

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 556/2016-T

Tema: IRC - Variações de justo valor em instrumentos financeiros. Instituições sujeitas a supervisão do Banco de Portugal.

Decisão Arbitral

Os árbitros Cons. Jorge Manuel Lopes de Sousa (árbitro-presidente), Dr.^a Cristina Aragão Seia e Prof. Doutor António Martins (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, constituído em 02-12-2016, acordam no seguinte:

1. Relatório

A... SGPS, SA, com o número único de matrícula na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa e de identificação de pessoa colectiva..., com sede na Av..., n.º..., ... - ... Lisboa (doravante designada por “Requerente”), veio, ao abrigo do disposto nos arts. 2.º, n.º 1, al. a) e 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária - RJAT), apresentar pedido de pronúncia arbitral, tendo em vista a apreciação da legalidade e anulação da liquidação de IRC n.º 2016..., relativa ao exercício de 2011 e o pagamento de juros indemnizatórios.

É Requerida a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA**.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira em 30-09-2016.

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

Em 16-11-2016 foram as partes devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação dos árbitros, nos termos conjugados do artigo 11.º n.º 1 alíneas a) e b) do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Assim, em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redacção introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o tribunal arbitral colectivo foi constituído em 02-12-2016.

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

Por despacho de 16-01-2017 foi dispensada reunião e decidido que o processo prosseguisse com alegações escritas.

As Partes apresentaram alegações.

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

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

O processo não enferma de nulidades e não há excepções nem há qualquer obstáculo à apreciação do mérito da causa.

A Requerente, porém, defende que *«a apreciação da presente acção deverá, assim, e no que a esta questão diz respeito, ficar suspensa até que seja concluída a apreciação da legalidade das correções efetuadas pelas Autoridades Fiscais, ao exercício de 2010 da ora Requerente»*, que é objecto do processo n.º 392/2016-T (Documento n.º 4, junto com o pedido de pronúncia arbitral) que se encontra pendente.

Importa apreciar previamente esta questão da suspensão da instância.

2. Questão da suspensão da instância

A liquidação impugnada reporta-se a IRC do exercício de 2011 e a Requerente tem pendente noutro Tribunal Arbitral uma acção destinada a apreciar a legalidade da liquidação relativa ao exercício de 2010.

A Requerente defende, em suma, o seguinte:

- ao discutir-se se a correcção do prejuízo declarado num determinado exercício foi ou não correcta, estar-se-á necessariamente, ou diríamos mesmo, sobretudo, a discutir se tal valor poderá ou não ser deduzido ao lucro tributável do exercício posterior;
- a questão da legalidade das correcções relativas ao apuramento de prejuízos fiscais em determinado exercício ou à alteração da dedução de prejuízos fiscais num determinado exercício na sequência de correcções à matéria colectável relativas a esse mesmo exercício, se configuram como questões prejudiciais face à apreciação da legalidade dos actos tributários de liquidação de impostos relativos a exercícios subsequentes àqueles;
- em face do exposto, a apreciação da presente acção deverá, assim, e no que a esta questão diz respeito, ficar suspensa até que seja concluída a apreciação da legalidade das correcções efectuadas pelas Autoridades Fiscais, ao exercício de 2010 da ora Requerente.

A Requerente não refere qual o fundamento legal para a sua pretensão de suspensão da instância, mas, na falta de norma especial que a preveja, ela só pode ser decidida nas situações previstas no CPC, subsidiariamente aplicável por força do disposto no artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT.

Das situações em que é permitida a suspensão da instância, previstas nos artigos 269.º e seguintes do CPC, apenas é potencialmente aplicável o artigo 272.º em que se prevê que «*o tribunal pode ordenar a suspensão quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado*».

No presente processo não está em causa a apreciação global da legalidade da liquidação de IRC relativa ao exercício de 2011, mas apenas de uma das correcções efectuadas, relativa ao acréscimo pela AT ao lucro tributável da Requerente do valor de € 1.734.780,59, relativo a 50% das perdas por variações de justo valor reconhecidas em resultados relativas ao activos financeiros detidos para venda.

No processo n.º 392/2016-T estar-se-á a apreciar uma ou mais ilegalidades da liquidação de IRC relativa ao exercício de 2010, que não são referidas no presente processo.

Como ensina ALBERTO DOS REIS, *«sempre que numa acção se ataca um acto ou facto jurídico que é pressuposto necessário de outra acção, aquela é prejudicial em relação a esta»*. (¹)

A relação de prejudicialidade reconduz-se à dependência entre objectos processuais.

Uma causa é prejudicial em relação a outra quando nela é objecto de apreciação urna questão cuja resolução pode alterar uma situação jurídica que tem de ser considerada para a decisão de outra causa.

Em situações deste tipo, *«o juiz da causa subordinada pode ser normalmente competente para decidir a causa prejudicial; mas como esta está proposta e o julgamento dela pode destruir a razão de ser da outra causa, considera-se razoável a suspensão da instância subordinada»*. (²)

A apreciação da questão da ilegalidade da correcção é absolutamente autónoma de qualquer outra, pelo que não depende da apreciação de qualquer outra questão a apreciar em qualquer outro processo.

Por isso, não pode ocorrer uma relação de prejudicialidade entre o processo e o referido processo n.º 392/2016-T.

Por outro lado, quanto aos efeitos da decisão a proferir sobre a legalidade da liquidação relativa ao exercício de 2010 que se possam repercutir na liquidação referente ao exercício de 2011, trata-se de matéria própria de execução de julgados, a que se reporta o n.º 1 do artigo 24.º do RJAT.

Na verdade, neste n.º 1 deste artigo 24.º estabelecem-se os deveres que advêm para a Administração Tributária da procedência de qualquer acção arbitral, entre os quais de incluem o dever geral de *«restabelecer a situação que existiria se o acto tributário objecto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessários para o efeito»* [alínea b)] e, especificamente, *«rever os actos tributários que se encontrem numa relação de prejudicialidade ou de dependência com os actos tributários objecto da decisão arbitral, designadamente por se inscreverem no âmbito da mesma*

¹ *Comentário ao Código de Processo Civil*, volume 3.º, 1946, página 206.

² ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, volume 3.º, 1946, página 268.

relação jurídica de imposto, ainda que correspondentes a obrigações periódicas distintas, alterando-os ou substituindo-os, total ou parcialmente» [alínea c)].

Os únicos problemas de execução que podem advir do facto de serem impugnadas duas liquidações e a decisão sobre a legalidade de uma poder influenciar a outra só podem ocorrer se em ambos os processos forem proferidas decisões favoráveis à Requerente.

Como decorre do referido n.º 1 do artigo 24.º do RJAT, na sequência de uma decisão arbitral favorável à Requerente que venha a ser proferida no processo n.º 392/2016-T, a Autoridade Tributária e Aduaneira terá de rever os actos consequentes, designadamente a liquidação relativa ao exercício de 2011, se deverem ser considerados nesta liquidação prejuízos relativos ao exercício de 2010.

No entanto, a eventualidade de a decisão a proferir no processo n.º 392/2016-T ter como consequência que deverão na liquidação relativa ao exercício de 2011 ser considerados prejuízos que nela não o foram não contende com a execução de eventual decisão favorável no presente processo, pois, na reconstituição da *«situação que existiria se o acto tributário objecto da decisão arbitral não tivesse sido praticado»*, referida no n.º 1 do artigo 24.º do RJAT, deverão ser praticados *«os actos e operações necessários para o efeito»*, o que implica que, no caso de existirem duas decisões favoráveis à Requerente, ambas devam ser consideradas.

Pelo exposto, não se encontra fundamento legal para suspender a instância, pelo que se indefere o pedido de suspensão.

3. Matéria de facto

3.1. Factos provados

Com base nos elementos que constam do processo e documentos juntos com o pedido de pronúncia arbitral, consideram-se provados os seguintes factos:

- A) A Requerente A... SGPS, SA foi constituída em 26-12-2008, tendo por objecto a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indirecta do exercício de actividades económicas;
- B) Eram accionistas da Requerente no exercício de 2011 a B..., SA, NIPC ... com 51% do capital social e a C... SGPS, SA, NIPC ... com os restantes 49% do capital social;
- C) Em 31-12-2011, a Requerente detinha as seguintes participações financeiras:
- D..., SA 100,00%
 - E... (E...) 19,00%
 - F... 0,68%
 - G... 33,01%
 - H... 19,50%
 - I... 5,00%
- D) Na declaração Modelo 22, relativa a 2011, a Requerente não procedeu, no Campo 737 do Quadro 07, a qualquer acréscimo ao seu lucro tributável, por força da consideração em apenas 50% de outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, nos termos do artigo 45.º, n.º 3 do Código do IRC;
- E) A Requerente foi objecto de uma acção inspectiva externa, de âmbito polivalente, ao ano de 2011 levada a cabo pela Direcção de Finanças de Lisboa, em cumprimento da Ordem de Serviço n.º OI2014...;
- F) Nessa acção inspectiva foram efectuadas correcções ao lucro tributável da Requerente relativo ao exercício de 2011, sendo uma delas, no montante de €1.734.780,59, respeitante às perdas por redução de justo valor relativas a partes de capital que integram a rubrica “Activos Financeiros Disponíveis para Negociação” (AFDN) que a Autoridade Tributária e Aduaneira apenas considerou dedutíveis em 50% do respectivo valor, por aplicação do disposto no n.º 3 do art.º 45.º do Código do IRC;
- G) No Relatório da Inspeção Tributária elaborado nessa acção inspectiva, cujo teor se dá como reproduzido, refere-se, além do mais o seguinte:

III - 1. IRC

III-1.1 - Outras perdas relativas a partes de capital (n.º 3 do art.º 45.º do CIRC) €1.734.780,59

Da análise efetuada à declaração de rendimentos Mod. 22 do ano de 2011, constatou-se que o sujeito passivo não procedeu a qualquer acréscimo ao lucro tributável, no campo 737 do quadro 07, respeitante a 50% de outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, nos termos da parte final do n.º 3 do art.º 45.º do CIRC.

Da análise ao inventário de títulos e participações da A..., elaborado de acordo com a instrução n.º 35/2005 do Banco de Portugal, verificou-se a existência de partes de capital, classificados como "ativos financeiros detidos para negociação" e "ativos financeiros disponíveis para venda", no entanto apenas foi detetado o incumprimento deste normativo relativamente aos ativos financeiros detidos para negociação.

a) Ativos financeiros detidos para negociação

De acordo com o Relatório e Contas Anexo as Demonstrações Financeiras em 31 de Dezembro de 2011, na sua página 6 (anexo 4), a A... contratou com a Caixa Banco de Investimento a gestão de uma carteira de 100 milhões de euros, sendo os investimentos efetuados no âmbito do referido contrato classificados na rubrica de Ativos Financeiros Detidos para Negociação. Estes investimentos estão registados ao justo valor e os ganhos ou perdas provenientes da sua valorização afetam diretamente o resultado do exercício, sendo também esta a política contabilística que se encontra prevista na nota 2.1.1 do Anexo às demonstrações financeiras de 31 de dezembro de 2011.

Após o reconhecimento inicial, os ganhos e perdas gerados pela mensuração subsequente do justo valor dos ativos e passivos financeiros são refletidos em resultados do exercício, conforme movimentação contabilística que se discrimina de seguida.

(...)

Variação do Ajustamento de determinado Título em Resultados

Em conclusão, a variação de justo valor de determinado ativo da carteira de negociação influencia resultados através de três tipos de reconhecimento contabilístico do ajustamento de valor:

- Mais ou menos valias potenciais (residentes/não residentes);*
- Mais ou menos valias realizadas (residentes/não residentes);*
- Anulação de valias potenciais quando a carteira relativa a determinado título é totalmente liquidada.*

Tratamento Fiscal

A nível fiscal, os instrumentos financeiros em apreço (apenas partes de capital) seguem a regra estabelecida na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do CIRC, a qual estipula que os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, extintos ou liquidados, exceto quando respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que tratando-se de instrumentos do capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5% do respetivo capital social.

