

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 570/2015-T

Tema: IRC – SGPS; encargos financeiros suportados para a realização prestações suplementares e similares; artigo 32.º, n.º 2, do EBF, na redação vigente em 2011

Acórdão Arbitral

Os árbitros Dr. Jorge Manuel Lopes de Sousa (árbitro-presidente), Prof. Doutor Fernando Borges Araújo e Prof.^a Doutora Ana Maria Rodrigues (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, constituído em 17-11-2015, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., SGPS, S.A. (doravante abreviadamente designada por “Requerente” ou por “A...”), pessoa coletiva número..., matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o mesmo número, com sede na Avenida..., n.º..., em Lisboa, apresentou um pedido de constituição do tribunal arbitral coletivo, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, a) e 10.º, n.ºs 1 e 2, e 17.º-A do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante apenas designado por RJAT), em que é Requerida a **Autoridade Tributária e Aduaneira**, com vista à declaração de ilegalidade e anulação do ato de indeferimento do recurso hierárquico e do ato de correção da matéria tributável da Requerente relativo ao exercício de 2011 e da subsequente liquidação de IRC n.º 2014... .

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira em 18-09-2015.

Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o Conselho Deontológico designou como árbitros do tribunal arbitral colectivo os signatários, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em 04-11-2015 foram as partes devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação dos árbitros, nos termos conjugados do artigo 11.º n.º 1 alíneas a) e b) do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Assim, em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redacção introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o tribunal arbitral colectivo foi constituído em 17-11-2015.

A Autoridade Tributária e Aduaneira respondeu, defendendo que o pedido deve ser julgado improcedente.

Por despacho de 04-01-2016, foi decidido dispensar a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT e que o processo prosseguisse com alegações.

As Partes apresentaram alegações.

O tribunal arbitral foi regularmente constituído e é materialmente competente, à face do preceituado nos arts. 2.º, n.º 1, alínea a), e 30.º, n.º 1, do DL n.º 10/2011, de 20 de Janeiro.

As partes estão devidamente representadas gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão representadas (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 e não foram invocadas exceções.

Assim, não há qualquer obstáculo à apreciação do mérito da causa.

2. Matéria de facto

2.1. Factos provados

Com base nos elementos que constam do processo e do processo administrativo junto aos autos, consideram-se provados os seguintes factos:

- A)** A Requerente é uma sociedade gestora de participações sociais;
- B)** A Requerente é a sociedade dominante do grupo B..., sujeito a tributação nos termos do regime especial de tributação dos grupos de sociedades;

C) No ano de 2011, o grupo B... integrava as seguintes sociedades:

A...SGPS (sociedade dominante) - NIF ...

C... SGPS - NIF ...

D... - NIF ...

E... SGPS - NIF ...

F...- NIF ...

G..., S.A. - NIF...

H..., S.A. - NIF ...

I...- NIF ...

J..., S.A. - NIF ...

K..., S.A. - NIF...;

D) A Requerente acompanha e assessora a gestão das suas participadas, tendo-lhe, no ano de 2011, prestado serviços faturados no valor de € 2.784.168,00 (documento n.º 4 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);

E) Para efeitos de exercício da sua atividade, de detenção e gestão de participações sociais em sociedades comerciais, a A... recorre a:

(i) capitais próprios colocados à disposição pelos seus accionistas, remunerados através de dividendos e do potencial de valorização da A...(potencial de mais-valias realizáveis);

(ii) capitais alheios, remunerados de modo (tipicamente) desligado do potencial de valorização da A... e dos dividendos por si auferidos;

F) Foi realizada uma inspeção à Requerente, como sociedade dominante do grupo, relativa ao exercício de 2011, em sede de IRC, em cumprimento da Ordem de Serviço n.º OI2013... de 27-09-2013;

G) Nessa inspeção foi elaborado o Relatório da Inspeção Tributária que consta do documento n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido, em que se refere, além do mais, o seguinte:

**III - DESCRIÇÃO DOS FACTOS E. FUNDAMENTOS DAS CORREÇÕES
MERAMENTE ARITMETICAS À MATERIA TRIBUTAVEL**

III.1. Correções à matéria coletável do Grupo

Na declaração de rendimentos modelo 22 de IRC que serve de documento base de análise a presente ação inspectiva encontra-se identificada com o n.º ...-2013-... -05, o grupo declara um prejuízo fiscal no valor de € 15.401.734,93.

De acordo com o art. 70.º, n.º 1 do CIRC, “o lucro tributável do grupo é calculado pela sociedade dominante, através da soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo”. Desta forma, havendo alterações aos resultados fiscais declarados pelas sociedades pertencentes ao grupo, o lucro tributável deste terá que ser ajustado no mesmo montante.

Considerando as correções efetuadas ao lucro tributável individual da sociedade dominante, no montante de € 5.989.205,47 (cinco milhões, novecentos e oitenta e nove euros, duzentos e cinco euros e quarenta e sete cêntimos), o prejuízo fiscal do grupo totaliza € 9.412.529,46 conforme se observa no quadro seguinte:

Valores em euros

Sociedades	NIF	Valores declarados		Correcção		Valores finais
		valor	Documento	valor	Documento	
Sociedade Dominante						
A... SGPS SA	...	-20.119.266,31		5.989.205,47		-14.130.060,84
Sociedades Dominadas						
D... SGPS	...	-502.111,29		0,00	-	-502.111,29
C... SGPS	...	62.826,00		0,00	-	62.826,00
E...	...	-785.764,65		0,00	-	-785.764,65
F...	...	-150.216,99		0,00	-	-150.216,99
K...	...	-308.927,32		0,00	-	-308.927,32
J...	...	-1.663,00		0,00	-	-1.663,00
I...	...	870.993,96		0,00	-	870.993,96
H...	...	3.543.752,95		0,00	-	3.543.752,95
G...	...	1.988.641,72		0,00	-	1.988.641,72
Grupo		-15.401.734,93		-5.989.205,47		-9.412.529,46

Face ao exposto, será efetuada uma correção ao nível do resultado fiscal do grupo do referido montante, que resulta:

III.1.1. De correções efetuadas ao lucro tributável individual da sociedade “A..., SGPS, S.A.”

Em cumprimento da Ordem de Serviço n.º OI2013...de 2013-04-30, realizou-se o procedimento de inspeção externo relativo ao período de 2011, à sociedade A... SGPS, SA, (NIF:...).

