação de combate à fraude e evasão fiscais e ao alargamento da base tributável, tudo levando à consolidação orçamental das contas públicas), condicionar a vontade do sujeito passivo de forma a que preferisse a realização de mais-valias em detrimento da realização de menos-valias;
- Mantém-se a exclusão dos instrumentos de capital próprio que não tenham um preço formado num mercado regulamentado, mantendo a aplicação do princípio da realização relativamente aos instrumentos financeiros mensurados ao justo valor cuja contrapartida seja reconhecida em capitais próprios, bem como as partes de capital que correspondam a mais de 5 % do capital social, ainda que reconhecidas pelo justo valor através de resultados (...)” (preâmbulo do Decreto-Lei nº 159/2009, de 13 de Julho).

veio introduzir, na parte abrangida, **um modelo radicalmente diferente**, quer de valorização quer de relevância tributária das variações patrimoniais relativas à detenção daqueles instrumentos. Com efeito, a intenção do legislador aquando do acolhimento do modelo do justo valor, devidamente evidenciada, foi, assumida e expressamente, a de manter “a aplicação do princípio da realização relativamente aos instrumentos financeiros mensurados ao justo valor cuja contrapartida seja reconhecida em capitais próprios, bem como as partes de capital que correspondam a mais de 5 % do capital social, ainda que reconhecidas pelo justo valor através de resultados”. Já relativamente a “instrumentos financeiros” que correspondam a menos “de 5 % do capital social”, “cuja contrapartida seja reconhecida através de resultados, (...) nos casos em que a fiabilidade da determinação do justo valor esteja em princípio assegurada”, a intenção legislativa foi a de aceitar “**a aplicação do modelo do justo valor**”, **excluindo o princípio da realização**”.)»

Assim, embora o artigo 18.º, n.º 9, do CIRC disponha que, por regra (...) «os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados” (afloramento evidente e deliberado do assumido princípio da realização), a alínea a), estabelece a excepção a este regime, assumindo que quando os “rendimentos ou gastos (...) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor”, “concorrem para a formação do lucro tributável” “desde que: a. ”Sejam reconhecidos “através de resultados”; b. Se trate “de instrumentos do capital próprio”; c. “tenham um preço formado num mercado regulamentado”; e d. “o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5 % do respectivo capital social.».

«Cumpridas estas condições, consideram-se rendimentos os resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros (artigo 20.º/1/f) do CIRC), e consideram-se gastos os resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros (artigo 23.º/1/i) d). “Onde antes existia uma relevância tributária única (*one-off*), aquando da

transacção daqueles instrumentos, agora existe uma relevância tributária continuada porque os rendimentos ou gastos resultantes da aplicação do justo valor a estes passam a relevar directamente para a formação do lucro tributável (artigos 20.º/1/f) e 23.º/1/i) do CIRC) do próprio ano em que se verificam, cumpridas que sejam determinadas condições previstas no artigo 18.º/9 do CIRC (incluindo formação do preço num mercado regulamentado) não sendo tributadas as variações patrimoniais verificadas como mais ou menos-valias (artigo 46.º/1/b) do CIRC)».

Neste quadro, a decisão proferida no processo nº 108/2013-T considerou que cessam quaisquer necessidades relativas ao combate da fraude e evasão fiscais, não só porquanto a relevância tributária das variações patrimoniais deixa de estar condicionada por um acto de vontade do sujeito passivo, mas também porquanto a valorimetria é objectivamente fixada, carecendo igualmente de sentido qualquer medida de condicionamento da vontade do sujeito passivo, no sentido de favorecer comportamentos economicamente mais “desejáveis” e, como tal, conformes aos interesses do alargamento da base tributável e consolidação orçamental.

E, encarando o facto de, apesar de todas as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 159/2009, de 13 de Julho, se manter em vigor o anterior artigo 42.º, 3, do CIRC, renumerado para artigo 45.º, nº 3, mas com a redacção inalterada, o acórdão veio a considerar que a norma não se aplica às depreciações relativas a instrumentos financeiros, que concorram para a formação do lucro tributável, nos termos do artigo 18.º/9/a) do CIRC.

Porque, em síntese:

O artigo 45º, nº 3, inclui três tipos de situações: a) “A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital”; b) “outras perdas (...) relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”; c) “outras (...) variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”.

A primeira não é aplicável a casos em que não há transmissão onerosa e as outras duas utilizam conceitos - “perdas” e “outras variações patrimoniais negativas” - que têm que ser reportados à anterior redacção dos artigos 23º e 24º do CIRC, cuja terminologia permite identificar três tipos de situações: custos, perdas e variações patrimoniais negativas não reflectidas no resultado líquido do exercício.

A expressão “outras perdas ou variações patrimoniais negativas” utilizada no actual artigo 45.º/3 do CIRC não tem um sentido indiscriminadamente abrangente, mas antes um sentido preciso, definido naqueles artigos 23.º e 24.º, que decorre desde logo do facto de o legislador ter empregue a mesma distinção.