Isto é, só concorrem para a determinação do lucro tributável por se tratarem de instrumentos de capital próprio que tenham preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5% do respetivo capital social.

Neste sentido, importa referir que da análise efetuada, não se detetaram partes de capital que não tivessem o preço formado em mercado regulamentado, nem que o sujeito passivo detivesse uma participação superior a 5% do capital social, donde se conclui que as partes de capital classificados como “ativos financeiros detidos para negociação” cumprem os requisitos estabelecidos na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do CIRC, concorrendo assim para a formação do lucro tributável.

Contudo o n.º 3 do artigo 45.º do CIRC prevê uma restrição quanto à dedutibilidade das perdas relativas a partes de capital, as quais concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor, estando aqui incluídas quer (i) a diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remição e amortização com redução de capital, quer (ii) outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares.

Estão, desta forma incluídas nesta norma todas as perdas relativas a partes de capital, ou seja, quer a diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas, quer se trate de outros gastos/perdas potenciais, como, por exemplo, os gastos resultantes da aplicação de justo valor em instrumentos de capital próprio.

Salienta-se, que relativamente a este tratamento fiscal, foi divulgado pela Autoridade Tributária o seguinte entendimento (processo n.º 39/2010 - Despacho de 2011-01-24 do Diretor Geral):

" 1. O artigo 18.º, n.º 9, alínea a) do CIRC estabelece que os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor concorrem para a formação do lucro tributável quando respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, sendo instrumentos de capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5% do respetivo capital social.

2. Contabilisticamente e fiscalmente estes ajustamentos resultantes da aplicação do justo valor são considerados ganhos por aumentos de justo valor ou perdas por redução do justo valor.

(...)

5. No caso de ser apurada uma perda por redução de justo valor, o artigo 45.º, n.º 3 do CIRC estabelece que "...outras perdas... relativas a partes de

capital, concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.

6. Sendo as reduções do justo valor destas partes de capital qualificadas como perdas deverão ser consideradas, nos termos do artigo 45º, nº 3, do CIRC em 50% do seu valor.”

De notar ainda que este entendimento foi reiterado na informação nº 1.706/12 da DSIRC (processo 2878/12 de 9 de agosto) que mereceu Despacho concordante do subdiretor geral, como substituto legal ao Diretor-Geral.

Face ao que antecede, e de forma a dar cumprimento ao estabelecido no nº 3 do artigo 45º do CIRC, solicitou-se ao sujeito passivo a informação necessária (designadamente, os extratos de conta de ganhos e perdas anteriormente referidos e ficheiro de inventário de títulos com o detalhe das variações de justo valor dos títulos) para se proceder ao apuramento das perdas relevantes para efeitos fiscais, ocorridas, no exercício de 2011, em partes de capital.

(...)

Do exposto, porque se lhe aplica a disciplina versada na alínea a) do nº 9 do artigo 18º do CIRC e o sujeito passivo não procedeu a qualquer regularização para efeitos de determinação do lucro tributável, em cumprimento do preceituado no nº 3 do artigo 45º do CIRC, procede-se à respetiva correção no valor de € 1.734.780,59, conforme apuramento no mapa que se junta no anexo 5, página 1/14.

- H)** Na sequência da acção inspectiva, foi emitida a liquidação de IRC n.º 2016 ... e juros compensatórios, relativa ao exercício de 2011, no valor global de € 1.470.322,5, em que, além de outras, foi considerada a correcção referida;
- I)** A Requerente apresentou um pedido de pronúncia arbitral, relativo às correcções à matéria tributável de IRC do exercício de 2010, cujo processo tem o n.º 392/2016-T (Documento n.º 4, junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), que se encontra pendente;

- J)** Em 15-06-2016, a Requerente efectuou o pagamento da referida quantia de € 1.470.322,51 (parte superior do documento n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- K)** Em 14-09-2016, a Requerente apresentou o pedido de constituição do tribunal arbitral que deu origem ao presente processo.

3.2. Factos não provados

Não há factos relevantes para decisão da causa que não se tenham provado.

3.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto

Os factos provados baseiam-se nos documentos juntos pela Requerente com o pedido de pronúncia arbitral e com a Resposta.

4. Matéria de direito

4.1. A questão que é controvertida

A Requerente é uma sociedade gestora de participações sociais que detém a 100% uma instituição de crédito (a sociedade de locação financeira e factoring D..., SA), pelo que é uma entidade sujeita à supervisão do Banco de Portugal, como decorre dos artigos 3.º, alínea g), 11.º e 117.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, na redacção decorrente da republicação operada pelo Decreto-Lei n.º 1/2008, de 3 de Janeiro), vigente em 2011.

Numa acção inspectiva a Autoridade Tributária e Aduaneira efectuou correcções ao lucro tributável da Requerente relativo ao exercício de 2011, sendo uma delas, no montante de € 1.734.780,59, respeitante a perdas por redução de justo valor relativas a partes de capital que integram a rubrica “Activos Financeiros Disponíveis para Negociação”.

A Requerente considerou dedutíveis ao lucro tributável essas perdas na sua totalidade, enquanto a Autoridade Tributária e Aduaneira apenas as considerou dedutíveis em 50% do respectivo valor, por aplicação do regime previsto no n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC, vigente no ano de 2011.

Apenas é questionada no presente processo a legalidade desta correcção.

O Decreto-Lei n.º 35/2005, de 17 de Fevereiro, transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2003/51/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, que altera as Directivas n.ºs 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE e 91/674/CEE, do Conselho, relativas às contas anuais e às contas consolidadas de certas formas de sociedades, bancos e outras instituições financeiras e empresas de seguros, prevendo a possibilidade de as entidades às quais não se apliquem as Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) optarem pela sua aplicação nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho.