As conclusões da ação inspetiva foram comunicadas à sociedade conforme fundamentações nos termos do n.º 1 do art. 77.º da Lei Geral Tributária e constam do relatório de inspeção tributária elaborado pela UGC em 2013-12-11, do qual se junta cópia e que constitui o anexo A, com 55 folhas, o qual foi comunicado ao sujeito passivo conforme n/ ofício n.º ... de 2013-12-17.

Na sequência da referida ação inspetiva, foram identificadas correções ao resultado fiscal declarado, efetuadas em termos individuais à sociedade acima mencionada que se fixaram no montante total de €5.989.205,47 (cinco milhões, novecentos e oitenta e nove mil, duzentos e cinco euros e quarenta e sete cêntimos), e respeitam a:

Encargos financeiros não dedutíveis face ao disposto nos artigos 32.º do EBF e 23.º do CIRC:

O sujeito passivo acresceu ao lucro tributável o montante de € 6.492.147,18 relativo a encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital, no entanto de acordo quer com o n.º 2 do art. 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais quer com o art. 23.º do Código do IRC, não concorrem para o apuramento do Lucro Tributável, o valor dos encargos naquelas condições e de € 12.481.352,65 pelo que foi corrigido o montante de € 5.989.205,47 respeitante à diferença entre o valor apurado pela administração fiscal e o valor apurado pelo sujeito passivo.

Assim, corrigiu-se o lucro tributável individual com os fundamentos constantes dos pontos III - 1.1. e IX - 1), do Relatório de Inspeção que se anexa e é parte integrante do presente Relatório da Inspeção Tributária (folhas 6 a 16 e 44 a 47 do relatório individual - Anexo A).

H) No Relatório da Inspeção Tributária relativo à inspeção individual efectuada à Requerente em cumprimento da OI2013... de 20-04-2013, foi elaborado o

Relatório da Inspeção Tributária que consta como anexo A do Relatório da Inspeção Tributária da inspeção relativa ao grupo, que consta do documento n.º 4 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido, refere-se, além do mais, o seguinte:

III - DESCRIÇÃO DOS FACTOS E FUNDAMENTOS DAS CORREÇÕES MERAMENTE ARITMÉTICAS À MATÉRIA TRIBUTÁVEL

Da auditoria às áreas contabilístico-fiscais selecionadas, efetuadas de acordo com os procedimentos em uso e com a profundidade considerada adequada às circunstâncias, foram detetadas situações desconformes à legislação fiscal aplicável, que deram origem as seguintes correções:

III.1. Correções à matéria coletável - IRC

III.1.1. Encargos financeiros não dedutíveis: € 5.989.205,47

(A) Descrição dos factos praticados pelo sujeito passivo inspecionado

O sujeito passivo reconheceu como gasto do período na sua contabilidade, refletido na conta «69 -Gastos e perdas de financiamento» um total de juros suportados no montante de € 20.753.512,85.

Na determinação do respetivo lucro tributável do período acresceu ao resultado contabilístico, nos termos do artigo 17.º do CIRC, o valor de € 5.492.147,18 relativo a encargos financeiros associados à aquisição de partes de capital não dedutíveis como gastos por aplicação do disposto no artigo 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) - o sujeito passivo remeteu os mapas de cálculo, que se juntam e constituem o Anexo n.º 1 deste relatório.

Da conjugação do atrás referido resulta que a empresa considerou como gasto fiscalmente elegível encargos financeiros suportados com empréstimos obtidos pela sociedade no montante de € 14.261.365,67 que, em face do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código do IRC e por também lhe ser aplicável o artigo 32.º do EBF em resultado da A... ser uma Sociedade Gestora de Participações Sociais (SGPS), importa analisar.

Verificando-se que os ativos remunerados, nomeadamente Os depósitos bancários e os empréstimos participativos, representam cerca de 15% dos passivos remunerados, resulta daqui a evidência que estes últimos se destinam essencialmente a financiar os investimentos em partes de capital e dentro destas as prestações suplementares, que representam cerca de 87% do ativo líquido.

(B) Da interpretação da norma do artigo 32.º do EBF

O regime jurídico das SGPS, previsto no DL n.º 495/88, de 30 de dezembro, define que o objeto de tais sociedades é "a gestão de participações sociais como forma indireta do exercício da atividade económica" (v. n.º 1 do artigo 1.º daquele normativo).

Acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo, com a redação dada pelo artigo 1.º do DL n.º 318/94, de 24 de dezembro, que a participação numa sociedade é considerada forma indireta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participante, quer por si só, quer conjuntamente com participações de outras sociedades em que a SGPS seja dominante.

Assim a legislação procurou limitar a atividade das SGPS à gestão de participações sociais estáveis, evitando que estas servissem como meio de especulação mobiliária ou de evasão à tributação sobre as mais-valias.

A Lei n.º 32-B/2002 de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2003) veio no seu artigo 38.º introduzir mudança significativa ao regime fiscal aplicável à atividade que constitui o objeto típico das SGPS's por via da alteração que inseriu no artigo 31.º (atual artigo 32.º) do EBF.

Este regime fiscal caracteriza-se pela não tributação dos rendimentos decorrentes da atividade de gestão de participações sociais (dividendos e mais/menos-valias com a alienação de participações sociais) bem como, a não-aceitação como gasto fiscal dos encargos financeiros suportados com financiamentos obtidos para aquisição de partes de capital.

Tal encontra-se concretizado no n.º 2 do artigo 32.º do EBF que estabelece que "As mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS, (...) de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim, os encargos financeiros suportados com a sua aquisição não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades."

Este regime consubstancia-se na atribuição de um benefício que, contudo, foi compensado pela não concorrência, para efeitos de apuramento do lucro tributável, dos encargos financeiros suportados, criando um ambiente de neutralidade entre os ganhos com determinados ativos financeiros e os gastos associados ao passivo necessário à aquisição e manutenção desses ativos. Ativos esses que no futuro geram, no seu todo, ganhos excluídos de tributação.

Estabelece, assim, o artigo 32.º a existência de uma ligação entre a aquisição e detenção de partes de capital ao longo de dado período mínimo e a relevância fiscal dos encargos financeiros suportados com a sua aquisição.

A desconsideração como gastos dos encargos financeiros para efeitos de determinação do lucro tributável, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, consubstancia um corolário do princípio geral da indispensabilidade dos gastos segundo o qual a dedução fiscal é condicionada à sua conexão com a obtenção dos rendimentos sujeitos a imposto e do qual resulta que "se determinados gastos estão relacionados com rendimentos não sujeitos a imposto não são fiscalmente dedutíveis", princípio estabelecido no disposto no n.º 1 do artigo 23.º do Código do IRC.