Assim, as “perdas” são apenas os factos qualificáveis como tal à luz do CIRC, não incluindo os qualificáveis como “gastos” à luz do CIRC, ainda que referentes a partes de capital ou outras componentes de capital próprio, e por “variações patrimoniais negativas” se deverá entender apenas as não reflectidas no resultado líquido do exercício (tal como definidas no artigo 24.º).

Abrangendo apenas as perdas previstas no artigo 23º (alínea i) do nº 1), sucede que esta norma não se refere às importâncias previstas no nº 3 do art. 45º como perdas mas como gastos, pelo que não deverão ser inscritos como perdas na declaração modelo 22 de IRC.

E, considera-se na decisão em causa, esta interpretação seria confirmada pela ausência de alteração da redacção do artigo 45º, nº 3, porque se o legislador tivesse pretendido abranger as situações elencadas no artigo 18.º/9/a) do CIRC, teria aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei 159/2009, de 13 de Dezembro, incluído os “Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros”, não no artigo 23.º, mas no artigo 24.º do CIRC ou referido tais situações como “perdas resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros” e não como “gastos”.

E concluiu-se que:

- O Decreto-Lei 159/2009, de 13 de Julho, introduziu no que respeita à parte abrangida pela aceitação da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, um regime especial de relevância para o cômputo do lucro tributável, justificado pela sua objectividade própria e pela intenção de aproximação da contabilidade à fiscalidade.
- A redacção dos artigos 20.º/1/f) e h), 23.º/1/i) e l), e, em especial 46.º/1/b), evidenciam a intenção do legislador afastar os ajustamentos decorrentes da aplicação do critério do justo valor em instrumentos financeiros, nos termos reconhecidos pelo CIRC, do regime das mais e menos-valias.
- O regime resultante da conjugação dos artigos 45.º/3 e 46.º do CIRS, apenas faz sentido na perspectiva da atendibilidade das variações patrimoniais em causa sob o prisma do referido princípio da realização.
- No regime para o qual foi pensada e instituída a norma do artigo 45.º/3, a realização de menos-valias, e demais situações elencadas estava dependente de uma actuação voluntária correspondente à realização das mesmas, justificando-se mecanismos de desincentivo a uma actuação susceptível de ser considerada como desvaliosa, no caso a realização de menos-valias ou outras variações patrimoniais negativas, dispondo que tais situações apenas relevarão em 50% do montante contabilizado, com o que se evitava a inflação destas situações
- Nas situações abrangidas pelo artigo 18.º/9/a), trata-se de ajustes decorrentes da contabilização do justo valor, determinado por critérios objectivos (com “um preço formado num mercado regulamentado”), não havendo qualquer dúvida ou intervenção da vontade do sujeito passivo na verificação do ajustamento patrimonial negativo ou positivo, ou seja, estes ocorrerão ou não, independentemente da actuação e da vontade do sujeito passivo, não devendo penalizar-se, nestes casos, o sujeito passivo com uma desconsideração de 50% do gasto incorrido, que seria de todo injustificado, quer de um ponto de vista económico quer de um ponto de vista jurídico.

14.5. A contabilização de valores - algumas considerações sobre o justo valor

Na apreciação da situação controvertida nos autos há necessidade de identificar como pano de fundo as questões, muito amplas, da mensuração em contabilidade e relação entre contabilidade e ordenamento fiscal.

“A disputa teórica sobre o principal objectivo que deve presidir à contabilidade (valorização das entidades ou quaisquer outros fins) entronca no padrão de valorização ou mensuração dos elementos patrimoniais a adoptar, integrador da já antiga disputa custo histórico versus justo valor (...)”³.

O justo valor é cada vez mais um referencial de valorização aceite pelos diversos normativos contabilísticos nacionais e internacionais mas não é isento de críticas, sendo-lhe apontado, designadamente, o risco de discricionariedade e as limitações da referência de mercado⁴.

Mas quanto à relação entre contabilidade e direito fiscal, reconhecida na própria lei - o IRC é um imposto de base contabilística (cf. arts. 3.º, 17.º, 123º do CIRC), as regras de determinação do lucro tributável inscrevem-se num contexto de dependência parcial da fiscalidade em relação à contabilidade (reconhecido desde a redacção inicial do Código do IRC, conforme ponto 10 do preâmbulo) - não pode desconhecer-se que a contabilidade e o direito fiscal têm finalidades distintas, tendo o segundo que atender a necessidades específicas da determinação da base tributável, designadamente em termos de objectividade e de tratamento uniforme dos contribuintes ou de preservação da finalidade de obtenção das receitas fiscais.