No seu artigo 13.º, n.º 1, alínea a), o Decreto-Lei n.º 35/2005 atribuiu competência ao Banco de Portugal para a definição do âmbito subjectivo de aplicação das Normas Internacionais de Contabilidade, bem como a definição das normas contabilísticas aplicáveis às contas consolidadas, relativamente às entidades sujeitas à respectiva supervisão, regime este que foi mantido pelo artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho, que aprovou o Sistema de Normalização Contabilística (SNC).

Por força do Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2005, publicado no Diário da República n.º 41/2005, Série I-B de 28 de Fevereiro, foi definido o âmbito de aplicação das Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) - International Accounting Standards/International Financial Reporting Standards (IAS/IFRS), bem como as normas contabilísticas aplicáveis às contas consolidadas e individuais das entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

No n.º 2 deste Aviso n.º 1/2005 refere-se que *«sem prejuízo do disposto nos números seguintes, as instituições a que este aviso se aplica devem elaborar as demonstrações financeiras em base individual e em base consolidada de acordo com as normas internacionais de contabilidade (NIC), tal como adoptadas, em cada momento, por regulamento da União Europeia e, bem assim, com a estrutura conceptual para a apresentação e preparação de demonstrações financeiras que enquadra aquelas normas»*.

Para além do regime que consta dos números seguintes, o Banco de Portugal, no exercício do seu poder de regulamentar, tem emitido avisos e instruções que impõem às entidades sujeitas à sua supervisão a aplicação das Normas de Contabilidade Ajustadas (NCA), correspondem genericamente às Normas Internacionais de Contabilidade (NIC) e de Relato Financeiro (IAS/IFRS), com as excepções especialmente previstas.

No caso em apreço, não é questionado entre as partes que a Requerente estava sujeita em 2011 à aplicação das NCA que decorrem dos avisos do Banco de Portugal e das NIC.

Como bem nota a Autoridade Tributária e Aduaneira, na sua Resposta, e se refere no Relatório da Inspeção Tributária, a correcção em causa reporta-se a valores contabilizados como «*Activos Financeiros Disponíveis para Negociação*» (AFDN), relativos aos investimentos efectuados no âmbito do contrato celebrado pela Requerente com a J... para gestão de uma carteira de 100 milhões de euros, que foram registados ao justo valor e os ganhos ou perdas provenientes da sua valorização afectaram directamente o resultado do exercício.

Esta classificação contabilística está em sintonia com o preceituado no IAS39 que estabelece, além do mais, que «*um activo financeiro ou passivo financeiro pelo justo valor através dos resultados é um activo financeiro ou um passivo financeiro que satisfaz qualquer das seguintes condições*» entre as quais se inclui a de que «*está classificado como detido para negociação*», considerando-se que «*um activo financeiro ou um passivo financeiro está classificado como detido para negociação se for: (i) adquirido ou incorrido principalmente para a finalidade de venda ou de recompra num prazo muito próximo; (ii) parte de uma carteira de instrumentos financeiros identificados que são geridos em conjunto e para os quais existe evidência de um modelo real recente de tomada de lucros a curto prazo*».

O artigo 18.º, n.º 9, do CIRC, na redacção vigente em 2011, estabelece a regra de que «*os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados*», mas admite excepções, nos caso especialmente previstos e, em geral, quando «*respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo*

justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos do capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5 % do respectivo capital social».

No caso em apreço, está-se perante entidade sujeita à supervisão do Banco de Portugal, a que é aplicável a regulamentação própria para estas entidades, mas, de qualquer forma, não é controvertido pelas Partes, pelo que se deve considerar assente, que os instrumentos financeiros em causa relevam para a formação do lucro tributável da Requerente, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea g), do CIRC, que estabelece que «*consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente (...) gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros*».

A divergência essencial entre as Partes restringe-se à aplicação do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC (vigente em 2011), resumindo-se nestes termos:

- a Requerente entende que este n.º do artigo 45.º não se aplica aos ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor, pelo que eles relevam na totalidade como componente negativa do lucro tributável;
- a Autoridade Tributária e Aduaneira entende que esta norma é aplicável a esses ajustamentos pelo que eles concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.

4.2. Decisão da questão

A questão da aplicação ou não do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC aos ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros reconhecidos através de resultados, tem sido apreciada em várias decisões arbitrais, na sequência do acórdão de 25-11-2013, proferido no processo n.º 108/2013-T, cuja jurisprudência foi seguida, no essencial, nos acórdãos arbitrais de 09-06-2015 (processo n.º 58/2015-T), de 18-06-2015 (processo n.º 776/2014-T), de 25-09-2015 (processo n.º 208/2015-T), de 14-12-2015

(processo n.º 473/2015-T), de 17-06-2016 (processo n.º 738/2015-T) e de 14-12-2016 (processo n.º 393/2016-T).

O referido artigo 45.º, n.º 3, do CIRC decorre da renumeração do anterior artigo 42.º, n.º 3, efectuada pelo Decreto-Lei DL 159/2009.

Este n.º 3 do artigo 42.º em causa, por sua vez, foi introduzido pela Lei 32-B/2002, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2003), com a seguinte redacção:

“A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remissão e amortização com redução de capital, concorre para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.”.

A Lei 60-A/2005 de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2006), deu ao referido n.º 3 do artigo 42.º a seguinte redacção:

“A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remissão e amortização com redução de capital, bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares, concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor”.

