

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 437/2016-T

Tema: Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) - Ajustamentos pelo justo valor.

Decisão Arbitral

I. RELATÓRIO

1. **A... SGPS, SA**, com o número único de matrícula na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa e de identificação de pessoa coletiva..., com sede na ..., n.º..., ... – ... Lisboa, com o capital social de € 1.000.000,00 (um milhão de euros), seguidamente designada por “Requerente”, notificada pela Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) da Demonstração de Liquidação do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) n.º 2016 ... e da Demonstração de Acerto de Contas n.º 2016 ..., ambas relativas ao exercício de 2012, veio solicitar, nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º do *Regime Jurídico da Arbitragem Tributária* (RJAT), que integra o Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, a constituição de tribunal arbitral singular e apresentar pedido de pronúncia arbitral que declare a ilegalidade do ato tributário notificado.

2. É Requerida a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA** (adiante designada por “Requerida”)

3. O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira em 19-08-2016.

4. Dado que a Requerente não procedeu à nomeação de árbitro, ao abrigo do disposto no artigo 6.º, n.º 2, alínea a), do RJAT, foi o signatário designado como árbitro, pelo Senhor Presidente do Conselho Deontológico do CAAD, tendo a nomeação sido aceite, no prazo e termos legalmente previstos.

5. Em 06-10-2016 foram as Partes devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação do árbitro, nos termos do disposto no artigo 11.º, n.º 1, alíneas a) e b) do RJAT, conjugado com os artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

6. Em conformidade com o preceituado na alínea c), do n.º 1, do artigo 11.º do RJAT, o Tribunal Arbitral Singular foi constituído em 21-10-2016.

7. No Requerimento Arbitral, por si oferecido, a Requerente invocou, em síntese, o seguinte:

- a) A Requerida determinou que fosse acrescido à matéria coletável da Requerente o valor de €45.495,71, relativo a 50% das perdas por variações de justo valor reconhecidas em resultados, relativamente a títulos registados em “Ativos Financeiros Disponíveis para Negociação” (“AFDN”);
- b) Os fundamentos jurídicos que subjazem a tal correção reconduzem-nos, no essencial, à aplicação das limitações constante do n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC às perdas por variações de justo valor em títulos registados nas carteiras de AFDN;
- c) Por seu turno, os argumentos que fundamentam tal aplicabilidade reconduzir-se-ão também, na prática, a um único e só argumento, a saber, o elemento literal de interpretação das normas jurídicas;
- d) Uma boa interpretação da lei não pode dispensar o elemento histórico de interpretação, o elemento sistemático e o seu elemento racional ou finalístico;
- e) A intenção do legislador, ao alargar, em 2006, o âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC, não era manifestamente a de nele incluir as provisões para imparidade constituídas obrigatoriamente pelas instituições de crédito relativas a partes de capital registadas como “AFDN”;
- f) Acresce que, no plano dos princípios, nunca se poderá aplicar uma norma excepcional e restritiva, que limita a dedutibilidade de encargos com base em propósitos “moralizadores”, a custos, cujo reconhecimento contabilístico pelo

sujeito passivo, não só não se encontra na sua livre disposição, como lhe é, para além disso, imposto por uma entidade supervisora;

- g) Se aplicarmos às perdas por imparidade em partes de capital, reconhecidas obrigatoriamente pelas instituições de créditos em resultados, simultaneamente o disposto no artigo 37.º do Código do IRC e o disposto no artigo 45.º, n.º 3, do mesmo diploma (partindo do pressuposto – errado no entender da Requerente – de que esta última disposição abrange tais encargos) estaremos, afinal, a anular, através da aplicação de uma norma comum, os objetivos prosseguidos por uma norma particular e especial;
- h) Não devendo as normas comuns prevalecer sobre as particulares, nem as normas gerais sobre as especiais, aplicar os limites previstos no n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC às perdas por imparidade em partes de capital reconhecidas por instituições, sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, mais do que desrespeitar regras básicas de hierarquia de normas, é esquecer o essencial da tarefa da interpretação, a saber, 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;
- i) Aplicar o n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC às provisões para imparidade constituídas/deduzidas pela Impugnante, em 2010, relativas a partes de capital qualificadas como “AFDN”, mais não é do que aplicar uma norma jurídica, sem antes se curar de perceber de que norma se trata, qual a sua *ratio*, qual a sua história e qual a sua relação com as demais normas do ordenamento jurídico-fiscal em que aquela se insere;
- j) A manter-se esta correção, manter-se-á, portanto, um ato manifestamente ilegal, por violação do disposto no artigo 45º, n.º 3, do Código do IRC.
- k) Nestes termos, a Requerente pede que o tribunal arbitral aprecie a legalidade dessa liquidação e, conseqüentemente, a anule.

