

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 631/2015-T

Tema: IRC – dedutibilidade de gastos; indispensabilidade; partes de capital e regime das SGPS

Acórdão Arbitral

Os Árbitros Conselheira Fernanda Maçãs, Presidente, o Prof. Doutor Fernando Borges Araújo e o Dr. Rui Manuel Correia de Pinho, Adjuntos, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, acordam o seguinte:

I – Relatório

1. A contribuinte A..., SGPS, S.A., com o NIPC ... (doravante "Requerente"), apresentou, no dia 8 de Outubro de 2015, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Colectivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante "RJAT"), em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante "AT" ou "Requerida"), contra o acto de liquidação adicional de IRC n.º 2014..., relativo ao exercício de 2012, da liquidação de juros compensatórios n.º 2014... e da demonstração de acerto de contas n.º 2014..., das quais resulta um montante total a pagar de €585.773,32. A Requerente pede a anulação de tais actos tributários e, em consequência, a anulação do despacho de 19 de Agosto de 2015 do Director Adjunto da Unidade dos Grandes Contribuintes (em substituição), que indeferiu a reclamação graciosa entretanto deduzida contra tais actos tributários (Acto n.º ...2015...). A Requerente pede ainda, no final do Pedido de Pronúncia Arbitral, o reconhecimento do direito a uma indemnização por prestação indevida de garantia bancária.

2. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT em 19 de Outubro de 2015.
3. 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, com a redacção introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o Conselho Deontológico designou os árbitros do Tribunal Arbitral Colectivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e notificou as partes dessa designação em 1 de Dezembro de 2015.
4. O Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 18 de Dezembro de 2015; foi-o regularmente e é materialmente competente, à face do preceituado nos arts. 2.º, n.º 1, alínea a), 5º, 6º, n.º 1, e 11º, n.º 1, do RJAT (com a redacção introduzida pelo art. 228.º da Lei nº 66-B/2012, de 31 de Dezembro).
5. O Despacho Arbitral de 28 de Fevereiro de 2016 designou o dia 8 de Abril para efeitos de realização da audiência ao abrigo do art. 18.º do RJAT, que se processou em conformidade com a acta que se dá por reproduzida, tendo ficado agendado o dia 27 de Abril de 2016 para efeitos da eventual realização de inquirição de testemunhas. Nessa mesma reunião, em cumprimento do disposto no artigo 18.º, n.º 2, do RJAT, foi designado o dia 18 de Junho para o efeito da prolação da decisão arbitral.
6. Na decorrência do decidido na audiência mencionada, a Requerente solicitou a produção de prova testemunhal e procedeu à delimitação do respectivo objecto, tendo a Requerida, em exercício do contraditório, deduzido oposição ao pedido de produção de prova.
7. Analisado o teor dos artigos que a Requerente indicava como objecto de depoimento testemunhal e, verificando-se que aquele se reconduzia ou a matéria de direito ou a factualidade a provar por via documental, foi o requerimento de produção de prova indeferido, por despacho de 26 de Abril de 2016.
8. As partes apresentaram alegações escritas sucessivas onde reiteraram as posições adoptadas nos articulados iniciais.
9. A Requerente fundamenta o pedido, em síntese, da seguinte forma:
 - a) Que a AT não motivou nem fundamentou devidamente os actos de liquidação em causa, em termos compreensíveis para um destinatário normal, em especial omitindo a referência expressa às disposições legais aplicáveis, o que por si só

constituiria violação do art. 77.º, 2 da LGT.; sendo ainda tais actos praticamente omissos quanto à fundamentação de facto e de direito, devendo em consequência ser anulados, nos termos do art. 135º do Código de Procedimento Administrativo, por violação dos arts. 103º, 2 e 268º, 3 da Constituição e do art. 77º da LGT.

- b) Por outro lado, o facto de o contribuinte não ter requerido a fundamentação não exonera a AT do dever de fundamentar, pelo que a ausência de fundamentação não pode ser sanada fazendo impender sobre a Requerente o ónus de lançar mão do mecanismo previsto no art. 37.º do Código do Procedimento e Processo Tributário.
- c) A Requerente entende, por isso, não ter sido devidamente notificada, nos termos previstos no art. 60º, 1, a) da LGT – o que constitui preterição de formalidade legal essencial, implicando a anulação dos actos de liquidação.
- d) Relativamente às prestações acessórias que seguem o regime das prestações suplementares, efectuadas pela B..., SGPS, a Requerente discorda da sua subsunção ao regime do art. 32.º, n.º 2, do EBF através da respectiva assimilação ao conceito de "partes de capital", e a consequente desconsideração das mesmas para efeitos do apuramento do lucro tributável das SGPS.
- e) Discorda em especial do entendimento perfilhado pela AT, de que a Circular 7/2004 estabelece a referida assimilação de conceitos, e de que o disposto nos arts. 45º, 3 e 81º do CIRC é afastado pelo art. 32º, 2 do EBF.
- f) Discorda ainda do argumento da AT de que, no seio do grupo, os encargos incorridos com as prestações acessórias que seguem o regime das prestações suplementares demonstram, com a sua natureza não-remunerada, que não concorrem para os proveitos de quem as efectua (e quando muito apenas para as entidades que delas beneficiam).
- g) A Requerente sublinha que, conquanto a B..., SGPS tenha por objecto principal a aquisição e detenção de participações sociais, não é a isso que se limita a sua actividade, podendo nomeadamente dotar de recursos financeiros as suas participadas através de prestações acessórias (sob forma, ou não, de prestações suplementares), suprimentos e outros reforços de tesouraria.
- h) A Requerente sustenta que a distinção entre "prestações suplementares" e "partes de capital" está amplamente sustentada no âmbito do Direito Comercial e

Societário, bem como em sede contabilística.

- i) A Requerente sublinha que da abordagem contabilística resulta que se a lei tivesse pretendido referir-se a "capital próprio" tê-lo-ia feito, mas não o fez porque, em boa congruência, não existem "partes de capital próprio" (antes existem partes de capital, por um lado, e por outro, créditos pela realização de prestações suplementares e equiparados).
- j) A Requerente sustenta, ainda, que a distinção entre "prestações suplementares" e "partes de capital" corresponde à hermenêutica jurídica do regime aplicável, a qual proscreeve a "interpretação económica" que a AT alega ter perfilhado na sua abordagem ao regime do art. 32.º, 2 do EBF vigente à data dos factos. No seu entender, a opção interpretativa da AT afasta-se ilegitimamente da letra expressa da norma, vendo nela distinções que ela não estabelece; viola o seu elemento teleológico ao desconsiderar a *ratio legis* do art. 32º do EBF, que no seu entender apoia o entendimento restritivo do conceito de "partes de capital"; viola o elemento sistemático, por desconsiderar o contraponto do art. 45º, 3 do CIRC, que a partir de 1 de Janeiro de 2006 passou a abarcar as "prestações suplementares", deixando dessa forma transparecer que esse conceito não estava ínsito no de "partes de capital", que já tinham um tratamento próprio; viola o elemento histórico por desconsiderar o facto de, na sucessão de regimes de tributação das SGPS, não se ter aproveitado para alterar a redacção do art. 32.º, 2 do EBF no sentido perfilhado pela AT – o que, no seu entender, denota a congruência e segurança na distinção dos referidos conceitos.
- k) A Requerente contesta ainda o entendimento da AT quanto à "indispensabilidade" dos encargos apresentados pela B..., SGPS, à luz do disposto no art. 23.º do CIRC na sua redacção à data dos factos em análise – numa defesa de segunda linha para a eventualidade de as prestações suplementares não serem consideradas "partes de capital". Segundo a Requerente, essa "indispensabilidade" tem que ser interpretada de forma ampla (de acordo com o princípio da tributação pelo lucro real consagrado no art. 104.º, n.º 2, da Constituição), em termos de funcionalização aos fins societários, sejam eles a obtenção de rendimentos sejam eles a simples manutenção da fonte produtora de rendimentos.

- l) Segundo a Requerente, o prejuízo fiscal declarado resultou dos prejuízos apurados pela C... e D..., nos montantes de €7.903,06 e €47. 712,76, respectivamente, no período de 2011, e como tal declarados neste período (2011), que regularizou voluntariamente, uma vez que concordou com a mesma.
- m) No entanto, alega a Requerente que os argumentos que fundamentam a ilegalidade das liquidações impugnadas devem aplicar-se igualmente à anulação da desconsideração de prejuízos fiscais apurados em 2011 pelo Grupo, no montante de €55.615,82.
- n) Finalmente, para a Requerente, a anulação da liquidação deverá acarretar correspondentemente a anulação da liquidação dos juros compensatórios, e, nos termos dos arts. 53.º, n.ºs 1 e 2 da LGT e 171.º, n.ºs 1 e 2 do CPPT, pede uma indemnização por garantia indevida, nomeadamente a garantia bancária que teve que prestar para suspender o processo de execução fiscal.

10. A Requerida apresentou resposta defendendo-se

11.1. Por impugnação:

- a) No caso estão em causa meras correcções aritméticas no final de um procedimento inspectivo no qual toda a informação foi disponibilizada e a Requerente exerceu o seu direito de audição, não se entendendo necessário acrescentar muito ao que ficou a constar dos relatórios finais da inspecção tributária para que pudesse ter-se como certo que a Requerente dispunha e dispõe de toda a informação pertinente, incluindo a relativa à fundamentação do acto de liquidação adicional.
- b) A AT remete, nesta questão, para os arts. 77.º da LGT e 63.º, n.º 1, do RCPIT, entendendo que foram respeitados.
- c) O que a Requerente invoca é a falta de comunicação da fundamentação e não a ausência de fundamentação, e a primeira tem somente efeitos na eficácia, e especificamente nos prazos, tendo em especial em conta o disposto no art. 37.º do CPPT, o qual permite sanar essas deficiências de notificação.
- d) Em caso algum estaria em causa, portanto, a validade da liquidação.
- e) Quanto à alegada falta de audição prévia, a AT recorda que a Requerente foi ouvida nos procedimentos de inspecção tributária, pelo que quanto a ulteriores momentos é

- aplicável o n.º 3 do art. 60.º da LGT.
- f) Passando às questões de substância, a AT começa por considerar que os encargos apresentados pela B..., SGPS não são de molde a satisfazer o critério de "indispensabilidade" do art. 23.º do CIRC, e logo não são sequer candidatas à consideração do art. 32.º do EBF (que restringe ulteriormente a dedutibilidade dos encargos apresentados por SGPS), visto que aquele primeiro regime tem precedência lógica sobre o segundo.
- g) A AT sustenta que a indispensabilidade tem a ver com a susceptibilidade de geração de rendimentos, e que essa geração está excluída das prestações suplementares que nem sequer vencem juros, e cuja alienação é insusceptível de gerar uma mais-valia ou proveito tributável. Exclui mesmo, em princípio, as prestações a favor de subsidiárias que, valorizando estas, gerem um rendimento que indirectamente favoreça a sociedade dominante, por sustentar que só são dedutíveis custos directamente respeitantes à actividade do próprio sujeito passivo – mantendo contudo a ressalva de que, no caso das SGPS, algum ganho indirecto desses não seria tributado, e portanto seriam respectivamente desconsideradas as prestações que o permitem, de acordo com o regime específico do art. 32.º do EBF.
- h) De seguida, a AT opõe-se à ideia de que as prestações suplementares estivessem subtraídas ao regime de desconsideração de encargos que constava do art. 32.º, 2 do EBF, defendendo que elas, no caso das SGPS, equivalem ao conceito de operações sobre "partes de capital" – uma equivalência cujo reconhecimento é legitimado pela regra do art. 11.º, 3 da LGT.
- i) Afasta a AT a ideia de que valeriam aqui os puros conceitos do direito comercial / societário, até porque se fosse para valerem então teria que se reconhecer que o conceito a que se faz apelo é o de "participação social", quando o conceito fiscalmente relevante é o de "parte de capital", um conceito que em rigor não existe no direito societário senão para as sociedades em nome colectivo. O que prova que o conceito fiscal não foi buscado no direito societário, e certamente não resultou de erro ou ignorância na adaptação dos conceitos e termos desse ramo de direito, vedando portanto a invocação deste.
- j) Pelo contrário, sustenta a AT, o conceito de "partes de capital" utilizado no CIRC e

no EBF tem a sua origem no direito contabilístico, e deste por sua vez resulta a integração das prestações suplementares no conceito amplo de "capital próprio", sendo "partes" desse capital.