Da análise aos elementos apresentados pela empresa para demonstrar os cálculos dos encargos financeiros não aceites com gastos pelo artigo 32.º EBF conclui-se que a A... utilizou uma fórmula para determinar a parte dos encargos financeiros suportados que se relacionam com a aquisição de investimentos financeiros em participadas contudo, considerando apenas

como relevante para estes cálculos o custo das participações sociais detidas o valor de aquisição das ações das sociedades em que participa.

Ou seja, a empresa não considerou na sua fórmula de cálculo o valor registado na contabilidade como investimentos financeiros que se reporta a prestações suplementares e prestações acessórias.

Nesta conformidade e tendo por referência a ratio legis do artigo 32.º do EBF, importa demonstrar que o conceito de partes de capital para efeitos desta norma abrange as partes de capital social e as prestações suplementares, bem como as prestações acessórias sob o mesmo regime.

Note-se, contudo, que esta equiparação a "partes de capital" apenas abrange as prestações suplementares e as prestações acessórias sob o regime das prestações suplementares que comprovadamente se encontrem sujeitas a um regime idêntico ao consagrado no artigo 210.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, do qual nos parece ser de destacar os seguintes aspetos essenciais:

- 1. não serem remuneradas;*
- 2. a respectiva restituição não poder ocorrer se mesma resultar que a situação líquida da sociedade fique inferior à soma do capital e reserva legal;*
- 3. a respectiva restituição depende de deliberação dos sócios;*
- 4. que as mesmas não podem ser restituídas depois de declarada a falência da sociedade.*

(C) Das partes de capital e das prestações acessórias sujeitas ao regime das prestações suplementares

Atendendo aos interesses próprios da fiscalidade, torna-se evidente que, o sentido e alcance conceptual da expressão partes de capital será mais amplo do que o de mera participação no capital social.

i. À luz do papel desempenhado na sociedade beneficiária:

De facto, as prestações suplementares desempenham ao longo da sua vida útil uma função de apoio aos capitais permanentes, à semelhança do capital social, e, conseqüentemente, detêm, em regra, uma elevada

permanência na empresa, pelo que, substantivamente, são abrangidas pelo conceito de partes de capital e sujeitas ao regime das mais e menos valias fiscais.

As prestações suplementares, exemplo paradigmático de financiamento por capitais próprios, consistem em entregas efetuadas pelos sócios, para reforço aqueles, em determinado momento da vida de uma empresa, assumindo a forma de capital adicional. Assim, e ainda que as prestações suplementares apresentem distinções face ao capital social, não deixam de ter com este, no que a esta matéria diz respeito, uma natureza análoga.

A este respeito, defende João Antunes in "As prestações suplementares, prestações acessórias e os suprimentos", Vida Económica. "As prestações suplementares de capital têm uma função dupla: a capitalização da sociedade, ou seja, adequar o capital próprio às necessidades sociais ou então também pode funcionar como uma garantia dos credores, porque não podem ser restituídas se o Capital Próprio ficar inferior à soma do capital e da reserva legal, ou seja, é uma garantia para os credores e é essa uma das funções do Capital Próprio de uma sociedade."

Este é também o entendimento sustentado por Sofia Gouveia Pereira in "As prestações suplementares no Direito Societário Português", página 245, Editora Principia, edição de janeiro de 2004, onde refere que "...quanto à natureza jurídica optámos por considerar as prestações suplementares um ágio (posterior), ou "sobre preço da quota" aproximando-as de capital social e afastando-as do empréstimo dos sócios, quanto à sua função, essa poderá ser, como vimos, quer de reforço do capital social, atuando como um capital social "inominal" ou de "segunda linha" (...).

No mesmo sentido, Gonçalves da Silva e Estevas Pereira consideram que as prestações suplementares se justificam por duas razões concorrentes:

- Por nem sempre haver possibilidade de prever qual o capital necessário para o desenvolvimento dos negócios sociais, pelo menos em determinadas épocas;

- Porque, "embora não constituam um aumento de capital, serem a ele equivalentes, dispensando o cumprimento das respectivas formalidades legais e o dispêndio das despesas inerentes (...) acrescentando, ainda, que "Na realidade, as prestações suplementares constituem um capital adicional, distinto do capital nominal, ocupando um lugar intermédio entre este e as reservas propriamente ditas, pelo que devem ser levadas a uma conta específica da situação líquida adicional, precisamente com os seguintes código e título: «53 - Prestações Suplementares» " (nosso **negrito**).

ii. À luz da classificação contabilística:

De acordo com o disposto no n.º 2 do art. 11.º da LGT "Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei."

Conforme considera Casalta Nabais, in "Direito Fiscal", 5.ª Edição, Edições Almedina, pág. 165, "atentas as importantes e estreitas relações que mantém com os diversos domínios do direito comercial, compreende-se que um tal segmento do direito fiscal deveria ter particulares preocupações de harmonização O que significa, nomeadamente, que o CIRS e o CIRC devem ter na devida conta a disciplina constante dos CSC, POC, CVM, etc., assim como estes não devem fazer tábua rasa da disciplina contida naqueles códigos".

Nesse sentido sublinhe-se a expressa intenção do legislador quando no preâmbulo do DL n.º 159/2009 refere que «a manutenção do modelo de dependência parcial determina, desde logo, que, sempre que não estejam estabelecidas regras fiscais próprias, se verifica o acolhimento do tratamento contabilístico, bem como a terminologia que dele decorre».

O apuramento do lucro tributável, e conseqüentemente do IRC a liquidar, tem por base o resultado contabilístico, logo é natural que historicamente os conceitos preconizados ao nível da contabilidade sejam considerados no enquadramento do termo para efeitos fiscais.

Assim, importa avaliar se à luz dos normativos contabilísticos as prestações suplementares são consideradas partes de capital.

Na ótica do beneficiário, e de acordo com o Sistema de Normalização Contabilística (SNC) as prestações suplementares devem ser registadas, pela beneficiária, na conta «53 - Outros instrumentos de capital próprio». A nota explicativa refere que "Esta conta será utilizada para reconhecer as prestações suplementares ou quaisquer outros instrumentos financeiros (ou as suas componentes) que não se enquadram na definição de passivo financeiro. Nas situações em que os instrumentos financeiros (ou as suas componentes) se identifiquem com passivos financeiros, deve utilizar-se rubrica apropriada das contas «25 - Financiamentos obtidos» ou «26 - Acionistas/Sócios»".