8. A Requerida apresentou Resposta, na qual se defende por impugnação, alegando, no sentido da improcedência do pedido de pronúncia arbitral, em síntese, o seguinte:

- a) O artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, à semelhança de outros dispersos pelo Código do IRC, tem subjacente o propósito de atenuar os efeitos de práticas de erosão na base tributável, que também se inserem, na atualidade, nos objetivos da política fiscal;
- b) O legislador ao ter dado ao artigo 45.º, n.º 3, do CIRC uma redação abrangente e genérica, optou por não incluir, na sua previsão, qualquer ponderação de circunstâncias particulares das operações concretas que originam as menos-valias, bem como outras perdas e variações patrimoniais negativas;
- c) O conceito “*perdas*” ínsito no artigo 45.º, n.º 3, do CIRC reveste uma formulação aberta, no âmbito da qual se enquadram todo o tipo de perdas relativas a partes de capital, incluindo as perdas potenciais, donde resulta que o legislador não pretendeu excluir quaisquer perdas atinentes a partes de capital, que sejam refletidas na contabilidade, não tendo afastado expressamente as perdas potenciais, resultantes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros, quer as registadas em contas de gastos e perdas, quer em contas de capital próprio;
- d) O legislador, ao referir-se a “outras perdas relativas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital”, não as tipificou, deixando uma porta aberta para que aqui se subsumissem todas as perdas, incluindo os gastos/perdas resultantes da mensuração ao justo valor;
- e) Quanto ao facto de a subsunção ao regime de dedução parcial previsto no art.º 45.º, n.º 3, dos gastos/perdas apurados nos termos e condições referidos no art.º 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC, não ser acompanhado de um tratamento simétrico para os rendimentos/ganhos, e da potencial injustiça que daí possa resultar, na verdade, inexistente um dispositivo legal que permita a consideração de apenas metade do seu valor no cálculo do lucro tributável;
- f) E se o legislador, nem antes nem depois de 2010, introduziu qualquer disposição a consagrar uma solução simétrica para os rendimentos/ganhos e gastos/perdas decorrentes da aplicação do justo valor, nos termos e condições a que se refere o art.º 18.º, n.º 9, alínea a), também não pode o intérprete, seja a AT ou o sujeito passivo, substituir-se-lhe nessa tarefa;
- g) Contrariamente ao que sustenta a Requerente, quer do ponto de vista contabilístico, quer do ponto de vista fiscal, desde 2006 que, por um lado, são refletidas na

- contabilidade dos Bancos “perdas por imparidade” ainda que, do ponto de vista da terminologia, a mesma realidade concreta – apurando o mesmo resultado contabilístico fruto da adoção dos mesmos princípios e regras contabilísticas – tenha, até ao exercício de 2010, tido a designação de “provisões”;
- h) É também desde 2006 que se verifica a indedutibilidade de 50% dessas “provisões”, enquanto custos, gastos ou perdas contabilisticamente refletidas, por força do disposto na parte final do n.º 3 do art.º 45.º do CIRC, enquanto “outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente, prestações suplementares” (redação que se mantém vigente desde 2006 – o mesmo exercício em que entrou em vigor a nova regulamentação contabilística aplicável ao sector bancário), pelo que, não é correto afirmar-se que o sentido da norma foi alterado;
- i) Estão abrangidas pela norma contida no artigo 45.º, n.º 3, do CIRC todas as perdas relativas a partes de capital, quer se trate da 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 do reconhecimento de perdas por imparidade, não existindo nenhuma exceção para as perdas relativas a partes de capital das instituições de crédito;
- j) Ora, exatamente por compreender o espírito do legislador, e a letra da lei, a AT não estaria a atuar em conformidade com os mesmos se não abrangesse as perdas por imparidade nas “outras perdas ou variações patrimoniais negativas”;
- k) Em respeito pelos princípios da igualdade, equidade, uniformidade e capacidade contributiva (artigo 4.º da LGT e artigos 13.º, 103.º e 104.º da CRP), entre as Instituições de Crédito e as outras sociedades sujeitas a IRC (“contribuintes que tenham a natureza de pessoa coletiva ou afim”), sempre se teria de concluir que o n.º 3 do artigo 45.º do CIRC era igualmente aplicável às Instituições de Crédito e às outras sociedades sujeitas a IRC;
- l) Aplicando à norma legal, contida no n.º 3 do art.º 45.º do CIRC, a interpretação defendida pela Requerente obter-se-ia um resultado em que duas operações económicas substancialmente idênticas – compra e venda de partes de capital – seriam tributadas de forma bastante diversa, apenas em função de terem sido

praticadas por sujeitos passivos que operam em diferentes setores de atividade, pelo que a interpretação defendida pela Requerente é manifestamente desconforme com o princípio constitucional da igualdade;

- m) O ato tributário impugnado não afronta o princípio da tributação do rendimento real, porquanto tal princípio consagrado no n.º 2, do artigo 104.º da CRP, é o regime regra, que admite exceções, quais sejam, entre muitas outras, as limitações à dedutibilidade dos encargos, para efeitos fiscais, preceituadas no artigo 45.º do CIRC;
- n) Nestes termos, a Requerida defende a total improcedência, por não provado, do presente pedido de pronúncia arbitral.

9. Por despacho de 07-12-2016, atendendo a que não foram invocadas exceções e a que apenas há controvérsia sobre matéria de direito, este Tribunal dispensou a realização da reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, em aplicação dos princípios da autonomia na condução do processo, da celeridade, da simplificação e informalidade processuais, e decidiu que o processo prosseguisse com alegações escritas facultativas, tendo definido o dia 21-03-2017 como data limite para prolação da decisão arbitral.