- k) Além disso, sublinha a AT, a *ratio legis* que fez com que se desconsiderassem simetricamente as mais- e menos-valias das SGPS no art. 32.º do EBF deixa clara a intenção de abarcar nesse regime as prestações suplementares, na medida em que estas são, por sua natureza, aplicações financeiras duradouras na sociedade beneficiária, ganhando relevância na medida em que sejam detidas por um período superior a um ano pela sociedade que realiza essa prestação suplementar (afastando-se assim o regime do art. 45.º, 3 do CIRC).
- l) A AT alega ainda que a posição da Requerente implicaria uma violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, na medida em que levaria a confundir e a acarretar um tratamento indiscriminado a duas situações distintas: 1) a da empresa que pretende deduzir encargos decorrentes de um empréstimo financiador da sua própria actividade, uma actividade que gerará rendimentos tributáveis; 2) a da empresa que pretende deduzir encargos decorrentes de um empréstimo obtido junto da sua accionista para financiar a actividade de uma participada, sem que daí tenha resultado directamente qualquer rendimento tributável, nem sequer na forma de remuneração desse financiamento.

11.2. Por excepção:

- a) Quanto à pretensão da Requerente de que a anulação da liquidação adicional acarrete igualmente a anulação da desconsideração de prejuízos fiscais apurados em 2011 pelo Grupo, no montante de €55.615,82, a AT entende que ela é duplamente absurda: 1) porque quer associar a anulação de uma liquidação assente na não-aceitação de encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital, por um lado, com a anulação de uma correcção relativa a meros prejuízos fiscais indevidamente deduzidos; 2) porque é inimpugnável uma situação que já foi aceite, e até regularizada, pela própria requerente - através do pagamento de IRC no montante de €13.903,96 e do reconhecimento de que houvera um lapso cometido em 2011 pelas sociedades D... e C... .

- b) A Requerida chama a atenção para o facto de a Requerente ter já aceite, e ter regularizado, as situações seguintes: 1) a correcção de €1.016.551,43 correspondente ao efeito associado ao *goodwill* da B..., SGPS; 2) a correcção de €55.615,82 por desconsideração de prejuízos fiscais apurados em 2011 da C... e da D... .
- c) Decorrendo desta circunstância que esse actos são já inimpugnáveis, nos termos do art. 56.º do CPTA, aplicável *ex vi* art. 29.º, n.º1, alínea c), do RJAT.

II. Saneamento

12.1. Da excepção da inimpugnabilidade

Como ficou dito, a Requerida, na Resposta, veio invocar que “a correcção à matéria colectável, no valor de €1.016.551,43, bem como a correcção no valor de €55.615,82, respeitante aos prejuízos fiscais deduzidos na declaração de rendimentos apresentada pelo Grupo, foram ambas aceites pelo Sujeito passivo, (...) e inclusivamente objecto de regularização voluntária” (artigo 16.º). “Como tal”, continua a Requerida, “no âmbito da presente acção nunca poderiam caber os actos tributários consequentes de tais correcções, por força do princípio geral da não impugnabilidade dos actos por quem os haja aceite, subjacente ao disposto no art. 56.º do CPTA, aplicável *ex vi* artigo 29.º, alínea c) do RJAT.”

Na resposta às excepções, veio a Requerente, por requerimento, apresentado, em 15 de Fevereiro de 2016, defender que não pode proceder a excepção de inimpugnabilidade resultante da sua aceitação das correcções correspondentes ao efeito associado ao *goodwill* da B..., SGPS, por um lado, e à desconsideração de prejuízos fiscais apurados em 2011 da C... e da D..., por outro lado – mas declara que mantém a integralidade do pedido de pronúncia arbitral na medida em que os vícios invocados nesta poderão também ter impacto no âmbito dos prejuízos fiscais; pelo que a anulação da liquidação adicional impugnada, e dos respectivos pressupostos, deverá acarretar também a anulação das correcções referentes aos prejuízos fiscais deduzidos, “ainda que tenham sido aceites pela

Requerente”.

Vejamos.

O n.º 1 do artigo 96.º da LGT consagra que “O direito de impugnação ou recurso não é renunciável, salvo nos casos previstos na lei.”

Por sua vez, refere o n.º 2 que “A renúncia ao exercício do direito de impugnação ou recurso só é válida se constar de declaração ou outro instrumento formal.”

Na anotação a este preceito referem JORGE LOPES DE SOUSA E OUTROS que “Em face do preceituado no n.º 2 do art. 96.º da LGT, não vale, no domínio do contencioso tributário, o princípio da admissibilidade da aceitação tácita do acto tributário que no procedimento administrativo está consagrada no n.º 4 do art. 53.º do CPA, salvo quando expressa e especialmente prevista na lei” (cfr. *Lei Geral Tributária*, 4ª ed., encontro da escrita editora, 2012, p. 843).

O objectivo do legislador é o de afastar a perda do direito ao recurso nos casos em que a aceitação do acto impugnado se faça de forma implícita, designadamente em resultado do pagamento do imposto em causa. De modo mais exigente, a lei impõe que, depois da prática do acto tributário, a aceitação resulte de declaração expressa do Sujeito Passivo.

Atentemos no caso dos autos.

No artigo 45.º do Pedido a Requerente afirma, a dado passo, que, “no que diz respeito à correcção referente aos prejuízos fiscais deduzidos pelo Grupo, (...) procedeu à regularização voluntária, através do pagamento de IRC- Modelo P1, no montante de € 13.903, 96, por concordar com o teor da mesma” (sublinhado nosso).

E, na resposta à excepção suscitada pela AT, refere a Requerente, expressamente, no ponto 8.º do requerimento, que “(...) o prejuízo fiscal declarado resultou de prejuízos apurados pela C... e D..., nos montantes de €7. 903, 06 e € 47.712,76, respectivamente, no período de 2011, e como tal declarados nesse período (2011), que a Requerente regularizou voluntariamente, uma vez que concordou com a mesma” (sublinhado nosso).

Ao mesmo tempo defende que, “na sequência da anulação dos actos de liquidação objecto do presente Pedido de Pronúncia Arbitral, ser anulado o ajustamento, efectuado

pela administração tributária, a prejuízos fiscais deduzidos, no caso de procedência dos vícios invocados, designadamente os de carácter formal.”

Segundo a tese da Requerente, “considerando-se procedentes os vícios invocados apontados aos actos de liquidação contestados de falta de fundamentação ou de preterição de formalidade essencial por falta de notificação para o exercício do direito de audição (...) também as correcções referentes aos prejuízos fiscais deduzidos terão que ser anuladas ainda que tenham sido aceites pela Requerente.”

Em face do exposto, verifica-se que não estamos perante uma mera aceitação implícita da correcção impugnada. Antes pelo contrário, resulta claro que a Requerente não põe sequer em causa as correcções efectuadas, aceitando-as expressamente. Aceitação por diversas vezes reiterada pela Requerente, quando se refere, repete-se, que “procedeu à regularização voluntária da correcção (...) por concordar com o teor da mesma” (sublinhado nosso).

Termos em que procede a excepção invocada pela AT, não podendo ser apreciada a correcção à matéria colectável aceite pela Requerente.

Interessa sublinhar que a procedência da excepção invocada pela Requerida não tem qualquer impacto no valor do processo, porque a liquidação adicional de IRC notificada à Requerente em 30 de Dezembro de 2014, e que foi objecto de reclamação graciosa e é objecto do presente pedido de pronúncia arbitral, já incorpora as regularizações voluntárias a que a Requerente tinha procedido no âmbito da Inspeção Tributária.

12. 2. O processo não enferma de nulidades

12.3. AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração (e posteriormente substabelecimento), encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.

12.4. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade, nos termos dos arts. 4.º e 10.º, n.º 2, do RJAT e art. 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março.

12.5. Não se verificam quaisquer outras circunstâncias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

III – Mérito

III.1. Matéria de facto

III. 1. 1.Factos que se consideram provados e com relevância para a decisão

- 1) A Requerente tem por objecto a gestão de participações sociais, actuando como SGPS.
- 2) No exercício de 2012 a Requerente era a sociedade dominante de um grupo de sociedades sujeitas ao Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades ("RETGS"), fazendo parte integrante do respectivo perímetro as sociedades:
 - B..., SGPS, S.A.
 - D..., Lda.
 - C..., Lda.
- 3) Em cumprimento da Ordem de Serviço OI2014..., de 20 de Fevereiro de 2014, foi promovida uma acção de inspecção interna e parcial ao exercício de 2012 da B..., SGPS, da qual resultou uma correcção de €3.179.014,85, com reflexo imediato no RETGS do Grupo.
- 4) Em cumprimento da Ordem de Serviço OI2014..., de 8 de Agosto de 2014, foi promovida uma acção de inspecção à Requerente, na sua condição de sociedade dominante do Grupo, tendo em vista reflectir as correcções efectuadas nas sociedades participadas.
- 5) Em 19 de Novembro de 2014 a Requerente foi notificada do Projecto de Relatório da Inspeção Tributária elaborado na sequência de uma acção de inspecção relativa à aplicação do REGTS em 2012, no qual se propunham correcções à matéria tributável de IRC:
 - a. Por não-aceitação como gasto fiscal de encargos suportados por B..., SGPS, D... e C... com a aquisição de partes de capital, nos termos dos arts. 32º, 2 do EBF e 23º do CIRC, no montante de €3.179.014,88, decomponível do seguinte modo:
 - Encargos suportados com a aquisição de partes de capital por parte da B..., SGPS, nos termos dos arts. 32º, 2 do EBF e 23º do CIRC, no

- montante de €1.466.554,17;
- Utilização pela B..., SGPS de um critério mensal ao invés de um critério anual de apuramento de encargos financeiros, resultando uma correcção de €553.372,73;
 - Eliminação da duplicação do *goodwill* no cômputo dos activos, no montante de €1.159.087,98.
- b. Por desconsideração de prejuízos fiscais apurados em 2011 pelo Grupo, no montante de €55.615,82 (prejuízos apurados pela C... e pela D..., nos montantes de €7.903,06 e €47.712,76, respectivamente, e declarados em 2011).
- 6) Do Projecto de Relatório da Inspeção Tributária resulta também que, da correcção proposta de €3.179.014,88, a B..., SGPS regularizou voluntariamente o montante de €1.016.551,43 correspondente à correcção do efeito associado ao *goodwill*, mediante a entrega de uma declaração de substituição e respectiva liquidação no valor de €254.137,85.
 - 7) Igualmente se procedeu à regularização voluntária da correcção referente aos prejuízos fiscais deduzidos pelo Grupo, através do pagamento de IRC no montante de €13.903,96 (reconhecendo-se que houvera um lapso cometido pelas sociedades D... e C...).
 - 8) Em contrapartida, a Requerente não se conformou com a correcção referente ao montante dos encargos financeiros suportados pela B..., SGPS com a aquisição de partes de capital, exercendo a esse respeito o direito de audição.
 - 9) Em 22 de Dezembro de 2014 a Requerente foi notificada do Relatório de Inspeção Tributária ("RIT") no qual se mantiveram as correcções já constantes do Projecto de Relatório e se integrou o Relatório de Inspeção Tributária individual da B..., SGPS.
 - 10) Em 30 de Dezembro de 2014 a Requerente foi notificada da liquidação adicional de IRC e correspondente acerto de contas que, acrescidos de juros, chegaram ao montante de €585.773,32 (sendo €44.554,00 correspondentes a juros compensatórios).
 - 11) A Requerente deduziu, em 29 de Abril de 2015, reclamação graciosa contra tais actos tributários, peticionando a respectiva anulação, essencialmente por não se conformar com a aplicação do art. 32º, 2 EBF por assimilação ao conceito de "partes de capital" da figura das prestações acessórias que seguem o regime das prestações suplementares.