Na ótica da entidade cedente, verificava-se que já no anterior referencial contabilístico, o Ofício da Comissão de Normalização Contabilística (CNC) n.º 8/97, de 29 de janeiro de 1997, refere que as prestações suplementares devem ser classificadas "em subdivisão específica da subconta apropriada da conta «411 - Partes de Capital» ", sendo tal entendimento igualmente aplicável às prestações acessórias que se encontrem sujeitas ao mesmo regime jurídico.

Com a entrada em vigor do SNC, as prestações suplementares concedidas continuam a estar incluídas na conta «41 – Investimentos Financeiros», à semelhança do que se verificava na vigência do POC, tendo em consideração a sua substância económica.

iii. À luz da coerência do sistema fiscal:

As prestações suplementares, bem como as prestações acessórias sob regime das prestações suplementares, enquanto investimentos financeiros incluídos no ativo não corrente, seguem, na sua alienação, o regime das mais-valias e das menos-valias realizadas constante dos arts. 46.º e seguintes do CIRC, pelo que as perdas sofridas com a transmissão onerosa de prestações acessórias sob o regime das prestações suplementares

representam fiscalmente uma menos-valia, sujeita ao regime correspondente.

Neste sentido, veja-se o Parecer n.º 33/2010 do CEF que, sob o thema decidendi "Menos-valias decorrentes da alienação de prestações suplementares", segue o entendimento sancionado pelo Exmo. Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais através do seu Despacho n.º 536/2004-XVI, de 15 de dezembro de 2004 e reitera que «as prestações acessórias sob o regime das prestações suplementares, "como investimentos financeiros incluídos no ativo imobilizado, seguem, na sua alienação, o regime das mais-valias e das menos-valias realizadas constante dos arts. 43.º e segs. do CIRC [atuais arts. 46.º e segs.], dado que as perdas sofridas com a transmissão onerosa de prestações acessórias sob o regime das prestações suplementares representam fiscalmente uma menos-valia, sujeita ao regime correspondente (cfr. art. 43.º do CIRC), o que inclui a indispensabilidade do custo exigida pelo art.º 23.º, n.º 1, do CIRC" (...) e que "Às perdas associadas a alienação de prestações acessórias sob o regime das prestações suplementares aplica-se o regime que o CIRC confere às partes do capital no art. 42.º, n.º 3 [atual art. 45º, n.º 3], bem como no art. 23.º, n.º 7"», concluindo que «estas prestações acessórias [sujeitas ao regime jurídico das prestações suplementares] devem, igualmente, ser consideradas para todos os efeitos, nomeadamente os previstos no artigo 23.º, n.ºs 5 a 7, (atual artigo 23.º, n.ºs 3 a 5) ao Código do IRC, como integrando o conceito de "partes de capital».

Por outro lado, importa colocar em evidência os motivos pelos quais, em substância, os encargos financeiros suportados com os financiamentos das prestações acessórias devem ser excluídos para efeitos do apuramento do lucro tributável, nos termos do art. 32.º do EBF, corporizando o princípio constante da art. 23.º do Código do IRC.

(...)

Quanto ao método a considerar para a desconsideração como gasto dos encargos financeiros relacionados com a aquisição de partes de capital, no

sentido de identificar as origens dos capitais aplicados nestas aquisições e, nomeadamente, os capitais alheios relacionados com aquelas aquisições, há que considerar que uma das características da moeda é a da fungibilidade, o que impede a possibilidade de se determinar qual a aplicação específica dos capitais obtidos através de um determinado empréstimo.

Assim, a solução mais adequada consiste em imputar os passivos remunerados das SGPS, em primeiro lugar aos empréstimos remunerados por esta concedidos às empresas participadas e outros investimentos geradores de juros, afetando-se o remanescente aos restantes ativos, nomeadamente partes de capital, proporcionalmente ao respetivo custo de aquisição.

Nesse sentido, a Administração Tributária, interpretando e aplicando a lei, fez divulgar a Circular n.º 7/2004, de 30 de março da DSIRC11 onde se sanciona o seguinte entendimento:

Âmbito de aplicação temporal: "é aplicável aos encargos financeiros suportados nos períodos de tributação iniciados após 1 de janeiro de 2003, ainda que sejam relativos a financiamentos contraídos antes daquela data", conforme decorre aliás do n.º 5 do artigo 38.º da Lei 32-B/2002, de 30 de dezembro, o qual estabelece que o (novo) regime previsto no artigo 31.º do EBF (atual artigo 32.º) é aplicável "às mais-valias e menos-valias realizadas nos períodos que se iniciem após 1 de janeiro de 2003".

Exercício em que deverão ser feitas as correções fiscais dos encargos financeiros: "Relativamente ao exercício em que deverão ser desconsiderados como custos, para efeitos fiscais, os encargos financeiros, dever-se-á proceder, no exercício a que os mesmos disserem respeito, à correção fiscal dos que tiverem sido suportados com a aquisição de participações que sejam suscetíveis de virem a beneficiar do regime especial estabelecido no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, independentemente de se encontrarem já munidas todas as condições para a aplicação de regime especial de tributação das mais-valias. Caso se conclua, no momento da

alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime, proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores".

Método a utilizar para efeitos de afetação dos encargos financeiros: (...) dada a extrema dificuldade de utilização, nesta matéria, de um método de afetação direta ou específica e à possibilidade de manipulação que o mesmo permitiria, deverá essa imputação ser efetuada com base numa fórmula que atenda ao seguinte: os passivos remunerados das SGPS e das SCR deverão ser imputados, em primeiro lugar, aos empréstimos remunerados por estas concedidos às empresas participadas e aos outros investimentos geradores de juros, afetando-se o remanescente nos restantes ativos, nomeadamente participações sociais, proporcionalmente ao respectivo custo de aquisição.

(...)

Nada na letra do n.º 2 do art.º 32.º do EBF impede a aplicação do método indireto na referida afetação dos encargos financeiros, atenta a característica da fungibilidade da moeda, com a consequente impossibilidade de se determinar a aplicação específica dos capitais obtidos.

Deste modo, tendo em vista concretizar o previsto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF e de acordo com a metodologia consagrada pela Circular n.º 7/2004; são excluídos, para efeitos de apuramento do lucro tributável, os encargos financeiros suportados com passivos destinados a financiar partes de capital social, prestações suplementares e prestações acessórias com o regime de prestações suplementares, uma vez que a expressão partes de capital abarca, nos termos demonstrados, estas realidades.