10. A Requerente apresentou alegações finais, nas quais manteve e reforçou os argumentos invocados no Pedido de Pronúncia Arbitral, concluindo que a liquidação ora impugnada padece, entre outros, dos seguintes vícios:

- a) Vício de violação dos princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva, decorrentes dos artigos. 13º, n.º 1 e 104º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa;
- b) Vício de violação do disposto no artigo 23º do Código do IRC, por não permitir a dedução de gastos fiscais decorrentes de perdas por imparidade;
- c) Vício de violação do disposto no artigo 35º, n.º 2 do Código do IRC, por não permitir a dedução fiscal de perdas por imparidades constituídas por força de normas emanadas pelo Banco de Portugal.

11. A Requerida apresentou alegações finais, nas quais manteve, integralmente, o teor

da sua Resposta, sustentando, em resumo, que a correção efetuada não enferma de qualquer ilegalidade nem, ao contrário do que alega a Requerente, feriu os princípios constitucionais da igualdade e capacidade contributiva na sua vertente da tributação pelo lucro real.

II. SANEADOR

12. Não foram invocadas exceções.

13. As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas quanto ao pedido de pronúncia arbitral e estão devidamente representadas, nos termos do disposto nos artigos 4.º e 10.º do RJAT e do artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

14. Não se verificam nulidades, pelo que se impõe conhecer do mérito.

III. MÉRITO

III. 1. MATÉRIA DE FACTO

§1. Factos provados

15. Julgam-se provados os seguintes factos:

- a) A Requerente é uma sociedade sujeita aos poderes de supervisão do Banco de Portugal;
- b) A Requerente foi objeto de uma ação inspetiva, desenvolvida pela Divisão de Inspeção Tributária da Direção de Finanças de Lisboa, em cumprimento da Ordem de Serviço n.º OI2014..., que se iniciou em 21 de janeiro de 2016;

- c) Em resultado daquela ação de inspeção, foi elaborado um Projeto de Relatório de Inspeção Tributária, que propunha o acréscimo de € 45.495,71 à matéria coletável da Requerente, para efeitos de IRC referente ao exercício de 2012, por força da não consideração em apenas metade de perdas relativas a partes de capital (€ 90.991,42), nos termos do artigo 45.º, n.º 3 do Código do IRC;
- d) Este Projeto foi convolado em definitivo, tendo a Requerente sido notificada do Relatório de Inspeção Tributária, em 15 abril de 2016;
- e) Assim, foi acrescido à matéria coletável da Requerente o valor de € 45.495,71, correspondente a metade das perdas de capital contabilizadas, o que resultou na diminuição do prejuízo fiscal apurado pela Requerente no exercício de 2012 em igual valor;
- f) Em 27 de Abril de 2016, a Requerente foi notificada da Demonstração de Liquidação de IRC n.º 2016..., que reduziu para € 7.327.477,11 o valor a reembolsar apurado na autoliquidação;
- g) Não concordando com o entendimento da AT no que concerne à não consideração em apenas metade de perdas relativas a partes de capital, nos termos do artigo 45.º n.º 3 do CIRC, a Requerente deduziu o pedido de pronúncia arbitral ora em apreciação.

§2. Factos não provados

Com relevo para a decisão, não existem factos essenciais não provados.

§3. Motivação quanto à matéria de facto

No tocante à matéria de facto provada, a convicção do Tribunal fundou-se na livre apreciação das posições assumidas pelas Partes em sede de facto, no processo administrativo e no teor dos documentos juntos aos autos, não contestados pelas Partes.

III.2. MATÉRIA DE DIREITO

§1. Questão decidenda

Fixada a factualidade relevante, verifica-se estar em causa no presente processo exclusivamente matéria direito.

A questão central a decidir no caso *sub judice* é a que se prende com saber se, relativamente ao exercício de 2012, a norma contida no n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC, então em vigor, é aplicável às provisões para imparidade relativas a partes de capital qualificadas como “Ativos Financeiros Disponíveis para Negociação”, constituídas de acordo com as normas emitidas pelo Banco de Portugal, com a consequente dedução de 50% do respetivo valor, ou se, pelo contrário, as mesmas são totalmente dedutíveis, por força da aplicação da norma contida no n.º 2 do artigo 35.º do Código do IRC, também em vigor à data dos factos.

§2. Quadro legal

A questão decidenda centra-se na interpretação do preceito do n.º 3 do art. 45.º do CIRC, em vigor à data dos factos, cuja redação é a seguinte:

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

Assumem também relevo no caso em pareço os seguintes preceitos, na redação em vigor à data dos factos:

- Artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC:

«9- 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, excepto quando:

- a) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos do capital próprio,*

tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5% do respectivo capital social»;

- Artigo 23.º, n.º 1, do CIRC:

«1 — Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente:

- a) Os relativos à produção ou aquisição de quaisquer bens ou serviços, tais como matérias utilizadas, mão-de-obra, energia e outros gastos gerais de produção, conservação e reparação;*
- b) Os relativos à distribuição e venda, abrangendo os de transportes, publicidade e colocação de mercadorias e produtos;*
- c) De natureza financeira, tais como juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efectivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado;*
- d) De natureza administrativa, tais como remunerações, incluindo as atribuídas a título de participação nos lucros, ajudas de custo, material de consumo corrente, transportes e comunicações, rendas, contencioso, seguros, incluindo os de vida e operações do ramo «Vida», contribuições para fundos de poupança -reforma, contribuições para fundos de pensões e para quaisquer regimes complementares da segurança social, bem como gastos com benefícios de cessação de emprego e outros benefícios pós-emprego ou a longo prazo dos empregados;*
- e) Os relativos a análises, racionalização, investigação e consulta;*
- f) De natureza fiscal e parafiscal;*
- g) Depreciações e amortizações;*
- h) Ajustamentos em inventários, perdas por imparidade e provisões;*
- i) Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros;*