- 12) Em 22 de Julho de 2015 a Requerente foi notificada do projecto de decisão de indeferimento da reclamação graciosa, para poder exercer o seu direito de audição, nos termos do art. 60º da LGT.
- 13) A Requerente exerceu o seu direito de audição.
- 14) A Requerente foi informada do teor do despacho de 19 de Agosto de 2015 do Director Adjunto da Unidade dos Grandes Contribuintes (em substituição), que indeferiu a referida reclamação graciosa, através do ofício nº ..., de 19 de Agosto de 2015, da Divisão de Gestão e Assistência Tributária (DGAT) da Unidade dos Grandes Contribuintes (UGC), recebido a 20 de Agosto de 2015.
- 15) Para cobrança coerciva dos actos de liquidação que são objecto do presente processo arbitral, foi instaurado um processo de execução fiscal com o nº ...2015..., para a suspensão do qual a Requerente prestou garantia bancária no montante de €741.890,50.

III.1.2. Fundamentação da matéria de facto

A factualidade provada teve por base a posição assumida pelas Partes e não contestada, a análise crítica dos documentos juntos aos autos que não foram impugnados, bem como o conteúdo do Relatório de Inspeção.

III.2. Matéria de Direito

III.2.1. Questões a decidir

São as seguintes as questões a decidir

1. Da ilegalidade da liquidação por falta de fundamentação e de preterição de formalidades essenciais;
2. Da não aplicação do n.º 2 do artigo 32.º do EBF e do art. 23.º do CIRC;
3. Da ilegalidade dos juros compensatórios;
4. Da ilegalidade do despacho de indeferimento da reclamação graciosa;
5. Da indemnização por garantia indevidamente prestada.

Não tendo a Requerente estabelecido qualquer prioridade, que não de índole argumentativa, entre as questões que submeteu a juízo, cumprirá conhecer em primeiro lugar do vício cuja procedência determine, segundo o critério do julgador, mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos, conforme prescreve o artigo 124º, 2 do CPPT, aplicável *ex vi* art. 29º, 1, c), do RJAT.

Nos termos do artigo 124º, 2 do CPPT, o tribunal deve apreciar prioritariamente os vícios que conduzam à declaração de inexistência ou nulidade do ato impugnado e, seguidamente, os vícios que conduzam à sua anulação (n.º 1). No concernente aos vícios que consubstanciem inexistência ou nulidade, o julgador deve conhecer prioritariamente dos vícios cuja procedência determine, segundo o seu prudente critério, mais estável ou eficaz tutela dos interesses ofendidos. No tocante aos vícios que constituam anulabilidade, é estabelecido o mesmo critério, que só não será aplicável se o impugnante tiver estabelecido uma relação de subsidiariedade entre os vícios imputados ao acto – o que é permitido pelo art. 101.º do CPPT –, pois nesse caso é dada primazia à sua vontade (desde que o Ministério Público não tenha arguido outros vícios) (n.º 2).

As regras emanadas desta norma legal sobre a ordem de conhecimento de vícios destinam-se a tutelar o interesse do impugnante com a máxima economia processual, omitindo pronúncia sobre vícios invocados quando o vício ou vícios já reconhecidos impeçam a renovação do acto com o mesmo sentido. Efectivamente, o estabelecimento desta ordem de conhecimento dos vícios pressupõe que, conhecendo de um vício que conduza à eliminação jurídica do acto impugnado, o tribunal deixará de conhecer dos restantes, pois, se o julgador tivesse de conhecer de todos os vícios imputados ao acto, seria indiferente a ordem de conhecimento.

Assim sendo, impõe-se começar pela apreciação da alegada não aplicação do n.º 2 do artigo 32.º do EBF e do art. 23º do CIRC, tal como invocada pela Requerente, uma vez que a verificar-se, afastará definitivamente a possibilidade de impor à Requerente um novo acto impositivo de tributação, alcançando-se, dessa forma, a mais estável e eficaz tutela dos seus interesses.

III.2.1.b). Da não aplicação do n.º 2 do artigo 32.º do EBF e do art. 23º do CIRC

Algumas notas de enquadramento geral permitirão clarificar a questão controvertida, seguindo-se, para esse efeito, a doutrina constante do Acórdão n.º 258/2015-T e aqui perfeitamente aplicável.

1. O art. 32.º, n.º 2, do EBF

O regime fiscal das SGPS, desde a sua criação pelo Decreto-Lei n.º 495/88 e até 31 de Dezembro de 2000, encontrava-se regulamentado no art. 7.º do referido diploma, que determinava que a diferença positiva entre as mais e as menos-valias não concorria para o lucro tributável, sempre que o valor de realização fosse reinvestido até ao fim do segundo exercício seguinte ao da sua realização.¹

Só a partir de 2001 este regime passou a estar regulamentado no art. 31º do EBF, por transposição da solução prevista no art. 45.º do CIRC, relativo a "encargos não-dedutíveis para efeitos fiscais": as SGPS passaram a beneficiar de um regime de diferimento da tributação das mais-valias obtidas mediante a venda ou troca das participações societárias por si detidas, tendo que reinvestir o valor de realização até ao fim do terceiro exercício seguinte ao da realização. Ou seja, a nova norma dispunha que, se a participação tivesse sido detida durante um ano à data de alienação, e se no exercício anterior ao da realização, no próprio exercício ou até ao fim do segundo exercício seguinte, fosse reinvestido o valor de realização, proceder-se-ia a uma tributação de 50% da mais-valia líquida (conforme n.º 1 do art. 45º do CIRC).

Com a publicação da Lei n.º 32-B/2002, de 20 de Dezembro, que aprovou o OE para 2003, o regime de tributação das mais e menos-valias para as SGPS foi novamente modificado, através de alterações introduzidas nos n.º 2 e 3 do art. 31º do EBF, sendo este o regime que passou a vigorar, embora com posterior renumeração do artigo (que passou

¹ Sobre toda esta matéria, ver Oliveira, Dulce Helena Nogueira de, *O Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais* (Univ. Porto, 2007), pp. 10ss.; e ainda: Borges, António & João Macedo, *Sociedades Gestoras de Participações Sociais – Aspectos Jurídicos, Fiscais e Contabilísticos*, 3.ª ed., Área Editores, 2002; Borges, António & Pedro Cabrita, *Mais e Menos Valias – Tributação e Reinvestimento*, 3.ª ed., Área Editores, 2003; Guerreiro, Tiago Caiado, *O Novo Regime Fiscal das SGPS*, Vida Económica, 2003; Melo, Miguel Luís Cortês Pinto, *A Tributação das Mais-Valias Realizadas na Transmissão Onerosa de Partes de Capital pelas SGPS*, Almedina, 2007; Nunes, Gonçalo Avelãs, *Tributação dos Grupos de Sociedades pelo Lucro Consolidado em Sede de IRC*, Almedina, 2001; Palma, Rui Camacho, "Algumas Questões em Aberto sobre o Regime de Tributação das SGPS", *Fisco* n.º 115/116, 2004.

de 31º para 32º): no novo regime as mais e menos-valias realizadas na transmissão onerosa de partes de capital, e os encargos financeiros suportados com a sua aquisição, não concorreriam para a formação do lucro tributável, desde que essas partes de capital fossem detidas por período não inferior a um ano. Essa solução excepcionava ao regime geral previsto nos arts. 23º, 42º e 45º do CIRC, que voltavam a aplicar-se às menos-valias apuradas na transmissão de partes de capital caso a transmissão consubstanciasse os n.º 5, 6 e 7 do art. 23º do CIRC mas não se encontrassem preenchidos os pressupostos de aplicação da norma do EBF.

Como regra geral resultará da aplicação do art. 31º (depois 32º) do EBF que as menos-valias e os encargos financeiros suportados com o financiamento de partes de capital não concorrem para a formação do lucro tributável (uma desconsideração que só não ocorreria se se verificasse alguma das exceções previstas no n.º 3 desse mesmo art. 31º).²

Em 2012 e 2013 o art. 32º, 2 do EBF teve a seguinte redacção:

*"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."*³

E foi esta redacção que permaneceu até Dezembro de 2013, altura em que ocorreu a sua revogação pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro.

Mesmo que se percebesse a razão de ser deste regime introduzido pela Lei n.º 32-B/2002, cedo se adensaram dúvidas relativas a um seu possível impacto negativo. É que enquanto o regime aplicável até 2003 previa o diferimento ou exclusão da tributação do saldo positivo entre as mais e menos-valias – assim levando em conta as menos-valias para a formação do lucro tributável, o regime instituído em 2003 e vigente até 2013 dispôs que as menos-valias deixavam de concorrer para a formação do lucro tributável, excepto quando as participações tivessem sido detidas por um período inferior a um ano, sendo neste caso aplicado o regime geral previsto no CIRC. Assim, quando uma sociedade apurasse um saldo negativo entre as mais e as menos-valias não poderia incluir esse saldo

² Ver considerações no Acórdão do Processo n.º 21/2012-T do CAAD.

³ Redacção introduzida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro.

na determinação do lucro tributável.

Na aparência, a norma da não dedutibilidade dos encargos financeiros era um aspecto penalizador do regime das SGPS; na realidade, o regime ficava criticamente dependente da definição do conceito de encargos financeiros, da forma de distribuição e cômputo desses encargos financeiros, e até da definição da aplicação do regime no tempo⁴.

Na verdade, a referida não-deductibilidade de encargos e menos-valias pretendia jogar simetricamente com o facto de as mais-valias realizadas pelas SGPS terem passado a estar isentas de concorrerem para a formação do lucro tributável em IRC – o que resulta do Relatório do Orçamento do Estado para 2003, no qual, sob o título "*Principais alterações em sede de IRC*," e com a epígrafe "*Alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade*", se aponta a isenção de tributação em IRC das mais-valias realizadas pelas SGPS com a alienação de partes de capital detidas há mais de um ano, como uma medida associada ao estabelecimento de regime de desconsideração da dedutibilidade, para efeitos de determinação do lucro tributável de tais sociedades, dos encargos de natureza financeira directamente associados à aquisição das participações sociais correspondentes – visando-se genericamente adoptar medidas conducentes a evitar o planeamento fiscal abusivo, aproximando o regime nacional do modelo holandês, conferindo-se maior competitividade ao regime fiscal nacional e promovendo-se o alargamento da base tributável⁵.