Importa salientar que o sujeito passivo utilizou na determinação dos encargos financeiros não dedutíveis para efeitos fiscais a metodologia preconizada pela Circular n.º 7/2004 tendo adotado pelo apuramento dos encargos financeiros não dedutíveis numa base mensal – v. Anexo n.º 1 -

metodologia também seguida pela Administração Tributária nos seus cálculos por se considerar ser a que melhor traduz a realidade que a norma visa tributar face à informação financeira produzida pela empresa.

Ou seja, a divergência existente entre os cálculos considerados pela A... e os propostos pela Autoridade Tributária e Aduaneira resulta da não consideração pela empresa da parte dos investimentos financeiros correspondentes a prestações suplementares como integrando o conceito de «partes de capital» sujeita às limitações do artigo 32.º do EBF, o que como já se demonstrou não respeita a ratio legis daquela norma.

Assim, do cálculo efetuado para determinar os encargos financeiros a excluir, para efeitos de apuramento do lucro tributável, considerando que as prestações suplementares e similares, e aqui incluem-se as designadas "Shares Premium", estão abrangidas pelo conceito de partes de capital, foi apurado um total de encargos financeiros não dedutíveis no valor de € 12.481.352,65 - v. Anexo n.º 2.

Demonstrada que está a desconformidade da atuação do sujeito passivo com o quadro legal aplicável, propõe-se, face ao valor dos encargos financeiros com financiamentos dirigidos à aquisição de partes de capital, incluindo a dotação de prestações suplementares e "shares Premium", apurado pela inspeção tributária e o valor já acrescido ao lucro tributável (ORM22/Q07/C752) pelo sujeito passivo, a correção pela diferença que se consubstancia no montante de € 5.989 205,47 -- v. referido Anexo n.º 2.

(F) Da norma do artigo 23.º do CIRC

Ainda que, por hipótese de trabalho, às prestações suplementares não seja aplicável o regime especial previsto no artigo 32.º de EBF, então sempre terá de se aferir da dedutibilidade destes encargos à luz do artigo 23.º do Código do IRC.

Os encargos financeiros suportados por uma entidade – seja ou não uma SGPS – com a obtenção de fundos os quais se destinam a ser concedidos a título não remunerado por essa mesma entidade a uma participada não são considerados gastos fiscais face à norma do n.º 1 do artigo 23.º.

Este artigo estabelece o princípio geral relativo à dedutibilidade fiscal dos gastos suportados pelas entidades sujeiras a este imposto.

(...)

Considera-se, assim, que a dedução dos juros e outros encargos deverá obedecer às mesmas regras que são genericamente aplicáveis aos outros gastos suportados pelas empresas, estando, portanto, a sua dedutibilidade condicionada à observância do princípio básico segundo o qual apenas serão fiscalmente dedutíveis quando sejam comprovadamente indispensáveis para a realização de rendimentos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora do respetivo sujeito passivo.

De facto os capitais obtidos, geradores dos encargos financeiros, ao serem canalizados para a concessão de prestações suplementares às participadas não são manifestamente utilizados na atividade da empresa que suporta os encargos, para a qual não revertem rendimentos tributáveis que compensem os gastos, na medida em que as prestações suplementares não são remuneradas.

(...)

Entende-se, assim, que, ainda que as prestações suplementares não fossem consideradas partes de capital para efeitos de aplicação do artigo 32.º do EBF, os encargos financeiros suportados com os financiamentos obtidos para a concessão/manutenção das prestações suplementares não remuneradas, não são aceites como gasto nos termos do artigo 23.º do Código do IRC, no seguimento de vasta jurisprudência, quer do STA quer do TCA.

Em síntese, ainda que o "Share Premium" ou prestações suplementares como refere a empresa não seja integrado no conceito de partes de capital, não são considerados como fiscalmente dedutíveis, nos termos do artigo 23.º do CIRC, os encargos financeiros suportados com financiamentos utilizados para a concessão de prestações suplementares/"share premium"

a participadas, por aqueles capitais não estarem associados a ativos remunerados.

D) Na sequência da inspeção relativa ao grupo B..., a Autoridade Tributária e Aduaneira emitiu a liquidação de IRC n.º 2014..., de 07-04-2014, cujo teor se dá como reproduzido, relativa a exercício de 2011, em que aplicou a correção referida no Relatório da Inspeção Tributária;

J) A Requerente deduziu reclamação graciosa da liquidação, que não foi decidida;

K) A Requerente interpôs recurso hierárquico do indeferimento tácito da reclamação graciosa, que veio a ser indeferido por despacho de 30-04-2015, da Senhora Subdirectora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira (documento n.º 1 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), em que se concluiu o seguinte:

Em face do exposto, são excluídos para efeitos de apuramento do lucro tributável, atento o estatuído no artigo 32.º do EBF, os encargos financeiros suportados quer com a aquisição de partes sociais, quer com a concessão de prestações suplementares.

Neste contexto, é nosso entendimento que a correção efetuada pelos serviços da inspeção tributária se encontra de acordo com o estatuído no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, em face do que não concorrem para a formação do lucro tributável, no exercício de 2011, o valor de encargos financeiros de 12.481.352,65€, conforme cálculos elaborados no relatório da inspeção.

Atendendo a que a Recorrente acresceu ao lucro tributável o montante de 6.492.147,18 € relativo a encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital, foi corrigido o montante de 5.989.205,47 €, respeitante à diferença entre o valor apurado pela Administração Fiscal e o valor apurado pela Recorrente.

L) Os capitais alheios utilizados pela Requerente são remunerados através da fixação de um juro pago periodicamente;

M) Em 01-09-2015, a Requerente apresentou o pedido de constituição do tribunal arbitral que deu origem ao presente processo.

2.2. Factos não provados

Não há factos com relevo para a apreciação do mérito da causa que não se tenham provado.

2.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto

Os factos provados baseiam-se no Relatório da Inspeção Tributária e nos documentos juntos com o pedido de pronúncia arbitral, não havendo controvérsia sobre eles.

3. Matéria de direito

A Autoridade Tributária e Aduaneira efetuou correções à matéria tributável do exercício de 2011 do grupo B..., de que a Requerente é sociedade dominante, por entender que não são de considerar como gastos os encargos financeiros suportados por aquelas sociedades para realização prestações suplementares e similares ("Shares Premium"), a sociedades suas participadas.

A correção efetuada tem dupla fundamentação.

Em primeira linha, a Autoridade Tributária e Aduaneira entende que tem aplicação a esta situação a limitação que constava do n.º 2 do artigo 32.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), na redação vigente em 2011, por as prestações suplementares se enquadrarem no conceito de *«partes de capital»*.