- j) *Gastos resultantes da aplicação do justo valor em activos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais;*
- l) *Menos-valias realizadas;*
- m) *Indemnizações resultantes de eventos cujo risco não seja segurável.*
- ...»;

- **Artigo 35.º, n.º 2, do CIRC:**

«Podem também ser deduzidas para efeitos fiscais as perdas por imparidade e outras correcções de valor contabilizadas no mesmo período de tributação ou em períodos de tributação anteriores, quando constituídas obrigatoriamente, por força de normas emanadas pelo Banco de Portugal, de carácter genérico e abstracto, pelas entidades sujeitas à sua supervisão e pelas sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras com sede em outro Estado membro da União Europeia, destinadas à cobertura de risco específico de crédito e de risco-país e para menos-valias de títulos e de outras aplicações.»

- **Artigo 37.º do CIRC:**

«1 — O montante anual acumulado das perdas por imparidade e outras correcções de valor para risco específico de crédito e para risco -país a que se refere o n.º 2 do artigo 35.º não pode ultrapassar o que corresponder à aplicação dos limites mínimos obrigatórios por força dos avisos e instruções emanados da entidade de supervisão.

2 — As perdas por imparidade e outras correcções de valor referidas no número anterior só são aceites quando relativas a créditos resultantes da actividade normal, não abrangendo os créditos excluídos pelas normas emanadas da entidade de supervisão e ainda os seguintes:

- a) *Os créditos em que Estado, Regiões Autónomas, autarquias e outras entidades públicas tenham prestado aval;*
- b) *Os créditos cobertos por direitos reais sobre bens imóveis;*

- c) *Os créditos garantidos por contratos de seguro de crédito ou caução, com excepção da importância correspondente à percentagem do descoberto obrigatório;*
d) *Créditos nas condições previstas nas alíneas c) e d) do n.º 3 do artigo 36.º*

3 — *As menos-valias de aplicações referidas no n.º 2 do artigo 35.º devem corresponder ao total das diferenças entre o custo das aplicações decorrentes da recuperação de créditos resultantes da actividade normal e o respectivo valor de mercado, quando este for inferior àquele.*

4 — *Os montantes anuais acumulados das perdas por imparidade e outras correcções de valor, referidas no n.º 2 do artigo 35.º, não devem ultrapassar os valores mínimos que resultem da aplicação das normas emanadas da entidade de supervisão.*

5 — *O regime constante do presente artigo, em tudo o que não estiver aqui especialmente previsto, obedece à regulamentação específica aplicável.*

6 — *Quando se verifique a anulação de provisões para riscos gerais de crédito, bem como de perdas por imparidade e outras correcções de valor não previstas no n.º 2 do artigo 35.º, são consideradas rendimentos do período de tributação, em primeiro lugar, aquelas que tenham sido aceites como gasto fiscal no período de tributação da respectiva constituição.»*

- **Artigo 46.º, n.º 1, do CIRC:**

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

- a) Activos fixos tangíveis, activos intangíveis, activos biológicos que não sejam consumíveis e propriedades de investimento, ainda que qualquer destes activos tenha sido reclassificado como activo não corrente detido para venda;*
- b) Instrumentos financeiros, com excepção dos reconhecidos pelo justo valor nos termos das alíneas a) e b) do n.º 9 do artigo 18.º».*

§3. Aplicação do direito ao caso *sub judice*

A Constituição da República Portuguesa consagra no seu artigo 104.º, n.º 2, o princípio da tributação do rendimento real. O legislador constitucional, ao afirmar no referido preceito que “a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real”, utiliza um moderador de sentido – “fundamentalmente” –, admitindo desvios ao princípio aí consagrado, os quais deverão estar devidamente justificados e ser adequados, necessários e proporcionais, em sentido estrito, ao fim visado. É o que sucede com a limitação, condicionamento ou vedação de dedução de determinados encargos suportados pelas empresas.

A norma contida no n.º 3 do artigo 45.º configura uma situação de limitação da dedução de encargos em sede de IRC, justificada pelo objetivo de prevenção de práticas fiscais evasivas e de proteção da base tributável face a riscos de erosão, como bem assinala a Requerida.

Foi precisamente neste sentido que se pronunciou o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 85/2010, de 3 de março de 2010 (Processo n.º 653/09), na linha da sua anterior jurisprudência (v., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 418/2000 e 451/2002).

Mas o reconhecimento da admissibilidade constitucional do artigo 45.º, n.º 3, está longe de solucionar as dificuldades interpretativas deste preceito. E nada nos diz acerca da questão central no presente processo, que se prende com saber se o artigo 45.º, n.º 3, é aplicável às provisões para imparidade relativas a partes de capital qualificadas como “Ativos Financeiros Disponíveis para Negociação”, constituídas de acordo com as normas emitidas pelo Banco de Portugal.