Por outras palavras, o objectivo do regime instituído em 2003 foi o de contrabalançar a atribuição de um benefício – a exclusão total de tributação das mais valias – com a não concorrência de certos encargos financeiros suportados, criando um ambiente de neutralidade entre os eventuais ganhos com determinados activos (certas imobilizações financeiras) e o passivo necessário à criação das condições para a obtenção de tais ganhos, isto é, o passivo relacionado com a aquisição de tais participações.⁶ O que o legislador não quis foi que se cumulassem dois benefícios: as SGPS já viam as suas mais-valias de partes

⁴ Oliveira, Dulce Helena Nogueira de, *O Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais* (Univ. Porto, 2007), pp. 11-12, 20.

⁵ Veja-se a extensa análise deste processo legislativo no Acórdão n.º 42/2014 do Tribunal Constitucional.

⁶ Moura, Luís Graça, "A «Nova» Tributação do Rendimento das SGPS: Reflexões acerca da Tributação de Mais-Valias no Quadro do Princípio da Segurança Jurídica", *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 10, 2003, p. 122.

de capital ficarem isentas de imposto; pelo que, quando tal sucedesse, não poderiam elas cumular com o benefício de aceitação fiscal dos juros suportados com o financiamento para a aquisição dessas partes de capital.⁷

Nesse aspecto, o legislador procurou aproximar o regime aplicável às SGPS à disciplina da *participation exemption* vigente em diversos países europeus⁸. Referindo-se ao tratamento favorável que as SGPS recebiam quantos às mais-valias registadas nas suas partes de capital, sintetizava José Engrácia Antunes: *"esta vantagem fiscal, de resto, é em boa medida mitigada ou anulada pelo facto de os encargos financeiros suportados com a aquisição das participações não serem tidos como custos elegíveis, não concorrendo assim para o cálculo do lucro tributável da SGPS."*⁹

A dificultar a compreensão da situação, contudo, e a adensar a impressão de afastamento do princípio da tendência para a tributação das sociedades pelo rendimento real, esteve o facto de, como vimos, se terem sucedido, em rápida cadência a partir do início de 2001, vários regimes para a mesma realidade: de uma isenção da tributação da diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias realizadas com a alienação partes de capital (regime em vigor até 31 de Dezembro de 2000), passou-se à aplicação de um diferimento da tributação da diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias, por um prazo de cinco anos, condicionado ao reinvestimento (regime em vigor em 2001), seguindo-se a solução da exclusão parcial equivalente a 50% da diferença positiva entre as mais- e as menos-valias, estando esta igualmente condicionada ao reinvestimento (regime em vigor em 2002); culminando, no período de 2003 a 2013, numa exclusão, em determinadas circunstâncias, da dedutibilidade das menos-valias e encargos suportados com a alienação de partes de capital (independentemente de qualquer reinvestimento).

Num certo sentido, essa sucessão "em rajada" de regimes tributários criou a impressão de um verdadeiro "puzzle"¹⁰, e gerou a oportunidade, e o incentivo, à exploração dessa "entropia" informativa / normativa.

⁷ Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

⁸ Palma, Rui Camacho, "Algumas Questões em Aberto sobre o Regime de Tributação das SGPS", *Fisco* n.º 115/116, Setembro de 2004, p. 34; Guerreiro, Tiago Caiado, *O Novo Regime Fiscal das SGPS*, Vida Económica, 2003

⁹ Antunes, José Engrácia, "A Tributação dos Grupos de Sociedades", *Fiscalidade. Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 45, 2011, p. 20.

¹⁰ Júlio Tormenta, *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais como Instrumento de Planeamento Fiscal e os seus Limites*, 2011, p. 139.

2. O art. 23º do CIRC

Cruzado com este problema de interpretação do art. 32º, 2 do EBF surgiu um outro, com especial relevância no seio das relações de grupo e na tributação das SGPS: o da indispensabilidade de certas despesas para efeitos da aplicação do regime do art. 23.º do CIRC, nomeadamente a indispensabilidade das "prestações suplementares", na medida em que pudesse entender-se que tais prestações integravam o conceito de "parte de capital" que era proeminente na redacção do art. 23.º até final de 2013¹¹.

Em termos gerais, dir-se-á que para a aplicação do art. 23.º do CIRC (em qualquer das suas redacções) a "indispensabilidade" é um nexó de relação entre custos e proveitos que se afere num sentido económico, devendo ter-se por imprescindível o gasto contraído em ordem à obtenção dos proveitos, ou ao menos para garantia da vigência e manutenção da sociedade e sua actividade, sendo portanto "indispensável" o custo fiscal incorrido em interesse próprio e egoístico da sociedade que regista tal custo. Tal conceito de "indispensabilidade" remete, assim, para a funcionalização ao objecto societário, procurando evitar-se, na medida do possível, aferições livres a partir de um qualquer juízo subjectivo do aplicador da lei, alicerçado em cálculos de oportunidade ou na discricionariedade técnica¹².

Num sentido mais restritivo, a indispensabilidade resultará necessariamente da ligação directa e biunívoca entre um proveito e um custo que o suportou.

Num sentido mais amplo, a indispensabilidade que torna fiscalmente dedutíveis os custos corresponderá a uma ampla integração das despesas apresentadas em operações relativas ao escopo societário, independentemente de tais operações contribuírem ou não para a obtenção imediata de proveitos¹³.

Há ainda que admita sentidos intermédios, dando-se por custos "indispensáveis" aqueles que são obrigatoriamente suportados em virtude da actividade das empresas,

¹¹ Ou seja, antes da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que republicou o CIRC e alterou a redacção do artigo 23.º.

¹² Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

¹³ Processo n.º 91/2012-T do CAAD.

independentemente da consideração dos resultados¹⁴.

Nenhuma das precedentes considerações impediu que, na prática, o conceito de indispensabilidade, sendo indeterminado, viesse a ser preenchido casuisticamente pela jurisprudência, o que teve como corolário que cada uma das situações controvertidas tivesse que ser analisada individualmente.¹⁵ Sempre se aceitou o princípio de que, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva, a Administração só poderia excluir gastos não directamente afastados pela lei debaixo de uma motivação que convencesse de que eles foram incorridos para além do objectivo social, ou, ao menos, com excesso "desviante" face às necessidades e capacidades objectivas da empresa, ou seja, que se tratou de custos que, embora assim contabilizados pela empresa, não são na realidade custos empresariais (servindo antes, por exemplo, para camuflar gastos pessoais dos administradores).¹⁶

Em contrapartida, desde o início se percebeu a necessidade de se enfatizar o advérbio «comprovadamente» que, à data¹⁷, constava do n.º 1 do art. 23.º do CIRC: "*Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora*" – significando isso, muito singelamente, que as despesas efectuadas não podem ser aceites como custos apenas por serem do tipo de despesas que uma empresa possa realizar no âmbito do seu objecto social, sendo necessário que se prove, no mínimo, alguma relação das despesas com a actividade geradora dos proveitos, que permita considerar tais despesas como actos de gestão da empresa – apontando decisivamente no sentido da aceção mais restritiva de "indispensabilidade", que atrás enunciámos.

O art. 23.º permitia, em suma, a relevância fiscal de todas as despesas efectivamente concretizadas que fossem potencialmente adequadas a proporcionar proveitos ou ganhos, independentemente do êxito ou inêxito que em concreto tivessem proporcionado, independentemente até de gerarem, ou não, um proveito tributável¹⁸, bastando que, no momento em que foram incorridas e face às regras da experiência comum,

¹⁴ Processo n.º 91/2012-T do CAAD.

¹⁵ Processo n.º 226/2013-T do CAAD.

¹⁶ Processos n.ºs 91/2012-T e 12/2013-T do CAAD.

¹⁷ Antes da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que, como já referimos, republicou o CIRC e deu nova redacção ao art. 23.º.

¹⁸ Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

comprovadamente, pudessem afigurar-se como potencialmente geradoras de proveitos, devendo excluir-se somente o que não pudesse ser considerado como um acto de gestão com esse potencial *comprovado*, por não poder esperar-se, com probabilidade aceitável, que da despesa efectuada pudesse resultar um proveito.

Por outras palavras, o controle da Administração Tributária, ainda que estribado no conceito mais restritivo de "indispensabilidade", teria que ser um controle pela negativa, eliminando como custos apenas os que claramente não tivessem potencialidade para gerar incremento dos ganhos¹⁹.

3. "Prestações suplementares" e "partes de capital"

Na conjugação das normas em apreço, suscitou-se o problema específico da indispensabilidade das prestações suplementares.

Tratava-se de saber não somente se essas "prestações suplementares" eram dedutíveis como "partes de capital", para efeitos do artigo 23.º do CIRC, mas também se, como "partes de capital", eram dedutíveis para efeitos do art. 32.º, n.º 2, do EBF, eventualmente por implicarem custos financeiros indispensáveis à realização de tais prestações suplementares, interferindo na geração de lucro de um modo que deveria ser atendido para apuramento do lucro tributável.

Contrapôs-se a essa pretensão o entendimento de que no seio das relações das SGPS com as suas participadas tais prestações suplementares, mesmo que passassem no crivo da indispensabilidade do art. 23º do CIRC, estariam abrangidas na expressão "aquisição de partes de capital" e deveriam, por isso, ser desconsideradas nos termos do n.º 2 do artigo 32.º do EBF, pelas razões peculiares que ditaram esta norma do EBF, as razões de "contrabalanço" ou "neutralidade fiscal" entre mais- e menos-valias, que enunciámos antes²⁰.

¹⁹ Processo n.º 91/2012-T do CAAD.

²⁰ Sobre o tema há abundantes fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Sobressaindo: Tavares, Tomás Cantista, "Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos", *CTF* 396, 1999, pp. 7-180; Portugal, António, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004. E ainda: Acórdão do STA 186/06, de 12/7/2006; 107/11, de 30/11/2011; 1077/08, de 20/5/2009; 246/02, de 10/7/2002 e Acórdão do TCA Sul 5251/11, de 24/4/2012; Processos 9/2012-T e 69/2012-T, 12/2013-T, 24/2013-T, 39/2013-T e 80/2013-T do CAAD.

O aspecto penalizador deste artigo 32.º do EBF ressurgia, ou podia ressurgir, com a constatação de que, na verdade, o regime do nº 2 do art. 32º do EBF, ainda que restringindo-se a operações sobre "partes de capital" das SGPS, poderia, pela ambiguidade de critérios em que assentava, conduzir à não-dedução fiscal de encargos financeiros que não se integravam realmente em tais operações.