Para além disso, a Autoridade Tributária e Aduaneira entendeu, em suma, que os encargos financeiros referidos não preenchem os requisitos para serem considerados como gastos, exigidos pelo artigo 23.º do CIRC, na redação vigente em 2011, por terem sido incorridos em favor de outras entidades jurídicas e economicamente independentes.

Sendo fundamentos autónomos, cada um deles com potencialidade para sustentar as correções efetuadas, serão apreciados separadamente, sem prejuízo de que, se se concluir

que um deles fornece suporte legal para a decisão tomada, ficará prejudicado, por inútil, o conhecimento do outro.

3.1. Questão da qualificação das prestações suplementares como «partes de capital» para efeitos do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, na redação vigente em 2011

O artigo 32.º, n.º 2, do EBF estabelecia, na redação vigente em 2011, o seguinte:

2 - As mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS, pelas SCR e pelos ICR de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim, os encargos financeiros suportados com a sua aquisição não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades.

Da parte final desta norma resulta que os encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital não concorrem para a formação do lucro tributável das SGPS.

No caso em apreço, os encargos financeiros em causa foram suportados pela Requerente para efectuar prestações suplementares e similares («*Shares Premium*»), às suas participadas, pelo que a aplicabilidade desta norma à situação depende da qualificação destas prestações como «partes de capital».

«*Na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que às mesmas se aplicam, são observadas as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis*» (artigo 11.º, n.º 1, da LGT), o que constitui uma remissão para o artigo 9.º do Código Civil.

No n.º 2 do mesmo artigo 11.º estabelece-se que «*sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei*».

Desta norma resulta que, embora a regra seja a de os termos utilizados nas normas fiscais devam ser interpretados com o mesmo alcance que têm noutros ramos do direito,

há uma exceção, que é *decorrer directamente da lei fiscal* que o sentido do termo utilizado na lei fiscal é diferente do que tem noutros ramos do direito.

Aliás, é uma exceção que está em sintonia com outra regra interpretativa geral, que é a de que a lei especial prefere à lei geral no seu específico domínio de aplicação. Isto é, se decorre directamente de uma norma fiscal, especial para a situação que regula, o sentido de um determinado termo, nem interessará saber se esse sentido corresponde ou não ao que é utilizado na lei geral, pois esse sentido *diretamente decorrente da lei para uma específica situação* terá de ser forçosamente o que se tem de adotar e não o sentido com que é utilizado em qualquer norma que não tenha natureza de lei especial para a referida situação.

De qualquer forma, do n.º 2 do artigo 11.º do EBF resulta que, em boa hermenêutica, a primeira tarefa do intérprete da lei fiscal para apurar o alcance de um termo nela utilizado é apurar se da lei fiscal *decorre directamente* o sentido desse termo.

Só se não se estiver perante uma situação deste tipo, se poderá fazer apelo ao sentido dos termos utilizados noutros ramos de direito.

Ora, no caso em apreço, para esclarecimento da questão de saber se as prestações suplementares são abrangidas no conceito de «*partes de capital*» há uma norma da qual *decorre directamente* que aquelas não se englobam neste conceito, que é o n.º 3 do artigo 45.º do CIRC, na redacção do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, vigente no ano de 2011.

Estabelece-se neste n.º 3 do artigo 45.º o seguinte:

3 – 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.

Utilizam-se nesta norma dois conceitos: o de «*partes de capital*» e o de «*outras componentes do capital próprio*».

As «*partes de capital*» são também «*componentes do capital próprio*», como se depreende da palavra «*outras*», mas o alcance de «*partes do capital*» é necessariamente mais restrito do que o de «*capital próprio*», que englobará, além das «*partes de capital*» também «*as outras componentes*».

Tal como está redigida a norma, **as prestações suplementares englobar-se-ão no conceito de «*outras componentes do capital próprio*» e não nas «*partes de capital*»,** pois a referência àquelas aparece a seguir a este último conceito e não ao primeiro.

Na verdade, se se entendesse, para este efeito, que as prestações suplementares se integravam no conceito de «*partes de capital*», é óbvio que a referência a elas se incluiria a seguir a este conceito e não a seguir ao conceito de «*capital próprio*»: isto é, dir-se-ia «*(...) perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital, designadamente prestações suplementares, ou outras componentes do capital próprio concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor*».

Aquela referência às prestações suplementares não existia na redacção do artigo 42.º do CIRC ⁽¹⁾ da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro ⁽²⁾, só sendo feita na redacção introduzida pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro, pelo que a alteração legislativa foi efetuada com o intuito de precisar o alcance fiscal dos conceitos utilizados, designadamente o conceito de «*partes de capital*», mostrando que ele, na perspetiva do legislador do CIRC, não abrangia as prestações suplementares.

Tratando-se de uma alteração com alcance esclarecedor, é de presumir reforçadamente que o legislador soube concretizar em termos adequados esse objetivo (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil), e se pretendeu explicitar que as prestações suplementares, para efeitos de IRC, se enquadram entre as «*outras componentes do capital próprio*» e não nas «*partes de capital*».

Esta delimitação do conceito de «*partes de capital*» que se extrai do referido n.º 2 do artigo 45.º é feita para efeitos de determinação de menos-valias, que se inclui na matéria

⁽¹⁾ O artigo 42.º do CIRC, na renumeração operada pelo Decreto-Lei n.º 198/2001, de 3 de Julho, corresponde ao artigo 45.º, na renumeração do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho.

⁽²⁾ A redacção anterior da norma correspondente, introduzida pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, era a seguinte:

3 – *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 que trata o artigo 32.º, n.º 2, do EBF (é uma norma que afasta em relação às SGPS a relevância tributária em geral prevista no CIRC para as mais-valias e menos-valias) pelo que, tendo-se de presumir que o legislador exprimiu o seu pensamento em termos adequados (nos termos do referido artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil), justifica-se a conclusão de que foi utilizada na norma especial o mesmo conceito de «*partes de capital*» que foi utilizado na norma que prevê a relevância tributária regra.

Para além disso, a norma do artigo 32.º, n.º 2, do EBF foi reformulada pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, já depois da alteração introduzida pela Lei n.º 60-A/2005 no artigo 45.º do CIRC e a nova redação daquela norma mantém a referência apenas às «*partes de capital*» sem qualquer alusão às «*outras componentes do capital próprio*» a que alude o artigo 45.º, n.º 2.