Começamos pela controvérsia interpretativa acerca com o sentido da expressão “outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital”.

De acordo com o entendimento da Requerida, *«o legislador, ao referir-se a “outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital”, não as tipificou, deixando uma porta aberta para que aqui se subsumissem todas as perdas, incluindo os gastos/perdas resultantes da mensuração ao justo valor»*.

Em sentido oposto, a Requerente, citando António Borges e Pedro Cabrita, *in* “Mais e Menos-valias – Tributação e Reinvestimento”, Áreas Editora, Lisboa, 1999, pág. 16, entende que *«os “custos”, em sentido próprio, não se confundem com as “perdas”,*

estando os primeiros ligados às atividades ordinárias da empresa e os segundos, à partida, às extraordinárias», e que «para as instituições de crédito sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, as perdas por imparidade em partes de capital não resultam de uma atividade extraordinária de tal instituição, mas sim de uma atividade ordinária», concluindo que «quaisquer custos distintos das menos valias, ainda que referentes a partes de capital, não caem no âmbito de aplicação do n.º 3 do art. 45º do Código do IRC».

Sobre o conceito de perdas e o seu relevo para a interpretação e aplicação do n.º 3 do artigo 45.º do CIRC pronunciou-se de forma aprofundada o tribunal arbitral em acórdão proferido no âmbito do Processo 231/2015-T, de 9 de dezembro de 2015, que, nesta matéria, subscrevemos e que passamos a transcrever:

«A dissecação do conceito de “perda” (e também de “gasto”, como se verá) reveste-se assim de clara centralidade.

Ora adaptação do CIRC ao novo normativo contabilístico surgido com o SNC, operada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, veio a originar sérias dificuldades técnico-interpretativas, em especial quanto à questão de que aqui nos ocupamos.

Que assim é resulta evidente do facto de as partes em litígio extraírem dos mesmos preceitos contabilístico-fiscais conclusões diametralmente opostas. Com efeito, na petição inicial, a requerente sustenta que, cumpridos os requisitos previstos no n.º 9 do art.º 18.º do Código do IRC, as variações no valor dos instrumentos financeiros serão consideradas rendimentos (al. f) do n.º 1 do art.º 20.º do Código do IRC), ou gastos (al. i) do n.º 1 do art.º 23.º do CIRC) do período de tributação a que respeitem. Assim, na perspetiva da requerente, a qualificação de gastos que o artigo 23º continha para as reduções de justo valor em instrumentos financeiros excluiria do âmbito do art.º 45.º, n.º 3, os factos que sejam qualificáveis como gastos pelo Código do IRC, pois que o dito artigo 45º, n.º 3, apenas se referia a outras perdas. Ora sendo gastos e perdas realidades económicas diferentes, a mera interpretação literal afastaria, no entender da requerente, a tese da AT.

A esta visão do problema contrapõe a AT que os rendimentos/ganhos e gastos/perdas a que se referia o art.º 18.º, n.º 9, alínea a) teriam de ser

confrontados com o tratamento que lhes é concedido pelo disposto nos artigos 20.º, 23.º e 45.º, do CIRC. Reputa a requerida como irrelevante a questão semântica que emerge da decisão arbitral proferida no processo n.º 108/2013-T construída, na sua perspetiva, à volta da dicotomia entre o termo “perdas” utilizado no art.º 45.º, n.º 3, e o termo “gastos” usado no art.º 23.º e no art.º 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC.

É que, para AT, o termo gastos utilizado tanto na epígrafe dada ao artigo 23.º, no âmbito das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, como na redação da alínea i) do n.º 1 desse preceito (Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiro), tem necessariamente de ser entendido em sentido amplo, i.e. cobrindo, em substância, os gastos propriamente ditos e as perdas.

Sublinha a AT que, embora cada um daqueles termos tenha um significado próprio, aquela dicotomia entre “gastos” e “perdas” só pode qualificar-se como uma imprecisão terminológica do legislador sem consequências ao nível da interpretação daqueles preceitos. E, acrescenta, nem poderia ser de outro modo, tendo em consideração o art.º 17.º, n.º 1 do CIRC, já que, no Código de Contas do Sistema de Normalização Contabilística (SNC), a conta 661, onde são registados os ajustamentos negativos decorrentes da utilização do justo valor, sempre foi denominada “Perdas por reduções de justo valor em instrumentos financeiros”.

Ora, a decisão com base na apreensão da literalidade dos preceitos não é, pois, tarefa simples. Para mais, não existe no CIRC uma definição concetual (e sim uma enumeração) de gastos ou de perdas. Essa definição existe sim no SNC, em especial na Estrutura Concetual. Aí se refere que (negrito nosso):

69 — Os elementos de rendimentos e de gastos são definidos como se segue:

....

(b) Gastos são diminuições nos benefícios económicos durante o período contabilístico na forma de exfluxos ou deprecimentos de activos ou na incorrência de passivos que resultem em diminuições do capital próprio, que

não sejam as relacionadas com distribuições aos participantes no capital próprio.

76 — A definição de gastos engloba perdas assim como aqueles gastos que resultem do decurso das actividades correntes (ou ordinárias) da entidade. Os gastos que resultem do decurso das actividades ordinárias da entidade incluem, por exemplo, o custo das vendas, os salários e as depreciações. Tomam geralmente a forma de um exfluxo ou deprecimento de activos tais como dinheiro e seus equivalentes, existências e activos fixos tangíveis.