Ou, citando mais uma vez Ana Maria Rodrigues, “Na recente adaptação do CIRC aos novos normativos contabilísticos (normas IASB-UE e SNC) houve uma clara opção pela manutenção do modelo de dependência parcial do Direito Fiscal, o qual determina, quando não estejam estabelecidas regras fiscais próprias, o acolhimento do tratamento contabilístico decorrente dos novos referenciais contabilísticos. A lei fiscal pode desviar-se das regras contabilísticas, ainda que em termos excepcionais, quando a contabilidade não acautela adequadamente o interesse fiscal. A contabilidade e o direito fiscal têm interesses distintos. Sempre que a obtenção de receitas públicas é posta em

³ Ana Maria Gomes Rodrigues, “*Justo Valor uma perspectiva crítica e multidisciplinar*”, texto incluído em publicação do IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, nº 7 das Miscelâneas, Almedina, 2011, p. 72/73.

causa, o legislador fiscal pode não acompanhar, total ou parcialmente, as orientações contabilísticas”⁵.

No que respeita aos instrumentos financeiros o parágrafo 11 da NCRF 27 obriga a que os derivados e os instrumentos financeiros detidos para negociação sejam, sempre que negociados publicamente ou quando o justo valor puder ser obtido de forma fiável, escriturados pelo justo valor com as alterações do mesmo a serem reconhecidas na demonstração dos resultados, em cada data de relato⁶.

“A partir de 2010, o nº 9 do art. 18º do CIRC veio permitir que alguns rendimentos ou gastos, ainda que não realizados, possam concorrer para a formação do lucro tributável, nomeadamente os previstos, directa ou indirectamente, nas alíneas a) e b) daquele preceito”⁷.

Mas, como diz a Autora que vimos citando, “o legislador fiscal veio a limitar as alterações do justo valor a reconhecer como gastos ou rendimentos para efeitos da determinação do lucro tributável, admitindo-as apenas para instrumentos de capital próprio que não ultrapassem 5% do valor do capital dessa entidade. Importa, contudo, perceber que tipo de investimentos o legislador visou abarcar no referido preceito”⁸.

⁴ *Idem, ibidem*, pp. 72 a 80.

⁵ In “*Justo Valor uma perspectiva crítica e multidisciplinar*”, pp. 101 e 102.

⁶ *Idem, ibidem*, pp. 87e 88. A Autora acrescenta: “As cotações em mercados activos são entendidas como o expoente máximo do conceito ou do padrão do justo valor. São, todavia, e na generalidade dos casos, valores muito voláteis, não se revelando bases de mensuração adequadas para activos ou passivos que sejam detidos por períodos mais longos pelas entidades empresariais”.

⁷ Ana Maria Gomes Rodrigues, *Aspectos jurídico-contabilísticos na recente reforma do IRC*, in “A Reforma do IRC, do processo de decisão política à revisão do Código”, obra coordenada por António Carlos Santos e André Ventura, *Vida Económica*, 2014, p. 205.

⁸ Acentuando que a *ratio* do legislador fiscal no que respeita à valorização dos instrumentos financeiros ao justo valor envolve apenas os casos em que a verificabilidade e fiabilidade na sua determinação esteja em princípio assegurada e se, cumulativamente, esses investimentos não ultrapassem 5% do capital da entidade, chama a atenção para o surgimento de muitas outras questões relativas a esses instrumentos com um preço formado num mercado regulamentado, nomeadamente, o objectivo associado à detenção desses instrumentos pelo sujeito passivo e o período de permanência que os caracteriza, in “*Aspectos jurídico-contabilísticos na recente reforma do IRC, “Justo Valor uma perspectiva crítica e multidisciplinar*”, ed. cit. p. 109.

Tendo o legislador mantido o princípio da realização relativamente aos instrumentos financeiros em partes de capital, sempre que estas correspondam a mais de 5% do capital social, ainda que as suas variações sejam reconhecidas pelo justo valor através de resultados, parece ter pretendido contemplar apenas pequenos investimentos, mas terá olvidado que esses 5% podem ser concretizados em grandes entidades envolvendo valores elevadíssimos, e cujas alterações podem penalizar de modo significativo os resultados do período aumentando-os ou reduzindo-os por efeito dessas variações de justo valor, ainda que as mesmos correspondam a rendimentos ou ganhos não realizados, uma vez que os mesmos podem dizer respeito a investimentos com carácter de permanência⁹.

Essa razão contribuiu para a apresentação de proposta pela Comissão de Reforma do IRC em 2013, de redução da percentagem de capital para 2% ¹⁰, que acabou por não ser consagrada na Lei nº 2/2014.

14.6. Dúvidas sobre a abrangência do nº 3 do artigo 45º, após adaptação ao SNC

Atentas as características acima recordadas de relação entre contabilidade e fiscalidade e algumas críticas ou perplexidades suscitadas pela própria alínea a) do nº 9 do artigo 18º do CIRC, não consideramos evidentes nem a tese da Requerente, nem as doutas considerações e conclusões da decisão do CAAD no processo 108/2013-T.