Por exemplo, poderia dar-se o caso de o custo incorrido, digamos um endividamento, não ter sido contraído com o objectivo específico de adquirir partes sociais, mas para a actividade empresarial em geral, nomeadamente para a concessão de empréstimos da SGPS às suas participadas – caso em que deixaria de existir uma correspondência directa do endividamento com a aquisição das partes sociais. Com efeito, é normal as SGPS recorrem ao financiamento bancário numa óptica de gestão de tesouraria, para posteriormente emprestarem às suas participadas, naquilo que constitui um procedimento normal e legítimo. Assim, para além dos encargos financeiros efectivamente suportados com a aquisição de participações sociais, e na medida em que as SGPS suportam normalmente encargos financeiros provenientes de empréstimos de financiamento adquiridos junto de instituições de crédito para outros fins, estes encargos deveriam fugir do âmbito do nº 2 do art. 32.º do EBF e ser aceites fiscalmente como custo.²¹

Mas é a ambiguidade de critérios sobre o que sejam encargos financeiros, sobre a forma como devam ser imputados e sobre o regime temporal a que estão sujeitos que gera efectivamente um risco de sobre-extensão do regime do nº 2 do art. 32º do EBF. Aí, o primeiro interessado em que transparecessem as razões para a não-aplicação do nº 2 do art. 32º do EBF, porque de outro modo seria também o primeiro onerado, era a própria SGPS, que deveria proceder a uma aplicação analítica e discriminada dos seus recursos (capitais próprios e capitais alheios), com cada aplicação devidamente definida, documentada e justificada.²² Se assim não sucedia é porque fundamentalmente a margem de indefinição gerava uma possibilidade de manipulação dos valores, seja do lado das SGPS, seja do lado

²¹ Oliveira, Dulce Helena Nogueira de, *O Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais* (Univ. Porto, 2007), p. 13.

²² Guerreiro, Tiago Caiado, "O Novo Regime Fiscal das SGPS, como Estruturar e Organizar um Processo de Optimização Fiscal", *Vida Económica*, 2003, pp. 37-39.

da própria AT.

Na ausência de consensos, o nº 2 do art. 32º do EBF poderia ser interpretado no sentido de permitir que os juros fossem efectivamente deduzidos enquanto não se verificassem os pressupostos de exclusão da mais-valia para efeitos de apuramento do lucro tributável. Neste contexto, uma solução possível para os juros seria a seguinte: na aquisição de uma participação social a uma entidade relacionada ou sujeita a tributação privilegiada, os juros incorridos seriam dedutíveis desde o início, sendo integralmente acrescidos ao lucro tributável no exercício em que se procedesse à alienação, caso a mesma ocorresse depois de haver decorrido o período mínimo de três anos de detenção²³. Essa solução de "crédito de imposto", que na prática corresponderia a uma externalização de riscos por parte do contribuinte, jamais foi adoptada; mas já voltaremos a considerá-la.

4. A Circular 7/2004, de 30 de Março

A indefinição prevalente não poderia eternizar-se, pelo que se sentiu a necessidade de estabelecimento de critérios claros, dotados de alguma objectividade, que permitissem avançar na liquidação do IRC incidente sobre as SGPS – critérios de imputação, por exemplo, que permitissem a determinação da percentagem de passivos remunerados não afectos a activos também remunerados, ou o apuramento da percentagem das participações sociais nos activos ainda não objecto de afectação específica a passivos remunerados, incluindo as participações financeiras ao preço de custo; critérios que, conjugados, permitissem a imputação dos juros associados às aquisições de partes de capital que fossem, ou eventualmente não fossem, fiscalmente atendíveis para o cômputo do lucro tributável²⁴.

É em resposta a uma tal necessidade que surgiu a Circular 7/2004, de 30 de Março, da Direcção de Serviços do IRC, a qual, reconhecendo (no seu ponto 7) "*a extrema dificuldade de utilização, nesta matéria, de um método de afectação directa ou específica e*

²³ Palma, Rui Camacho, "Algumas Questões em Aberto sobre o Regime de Tributação das SGPS", *Fisco*, n.º 115/116, Vol. XV, 2004, p. 56.

²⁴ Silva, Artur, "Alguns Aspectos da Tributação das SGPS", *Revista TOC*, n.º 48, 2004, pp. 28-32.

[a] possibilidade de manipulação que o mesmo permitiria", apresentava uma fórmula para o cálculo do valor dos encargos financeiros não considerados como custo e efectivamente acrescidos ao lucro tributável – uma métrica para quantificar os encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital e que, por isso, não seriam dedutíveis.²⁵

A "afecção directa" para apuramento seguro do valor dos encargos financeiros que supostamente tivessem sido suportados com a aquisição de partes de capital seria sempre especialmente difícil, dada a fungibilidade do dinheiro e a desnecessidade de consignação dos fundos mutuados; e daí que, sem perder de vista a necessidade de manter o recurso à análise casuística (como se reconhecia no ponto 9 da Circular), no seu ponto 7 se estabelecesse que *"deverá essa imputação ser efectuada com base numa fórmula que atenda ao seguinte: os passivos remunerados das SGPS e SCR deverão ser imputados, em primeiro lugar, aos empréstimos remunerados por estas concedidos às empresas participadas e aos outros investimentos geradores de juros, afectando-se o remanescente aos restantes activos, nomeadamente participações sociais, proporcionalmente ao respectivo custo de aquisição"*²⁶.

A Circular 7/2004 veio, por sua vez, suscitar duas questões: 1) podia uma simples Circular resolver as ambiguidades suscitadas pela interpretação de um preceito legal? 2) podia a AT arrogar-se, através da Circular ou independentemente dela, o poder de sindicar decisões económicas da gestão das empresas para lá daquilo que fosse o estrito preenchimento dos pressupostos de aplicação das normas pertinentes?

4.1. Âmbito de aplicação da Circular 7/2004 – argumentos restritivos

A primeira questão suscitada pela Circular 7/2004 era a de se saber se uma simples Circular poderia resolver as ambiguidades suscitadas pela interpretação de um preceito legal – um problema de especial melindre na medida em que o n.º 2 do art. 32.º do EBF era uma norma de incidência²⁷, pelo que o cálculo previsto na Circular teria directo impacto na

²⁵ Oliveira, Dulce Helena Nogueira de, *O Regime Fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais* (Univ. Porto, 2007), p. 13.

²⁶ Veja-se, a propósito, as judiciosas observações expendidas no Acórdão do Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

²⁷ Portugal, António Moura, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, 2004, p. 104.

incidência directa dos tributos.

Não admira por isso que as primeiras reacções à Circular 7/2004 tenham adoptado uma visão restritiva: tratar-se-ia de uma orientação administrativa de carácter genérico, pelo que as instruções contidas numa Circular não poderiam pretender ser mais do que isso, meras instruções que apenas vinculam a Administração, sendo que em parte alguma da LGT se estabelece que as Circulares da AT se aplicam aos dois lados das relações que esta entidade estabelece com os administrados.²⁸

Suscitar-se-ia por isso um problema de ilegalidade, mormente face ao disposto na LGT, se se vislumbrasse, na interpretação e aplicação da Circular, a tentativa de criação de uma nova norma de incidência fiscal.

O princípio geral é o de que a aferição da legalidade dos actos da Administração deve ser efectuada através do confronto directo com a correspondente norma legal e não com o regulamento interno ou com a Circular que se interpôs entre a norma e o acto, pelo que a circunstância de a AT ficar vinculada às orientações genéricas constantes de Circulares que estiverem em vigor no momento do facto tributário (art. 68.º-A, 1, da LGT), e de ter o dever de proceder à conversão das informações vinculativas, ou de outro tipo de entendimento prestado aos contribuintes em Circulares administrativas, em determinadas circunstâncias (art. 68.º, 3 da LGT), não altera esta perspectiva – simplesmente porque não transforma esse conteúdo em norma com eficácia externa, sendo somente ao abrigo do princípio da boa fé e da segurança jurídica, e não pela via de um qualquer valor normativo, que o conteúdo das Circulares prevalece²⁹.

Assim, as orientações administrativas genéricas – constantes ou não de uma Circular – apenas poderão conter comandos ou enunciados densificadores que sejam operativos em relação àqueles que, num estrito ponto de vista jurídico, são os seus exclusivos destinatários, os serviços integrados na administração tributária que emitiu a orientação. Passando essas orientações administrativas genéricas a ser ilegais se pretendem

²⁸ Processo n.º 24/2012-T do CAAD.

²⁹ Trata-se na essência de um problema de legalidade (mormente por afronta ao art. 8º da LGT) e não de inconstitucionalidade, na estrita medida em que as Circulares não são normas para efeitos de apreciação da sua constitucionalidade, exprimindo apenas a interpretação que a AT faz de determinada norma legal, nessa medida integrando a fundamentação de uma determinada liquidação, e não mais. Isto não obstante a actuação da AT violar, em tal caso, o princípio da legalidade plasmado no artigo 103.º, e o da reserva de lei formal constante do artigo 165.º, n.º 1 al. i), ambos da Constituição. Cfr. As considerações a esse respeito no Acórdão do Processo n.º 780/2014-T do CAAD.

ter os próprios sujeitos de imposto como destinatários, seja porque explicitamente manifestam essa intenção, seja porque densificam normas de um modo que vincula os particulares – uma densificação que, a ser necessária, deveria ser operada através de uma norma legal, e não a um nível inferior –, seja ainda porque, mais subtilmente, remetem para uma densificação da norma que só pode operar-se por actos dos particulares e não já por simples actos da Administração.

A entender-se deste modo, a Circular 7/2004, ao procurar fixar, de forma geral e abstracta, um método de apuramento dos encargos suportados por SGPS, no âmbito da aquisição das partes de capital detidas, nomeadamente quando os encargos não são afectados de forma directa, e por ter consequências claras ao nível da incidência do imposto, foi uma candidata à declaração de ilegalidade, especificamente por violação da reserva de lei formal da Assembleia da República: daí que algumas interpretações sustentassem que a Circular 7/2004, na medida em que procurara consagrar uma interpretação extensiva do regime previsto no artigo 32º do EBF, desvirtuara, material e formalmente, aquele artigo, criando uma nova norma de incidência fiscal – em violação dos artigos 103.º, 2 e 3 e 165.º, 1, i) da Constituição³⁰.

Como referimos, o método previsto na Circular 7/2004 permitia apurar quais os montantes dos encargos financeiros da SGPS que não eram dedutíveis, estabelecendo um método que permitia a afectação dos passivos aos diferentes activos das SGPS. A fórmula de cálculo adoptada em tal Circular é aparentemente simples, mas a sua aplicação resulta complexa sob o ponto de vista dos pressupostos usados na classificação das rubricas a ponderar, pois que assenta apenas na distinção entre activos e passivos remunerados e não remunerados. Ora, a classificação dos elementos activos e passivos, entre "remunerados" e "não remunerados", não encontra fundamento na ordem jurídico-contabilística existente à data dos factos (Plano Oficial de Contas, POC), nem na posteriormente vigente (Sistema de Normalização Contabilística, SNC). Logo, surge de modo inovador na Circular 7/2004, pelo que a própria Circular devia ter definido o que entende por cada um desses conceitos – o que não fez, limitando-se a elencar exemplos de elementos activos e passivos remunerados e não remunerados³¹. Mais especificamente ainda quanto ao que respeita ao

³⁰ Processo n.º 24/2012-T do CAAD.

³¹ Processo n.º 780/2014-T do CAAD.

caso das SGPS, a definição de conceitos subjacente à bipartição entre "activos remunerados" e "outros activos" era imperiosa, e a sua ausência foi crítica, atendendo a que não há, ou dificilmente pode haver, uma relação factual directa entre os fundos totais obtidos (os que implicaram o pagamento de juros) e os fundos investidos na aquisição das participações sociais.