77 — As perdas representam outros itens que satisfaçam a definição de gastos e podem, ou não, surgir no decurso das actividades ordinárias da entidade. As perdas representam diminuições em benefícios económicos e como tal não são na sua natureza diferentes de outros gastos. Daqui que não sejam vistas como um elemento separado nesta Estrutura Conceptual.

78 — As perdas incluem, por exemplo, as que resultam de desastres como os incêndios e as inundações bem como as que provêm da alienação de activos não correntes. A definição de gastos também inclui perdas não realizadas como, por exemplo, as provenientes dos efeitos do aumento da taxa de câmbio de uma moeda estrangeira respeitante a empréstimos obtidos de uma entidade nessa moeda. Quando as perdas forem reconhecidas na demonstração dos resultados, elas são geralmente mostradas separadamente porque o conhecimento das mesmas é útil para finalidades de tomar decisões económicas. As perdas são muitas vezes relatadas líquidas de rendimentos relacionados.

Esta definição de gastos do SNC, a qual, na ausência de uma definição constante do CIRC e em face do disposto no artigo 17º do CIRC será importada para o processo de apuramento do lucro tributável, estabelece que, na verdade, o conceito geral de gasto engloba as perdas. Mas, quando o legislador, na já referida adaptação do CIRC ao SNC, no artigo 23º, nº 1, alínea h) refere “Perdas por imparidade”, mostra que im...u para o CIRC o conceito da conta “65 - Perdas por imparidade” do SNC, mas que na alínea i) e j) cataloga de “gastos resultantes da aplicação justo valor” as importâncias que na conta 66

do SNC se designam de perdas por reduções de justo valor. Observam-se, assim, claras imprecisões.

Uma vez que as reduções de justo valor se designam, no SNC, por perdas, e que o CIRC, no artigo 23º, nunca se refere a perdas de justo valor e sim a gastos, haveria pois, num plano estritamente literal uma desconexão conceitual evidente. E é em larga medida desta desconexão que surgem as interpretações díspares que o preceito suscita para a requerente e para a AT. E, também, os vários graus de importância relativa que as decisões tomadas nos processos 108/2013-T e 25/2015-T atribuem ao elemento literal na qualificação de gastos ou de perdas, quando se calibra o disposto no artigo 23º do CIRC com a limitação constante do artigo 45º, nº 3, do mesmo código, quanto ao impacto das reduções de justo valor em instrumentos financeiros.

Sistematizando a questão, para já apenas num plano contabilístico-fiscal, relativamente à ambiguidade literal das normas: pode a requerente argumentar – e fá-lo – que não preceituando o artigo 23º do CIRC “perdas de justo valor” e sim “gastos”, essa qualificação legal afasta tais reduções de valor do artigo 45º, nº 3, onde se requer que tais factos se qualifiquem como perdas.

A AT pode contrapor - e fê-lo – que a conta 66 do SNC qualifica de perdas as reduções de justo valor, e isso as qualificaria como fenómenos a subsumir no disposto no artigo 45º, nº 3. E que o conceito de gastos constante do artigo 23º engloba as perdas.

Ora, em face de uma tal amplitude interpretativa, como apreciar a questão?

Para este tribunal, a chave interpretativa, neste plano contabilístico-fiscal, assenta na distinção doutrinal entre gasto e perda, e na sua aplicação ao caso concreto dos autos.

Assim, do excerto acima transcrito da Estrutura Concetual do SNC (§§ 69-b e 76 a 78) decorre que o conceito de perda se traduz (tal como o de gasto) numa redução de benefícios económicos. Porém, as perdas distinguem-se, em regra, pela sua natureza não regular, não recorrente. São, por isso, o resultado de fenómenos com um grau de ocasionalidade ou não repetibilidade bem superior

“aqueles gastos que resultem do decurso das actividades correntes (ou ordinárias) da entidade” (§76).

Que assim é, observa-se também na extensa apreciação que surge no Statement of Financial Accounting Concepts nº 6, emitido pelo Financial Accounting Standards Board, onde se desenvolvem os conceitos de gastos (expenses) e perdas (losses). Com efeito aí se definem (§§ 81 e segs, negrito e subl. nossos):

-Expenses are outflows or other using up of assets or incurrences of liabilities (or a combination of both) from delivering or producing goods, rendering services, or carrying out other activities that constitute the entity’s ongoing major or central operations.

- Losses are decreases in equity (net assets) from peripheral or incidental transactions of an entity and from all other transactions and other events and circumstances affecting the entity except those that result from expenses or distributions to owners.

Gains and losses result from entities’ peripheral or incidental transactions and from other events and circumstances stemming from the environment that may be largely beyond the control of individual entities and their managements. Thus, gains and losses are not all alike. There are several kinds, even in a single entity, and they may be described or classified in a variety of ways that are not necessarily mutually exclusive.

Gains and losses may also be described or classified as “operating” or “nonoperating,” depending on their relation to an entity’s major ongoing or central operations. For example, losses on writing down inventory from cost to market are usually considered to be operating losses, while major casualty losses are usually considered nonoperating losses.