Esta conclusão, extraída do teor literal do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, conjugado com o artigo 45.º, n.º 2, é confirmada pela razão de ser do regime especial das mais-valias e menos-valias realizadas pelas SGPS, que não vale em relação às prestações suplementares, como proficientemente se explica no acórdão do CAAD proferido no processo n.º 12/2013-T, nestes termos:

“em geral, o regime das mais-valias visa conceder um regime especial favorável aos imobilizados tangíveis e financeiros (acções e quotas) das sociedades, como forma de combater o efeito de lock-in – fenómeno que no sistema fiscal da realização condiciona o racional fluir económico dos activos (compra e venda) por razões que se prendem com constrangimentos fiscais (pagamento do imposto). No fundo, evitar o cenário de um sujeito que não vende um ativo (acção ou quota) de que é titular – e todas as razões económicas o aconselham – apenas pelo facto de ir pagar nesse momento um elevado imposto (porque a tributação só é descarregada com a venda do activo e não na cadência da sua valorização anual). É este motivo que justifica a infra tributação dos activos tangíveis e financeiros (acções e quotas), corporizado num regime fiscal especial de tributação das mais-valias.

E nada disso se verifica nas prestações suplementares. Elas são devolvidas, ao par, segundo as regras do direito comercial. Não existe, nem se quer forçar a existência, de um mercado (secundário) de volumosas transacções de prestações

suplementares. E não é crível que os parques detentores de prestações suplementares abaixo do par não queiram receber o seu valor nominal, com receio ou temor do pagamento de imposto associado; ou que isso seja um óbice económico tal que justifique criar ou inseri-los no regime especial das mais e menos-valias.”

Assim, conclui-se que o artigo 32.º, n.º 2, do EBF, na redação vigente em 2011, ao estabelecer, reportando-se às «*partes de capital*», que «*não concorrem para a formação do lucro tributável*» das SGPS os «*encargos financeiros suportados com a sua aquisição*», não afasta a relevância para a formação do lucro tributável dos encargos financeiros suportados com prestações suplementares.

Por isso, as correções efetuadas não tem suporte legal no artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

3.2. Questão da indispensabilidade dos encargos financeiros suportados com as prestações suplementares a participadas para a formação do lucro tributável da Requerente

A não consideração pela Autoridade Tributária e Aduaneira, para a formação do lucro tributável da Requerente, dos referidos encargos financeiros com as prestações suplementares a participadas baseou-se também no entendimento de que essas despesas não podem considerar-se indispensáveis para essa formação.

Esta questão foi já apreciada, com os mesmos pressupostos de facto e de direito, nos processos do CAAD n.ºs 39/2013-T e 734/2014-T, com cuja decisão se concorda, pelo que se seguirá a sua fundamentação.

3.2.1. A interpretação do conceito de indispensabilidade dos custos ou perdas

A interpretação do conceito de indispensabilidade constante do artigo 23.º do CIRC tem, na doutrina jurídico-fiscal portuguesa, em TOMÁS TAVARES e ANTÓNIO PORTUGAL, autores de obras nucleares quanto à dilucidação de tal conceito.

Para o primeiro destes autores: *“A noção legal de indispensabilidade recorta-se, portanto, sobre uma perspectiva económico-empresarial, por preenchimento, directo ou indirecto, da motivação última para a obtenção do lucro. Os custos indispensáveis equivalem aos gastos contraídos no interesse da empresa ou, por outras palavras, em todos os atos abstractamente subsumíveis num perfil lucrativo.”*

E continua: *“(…) A indispensabilidade subsume-se a todo e qualquer ato realizado no interesse da empresa...A noção legal de indispensabilidade reprime, pois, os atos desconformes com o escopo da sociedade, não inseríveis no interesse social, sobretudo porque não visam o lucro”.*

O segundo autor, relativamente à questão de saber qual a melhor interpretação do conceito de indispensabilidade, exprime a seguinte posição:

“A solução acolhida entre nós (pelo menos na doutrina), na esteira dos entendimentos propugnados pela doutrina italiana, tem sido a de interpretar a indispensabilidade em função do objecto societário. Esta posição está presente desde logo nos escritos de Vítor Faveiro, que reconduz a indispensabilidade do gasto à sua apreciação como ato de gestão em função do concreto objecto societário, recusando que esta indispensabilidade possa ser aferida livremente a partir de um qualquer juízo subjectivo do aplicador da lei”.

Estas obras sustentam pois que qualquer decaimento económico (gasto) que tenha uma relação com o objecto societário, seja incorrido no âmbito da atividade, ou evidencie um *business purpose*, cumprirá o requisito da indispensabilidade.

No plano da jurisprudência, e em especial no que respeita à dedutibilidade de gastos relativos a juros suportados por sociedades que aplicam os capitais tomados de empréstimo no financiamento de participadas, merece destaque o Acórdão do STA de 7 de Fevereiro de 2007, proferido no processo n.º 1046/05, no qual se afirma:

“Daqui resulta que os custos ali previstos não podem deixar de respeitar, desde logo, à própria sociedade contribuinte.

Ou seja, para que determinada verba seja considerada custo daquela é necessário que a actividade respectiva seja por ela própria desenvolvida, que não por outras sociedades.

A não ser desta forma, como que podia ser imputada a uma sociedade o exercício da actividade de outra com a qual ela tivesse alguma relação.

As quantias controvertidas correspondem a juros de empréstimos bancários e imposto de selo contraídos pela recorrente e aplicados no financiamento gratuito de uma sociedade sua associada.

Tais verbas não estão, pois, directamente relacionadas com qualquer actividade do sujeito passivo inscrita no seu objecto social, que é empreendimentos e gestão de imóveis e não a gestão de participações sociais ou financiamento de sociedades de risco, nem sequer se reportam, ainda que indirectamente, à sua actividade.

Também aqui a noção de atividade ou de interesse social se revela o traço marcante na admissibilidade fiscal dos gastos, quando aferida pelo artigo 23.º do CIRC. E na jurisprudência citada pela Requerente e pela Autoridade Tributária e Aduaneira predomina, como era de esperar, a questão de ligação da admissibilidade fiscal dos gastos financeiros em função de se considerar que a entidade financiadora realiza ou não, nessas operações, atividade própria.

Ora, em face do que se referiu, é claro que, tanto no plano doutrinal como na esfera jurisprudencial, a ligação à atividade será o elemento nuclear da chave interpretativa do conceito de indispensabilidade. Assim, e para o caso em apreço, a análise do que se entende por “atividade” das sociedades, em particular de uma SGPS, revela-se essencial.

Vejamos então, num plano geral, o que entendemos por atividade dos entes societários; e depois, no caso em apreço, o que se deve entender por atividade própria de uma SGPS.

3.2.2. A atividade das sociedades

A atividade de um ente societário consiste nas operações decorrentes do uso e gestão dos seus recursos. Tais recursos são, em primeira linha, os ativos que constam do respetivo património.