Ao tempo em que foram emitidas estas normas e até à entrada em vigor da alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do CIRC, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, os ajustamentos de justo valor que fossem efectuados na contabilidade eram, em geral, irrelevantes para a formação do lucro tributável (³), pois o artigo 21.º, n.º 1, alínea b), do

³ No entanto, para as entidades sujeitas a supervisão do Banco de Portugal, por força do disposto nos artigos 57.º, n.º 2, alínea a) e 59.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, já era aplicável, a partir de 01-01-2006, um regime idêntico ao que veio a ser previsto naquele artigo 18.º, n.º 9, alínea a), que estabelecia nos seguintes termos:

2 - Enquanto não se introduzirem no Código do IRC as necessárias adaptações às NIC, as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal que estejam obrigadas a elaborar as suas contas individuais em conformidade com as normas de contabilidade ajustadas (NCA) devem

CIRC, estabelecia que não concorriam para a formação do lucro tributável *«as mais-valias potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade, incluindo as reservas de reavaliação legalmente autorizadas»*. Apenas no momento da realização da mais ou menos-valia é que assumia.

Como se refere nos citados acórdãos arbitrais, este enquadramento fiscal, que se reconduzia a uma tributação única (que ocorria uma só vez ao longo de todo o período de detenção dos instrumentos financeiros), dependente de uma actuação voluntária do sujeito passivo (na medida em que a transacção dos instrumentos geradores da variação patrimonial, condição da relevância tributária daquela, apenas se daria se e quando o sujeito passivo alienasse os activos) e em que a valorimetria da variação patrimonial era fixada em função da concreta transacção que desencadeava a sua relevância tributária propiciavam um terreno fértil para manipulações contabilísticas e fiscais, já que o sujeito passivo podia optar por desencadear a relevância tributária no momento e termos em que lhe tal lhe fosse fiscalmente mais proveitoso.

Por outro lado, e atenta a relevância da vontade do sujeito passivo no mecanismo de relevância tributária da variação patrimonial, o sistema estabelecido adequava-se à adopção de mecanismos de condicionamento daquela vontade, no sentido de a conformar a comportamentos economicamente mais desejáveis, que, no caso, passam pela preferência de realização de mais-valias, em detrimento da realização de menos-valias.

É neste quadro que se explica o surgimento da norma do anterior artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, que precede o actual artigo 45.º, n.º 3, do mesmo.

observar as regras estabelecidas naquele código e legislação complementar para o apuramento do lucro tributável, com as seguintes adaptações:

- a) *As variações de justo valor dos instrumentos financeiros classificados como «activos ou passivos financeiros pelo justo valor por via dos resultados» concorrem para a formação do lucro tributável, salvo quando respeitem a partes de capital que correspondam a mais de 5% do capital social ou a instrumentos de capital próprio que não estejam admitidos à negociação em mercado regulamentado;*

Regime idêntico foi introduzido pela alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 237/2008, de 15 de Dezembro, para as entidades que se encontrem obrigadas a aplicar o Plano de Contas para as Empresas de Seguros, aprovado pelo Instituto de Seguros de Portugal).

Diferente da relevância fiscal dos ajustamentos de justo valor contabilísticos relativos a instrumentos financeiros era a relevância que poderia advir da constituição de provisões para menos-valias de aplicações, nos termos do artigo 35.º-A, n.º 3, do CIRC, aditado pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, o que não é o caso dos autos.

Tal norma, quer na sua redacção primitiva, resultante da Lei 32-B/2002, de 30 de Dezembro, quer na que lhe foi dada pela Lei 60-A/2005 de 30 de Dezembro, explica-se objectiva e subjectivamente (ou seja, face à motivação expressa pelo legislador) por necessidades ligadas ao combate à fraude e evasão fiscais e ao alargamento da base tributável, dirigidas à almejada consolidação orçamental das contas públicas.

Na verdade, de acordo com o Relatório do Ministério das Finanças para o Orçamento de Estado de 2003 (⁴), a intervenção legislativa na área em causa (IRC) guiou-se por “*duas prioridades, a saber, o combate à fraude e evasão fiscais e o alargamento da base tributável*” (página 33), enquadrando-se a alteração que aqui interessa no âmbito do “*Alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade*” (página 53).

No Relatório do referido Orçamento para 2006 (⁵) refere-se que a medida em causa se enquadrou no âmbito do “COMBATE À EVASÃO E FRAUDE FISCAIS E OUTRAS MEDIDAS DIRECCIONADAS À CONSOLIDAÇÃO ORÇAMENTAL” (página 31).

É, assim, claro que, como se conclui no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17-02-2016, processo n.º 01401/14, «*a norma, em qualquer das suas versões, integra uma medida anti-abuso, na medida em que o legislador terá pretendido (para além do alargamento da base tributável) evitar a manipulação do resultado fiscal*».

A aceitação limitada da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, que veio a ser regulada em termos gerais pelo Decreto-Lei 159/2009, de 13 de Julho [e que, como se disse, já se verificava antes, desde 01-01-2006, para as entidades sujeitas a supervisão do Banco de Portugal, por força do disposto nos artigos 57.º, n.º 2, alínea a), e 59.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro], constitui, na parte abrangida, um modelo radicalmente diferente, quer de valorização quer de relevância tributária das variações patrimoniais relativas à detenção daqueles instrumentos.

Deste modo, onde antes tínhamos uma relevância tributária única, aquando da transacção daqueles instrumentos, agora passamos a ter uma relevância tributária

⁴ Disponível em:

<http://www.dgo.pt/politicaorcamental/Paginas/OEpagina.aspx?Ano=2003&TipoOE=Proposta+de+Or%u00e7amento+do+Estado&TipoDocumentos=Lei+%2f+Mapas+Lei+%2f+Relat%u00f3rio>.

⁵ Disponível em

<http://www.dgo.pt/politicaorcamental/Paginas/OEpagina.aspx?Ano=2006&TipoOE=Proposta+de+Or%u00e7amento+do+Estado&TipoDocumentos=Lei+%2f+Mapas+Lei+%2f+Relat%u00f3rio>.

continuada. Ou seja, face às novas normas integrantes do regime da relevância tributária da contabilização pelo justo valor de instrumentos financeiros, os rendimentos ou gastos resultantes da aplicação do justo valor a estes passam a relevar directamente para a formação do lucro tributável [artigo 20.º, n.º 1, alínea f), e artigo 23.º, n.º 1, alínea i), do CIRC] do próprio ano em que se verificam, cumpridas que sejam determinadas condições, não sendo tributadas as variações patrimoniais verificadas como mais ou menos-valias [artigo 46.º, n.º 1, alínea b), do CIRC].