Distinctions between revenues and gains and between expenses and losses in a particular entity depend to a significant extent on the nature of the entity, its operations, and its other activities. Items that are revenues for one kind of entity may be gains for another, and items that are expenses for one kind of entity may be losses for another. For example, investments in securities that may be sources of revenues and expenses for insurance or investment companies may be sources

of gains and losses in manufacturing or merchandising companies. Technological changes may be sources of gains or losses for most kinds of enterprises but may be characteristic of the operations of high-technology or research-oriented enterprises.”

Como se vê, esta importante fonte doutrinária norte-americana sustenta que as perdas têm uma natureza periférica ou lateral à atividade regular de uma entidade. E, até, que o mesmo fenómeno pode ser classificado economicamente como gasto nuns casos e perda em outros, tudo dependo do enquadramento económico e substancial dos factos económicos em presença em face da(s) atividade(s) desenvolvida(s) pelas entidades empresariais.

Na doutrina nacional, J. Braz Machado¹ sublinha que “Perdas são custos extintos, que não beneficiam as atividades produtoras de rédito”. O rédito, como é definido pela Estrutura Concetual do SNC, é constituído pelos rendimentos de atividades regulares de uma entidade.

Na literatura internacional, Libby et al², definem perdas (losses) como sendo “decreases in assets or increases in liabilities from peripheral transactions”.

Aliás, a distinção ente custos e perdas é antiga na tradição contabilística portuguesa, e era bem vincada no POC. O SNC também distingue entre gastos e perdas. E, o CIRC (na versão em vigor á data dos factos) menciona-se, em vários artigos, o conceito de perdas.

E, para o que aqui importa, o artigo 45.º, n.º 3, é claro. O que se limita é dedutibilidade de “outras perdas” e não a de “outros gastos” ou de “outros gastos e perdas”.»

No mesmo sentido, no acórdão proferido no âmbito do Processo n.º 108/2013-T, de 25 de novembro, sustenta-se que «[a] previsão do artigo 42.º/3 (predecessor do actual 45.º/3), dever-se-á considerar, assim, por reportada a estes conceitos, definidos nos artigos 23.º e 24.º. Deste modo, e por razões óbvias, da previsão daquela norma dever-se-ão ter por excluídos os custos relativos “a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”, incluindo-se ali, unicamente, as perdas (tal como definidas no artigo 23.º) e

variações patrimoniais negativas (tal como definidas no artigo 24.º), relativas àquelas partes»,

Ou seja, o elemento literal da interpretação aponta para a exclusão do âmbito de aplicação da norma contida no n.º 3 do artigo 45.º do CIRC dos custos relativos “a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”.

Este sentido é confirmado pelo elemento histórico da interpretação.

Com efeito, o preceito contido no artigo 45.º do CIRC não continha, na sua versão originária, qualquer disposição relativa à dedutibilidade das menos-valias, perdas ou variações patrimoniais respeitantes a partes de capital.

Somente com a entrada em vigor da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2003) foi aditado ao, à data, artigo 42.º, um novo n.º 3, com a seguinte redação: *«a diferença negativa entre as mais-valias e menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes sociais, incluindo a sua remição e amortização com redução de capital, concorre para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor».*

Através da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2006), o âmbito de aplicação do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, foi alargado, passando a compreender *«outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares».*

Ora, apesar desta alteração, e para além da já mencionada distinção entre “perdas” e “gastos”, o legislador manteve a redação dos artigos 35.º e 37.º do CIRC.

Acresce que um ano depois de introduzir uma referência expressa “às perdas e variações negativas em partes de capital” no n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC, o legislador fiscal veio prever na alínea e) do n.º 2 do artigo 57.º da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2007), que as provisões para imparidade não seriam dedutíveis ao lucro tributável, relativo aos anos de 2005, 2006 e 2007, *“salvo se e na medida em que as mesmas fossem igualmente dedutíveis caso a entidade aplicasse o Plano de Contas para o Sector Bancário (PCSB) em vigor nesta data, equiparando-se, para este efeito, os títulos classificados em “activos disponíveis para venda”, que não correspondam a participações em filiais ou associadas, a “títulos de investimento”.*

Como bem refere a Requerente, *«em 2007, já depois de serem introduzidas as últimas alterações ao art. 45.º, n.º 3º do Código do IRC, o legislador fiscal voltou a reiterar o particular enquadramento fiscal das provisões para imparidade em partes de capital constituídas pelas instituições de crédito sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, assegurando a sua dedutibilidade desde que cumprido o quadro regulamentar imposto pelo supervisor.»*

Significa isto que não terá sido intenção do legislador incluir no âmbito de aplicação da segunda parte do n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC as provisões para imparidade em partes de capital constituídas pelas instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

Do ponto de vista sistemático, verificamos que o artigo 35.º do CIRC, sob a epígrafe “perdas por imparidade fiscalmente dedutíveis”, se insere na *subsecção IV*, referente a “imparidades e provisões”. Já o artigo 45.º do CIRC, sob a epígrafe “encargos não dedutíveis para efeitos fiscais”, insere-se na *subsecção V*, que define o “regime de outros encargos”. O artigo 45.º consagra uma norma geral, aplicável se, e só se, não houver norma especial aplicável. Ora, a previsão das “perdas por imparidade fiscalmente dedutíveis” encontra-se vertida no artigo 35.º, e não no artigo 45.º do CIRC.