⁹ A Autora observa ainda que “a detenção de 5% do capital de uma sociedade com valores admitidos à cotação não é, na generalidade dos casos, uma mera operação de *trading*, mas antes uma participação que assume a natureza de investimento financeiro” e que “as oscilações de cotações dos instrumentos em mercados organizados (sejam acções, obrigações, papel comercial, ou outros instrumentos mistos, como por exemplo obrigações convertíveis em acções), que sejam de classificar como investimentos, não devem penalizar os resultados do período em que se verificaram essas alterações no justo valor, devendo ser, em nossa opinião, reconhecidas nos capitais próprios, à semelhança dos excedentes de revalorização dos activos fixos tangíveis e intangíveis (...), em obediência ao princípio da realização dominante no direito tributário”. Cf. , “*Justo Valor uma perspectiva crítica e multidisciplinar*”, ed. cit. pp.111 e 112.

¹⁰ Ana Maria Gomes Rodrigues, in “*Aspectos jurídico-contabilísticos na recente reforma do IRC*”, p. 208 e ss. Para além de “outras questões complexas”, a Autora aponta situações de falta de neutralidade fiscal, como a que resulta de, apesar de a alínea a) do nº 9 do art. 18º CIRC apenas admitir efeitos fiscais às variações do justo valor reconhecidas em resultados, a NCRF 27 que regula a matéria permitir aplicar directamente o normativo internacional na elaboração das demonstrações financeiras (parágrafo 2º). Nesse caso, a entidade reconhece as variações dos seus justos valores nos capitais próprios e não nos resultados por aplicação directa da alínea b) do parágrafo 55 da IAS 39, “sendo as variações tributadas aquando do desreconhecimento dessas participações e não em todos os períodos contabilísticos onde se verificam as variações de justo valor” (cf. *ibidem*, pp 206 e 207).

Ou seja, não temos por inteiramente demonstrado que apesar de o legislador ter previsto, na alínea a) do nº 9 do artigo 18º do CIRC, que concorrem “para a formação do lucro tributável”, sem reservas ou limitações, os “rendimentos ou gastos” que “(...) respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor”, “desde que” sejam reconhecidos “através de resultados”; se tratem “de instrumentos do capital próprio”; “tenham um preço formado num mercado regulamentado”; e “o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5 % do respectivo capital social”, tenha pretendido, nesse caso, pôr fim ao tratamento desigual das variações positivas e negativas, previsto no nº 3 do artigo 45.º do CIRC.

É que, independentemente de um juízo de equidade ou racionalidade de política fiscal sobre a manutenção de tal regra, pode encontrar-se justificação para o legislador manter tal desigualdade de tratamento.

Desde logo, **não pode desvalorizar-se a manutenção da redacção do preceito, sem qualquer reserva**, quando muitas outras normas sofreram alterações, incluindo o aditamento da alínea b) do nº 1 do artigo 45º do Código do IRC.

Mas vejamos **outras dúvidas que podem explicar a manutenção de tal tratamento, extensivo ao caso da alínea a) do nº 9, do art. 18º do CIRC.**

Um dos argumentos ponderosos indicados a favor da não aplicação do disposto no nº 3 do artigo 45º do CIRC, é que esta norma foi prevista para situações em que as mais-valias eram apuradas no momento da realização, estando esse momento dependente da actuação voluntária do SP, ao passo que, após adaptação ao SNC, **os gastos apurados por aplicação do nº 9 do artigo 18º do CIRC não estão condicionados à vontade do sujeito passivo** já que o valor dos instrumentos financeiros é objectivamente determinado sem a intervenção daquele na formação do preço. A aplicação do nº 3 do art. 45º do CIRC só faria sentido em casos em que a aferição da variação patrimonial é em função do princípio da realização, em situações dependentes da actuação voluntária

do sujeito passivo, destinando-se o limite de 50% de desincentivo aos sujeitos passivos de tomarem certas decisões, colocando-se em posições desvantajosas para beneficiar em termos de formação de lucro tributável e em que o valor dos instrumentos financeiros não se encontrava objectivamente determinado.

Mas **esta avaliação da situação é insusceptível de se impor incondicionalmente** porque, nomeadamente:

- A certeza e objectividade do valor encontrado no mercado, ainda que regulado, não é de todo imune a manipulações, como é comprovado por episódios de que a imprensa internacional tem feito eco;
- O limite de 5% na detenção de participações previsto para consideração do justo valor, permite aplicação do preceito a avultados investimentos, com consequências imprevisíveis para as receitas fiscais, nomeadamente em período de crise financeira e bolsista¹¹;
- Mantém-se situações, mesmo nos casos de aplicação de valores considerados objectivamente determinados no mercado, em que se aplica a solução de tratamento desigual dos resultados negativos e positivos previstos no art. 45º, nº 3, como seja o das situações de alienação em mercado regulamentado, em que as perdas se reflectem no lucro tributável apenas no momento da realização, como nos casos de participação superior a 5% ou da opção pela não aplicação da NCRF 27 (cf. nota 9).