Compreende-se assim que se tenha chegado à opinião de que a AT, ao emitir a Circular 7/2004, não se limitou a aplicar normas tributárias e a facilitar a respectiva aplicação, extravasando da sua função de regulador da incidência para assumir a função de criador de nova incidência fiscal³², na medida em que, substituindo-se à norma e ao intérprete da norma, condicionou *erga omnes* a aplicação do regime do artigo 32.º, 2 do EBF através da interposição de critérios não autorizados pelo art. 11.º, 4 da LGT. A opinião não se limitava a sustentar que com a Circular se teriam afrontado os princípios constitucionais que enquadram a incidência tributária; mas ia mais longe, sugerindo que com a Circular se teriam introduzido até entorses ao princípio da tributação das empresas pelo rendimento real³³ – embora, quanto a esta consequência necessária da aplicação de qualquer método *indirecto*, se deva observar que a Constituição impõe, quanto à tributação das empresas, não que a incidência se dê "*exclusivamente*", mas apenas que ela recaia "*fundamentalmente*", no seu rendimento real (art. 104º, 2 da CRP).

4.2. Âmbito de aplicação da Circular 7/2004 – argumentos expansivos

Por outro lado, uma Circular, como a Circular 7/2004, pode e deve ser interpretativa da lei tributária, e não será ilegal se, ajudando a dissipar dúvidas e a superar dificuldades, se limitar a fornecer métodos de "densificação" e de aplicação das normas legais sem cair na interpretação extensiva ou na analogia – aqui vedadas – e sem contribuir para a criação de novas normas, em violação dos artigos 103.º, n.º 2 e n.º 3 e 165.º n.º 1 alínea i) da Constituição.

O que a lei permite, e aquilo que a Constituição impõe à AT, é que, na interpretação

³² Neste sentido, Gama, João Taborda da, "Tendo Surgido Dúvidas sobre o Valor das Circulares e Outras Orientações Genéricas...", in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches*, III, 2011, pp. 155 ss..

³³ Acórdão STA Proc. 01076/13.

que faz das normas tributárias, se limite a emitir orientações genéricas que preencham conceitos, quando isso se revele necessário. Não se pode por isso presumir – ao menos de boa fé – que todo e qualquer preenchimento desses conceitos, qualquer densificação, mesmo nas áreas de maior incerteza e complexidade e portanto mais carecidas dessa "regulação de incidência", seja *ipso facto* uma ilegalidade, e especificamente consista no exercício da função legislativa sob o "manto diáfano" de uma interpretação extensiva da lei. Afigura-se, portanto, legítimo utilizar a fórmula constante da Circular 7/2004, embora esta possa ter que ser "corrigida" no necessário para que a *ratio legis* do n.º 2 do art.º 32º do EBF resulte integralmente respeitada. O mesmo é dizer que, por óbvio, a adopção da fórmula preconizada pela Circular não vincula o sujeito passivo às consequências dela derivadas quando estas resultem *contra legem*³⁴

A verdade é que nada, na letra do n.º 2 do art.º 32º do EBF, retirava qualquer legitimidade a qualquer método, directo ou indirecto, de afectação dos encargos financeiros das SGPS para se alcançar os objectivos prosseguidos com aquela norma. A afectação *pro rata* prevista no ponto 7 da Circular n.º 7/2004, método *indirecto* de afectação, era portanto tão legítima e tão compatível com a *ratio legis* da norma como qualquer outro método – sendo que, em contrapartida, não pode sustentar-se que os objectivos daquela norma (de qualquer norma) pudessem ser alcançados na ausência, pura e simples, *de qualquer método*.

O objectivo daquela norma, como vimos, foi o de – no pressuposto de que as SGPS pudessem vir a beneficiar da exclusão de tributação aplicável aos rendimentos de mais-valias realizados com a alienação de participações sociais – **obstar a que os custos relevantes que estivessem relacionados com a obtenção de tais rendimentos pudessem ter relevância em termos de apuramento do lucro tributável do sujeito passivo que os tivesse obtido**. Daqui decorre logicamente que não foi a Circular 7/2004 que criou, com a sua *interpretatio juris* autorizada pela letra da lei, presunções inilidíveis de custos não-dedutíveis, **mas foi antes a própria lei, interpretada nos termos acabados de expor, que afastou a dedutibilidade dos encargos financeiros** incorridos com financiamentos ligados à aquisição das participações sociais cuja alienação realizara as mais-valias excluídas de tributação.

³⁴ Processo n.º 780/2014-T do CAAD.

Recapitulando: se o n.º 2 do art.º 32.º do EBF reclamava um método de aplicação e qualquer método era legítimo, não se percebe em que medida é que a Circular 7/2004, escolhendo um método e explicitando-o, consistia *ipso facto* em novas normas de incidência, em violação de princípios de legalidade tributária. Se era facto que a desconsideração de encargos financeiros resultava em imposto acrescido, isso resultava do quadro normativo em vigor e não da aplicação da Circular 7/2004³⁵.

Parece portanto que o que era objecto de crítica não era a Circular 7/2004, era antes, através desta, a própria regra contida no n.º 2 do art.º 32.º do EBF, jogando com o facto de nesta se conter uma desconsideração de gastos que não é do regime comum da tributação das sociedades – escamoteando-se o facto de essa excepcionalidade de regime das SGPS ser bivalente e resultar de uma contrapartida, que aqui se recorda: estando uma SGPS na posição de poder vir a beneficiar da exclusão de tributação logo que realizasse mais-valias com a alienação das participações sociais, ela já **não estava numa posição equivalente às das demais sociedades**, as quais, realizando ganhos de mais-valias com a alienação de participações sociais, não beneficiavam da aludida exclusão de tributação – pelo que se entendia que era apenas no seio daquele regime excepcional que seria de ponderar a justiça da desconsideração dos encargos em contrapartida da desconsideração dos ganhos³⁶.

E porque é que propositadamente se escamoteia a razão de ser da regra contida no n.º 2 do art.º 32º do EBF? Frequentemente é porque se alega que as despesas objecto de desconsideração fiscal são antecedentes dos proveitos com que se conectionam aquelas despesas – enfatizando-se que aquelas mais-valias são puramente eventuais e podem vir a não ocorrer, deixando subtilmente subentendido, seja que o "contrabalanço" que presidiu à solução normativa (a não concorrência de certos encargos financeiros suportados, criando um ambiente de neutralidade assente no pressuposto de que tais encargos representavam, em potência, elementos capazes de colocarem a SGPS na posição de realizar as mais-valias já excluídas de tributação) é na verdade um *sinhalagma*; seja que, sendo todos os encargos financeiros, por natureza, rodeados de riscos e incertezas, todos deveriam ser tributariamente relevantes.

³⁵ No mesmo sentido deste argumento, cfr. Processo n.º 21/2012-T do CAAD.

³⁶ Processo n.º 21/2012-T do CAAD.

Neste peculiar entendimento³⁷, ao qual aludimos anteriormente referindo-nos a uma proposta de "crédito de imposto" (uma externalização de parte dos riscos do sujeito de imposto, que implicaria o pagamento de imposto apenas *a final*), a desconsideração fiscal operada pelo n.º 2 do art.º 32º do EBF violaria o princípio da proporcionalidade, além de princípios de igualdade, neutralidade, capacidade contributiva e da tendência para a tributação do rendimento real: já porque discriminaria injustificadamente entre SGPS e demais empresas (na medida em que as demais poderiam ser igualmente detentoras de "partes de capital" – omitindo-se aqui que as demais empresas não beneficiariam igualmente da isenção de tributação pelas mais-valias, igualmente prevista no n.º 2 do art.º 32º do EBF), já porque se procederia a uma igualmente injustificada dissociação temporal entre efeito negativo presente e eventual efeito positivo futuro, em violação da "taxa de desconto" do dinheiro (uma variante da proposta de "crédito de imposto").

Reconheçamos que, conquanto se nos afigure rebuscado associar à Circular 7/2004 o estabelecimento de "presunções", e mais ainda de "presunções inilidíveis", em contrapartida não é descabido descortinarmos o perigo de tais Circulares tentarem interferir na distribuição do ónus da prova, ou ferir o princípio consagrado no art. 75º da LGT, nos termos do qual *"presumem-se verdadeiras e de boa fé as declarações dos contribuintes apresentadas nos termos previstos na lei, bem como os dados e apuramentos inscritos na sua contabilidade ou escrita, quando estas estiverem organizadas de acordo com a legislação comercial e fiscal"* – mormente quando a AT se sinta tentada a aliviar o seu esforço probatório através da simples invocação de uma Circular, como se ela, mais do que fornecer um procedimento probatório, constituísse já a própria prova³⁸. Voltemos então à admissão de que as Circulares da Administração Tributária comportam eficácia externa, vinculando os contribuintes e também os Tribunais – uma admissão que deve ser acompanhada da ressalva, já formulada, de que é ao abrigo do princípio da boa fé e da segurança jurídica, e não por um qualquer valor normativo que pudesse representar usurpação de competências constitucionalmente atribuídas, que o conteúdo das Circulares prevalece. O administrado só as acata se, e enquanto, lhe convier, pelas mesmas razões que

³⁷ Objecto de longa e cuidada análise no Acórdão n.º 42/2014 do Tribunal Constitucional.

³⁸ Uma advertência que encontramos no Acórdão do Processo n.º 24/2013-T do CAAD.

justificam que possa invocar informações individuais vinculativas que o favoreçam³⁹.

Mas nada disto interfere com o regime estabelecido no n.º 2 do art.º 32.º do EBF, com a necessidade de interpretação desse regime e com a legitimidade da Circular 7/2004 para estabelecer (e estabilizar) essa interpretação. O respeito pela normalidade das relações que são tuteladas pelo Direito Fiscal impõe que se reconheça que, no âmbito do exercício dos poderes de administração do sistema fiscal que incumbem à AT, esta tem plena legitimidade para emitir orientações genéricas contendo prescrições que se apropriem de espaços de normatividade fora da reserva de lei e que não conflituem com o espaço de normatividade já ocupado pela lei. Ou seja: se se tratar de orientação genérica, emitida ao abrigo de competência legalmente prevista e houver respeito por essas fronteiras, não se vê que legitimidade terá o juiz ou o contribuinte para ignorá-la e, em sua substituição, ou em substituição do administrador do sistema fiscal – que é a AT por incumbência legal –, determinar uma diferente normatividade para o caso concreto em apreciação.

Foi sobre estas premissas que o Acórdão n.º 42/2014 do Tribunal Constitucional assentou a sua decisão de *"não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 31.º, n.º 2, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, na redacção conferida pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, na parte em que impõe a indedutibilidade fiscal dos encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital logo que estes sejam incorridos, independentemente da realização de mais valias isentas de tributação com a alienação de tais partes de capital"*⁴⁰.

5. Entendimentos "minimalista" e "maximalista" sobre "partes de capital"

A segunda questão suscitada pela Circular 7/2004 era esta: podia a AT arrogar-se, através da Circular ou independentemente dela, o poder de sindicat decisões económicas da gestão das empresas para lá daquilo que fosse o estrito preenchimento dos pressupostos

³⁹ Dourado, Ana Paula, *O Princípio da Legalidade – Tipicidade, Conceitos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, 2007; Gama, João Tabor da, "Tendo Surgido Dúvidas sobre o Valor das Circulares e Outras Orientações Genéricas...", in *Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches*, III, 2011, pp. 155 ss..

Acórdão STA Proc. 01076/13.

Processo n.º 780/2014-T do CAAD.