Neste quadro, deixam de se verificar quaisquer necessidades relativas ao combate da fraude e evasão fiscais, não só porquanto a relevância tributária das variações patrimoniais deixa de estar condicionada por um acto de vontade do sujeito passivo, mas também porquanto a valorimetria é objectivamente fixada.

Por outro lado, e pelas mesmas razões, carece igualmente de sentido qualquer medida de condicionamento da vontade do sujeito passivo, no sentido de favorecer comportamentos economicamente mais “desejáveis” e, como tal, conformes aos interesses do alargamento da base tributável e consolidação orçamental.

Assim, tem de se concluir, na esteira da referida jurisprudência arbitral, que o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC (na redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 159/2009), que não se aplicava originariamente a ajustamentos de justo valor em instrumentos financeiros, não passou a abrangê-los como corolário da inovadora relevância destes ajustamentos que veio a ser reconhecida pela alínea a) do n.º 2 do artigo 57.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro (para as entidades sujeitas a supervisão do Banco de Portugal), pela alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 237/2008, de 15 de Dezembro (para as entidades que se encontrem obrigadas a aplicar o Plano de Contas para as Empresas de Seguros, aprovado pelo Instituto de Seguros de Portugal) e, em geral, pela redacção do CIRC introduzida pelo DL n.º 159/2009.

Na verdade, se não vale em relação a estes ajustamentos a razão de ser da restrição à relevância das perdas e variações patrimoniais negativas que se previa no artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, não há qualquer fundamento para concluir que a manutenção da norma constitui manifestação de uma intenção legislativa de alargar, injustificadamente, o seu campo de aplicação.

Por isso, se a letra do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC pudesse ser interpretada, literalmente, como abrangendo estes ajustamentos, ela teria de ser interpretada restritivamente, pois, teria de se concluir que o legislador teria adoptado um texto que atraía o seu pensamento, na medida em que diria mais do que aquilo que pretendia dizer. Em situações deste tipo «*a ratio legis terá uma palavra decisiva. O intérprete não deve deixar-se arrastar pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de o tornar compatível com o pensamento legislativo, isto é, com aquela ratio. O argumento em que assenta este tipo de interpretação costuma ser assim expresso: cessante ratione legis cessat eius dispositio (lá onde termina a razão de ser da lei termina o seu alcance)*» (⁶).

“O método teleológico tem-se vindo a deslocar cada vez mais para um primeiro plano em relação à interpretação literal. Segundo o princípio de há longa data conhecido: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, deve importar mais o fim e a razão de ser que o respectivo sentido literal. A ratio deve impor-se, não apenas dentro dos limites de um teor literal muitas vezes equívoco, mas ainda rompendo as amarras desse teor literal ou restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo”. (⁷)

Deste modo, e em obediência às imposições hermenêuticas do artigo 9.º do Código Civil, segundo as quais “*a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*” (n.º 1), e “*na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.*” (n.º 3), é de interpretar o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC (depois, artigo 45.º, n.º 3), no sentido de na sua previsão não se incluírem os gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros, que relevem para a formação do lucro tributável.

Para além deste relevo decisivo da *ratio legis* para delimitar o campo de aplicação do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC (depois, artigo 45.º, n.º 3), nem mesmo nele se encontra suporte textual na redacção do CIRC vigente em 2011 para uma interpretação no sentido

⁶ BAPTISTA MACHADO, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, página 186.

⁷ KARL ENGISCH, Introdução ao pensamento jurídico, página 120.

de abranger os ajustamento resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros, pois nele alude-se a «*perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio*» e, na terminologia do mesmo Decreto-Lei n.º 159/2009, relativamente às diminuições de valor em instrumentos financeiros fala-se, na alínea i) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC, em «*gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros*».

Isto é, se o legislador, aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei 159/2009 de 13 de Dezembro, pretendesse abranger as situações elencadas no artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC, no âmbito do artigo 45.º, n.º 3, do mesmo, teria referido tais situações na alínea i) do n.º 1 do artigo 23.º, como “**perdas** resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros” e não como “**gastos**”. (⁸)

Para além disso, a interpretação aqui perfilhada é a que manifestamente se afigura como mais acertada (e, conseqüentemente, se deve presumir ter sido legislativamente adoptada, por força do disposto no n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil), como se refere no citado acórdão do processo n.º 108/2013-T:

Já o regime resultante da conjugação dos artigos 45.º, n.º 3, e 46.º do CIRC, apenas faz sentido na perspectiva da atendibilidade das variações patrimoniais em causa sob o prisma do referido princípio da realização.

⁸ Sobre a falta de suporte textual no artigo 45.º, n.º 3, do CIRC para abranger os ajustamentos da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros, remete-se para a fundamentação do acórdão arbitral proferido no processo n.º 108/2013-T, disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, que foi extensamente citada no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17-02-2016, proferido no processo n.º 01401/14.

É certo que, já depois de proferido aquele acórdão arbitral, a Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, em sintonia com o SNC, veio fazer referência a «*perdas por reduções de justo valor em instrumentos financeiros*», na nova alínea j) do n.º 2 do artigo 23.º do CIRC, ao mesmo tempo que eliminou o n.º 3 do artigo 45.º.

No entanto, para além de a nova redacção não ter aplicação ao exercício de 2011 e de o teor literal ser um elemento interpretativo de natureza secundária, a designação de «*perdas*» é considerada adequada pela doutrina contabilística para referenciar diminuições em benefícios económicos que têm uma natureza periférica à actividade normal ou regular de uma entidade, o que não é o caso dos ajustamentos de justo valor em instrumentos financeiros, detidos por uma SGPS do sector financeiro (sobre este ponto, remete-se para a fundamentação do acórdão arbitral de 17-06-2016, proferido no processo n.º 738/2015-T).