Quanto à **argumentação baseada na dicotomia “gastos” e “perdas”, parece assentar numa injustificada sobrevalorização da distinção desses conceitos.**

É que, no processo de adaptação aos novos conceitos do SNC, é possível identificar diversas imprecisões terminológicas¹².

¹¹ Recorde-se que em Agosto de 2007, eclodira a crise financeira nos EUA (ver p. ex. George Soros, O Novo Paradigma dos Mercados Financeiros”, A crise financeira de 2008 e o seu significado, Almedina), registando-se sucessivas crises em muitos outros países.

¹² Por exemplo, no SNS, as variações negativas do justo valor são registadas na conta 66 - *Perdas por redução de justo valor* e as variações positivas são registadas na conta 77-*Ganhos por aumento de justo valor*.

Ana Maria Rodrigues dá conta das tentativas de superação dessas imprecisões e de hesitações quanto às soluções por receio de aumentar a perturbação no ordenamento jurídico. Como exemplo, cita as epígrafes dos artigos 20º e 23º do CIRC. Quanto à primeira, actualmente “rendimentos e ganhos”, considera que deveria ser apenas intitulada “rendimentos”, conceito que envolve réditos e ganhos e quanto à segunda, “gastos e perdas”, observa que *gastos* é um conceito que, em contabilidade, já inclui as *perdas* ¹³.

Realce-se ainda que, quanto à mensuração do valor de instrumentos financeiros, o legislador, na Reforma do IRC em vigor a partir da Lei nº 2/2014, substituiu o conceito “gastos”, utilizado anteriormente na alínea i) do nº 2 do artigo 23º pelo de “perdas” (cf. alínea j) do nº 2 do art. 23º) ¹⁴.

14.7. A aplicação do artigo 45º, nº 3, depois da adaptação ao SNC

Em texto escrito logo após publicação dos Decretos-Leis nºs 158/2009 e 159/2009, ambos de 13 de Julho, **André Vasconcelos**, identificou questões colocadas pela aplicação de regras vertidas para o CIRC de concurso para apuramento do lucro tributável de ajustamentos respeitantes a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que tratando-se de instrumentos de capital próprio tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente uma participação no capital superior a 5% do respectivo capital social. Considera que às perdas apuradas com ajustamentos de justo

¹³ In “Aspectos jurídico-contabilísticos na recente reforma do IRC”, p. 201, nota 219. A adaptação ao SNC é caracterizada como tarefa difícil até pelas críticas que os próprios conceitos de contabilidade podem suscitar, observando-se ainda como a linguagem da contabilidade é cada vez mais esotérica, longe dos cânones do ordenamento jurídico geral, marcada pelo apelo à essência económica e por duvidosas traduções do inglês (ibidem, nota 218).

¹⁴ Em suma, com a redacção dada pelo DL 159/2009, o artigo 23º, com a epígrafe “gastos”, dispunha: «Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente, “*Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiro*”» (nº 1, alínea j), e, agora, com a epígrafe “gastos e perdas”, diz: «Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC», abrangendo “*Perdas por reduções de justo valor em instrumentos financeiros*” (nº 1 e alínea j) do 2 do art. 23º). Ou seja, ter-se-á pretendido corrigir imprecisão terminológica e adoptar a designação das contas 66 e 77 do SNC. **Esta alteração parece confirmar a fragilidade de argumentação baseada na anterior distinção conceptual.**

valor não é aplicável o conceito de menos-valias e que a principal questão se coloca no enquadramento no nº 3 do (então) art. 42º, concluindo, apesar de admitir dúvidas sobre a intenção do legislador, que *«na leitura daquele preceito, e dada a extensa abrangência do mesmo, somos levados a concluir que todas as perdas referentes a partes de capital, onde se incluem os activos financeiros ora em análise, apenas relevarão para efeitos fiscal em metade do seu valor»*.¹⁵

A posição da Administração Tributária veio a ser exposta na Informação vinculativa no processo nº .../2011, proferida em pedido apresentado por uma sociedade, e decidido por Despacho do Director-Geral de 24/2/2011, no sentido de que: «Sendo as reduções de justo valor destas partes de capital qualificadas como perdas deverão ser consideradas, nos termos do referido artigo 45º, nº 3, do CIRC, em 50% do seu valor».

De notar ainda que, **actualmente, não é detectável a existência à época de apreciável controvérsia sobre a orientação preconizada pela AT** ¹⁶.