⁴⁰ A referência ao art. 31.º, 2 do EBF faz-se depois ao art. 32.º, 2 do EBF, como vimos.

de aplicação das normas pertinentes?

Sem termos que nos enredar nas subtilezas infundáveis do tema da discricionariiedade no Direito Público, e sem termos que repisar o longo caminho percorrido pelo conceito de "discricionariiedade", concentremo-nos antes no âmbito específico do problema: esta segunda questão assenta na possibilidade de existirem custos, e nomeadamente prestações complementares que, inserindo-se inequivocamente na capacidade da sociedade, no seu escopo lucrativo, todavia, por não terem por objectivo específico a aquisição de partes sociais, fugiam da previsão e do regime do n.º 2 do art. 32.º do EBF.

Quanto a isso, afigura-se pacífico que os custos financeiros suportados com a realização de prestações suplementares podem ser indispensáveis à manutenção da fonte produtiva, especificamente na medida em que a dotação de uma sociedade participada com capitais próprios é um acto idóneo à manutenção e valorização da fonte produtiva da própria SGPS, e em especial em situações em que a sociedade gestora, em função da sua posição na praça relativamente ao crédito, seja susceptível de obter crédito em condições mais vantajosas do que a sociedade participada, casos em que a utilização de crédito obtido pela primeira em benefício da segunda será, manifestamente, uma decisão economicamente fundada⁴¹.

Mesmo que a tais prestações não corresponda o vencimento de juros, a SGPS estará a actuar objectivamente dentro da sua capacidade, na medida em que a valorização das suas participadas é compatível com o seu escopo lucrativo⁴², se é que não pode dizer-se mesmo que essa valorização das participadas é o seu escopo principal⁴³. Trata-se de decisões económicas de gestão de uma SGPS que não têm por objectivo específico a aquisição de partes sociais, e que, na medida em que são custos de financiamento de um activo produtor de rendimento, deveriam ser dedutíveis nos termos gerais do art. 23.º do CIRC⁴⁴; e a lei fiscal não contém igualmente qualquer regra específica (norma anti-abuso

⁴¹ Processo n.º 80/2013-T do CAAD.

⁴² Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

⁴³ Processo n.º 113/2013-T do CAAD.

⁴⁴ Martins, António, "Uma Nota sobre o Conceito de Fonte Produtora Constante do Artigo 23.º do Código do IRC: Sua Relação com Partes de Capital e Prestações Acessórias", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 2, Ano I, p. 50.

ou outra) que impeça ou cerceie esta liberdade de gestão⁴⁵.

O que se defende é que tais despesas deveriam estar sujeitas ao regime geral do art. 23º, 1 do CIRC, contornando-se o "bloqueio" imposto pelo nº 2 do art. 32º do EBF. Na redacção em vigor à data, o art. 23º, 1 do CIRC impunha uma relação dos gastos com a realização de rendimentos sujeitos a imposto – mas aí subscrevia-se o entendimento de que todas as mais-valias obtidas por SGPS estão sujeitas a imposto, apenas se dando o caso de sobre elas recair, depois, uma isenção, com vários requisitos, que impedia em segunda linha a tributação –⁴⁶. Ora o facto é que, talvez por receio de que o credor de imposto ignorasse essa dualidade de situações (quicá em resultado de um "viés interpretativo" induzido pelo desígnio de aumentar as receitas tributárias), houve quem contestasse a possibilidade de a AT sindicar decisões económicas da gestão das empresas, de modo a separar, com alguma margem discricionária, aquelas que ficavam sob a alçada, e aquelas que ficavam fora da alçada, do nº 2 do art. 32.º do EBF.

Mais especificamente, e na medida em que o art. 32.º, n.º 2 do EBF não definiu o que entendia por "encargos financeiros", uma parte da discussão doutrinal e jurisprudencial concentrou-se na definição daquilo que poderia entender-se por "parte de capital", já que dessa definição – em larga medida buscada à revelia do que decorria já da Circular 7/2004 – resultaria um objecto mais amplo ou mais restrito de incidência do regime do nº 2 do art. 32.º do EBF.

Nesse âmbito argumentativo formaram-se dois entendimentos:

Um entendimento "minimalista", nos termos do qual, se se entendesse que a alusão a "parte de capital" remetia para a noção de "capital social" (participações sociais, acções ou quotas), privilegiando a óptica "comercial" da qual se exclui a figura da "prestação suplementar", o âmbito do nº 2 do art. 32.º do EBF ver-se-ia restringido – e concomitantemente aumentadas as possibilidades de consideração de encargos financeiros como custos fiscalmente dedutíveis;

Um entendimento "maximalista", nos termos do qual, se se entendesse que a alusão a "parte de capital" remetia para a noção de "capital próprio", privilegiando o sentido "contabilístico" e nele integrando a figura da "prestação suplementar", o âmbito do nº 2 do

⁴⁵ Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

⁴⁶ Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

art. 32.º do EBF se veria alargado – e concomitantemente reduzidas as possibilidades de consideração de encargos financeiros como custos fiscalmente dedutíveis⁴⁷.

Esta diferença nas consequências condicionou profundamente a discussão, até a doutrinária⁴⁸, prevalecendo a opinião de que a referência a "parte de capital" no art. 32.º, n.º 2, do EBF se reporta a partes do capital social, excluindo, pois, da incidência daquela norma as "prestações suplementares" (que, sendo "componentes" do "capital próprio", não seriam "partes de capital") – subscrevendo, em suma, um entendimento "minimalista" quanto à incidência do art. 32.º, n.º 2, do EBF.⁴⁹

Em termos concretos, o entendimento "minimalista" consubstanciava-se no regime seguinte: só os juros ligados à aquisição de partes de capital (especificamente: acções ou quotas) seriam desconsiderados em termos fiscais; sendo que todos os demais encargos conexos com os capitais (alheios) utilizados em prestações suplementares, ou em prestações acessórias que seguissem o regime das prestações suplementares (incluindo a cobertura de prejuízos), por não se incluírem, nem poderem incluir, no conceito de "capital social", revestiriam a natureza de custos fiscalmente dedutíveis. Tratar-se-ia, em suma, de sintonizar o art. 32.º, n.º 2, do EBF com o art. 45º, 3 do CIRC quanto ao entendimento do que são "partes de capital" para efeitos tributários⁵⁰, e de subtrair essas prestações suplementares (e suas equiparadas) ao regime do art. 32.º, n.º 2, do EBF, submetendo-as exclusivamente aos requisitos de indispensabilidade do art. 23.º do CIRC (ressalvadas as hipóteses especiais dos n.os 3 a 5 do art. 23.º do CIRC, na versão então vigente)⁵¹.

Na verdade, descontados os convencionalismos que presidem a muitas das opções nesta área, algumas destas distinções desconsideram os princípios da capacidade contributiva e da aproximação ao rendimento real, demarcando realidades que se equivalem, ou ao menos convergem, economicamente: que as prestações suplementares possam ser devolvidas certamente as distingue do capital social – até para efeitos de

⁴⁷ Processo n.º 69/2012-T do CAAD.

⁴⁸ Ver, por exemplo: Ferreira, Rogério Fernandes & José Vieira dos Reis, *"Prestações Acessórias e Partes de Capital"*, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 3, n.º 4, 2011.

⁴⁹ O Acórdão do Processo n.º 12/2013-T do CAAD teve grande influência na formação jurisprudencial desta posição maioritária. Veja-se, por exemplo os Acórdãos do Processos n.º 80/2013- T e 113/2013-T do CAAD.

⁵⁰ Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

⁵¹ Processo n.º 376/2014 – T do CAAD.

combate ao "lock-in"⁵² –, mas ninguém ignora que, sobretudo em grupos empresariais, essas prestações podem, ingressando no "capital próprio", ter a mesma permanência que caracteriza o "capital social" (e daí o recurso, em alternativa, a empréstimos e suprimentos).

Havendo equivalência económica, regressa-se ao ponto em que se questiona a legitimidade da AT para, na estrita interpretação e aplicação dos princípios em que assenta a autonomia do próprio Direito Fiscal, sindicar decisões económicas que possam indiciar escopos elisivos ou abusivos – porque se trata de saber, mais especificamente, se os critérios do art. 32.º, n.º 2, do EBF, e a fórmula da Circular 7/2004, podem ser afastados para se empolar indevidamente os encargos financeiros dedutíveis de uma SGPS por mera qualificação empreendida pelo próprio contribuinte⁵³, e se isso não constituirá por si só um indício da "dispensabilidade" dos gastos – um fundamento da reacção do art. 23º do CIRC ele próprio no sentido, novamente, da respectiva desconsideração tributária.

A posição "minimalista", conquanto maioritária, não é todavia isenta de equívocos, nomeadamente aquele segundo o qual o legislador procurou, com o art. 32.º, n.º 2, do EBF, reproduzir sectorialmente a regra que já constava do artigo 23º, 1, c) do CIRC – na redacção em vigor à data –, ou seja, a simples regra da não-dedutibilidade fiscal dos encargos financeiros associados a proveitos não sujeitos a IRC, quando a verdade é que os dois preceitos têm uma génese distinta e razões diferentes, se não mesmo divergentes. Trata-se de um equívoco: é que, ao contrário do que é repetidamente subentendido na perspectiva "minimalista", a regra do n.º 2 do artigo 32.º do EBF não pretendia pôr em causa o princípio geral da dedutibilidade de encargos financeiros indispensáveis (segundo regras gerais de experiência) à realização de rendimentos e proveitos. A questão era outra, e bem diversa: a da exclusão da dedutibilidade de determinados encargos desse tipo relativamente às SGPS – *independentemente da sua indispensabilidade ou não, mas coexistindo pacificamente com essa indispensabilidade* –, pelo que o n.º 2 do artigo 32.º do EBF não podia ser entendido no contexto da orientação geral constante do artigo 23.º do CIRC, visto ser lei especial, exclusivamente aplicável às SGPS – e nem sequer a todas as

⁵² Processo n.º 12/2013-T do CAAD.

⁵³ Nomeadamente sustentando, em síntese, que os quantitativos referentes a prestações suplementares, a prestações acessórias de capital e a suprimentos não remunerados – isto é, sem juros – deverão concorrer para a formação do lucro tributável.

operações das SGPS⁵⁴ –, por razões não generalizáveis, portanto, e não decorrentes de princípios mais gerais⁵⁵.

Além disso, não esqueçamos as incidências, em todos estes temas, das regras do ónus da prova: a prova da dedutibilidade dos custos onerará obviamente o sujeito passivo, seja porque é do seu interesse a invocação dos factores de que tal dedutibilidade resultará, seja porque, especificamente no caso das SGPS, ninguém melhor do que o sujeito passivo se encontra em situação de concretizar os encargos financeiros suportados com a aquisição das participações sociais; e, se o não faz, legitima a AT a efectuar correcções à liquidação para efeitos da desconsideração dos custos suportados com a aquisição das referidas participações⁵⁶.

Também aqui, portanto, é necessário não perder de vista que o interesse público determina exigências formais em sede de comprovação de custos – seja relativamente à sua existência, seja em relação a factores de relevância como a "indispensabilidade" que visam propiciar à AT um eficaz controlo das relações económicas, e do cumprimento da lei. Por isso insistimos na resposta positiva à questão da legitimidade de uma sindicância, por parte da AT, de decisões económicas da gestão das empresas para lá daquilo que seja o estrito preenchimento dos pressupostos de aplicação das normas pertinentes – sobretudo quando estamos na presença de regimes legais desenhados para um sector específico e que se defrontam com resistências ao acatamento preciso das soluções legais e das interpretações legítimas dessas soluções⁵⁷.