É que, estando em causa, face a tal princípio, a aferição da variação patrimonial em função de uma transacção, haverá sempre um factor voluntário em relação àquela.

Ou seja, no regime para o qual foi pensada e instituída a norma do artigo 45.º, n.º 3, a realização de menos-valias, e demais situações elencadas estava dependente de uma actuação voluntária correspondente à realização das mesmas. Ora, neste quadro, será compreensível que o legislador institua mecanismos de desincentivo a uma actuação susceptível de ser considerada como desvaliosa, no caso a realização de menos-valias ou outras variações patrimoniais negativas. Ao dispor que tais situações apenas relevarão em 50% do montante contabilizado, o legislador fiscal está, objectivamente, a condicionar as actuações abrangidas pela previsão legal, impondo um incentivo negativo às mesmas.

Por outro lado, e estando em causa instrumentos financeiros de valor não objectivamente quantificável, a desconsideração em 50% das variações patrimoniais negativas verificadas, teria também uma função de “compensar” a natural tendência dos operadores económicos para, ao nível fiscal, inflacionarem os prejuízos.

Contudo, aqueles aspectos não se verificarão já nas situações abrangidas pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a). Aqui, estando-se perante ajustes decorrentes da contabilização do justo valor, determinado por critérios objectivos (com “um preço formado num mercado regulamentado”), não há qualquer dúvida ou intervenção da vontade do sujeito passivo na verificação do ajustamento patrimonial negativo ou positivo. Ou seja, estes ocorrerão ou não, independentemente da actuação e da vontade do sujeito passivo.

Ora, penalizar, nestes casos, o sujeito passivo com uma desconsideração de 50% do gasto incorrido, seria de todo injustificado, quer de um ponto de vista económico, quer de um ponto de vista jurídico.

É que, recorde-se, esta situação de penalização contingente (aleatória, até) injustificada, só se daria por força da excepção das situações abrangidas pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC ao regime do princípio da realização. Ou seja, se relativamente a essas situações se aplicasse o regime geral do corpo do

artigo 18.º, n.º 9, segundo o qual as mesmas não concorreriam “para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados”, a apontada incoerência não se verificaria, já que o facto que desencadearia a concorrência para a formação do lucro tributável apenas se daria por vontade do sujeito do passivo, pelo que caberia a este optar por realizar a variação patrimonial negativa, com a conseqüente penalização fiscal, ou diferir esta para um momento em que fosse menos volumosa ou, até positiva, diminuindo ou eliminando a penalização decorrente da operação para si e para o Erário Público. É a excepção da alínea a), ao retirar as situações aí previstas do âmbito do princípio da realização, que justifica o novo regime de relevância para o lucro tributável, que foi instituído.

Evidência de tudo o que vem de se dizer, apresenta-se no quadro elaborado de seguida, o qual demonstra a irrazoabilidade da aplicação da norma do artigo 45.º, n.º 3, às situações abrangidas pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a):

Ano	Valor Investimento Financeiro	Variação Patrimonial	Aplicação do artigo 45.º/3 do CIRC
0	Valor de aquisição (V.A.)	0	0
1	V.A.+ 40	+ 40	+40
2	V.A.+ 20	-20	-10
3	V.A	-20	-10
4	V.A.-40	-40	-20
5	V.A.	+40	+40
6	V.A. -20	-20	-10

A não aplicação da norma do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC aos gastos, e concretamente aos “Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros”, com a consideração plena das repercussões patrimoniais verificadas, sejam positivas ou negativas, leva a uma coerência da

tributação qualquer que seja a altura em que se verifique a alienação do instrumento financeiro. Ou seja, em qualquer altura que se escolha para proceder à alienação do instrumento financeiro, as alterações patrimoniais positivas e negativas compensam-se, de modo que, a final, o sujeito passivo apenas tenha acrescentado ou diminuído ao seu lucro tributável a diferença entre o valor de aquisição e o valor de venda.

Já se se aplicasse a norma do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, como pretende a Autoridade Tributária e Aduaneira, a partir do momento em que se verifique uma alteração patrimonial negativa, haverá uma discrepância entre a relevância fiscal das variações patrimoniais negativas e positivas, sem qualquer justificação, como se disse, uma vez que aquelas variações ocorrem de forma objectiva e independente da actuação ou vontade do sujeito passivo. Assim, se ao fim do segundo ano o sujeito passivo do exemplo supra procedesse à realização do instrumento financeiro em causa, não obstante ter realizado uma mais-valia de apenas 20 (que seria tributada como tal ao abrigo do princípio da realização), teria, afinal, pago imposto sobre 30 (40-10). Do mesmo modo, se procedesse àquela realização ao fim do terceiro ano, teria pago imposto sobre 20, não obstante não ter tido qualquer acréscimo patrimonial com a operação. E se procedesse à mesma realização ao fim do sexto ano, teria pago imposto como se tivesse tido um acréscimo patrimonial de 30 (80-50), não obstante ter tido uma variação patrimonial efectiva de -20, que, ao abrigo do princípio da realização consagrado no CIRC, seria atendível, ainda que em apenas 50% do respectivo valor (-10)!

*Parece claro que tais resultados, meramente aleatórios e sem qualquer justificação substancial que os sustente, não poderão ter sido queridos por um legislador razoável, que, por imperativo do artigo 104.º, n.º 2, da CRP, tem de fazer assentar a tributação das empresas fundamentalmente sobre o seu **rendimento real**.*

Assim, tem de se concluir que devem afastar-se do campo de aplicação deste artigo 45.º, n.º 3, do CIRC as situações em que não vale a sua razão de ser.

Na verdade, o obsoleto princípio que a Autoridade Tributária e Aduaneira invoca no artigo 66.º da Resposta («onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo») está há muito superado.