No mesmo sentido da interpretação divulgada, **Luísa Anacoreta Correia**, em artigo escrito no 2º trimestre de 2011, na Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas ¹⁷, afirma: «Conforme referido acima, o actual CIRC prevê, na alínea a) do nº 9 do artigo 18º, o regime de tributação pela variação do justo valor, a acções cotadas, quando participadas em 5% ou menos e quando reconhecidas contabilisticamente ao justo valor por resultados. Com base neste normativo poder-se-ia concluir que, para aquelas acções,

¹⁵ In “O justo valor e o Código do IRC”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 3, Número 4, Inverno, página 202. O autor formula a dúvida sobre se ao não alterar a redacção do artigo 42º, nº 3, o legislador o fez para prevenir situações existentes à data da sua inserção no Código e agora excluídas, ou se ao contrário a manteve por entender que responde, conforme enunciado no preâmbulo do DL 159/2009, “às necessidades de preservar os interesse e perspectivas próprias da fiscalidade”, relacionadas com a nova realidade, acentuando que: «Sendo este um caso em que a “manipulação” de resultados fiscais se encontra afastada, conforme atrás defendido, não seria de estranhar que tivesse sido intenção do legislador a aceitação fiscal dos resultados contabilísticos decorrentes da aplicação do método do justo valor para estes casos, embora tal careça de confirmação ou esclarecimento por parte das autoridades fiscais, dada a incerteza do tema» (*ibidem*, p. 203).

¹⁶ Vários sites de informação fiscal disponíveis na Internet, contemporâneos desta Informação, limitam-se a transcrever a Informação Vinculativa (casos p. ex. de “Cuatre Casas, Gonçalves Pereira, newsletter de Abril de 2011”, IINFOCOTAB nº 83, de 11/5/2011, Contabilidade & Empresas, de Maio/Junho de 2011) ou, nalguns casos critica-se a opção legislativa, mas sem pôr em causa a interpretação da lei (cf. artigo de opinião de Óscar Veloso, Revisor Oficial de Contas, em Jornal de Negócios, de 21 de Abril de 2011).

¹⁷ Revista Revisores E Auditores, n.º 53, págs. 34/35.

quer os ganhos decorrentes de aumentos de justo valor (seja no ano da venda, seja em anos anteriores), quer as perdas resultantes de descidas de justo valor, seriam consideradas fiscalmente. Não obstante, prevê o n.º 3 do artigo 45º¹⁸ que 50% dessas perdas de valor **não serão aceites fiscalmente**». (*bold no original*).

E, mais adiante: «De referir, neste contexto, que nos casos em que a entidade detentora das acções em apreço utiliza a IAS 39 na respectiva relevação contabilística, seja porque optou pelo normativo do IASB, seja porque optou pelas IAS 32, 39 e IFRS 7, alternativamente à NCRF 27, o regime fiscal do justo valor será afastado na grande maioria dos casos, bastando que as acções sejam reconhecidas ao justo valor por capital próprio»¹⁹.

Refira-se ainda, como muito significativa, a interpretação manifestada numa publicação, que corporiza a participação colectiva da consultora E..., SA, subscrita por cinco *partners*, com comentários e sugestões aquando da preparação da recente Reforma de IRC que conduziu à aprovação da Lei nº 2/2014²⁰.

Aí, com o título, “Eliminação da restrição à dedutibilidade fiscal das perdas e menos-valias associadas a partes de capital em determinadas condições”, comenta-se e sugere-se o seguinte: «A imposição deste tipo de restrições no CIRC resulta de uma preocupação do legislador com a realização de operações que tenham como objectivo a evasão fiscal e que assentam, na maior parte dos casos, numa manipulação do valor pelo qual as partes do capital são transaccionadas. No entanto, não se compreende que esta regra seja aplicada de forma abrangente e que o Estado tribute, de uma forma geral, as

¹⁸ O texto refere o art. 46º mas trata-se de evidente lapso.

¹⁹ E acrescenta: «No caso das SGPS, veremos à frente que esta solução pode ser ainda mais atractiva dado esta opção se poder traduzir na inclusão das partes de capital no regime específico do artigo 32.º do EBF. Para as restantes empresas, tais opções poderão ter, também, interesse na medida em que as acções em causa, além de passarem a ser reconhecidas ao custo (actualizável mediante coeficiente) para efeitos fiscais, passarão a beneficiar do regime de reinvestimento previsto no artigo 48º do CIRC. Com efeito, o Código do IRC afasta (alínea b) do nº 1 do artigo 46º) do conceito de mais e menos valias, os ganhos e perdas gerados com as acções reconhecidas fiscalmente ao justo valor. Desta disposição decorre que, não só tais acções não se enquadram no regime do artigo 32º do EBF, como também não são elegíveis para reinvestimento previsto no artigo 48º do CIRC, nem beneficiam da aplicação do coeficiente de actualização monetária previsto no artigo 47º do CIRC».