O artigo 35.º permite a dedução, para efeitos fiscais, *«das perdas por imparidade e outras correções de valor contabilizadas no mesmo período de tributação ou em períodos de tributação anteriores, quando constituídas obrigatoriamente, por força de normas emanadas pelo Banco de Portugal, de carácter genérico e abstrato, pelas entidades sujeitas à sua supervisão...»*.

Na verdade, é o Banco de Portugal que impõe a constituição de provisões para imparidade em partes de capital por entidades sujeitas à sua supervisão.

Nesta matéria vale a Instrução n.º 7/2005 do Banco de Portugal, que entrou em vigor em 1 de março de 2005 e que deixou de produzir efeito a partir de 1 de janeiro de 2017, a qual determina, no seu n.º 2, que:

“No que respeita aos activos financeiros, e de acordo com as disposições relevantes da Norma Internacional de Contabilidade 39, existe imparidade ou são incorridas perdas por imparidade num activo financeiro ou num grupo de activos financeiros se, e apenas se, existir prova objectiva de imparidade como resultado de um ou mais

acontecimentos que ocorreram após o reconhecimento inicial do activo (um ‘acontecimento de perda’) e se esse acontecimento (ou acontecimentos) de perda tiver um impacto nos fluxos de caixa futuros estimados do activo financeiro ou do grupo de activos financeiros que possa ser fiavelmente estimado.”

E onde se acrescenta que:

“A prova objectiva de que um activo financeiro ou um grupo de activos está com imparidade inclui dados observáveis que chamam a atenção do detentor do activo acerca, designadamente, dos seguintes acontecimentos de perda:

- a) evidente dificuldade financeira do emitente ou do devedor;*
- b) quebra de algum contrato, tal como incumprimento ou atraso nos pagamentos de juro ou de capital;*
- c) probabilidade significativa de o mutuário entrar em falência ou noutra reorganização financeira;*
- d) desaparecimento, para esse activo financeiro, de um mercado líquido e com suficiente profundidade, se devido a dificuldades financeiras do emitente.”*

A Requerente está sujeita às regras impostas pelo supervisor, sendo aplicável, no caso vertente, a norma contida no artigo 35.º, n.º 2, do CIRC, que admite a dedução da totalidade das perdas relativas a partes de capital, no montante de € 90.991,42. Este é também o sentido coerente com o disposto no artigo 37.º, no qual o legislador reconheceu as especificidades do setor bancário.

Tal significa que o legislador decidiu tratar de forma expressamente diferente uma realidade que comporta diversas especificidades, o que explica a previsão legal dos artigos 35.º e 37.º do CIRC. E o tratamento diferenciado de situações diferentes não merece censura do ponto de vista do respeito pelo princípio constitucional da igualdade, entendido em sentido material.

Quanto ao elemento teleológico, e tal como referido supra, a norma contida no artigo 45.º, n.º 3, do CIRC visa “o alargamento da base tributável” e “medidas de moralização do imposto”, conforme objetivo assumido no Relatório da Proposta do Orçamento de Estado para 2003.

Sucedee que, como afirma Tomás Cantista Tavares, *«ao justo valor negativo nunca subjaz uma motivação de evasão fiscal, por arbitrariedade valorimétrica, pela razão simples de que a tributação do fair value se cinge aos activos transaccionados em mercado organizado, onde a cotação do activo (valorização e desvalorização) se desenraíza, totalmente da vontade fiscal do contribuinte»*¹.

Assim, e conforme é afirmado no acórdão proferido no âmbito do Processo n.º 108/2013-T, de 25 de novembro, *«[n]este quadro, cessam, manifestamente, 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»*.

A situação é ainda mais nítida no caso das entidades sujeitas aos poderes de supervisão do Banco de Portugal, como sucede no caso vertente, uma vez que *«[a]s perdas por imparidade registadas de acordo com as regras do Banco de Portugal não decorrem da vontade do sujeito passivo mas antes das normas regulamentares imperativas emitidas pelo Banco de Portugal»* (Decisão arbitral proferida no âmbito do Processo n.º 271/2014-T, de 17 de outubro de 2014).

Face aos fundamentos expostos, conclui-se que o artigo 45.º, n.º 3, do CIRC não é aplicável às perdas por imparidade relativas a partes de capital, constituídas ao abrigo de normas gerais e abstratas emanadas pelo Banco de Portugal.

IV. DECISÃO

Nestes termos, e com os fundamentos expostos, este Tribunal decide julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral e, conseqüentemente, anular, com fundamento em ilegalidade, e com todas as conseqüências legais, o ato tributário de liquidação adicional de

¹ Tomás de Castro Tavares, *Justo Valor e tributação das mais-valias de acções de sociedade cotadas: a propósito da interpretação do art. 18.º, N.º 9, Al. a), do CIRC*, Estudos em memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, Volume IV, pág. 1143.

IRC, referente ao exercício de 2012, no que respeita ao acréscimo de €45.495,71 à matéria coletável da Requerente.

V. VALOR DO PROCESSO

De harmonia com o disposto no artigo 306.º, n.º 2, do CPC, 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 € 11.373,75.

VI. CUSTAS

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € 918,00, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Requerida.

Notifique-se.

Lisboa, 20 de março de 2017

O Árbitro

Paulo Nogueira da Costa