6. A questão controvertida no presente processo

Lembremos que, no seu Pedido e nas Alegações que apresenta, a Requerente no presente processo argumenta que é ilegal o entendimento da AT quanto ao conceito de "partes de capital" ínsito no art. 32.º, 2 do EBF, nomeadamente quanto à inclusão de encargos financeiros incorridos com a realização de prestações suplementares, e que é

⁵⁴ Os dividendos e as mais-valias obtidas na alienação de participações sociais teriam um tratamento fiscal privilegiado, mas não os juros e as remunerações da prestação de serviços de gestão às participadas, por exemplo.

⁵⁵ No mesmo sentido, ver Acórdão do Processo n.º 780/2014-T do CAAD.

⁵⁶ Neste sentido, Acórdão STA Proc. 01076/13.

⁵⁷ Também aqui acompanhamos o Acórdão STA Proc. 01076/13.

igualmente ilegal o entendimento da AT quanto ao conceito de "custos dedutíveis" para efeitos do art. 23º do CIRC. O essencial da sua argumentação assenta, por um lado, na rejeição da analogia que, no seu entender, preside à tentativa de equiparação do regime das *prestações suplementares* ao regime das *partes de capital* – duas figuras próximas mas bem distintas, seja no plano do direito societário, seja do ponto de vista contabilístico, seja no plano do direito fiscal, insistindo a Requerente em rejeitar a "interpretação económica" em que se basearia a posição da AT quanto à aplicação do art. 32.º, 2 do EBF; e assenta, por outro lado, na oposição à interpretação demasiado restritiva que, no seu entender, a AT perfilha quanto à "indispensabilidade dos gastos" para efeitos da aplicação do art. 23.º do CIRC, sustentando que essa restrição colide com o propósito constitucional de tributação pelo lucro real.

Lembremos também que, por seu lado, a Requerida, na sua Resposta e nas suas Alegações, insiste que os encargos financeiros suportados pela Requerente para realizar prestações acessórias sob forma de prestações suplementares não passam no crivo de indispensabilidade do art. 23º do CIRC, e isto por um conjunto de razões, entre as quais releva a de que, não tendo escopo lucrativo (art. 210º, 5 do CSC), os encargos financeiros suportados com a realização de prestações suplementares não satisfazem o critério de indispensabilidade do art. 23.º do CIRC – e menos ainda porque se trataria de encargos não respeitantes directamente à actividade do próprio sujeito passivo (antes encargos resultantes de relações de dependência ou de domínio).

Não obstante as reservas que formulámos antes quanto à posição "minimalista" na interpretação e aplicação dos arts. 23.º do CIRC e 32.º, 2 do EBF, cremos que no caso ela é a mais adequada e justa.

A redacção vigente do art. 32.º, 2 do EBF, à data dos factos, não afasta a relevância, para a formação do lucro tributável, dos encargos financeiros suportados com prestações suplementares – prestações essas que se enquadrariam nas "outras componentes do capital próprio" a que se referia (e refere) o art. 45.º do CIRC, e não nas "partes de capital" a que se restringia a redacção do art. 32.º, 2 do EBF.

Resulta dos factos dados como provados que a Requerente suportou encargos financeiros por realização de prestações suplementares que não integram a noção de financiamento de partes de capital das quais emerge a simetria de mais- e menos-valias a

que o art. 32.º, n.º 2, do EBF procura dar o tratamento fiscal específico de desconsideração para o cômputo do lucro tributável. Pelo que os encargos apresentados pela Requerente passam, portanto, no crivo do art. 32.º, n.º 2, do EBF.

Por outro lado, também acompanhamos o entendimento dominante quanto à interpretação do critério da "indispensabilidade" para a aplicação do art. 23.º do CIRC no âmbito das SGPS⁵⁸.

A não consideração pela AT dos encargos financeiros com as prestações suplementares a sociedades participadas para a formação do lucro tributável da Requerente baseou-se no entendimento de que essas despesas não podem considerar-se indispensáveis para a formação do seu lucro tributável de sociedade participante.

Mas a actividade de um ente societário consiste nas operações decorrentes do uso e gestão dos seus recursos, e uma sociedade participada não é um qualquer ente estranho à actividade e interesses de uma sociedade participante, pelo que o gasto com juros incorridos com capitais obtidos por esta, e posteriormente aportados à participada, é feito no interesse da participante, numa consequência directa da sua actividade de gestão de um activo que emerge de uma participação, a qual é real ou potencialmente produtora de rendimento – não se descortinando nessas operações um gasto na esfera da sociedade participante que nada tenha que ver com o seu próprio interesse societário.

A actividade das SGPS tem por objecto principal a gestão de participações sociais, pelo que seria estranho procurar questionar-se a indispensabilidade, fosse para que efeitos fosse, de actos que consubstanciam a referida gestão de participações – nomeadamente a aquisição de tais participações, as operações de administração levadas a cabo pela participante necessárias à valorização do activo financeiro adquirido, o financiamento de tal activo ou mesmo a sua eventual alienação.

Em suma, o financiamento de uma participada é do interesse da SGPS, na medida em que, garantindo a sustentação financeira do activo adquirido, esse financiamento incrementa, na sociedade participada, o seu potencial de fonte produtora de rendimento.

Assim, estando esses encargos relacionados com a actividade 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

⁵⁸ Ver nomeadamente Processos n.os 39/2013-T, 734/2014-T e 24/2015-T.

em que se dá relevância aos gastos indispensáveis para a manutenção da fonte produtora de rendimentos, e em que se incluem os encargos de natureza financeira expressamente referidos na alínea c) do mesmo número.

Assim sendo, os encargos apresentados pela Requerente passam, também eles, no crivo do art. 23.º do CIRC.

Conclui-se, portanto, que as correcções efectuadas não têm fundamento legal, pelo que enfermam de vício de violação de lei por erro sobre os pressupostos de direito, o que justifica a anulação dos actos de liquidação de IRC e juros compensatórios, bem como a respectiva demonstração de acerto de contas que se basearam naquelas correcções.

A procedência da invalidade em causa, conferindo uma tutela segura e eficaz dos interesses da Requerente, prejudica o conhecimento de todas as restantes questões por ela colocadas e atrás enumeradas.

III.2.1. c). Da indemnização por garantia indevidamente prestada

Subsiste, todavia, um ponto carecido de ponderação autónoma, numa matéria que já foi objecto de decisões arbitrais com as quais se concorda e que tinham similares pressupostos de facto e de direito, pelo que se seguirá de perto a respectiva fundamentação⁵⁹.

No Pedido de Pronúncia Arbitral, a Requerente pede que seja reconhecido o seu direito a uma indemnização por prestação indevida de garantia bancária.

Como resulta da matéria de facto fixada, a Requerente prestou garantia bancária no montante de €741.890,50, com vista à suspensão do processo de execução instaurado para cobrança coerciva da dívida respeitante aos actos tributários que são objecto do presente processo.

Nos termos da alínea b) do artigo 24.º do RJAT, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a administração tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exactos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo, e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários,

⁵⁹ Ver nomeadamente Processos n.os 80/2013-T e 24/2015-T.

restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objecto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessários para o efeito.

Na autorização legislativa em que o Governo se baseou para aprovar o RJAT, concedida pelo artigo 124.º da Lei n.º 33-B/2010, de 28 de Abril, estabelecia-se que o processo arbitral tributário deve constituir um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária. Ainda que o artigo 2.º, 1, alíneas a) e b), do RJAT utilize a expressão "*declaração de ilegalidade*" para definir a competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD e não faça referência a decisões constitutivas (anulatórias) e condenatórias, deverá entender-se, dada a referida autorização legislativa, que se compreendem nas suas competências os poderes que em processo de impugnação judicial são atribuídos aos tribunais tributários em relação a actos cuja apreciação de legalidade se insere nas suas competências.

Apesar de o processo de impugnação judicial ser essencialmente um processo de mera anulação (arts. 99.º e 124.º do CPPT), pode nele ser proferida condenação da administração tributária no pagamento de juros indemnizatórios e de indemnização por garantia indevida. Lembremos que o artigo 171.º do CPPT estabelece que "*a indemnização em caso de garantia bancária ou equivalente indevidamente prestada será requerida no processo em que seja controvertida a legalidade da dívida exequenda*" e que "*a indemnização deve ser solicitada na reclamação, impugnação ou recurso ou em caso de o seu fundamento ser superveniente no prazo de 30 dias após a sua ocorrência*". Assim, é inequívoco que o processo de impugnação judicial abrange a possibilidade de condenação no pagamento de garantia indevida e até é, em princípio, o meio processual adequado para formular tal pedido, o que se justifica por evidentes razões de economia processual, pois o direito a indemnização por garantia indevida depende do que se decidir sobre a legalidade ou ilegalidade do ato de liquidação.

Sendo o processo arbitral adequado a apreciar a legalidade de uma dívida exequenda, segue-se, pois, que deverá ser esse mesmo processo arbitral o adequado para apreciar o pedido de indemnização por garantia indevida, por cumulação de pedidos relativos ao mesmo acto tributário, possível nos termos do art. 3º, 1 do RJAT.

No caso em apreço, é manifesto que o erro do acto de liquidação, consubstanciado

na desconsideração dos encargos financeiro relativos à realização de prestações suplementares em participadas da Requerente, para efeitos da formação do lucro tributável da Requerente, é imputável à Requerida, pois a inspecção tributária e a liquidação foram da sua iniciativa e a Requerente em nada contribuiu para que esse erro fosse praticado.

Por isso, a Requerente tem direito a indemnização pela garantia prestada, nos termos do art. 53º da LGT.

Não havendo elementos que permitam determinar o montante da indemnização, a condenação terá de ser efectuada com referência ao que vier a ser liquidado em execução do presente acórdão [artigos 609.º, n.º 2, do Código de Processo Civil e 565.º do Código Civil, aplicáveis nos termos do artigo 2.º, alínea d) da LGT].

IV. Decisão

Em face de tudo quanto antecede, decide-se:

- a) Julgar procedente a excepção invocada pela AT quanto à inimpugnabilidade da correcção à matéria colectável aceite pela Requerente;
- b) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral;
- c) Anular a liquidação de IRC nº 2014... a liquidação de juros compensatórios nº 2014... e a demonstração de acerto de contas nº 2014..., referentes ao exercício de 2012;
- d) Anular o despacho de 19 de Agosto de 2015 do Senhor Director Adjunto da Unidade dos Grandes Contribuintes (em substituição), proferido no processo de reclamação graciosa deduzida contra tais actos tributários (Proc. nº ...2015...);
- e) Condenar a Requerida a pagar à Requerente uma indemnização, por prestação de garantia indevida, no valor que for liquidada em execução do presente acórdão.

V. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em €585.773,32, nos termos do disposto no art. 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art. 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art. 3.º, n.º 2, do Regulamento

de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

VI. Custas

Custas a cargo da Requerida, dado que o presente pedido foi julgado procedente, no montante de €8.874,00, nos termos da Tabela I do RCPAT, e em cumprimento do disposto nos artigos 12.º, n.º 2, e 22.º, n.º 4, ambos do RJAT.

Notifique.

Lisboa, 17 de Junho de 2016

Os Árbitros

Maria Fernanda dos Santos Maçãs
(Presidente)

Fernando Araújo

Rui Pinho