²⁰ Cf. “O novo IRC”, Ernst & Young, Almedina, 2013, p. 50.

empresas quando apurem mais-valias e não lhes permita relevar na totalidade, para efeitos fiscais, as menos-valias ou as perdas que apuram nas transmissões de partes de capital. O princípio da simetria é assim violado. Nos casos em que as partes de capital tenham um preço formado num mercado regulamentado e em que, conseqüentemente, não possam existir dúvidas sobre o valor estabelecido para as operações deverá ser estabelecida uma excepção à regra de aceitação de apenas metade do saldo negativo entre as mais-valias e as menos-valias fiscais ou de outras perdas apuradas em cada exercício, prevista no n.º 3 do art. 45.º do CIRC. Esta alteração permitirá igualmente evitar que as perdas de justo valor em partes de capital, reconhecidas em resultados, que tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5% do respectivo capital social sejam apenas aceites para efeitos fiscais em 50%, não obstante representarem perdas potenciais. Já os ganhos de justo valor apurados nesses instrumentos financeiros, incluindo os referentes a reversões daquelas perdas, são actualmente tributados na totalidade, o que gera uma dupla tributação que urge corrigir».

E, diz-se mais à frente, comentando o anteprojecto da proposta apresentada: «Será igualmente eliminada a discriminação que sofrem actualmente as perdas de justo valor em partes de capital, reconhecidas em resultados, que tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 55 do respectivo capital social (o anteprojecto de Reforma propõe que este limite de participação seja reduzido para 2%). Com as alterações previstas, estas perdas passam a ser consideradas fiscalmente dedutíveis na totalidade (actualmente são apenas aceites para efeitos fiscais em 50%)». ²¹

Assim, no quadro das medidas propostas pela E, a sugestão de “estabelecer uma excepção à dedução em apenas 50% das menos-valias e perdas de partes sociais quando tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5% do respectivo

capital social”, tem como comentário “recebida integralmente”, na medida em que, diz-se, “as menos valias, salvo em caso de liquidação, deixam de relevar, eliminando-se o disposto no nº 3 do art. 45º do CIRC.”²²

Ou seja, ainda que propondo-se uma alteração legislativa, **não transparece a existência de qualquer controvérsia anterior** sobre a **refutação jurídica da interpretação** da Informação Vinculativa divulgada pela AT e supra citada.

15. Apreciação final da situação

Com base no acima exposto, **conclui-se que:**

- Poderá, de um ponto de vista de equidade ou de adequação de política fiscal prosseguida, questionar-se se o legislador não deveria logo a partir da redacção do CIRC vigente a partir de 2010 ter revogado os limites à dedutibilidade das perdas ou variações patrimoniais associadas a partes de capital, mas, independentemente da resposta a essa questão (que não se considera evidente até porque haveria que atender à situação de crise financeira e medidas orçamentais restritivas já então existentes), cabe a este tribunal julgar segundo o “direito constituído” ao tempo da situação em apreciação neste processo;
- Face ao disposto em diversas normas do CIRC em vigor nos exercícios de 2010 e 2011, o tribunal não considera convincentes os argumentos expendidos no sentido da não aplicação do nº 3 do artigo 45º do mesmo Código aos casos de perdas resultantes dos ajustamentos decorrentes de variações do justo valor de partes de capital;
- Nem parece que, no período em causa, tenham surgido dúvidas na doutrina sobre a continuação de aplicação do referido nº 3 do art. 45º do CIRC a todos os casos de perdas ou variações patrimoniais negativas, verificando-se precisamente opiniões no sentido dessa interpretação, ainda que manifestando dúvidas e/ou críticas sobre os objectivos da política prosseguida (*cf. ponto 14.7.*);
- Reconhecendo embora o brilhantismo da fundamentação da decisão proferida no processo 108/2013-T, no âmbito do CAAD, alguns dos seus pressupostos suscitam-nos sérias dúvidas (*como exposto em 14.6.*);

²¹ *Ibidem*, p. 53.