A partir da noção de “ativo” que o normativo contabilístico estabelece, pode concluir-se que tanto será atividade a gestão de um ativo fixo tangível, como a de um intangível, como a de um ativo financeiro, ou uma qualquer prestação de serviço.

Assim, suponha-se que a sociedade ALFA participa na sociedade BETA na proporção de 100%. A primeira é pois titular de um ativo financeiro. Que “atividade” resulta na esfera de ALFA da participação que esta detém em BETA?

A primeira pode intervir na segunda, controlando as suas políticas financeiras e operacionais de modo a obter benefícios da mesma, determinando a produção de novos bens ou serviços, a minimização de gastos, ou outras medidas que aumentem os seus benefícios económicos futuros.

Mas é também claro que ALFA poderá intervir em BETA no plano das operações financeiras. Quer aumentando o capital de BETA a fim de incrementar a respetiva capacidade de investimento, ou dotá-la de meios financeiros que reforcem a tesouraria de BETA a fim de incrementar a respetiva capacidade de investimento, ou dotá-la de meios financeiros que reforcem a sua tesouraria.

A entidade ALFA, no exercício da sua atividade própria, administra e toma decisões referentes a um ativo financeiro, que decorre da dita participação. Tal constitui atividade de ALFA e não de BETA. Esta beneficia dessa atividade, sofre os efeitos das decisões de ALFA, mas não desenvolve a atividade de gestão da participação.

Caso os gestores de ALFA executem operações que afetem o financiamento de BETA não estão a desenvolver atividade de terceiros. Estão a desenvolver atividade própria de ALFA, derivada diretamente da gestão do ativo financeiro traduzido na participação em BETA. A empresa BETA tem a natureza de entidade participada, o que confere às decisões da participante o qualificativo de uma atividade própria, inerente ao seu escopo: a gestão de tal participação. E essa gestão pode envolver operações de financiamento que fazem parte da atividade da participante.

A participada não é um qualquer ente estranho à atividade e interesses da participante. Não há um gasto na esfera da última que nada tem que ver com o seu

interesse societário. O gasto com juros incorridos com capitais obtidos e, posteriormente aportados à participada, é feito no interesse da participante, numa consequência direta da sua atividade de gestão de um ativo que emerge de uma participação, a qual é real ou potencialmente produtora de rendimento.

3.2.3. A atividade das SGPS e a dedutibilidade dos encargos financeiros em causa

De harmonia com o disposto no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro ⁽³⁾ as sociedades gestoras de participações sociais (SGPS) têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas, sendo a participação numa sociedade considerada forma indireta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, quer por si só quer através de participações de outras sociedades em que a SGPS seja dominante. ⁽⁴⁾

A participação numa sociedade considera-se forma indireta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, quer por si só, quer conjuntamente com participações de outras sociedades em que a SGPS seja dominante.

Em face do exposto, revela-se claro que a atividade das SGPS – conceito essencial para aferir da indispensabilidade dos gastos por estas incorridos no âmbito da aplicação do artigo 23.º do CIRC – não só engloba a gestão de participações sociais, como é este o seu único objeto contratual.

Ora, a gestão de participações sociais envolverá, naturalmente, a sua aquisição, as operações de administração levadas a cabo pela participante necessárias à valorização do

⁽³⁾ Redação do Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de Dezembro.

⁽⁴⁾ No entanto, apesar de o único objeto contratual das SGPS ser a gestão de participações sociais de outras sociedades, o artigo 4.º, n.º 1, do mesmo diploma, na redação do Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de Dezembro, permite às SGPS a prestação de serviços técnicos de administração e gestão a todas ou a algumas das sociedades em que detenham participações.

ativo financeiro adquirido, ao financiamento de tal ativo e à eventual posterior alienação. Tudo isto se pode subsumir na atividade de uma SGPS.

Assim sendo, o financiamento de uma participada decorre do interesse da participante, a fim de, garantindo a sustentação financeira do ativo adquirido, incrementar o seu potencial de fonte produtora de rendimento.

Em tal caso, os encargos financeiros que resultem de financiamentos contraídos para, posteriormente, reforçar o capital próprio de uma participada, incluem-se, fazem parte do âmbito, da atividade de uma SGPS. Disso não restam dúvidas face ao disposto na norma, acima mencionada, que regula a sua atividade. ⁽⁵⁾

Conclui-se, assim, que, estando esses encargos relacionados com a atividade própria da SGPS, eles preenchem os requisitos em que assenta a interpretação do conceito de indispensabilidade do artigo 23.º do CIRC, designadamente na parte do n.º 1 deste artigo em que se dá relevância aos gastos indispensáveis *para a manutenção da fonte produtora* de rendimentos, em que se incluem os encargos de natureza financeira, expressamente referidos na alínea c) do mesmo número.

Pelo exposto, falece também o segundo fundamento da correção efetuada pela Autoridade Tributária e Aduaneira ao lucro tributável da Requerente, relativo aos encargos financeiros com as referidas prestações suplementares.

Assim, conclui-se que as correções efetuadas não têm fundamento legal, pelo que enfermam de vício de violação de lei por erro sobre os pressupostos de direito, que justifica a anulação dos atos de liquidação de IRC e juros compensatórios, bem como a respetiva demonstração de acerto de contas que se basearam naquelas correções (artigo 135.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos de 1991).

O despacho da Senhora Subdirectora Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira que indeferiu o recurso hierárquico e manteve a liquidação impugnada com idênticos fundamentos enferma do mesmo vício, pelo que também se justifica a sua anulação.

Assim, devendo proceder o pedido de pronúncia arbitral, fica prejudicado, por ser inútil, o conhecimento das restantes questões suscitadas.

⁽⁵⁾ Como já se referiu, adotou-se nos pontos 3.3.1., 3.3.2. e 3.3.3. a fundamentação do acórdão proferido no processo do CAAD n.º 39/2013-T.

4. Decisão

Termos em que acordam neste Tribunal Arbitral em:

- julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral;
- anular a liquidação de IRC n.º 2014...;
- anular o despacho da Senhora Subdirectora Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira de 30-04-2015, que indeferiu o recurso hierárquico interposto pela Requerente visando a anulação daquela liquidação;

5. Valor do processo

De harmonia com o disposto no artigo 306.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 € **1.257.733,15**.

6. Custas

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € **17.136,00**, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Lisboa, 08-02-2016

Os Árbitros

(Jorge Lopes de Sousa)

(Fernando Borges Araújo)

(Ana Maria Rodrigues)