«O velho brocardo de que ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus, de valor precaríssimo, só vale, como todos sabem, se e na, medida em que, de acordo com outros elementos da interpretação, não haja razões sérias para distinguir (Vide, por todos, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, 6.ª ed., reimpressão, I, Coimbra, 1973, págs. 171 e segs., e MANUEL ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, e F. FERREIRA, *Interpretação e aplicação das leis*, 3.ª ed., 1978, pág. 149 – onde categoricamente se afirma que "é falso, portanto, na sua absoluteza, o provérbio: Ubi lex non distinguit, nec nobis distinguere licet"). (9)

No caso em apreço, por tudo o que se referiu, é manifesto que há razões para distinguir entre as situações em que as diminuições patrimoniais dependem da vontade do Sujeito Passivo, daquelas que resultam directamente de imposição da lei, o que conduz à conclusão de que apenas naquelas havia lugar, em 2011, à aplicação do regime do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC.

Consequentemente, a correcção efectuada pela Autoridade Tributária e Aduaneira cuja legalidade é questionada no presente processo enferma de vício de violação de lei, por errada interpretação do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, pelo que se justifica declaração da sua ilegalidade.

5. Pedido de anulação global da liquidação

A Requerente pede a anulação total da liquidação impugnada, mas apenas imputa ilegalidade à correcção no valor de € 1.734.780,59, relativa à relevância dos ajustamentos de justo valor.

⁹ ANTUNES VARELA, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 124, página 39.

Na mesma linha, salientando o valor muito limitado e não lhe dando mais relevo do que o que não se deve distinguir não houver razões, fundadas no sistema constituído, para concluir pela aplicação de regimes diferentes pode ver-se o mesmo Autor em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 123, página 30.

Os actos de liquidação são naturalmente divisíveis, sendo-o também juridicamente, sendo admissível a anulação parcial quando o fundamento da anulação valha apenas em relação a uma parte do acto. (¹⁰)

No caso em apreço, apenas é imputada à liquidação impugnada ilegalidade relativa à correcção referida, pelo que apenas em relação à parte da liquidação que tem como pressuposto a referida correcção no valor de € 1.734.780,59 se justifica a anulação, quer do IRC quer dos juros compensatórios.

Assim, sem prejuízo do que vier a ser decidido em execução de julgado, na sequência da decisão que vier a ser proferida no processo n.º 392/2016-T, apenas na parte relativa àquela correcção o pedido de pronúncia arbitral pode ser julgado procedente.

6. Juros indemnizatórios

A Requerente pagou a quantia liquidada e pede juros indemnizatórios.

De harmonia com o disposto na alínea b) do art. 24.º do RJAT, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a Administração Tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos 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, *«restabelecer a situação que existiria se o acto tributário objecto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adoptando os actos e operações necessários para o efeito»*, o que está em sintonia com o preceituado no art. 100.º da LGT [aplicável por força do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 29.º do RJAT] que estabelece, que *«a administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamação, impugnação judicial ou recurso a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da legalidade do acto ou situação objecto do litígio, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, se for caso disso, a partir do termo do prazo da execução da decisão»*.

¹⁰ Neste sentido, pode ver-se o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28-10-1998, proferido no processo n.º 022603, publicado em Apêndice ao Diário da República de 06-04-2001, página 351.

No mesmo sentido, podem ver-se os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 12-1-2012, processo n.º 0965/10, de 12-2-2015, processo n.º 0716/14, e de 18-11-2015, processo n.º 0699/15.

Embora o art. 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RJAT utilize a expressão «*declaração de ilegalidade*» para definir a competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD, não fazendo referência a decisões condenatórias, deverá entender-se que se compreendem nas suas competências os poderes que em processo de impugnação judicial são atribuídos aos tribunais tributários, sendo essa a interpretação que se sintoniza com o sentido da autorização legislativa em que o Governo se baseou para aprovar o RJAT, em que se proclama, como primeira directriz, 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*».

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

Assim, o n.º 5 do art. 24.º do RJAT, ao dizer que «*é devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na lei geral tributária e no Código de Procedimento e de Processo Tributário*», deve ser entendido como permitindo o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no processo arbitral.

No caso em apreço, é manifesto que, na sequência da ilegalidade do acto de liquidação, há lugar a pagamento de juros indemnizatórios, pois a liquidação é imputável à Administração Tributária, que, por sua iniciativa, o praticou sem suporte legal.

Consequentemente, a Requerente tem direito a juros indemnizatórios, nos termos dos artigos 24.º, n.º 5, do RJAT, 43.º, n.º 1, da LGT e 61.º do CPPT, a determinar pela Autoridade Tributária e Aduaneira em execução do presente acórdão, na sequência do que vier a ser decidido também no processo n.º 392/2016-T.

7. Decisão

Nestes termos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Indeferir o pedido de suspensão da instância;
- b) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral na parte em que tem como pressuposto a correcção no valor de € 1.734.780,59, relativa aos ajustamentos de justo valor;
- c) Anular a liquidação de liquidação de IRC e juros compensatórios n.º 2016..., relativa ao período 2011 na parte correspondente à correcção no valor de €1.734.780,59, relativa à relevância dos ajustamentos de justo valor;
- d) Julgar improcedente o pedido de pronúncia arbitral quanto à parte da referida liquidação de IRC e juros compensatórios que tem como pressuposto outras correcções, sem prejuízo do que vier a ser decidido em execução da decisão arbitral que vier a ser proferida no processo n.º 392/2016-T;
- e) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira a pagar à Requerente juros indemnizatórios, nos termos dos artigos 24.º, n.º 5, do RJAT, 43.º, n.º 1, da LGT e 61.º do CPPT, a determinar em execução de julgado.

6. Valor do processo

De harmonia com o disposto no art. 306.º, n.º 2, do CPC e 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € **1.470.322,51**.

7. Custas

Nos termos do art. 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € **19.584,00**, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Requerida.

Lisboa, 08-03-2017

Os Árbitros

(Jorge Manuel Lopes de Sousa)

(Cristina Aragão Seia)

(António Martins)