- Este tribunal não considera confirmada a existência de uma opção do legislador no sentido de conceder tratamento diverso aos casos de perdas em instrumentos de capital próprio com valor encontrado em mercado regulamentado, quer pelas incertezas que se mantêm relativamente à forma como esse valor reflecte a realidade económica, quer pela incerteza quanto à repercussão de tal solução nas receitas fiscais ²³;
- Suscita também dúvidas a argumentação baseada numa sobrevalorização da dicotomia dos termos “gastos” e “perdas”, atendendo à frequente imprecisão terminológica, de que é exemplo, precisamente, a oscilação na utilização dos referidos conceitos de perdas e gastos (*acima 14.6., e notas 11 e 12*);
- Tendo em conta que, por força da conjugação da alínea a) do n.º 9 do art. 18.º com o disposto na alínea f) do n.º 1 do art.º 20.º e na alínea i) do n.º 1 do art.º 23.º, do CIRC, os ganhos e perdas decorrentes das aplicação do critério do justo valor por resultados concorrem para o lucro tributável de cada exercício, a coexistência destes normativos com a redacção do n.º 3 do art.º 45.º, leva a concluir que, ao introduzi-los no Código do IRC, se o legislador tivesse pretendido dar um tratamento diferente às perdas resultantes da aplicação do justo valor não poderia deixar de ter alterado a redacção da norma em conformidade, evidenciando a sua intenção, como aliás também não o fez ao tempo da criação de idênticos regimes para as empresas do sector bancário e do sector segurador (*referidos acima, nota 1*);
- É que a inaplicabilidade do n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC defendida pela Requerente redundaria num tratamento mais desfavorável concedido às situações em que, na valorimetria das participações sociais, se aplicasse o método do custo ou, em caso de opção pela IAS39 (cf. §55, b)) os ganhos ou perdas resultantes de alterações no justo valor sejam reconhecidos directamente no capital próprio, pois que as perdas verificadas na sua alienação apenas seriam deduzidas em metade, ao passo que as perdas registadas nas participações sociais mensuradas ao justo valor, só pelo facto

²² Cf. *ibidem*, quadro de pp. 10 e 11.

²³ Pode até aventar-se se apesar da consagração da possibilidade de reconhecimento fiscal da contabilização pelo justo valor, o legislador não pretendeu, devido aos perigos de incerteza nos mercados regulamentados, incentivar ou, pelo menos, não desincentivar a opção por contabilização aos custos históricos (*cf. ponto 14.6, e notas 10 e 19*).

de o seu reconhecimento contabilístico ter sido feito de forma parcelar, em função das variações verificadas em cada ano no justo valor, e não apenas num único exercício, não sofreriam qualquer limitação, sendo totalmente deduzidas para efeitos de apuramento no lucro tributável;

- Parece bem mais curial que o legislador tenha pretendido manter um tratamento uniforme das perdas ou variações patrimoniais associadas às partes de capital, independentemente do nível de participação que aquelas partes representassem no capital e do critério de mensuração adoptado, já que, como referido, permaneciam casos em que à perda de valor, apesar de verificada em instrumentos de capital próprio com preço formado em mercado regulamentado (como sejam as situações em que o sujeito passivo detém mais de 5% do capital ou em que detém menos de 5% mas opta pela contabilização dos ajustamentos resultantes das alterações no justo valor em contas de capital próprio), se continuava a aplicar a limitação em 50% de dedutibilidade das perdas.
- Ou seja, entende-se que o legislador terá dado prevalência ao princípio da neutralidade no tratamento fiscal das perdas ou variações patrimoniais associadas a partes de capital, independentemente do método de mensuração, salvaguardando, em simultâneo, a imprevisibilidade de eventuais efeitos negativos nas receitas fiscais, decorrente das flutuações das cotações do mercado.

Por estas razões, considera-se que a **interpretação da AT não se encontra infirmada nos autos** e que, antes das alterações introduzidas no Código do IRC pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, **o n.º 3 do art. 45.º era aplicável aos ajustamentos decorrentes da mensuração ao justo valor dos instrumentos financeiros com os requisitos definidos na alínea a) do n.º 9 do art. 18.º**, pelo que a Requerida deveria considerar, nos exercícios em causa nos autos, que a perda reflectida em resultados na contabilidade apenas poderia ser **deduzida para efeitos fiscais em metade do seu valor**.

Assim, o Pedido de pronúncia é considerado improcedente, por não ter sido demonstrada a ilegalidade da liquidação.

16. Decisão

Com os fundamentos expostos, o tribunal arbitral decide:

- a) Julgar improcedente o pedido de pronúncia arbitral de declaração de ilegalidade dos actos de liquidação identificados com os números ..., ..., ..., e ..., relativamente ao exercício fiscal de 2010, e ... e ..., relativamente ao exercício fiscal de 2011, respeitantes a Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, no montante global de € 15.661,26 (quinze mil seiscientos e sessenta e um euros e vinte e seis cêntimos), não havendo pois quaisquer importâncias a devolver pela Requerida.
- b) Julgar improcedente o pedido de pagamento de juros indemnizatórios.
- c) Condenar a Requerente em custas.

17. Valor do processo

De harmonia com o disposto no n.º 2 do artigo 315.º do CPC, na alínea a) do n.º1 do artigo 97.º-A do CPPT e ainda do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € 15.661,26 (quinze mil seiscientos e sessenta e um euros e vinte e seis cêntimos).

18. Custas

Para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 12º e no n.º 4 do artigo 22.º do RJAT e do n.º 4 do artigo 4.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, fixa-se o montante das custas em € 918,00, nos termos da Tabela I anexa ao dito Regulamento, a suportar integralmente pela Requerente.

Notifique-se.

Lisboa, 24 de Setembro de 2015.

A Árbitro

(Maria Manuela Roseiro)