

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 739/2015-T

Tema: IRS – SGPS; indispensabilidade do custo.

Decisão Arbitral

Os árbitros Conselheira Maria Fernanda Maçãs (árbitro-presidente), Dr. Paulo Lourenço e Dr. Artur Maria da Silva (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., SGPS, S.A., pessoa coletiva n.º..., com sede social em ..., ...,, apresentou um pedido de constituição do tribunal arbitral coletivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante apenas designado por RJAT), em que é Requerida a **Autoridade Tributária e Aduaneira**, com vista à declaração de ilegalidade do ato de liquidação adicional do IRC referente aos exercícios de 2010, 2011 e 2012 (liquidações n.º 2014 ..., 2014 ... e 2015 ...), das Demonstrações de Acerto e Contas n.ºs 2014 ... (2010), 2014 (2012) e 2015 ... (2012) e, ainda, dos respetivos juros compensatórios (liquidações n.º 2014 ..., 2014 ... e 2015 ...), por violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de direito.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira em 10 de dezembro de 2015.

Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o Conselho Deontológico designou como árbitros do tribunal arbitral

coletivo a Exma. Senhora Conselheira Maria Fernanda Maçãs, o Dr. Paulo Lourenço e o Dr. Artur Maria da Silva, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em 2 de fevereiro de 2016 foram as partes devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar, 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 redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o tribunal arbitral coletivo foi constituído em 17 de fevereiro de 2016.

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

Por despacho de 25 de abril de 2016, o tribunal designou o dia 23 de maio de 2016, pelas 15 horas, para a realização da audiência de julgamento, bem como para esclarecerem se pretendiam apresentar alegações.

Teve lugar, em 23 de maio de 2016, a referida audiência para audição das testemunhas, tendo o tribunal designado o dia 17 de agosto para o efeito da prolação da decisão arbitral.

A Requerente e a Requerida apresentaram as suas alegações nos dias 6 de junho de 2016 e 23 de junho de 2016, respetivamente.

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

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

O processo não enferma de nulidades e não foram invocadas quaisquer exceções.

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

2. A questão

Segundo o Relatório de Inspeção, que é fundamento das liquidações ora impugnadas, a AT entendeu que um investimento efetuado pela Requerente, porque visando a aquisição de participações sociais, deveria ter sido considerado como “ativo não remunerado” para

efeitos do disposto no artigo 32.º do EBF (na redação então vigente) e na Circular n.º 7/2004, de 30 de março, ou seja, que a Requerente deveria ter acrescido no Quadro 07 da Declaração Modelo 22 o valor dos encargos financeiros imputáveis a tal investimento, uma vez que é uma sociedade gestora de participações sociais.

Sustenta ainda a AT que, para que o crédito da Requerente pudesse ser considerado um “ativo remunerado”, os correspondentes juros deveriam ter sido reconhecidos como proveitos, no exercício em causa, por força do princípio da especialização dos exercícios.

A matéria objeto do presente processo é rigorosamente igual à que foi objeto de apreciação no âmbito do Processo 780/2014T (CAAD), razão pela qual seguiremos muito de perto a decisão aí tomada, por se concordar com as soluções que nele foram apresentadas.

Por outro lado, as questões a decidir são exclusivamente de direito e foram já igualmente objeto de decisão por parte dos tribunais superiores, nomeadamente a questão da inconstitucionalidade da circular e a respetiva aplicação às sociedades gestoras de participações sociais.

2.1. Matéria de facto

2.1.1. Factos provados

Consideram-se provados e de interesse para a boa decisão da causa os seguintes factos:

- A) A Requerente é uma sociedade comercial cujo objeto social consiste na gestão de participações sociais noutras sociedades.
- B) A Requerente participou num plano de investimento que a Sociedade B..., SGPS, SA pretendia desenvolver durante o ano de 2008;
- C) A operação, designada por “...”, desenvolvia-se em três fases distintas, sendo uma em agosto de 2008, mediante o pagamento de um terço do valor global, outra, de igual montante, em outubro de 2008, e a última, com o valor remanescente, em 31 de março de 2009;

- D) Pela participação na primeira fase da referida operação, a Requerente pagou a quantia correspondente a 14 832 526,73, contrapartida da aquisição de 37 474 417 ações da B..., SGPS, SA;
- E) Na sequência da nacionalização do Banco C..., SA (Lei n.º 62-A/2008, de 11 de Novembro), realizou-se, em 18 de Dezembro de 2008, uma Assembleia Geral de acionistas, na qual foi decidido o seguinte: “(...) *consideram-se anuladas as deliberações do Conselho de Administração de 30 de Junho, 4 de Julho e 12 de Agosto de 2008 e, em consequência, o aumento de capital da sociedade do montante de € 470.925.000 para o de € 706.387.500 (...)*”; e, ainda, que “*a Sociedade reembolse os Acionistas subscritores do aumento de capital e adquirentes das ações próprias dos valores entregues por estes como primeira prestação, deduzido dos encargos em que fundadamente tenha incorrido, podendo o reembolso ser diferido através do recurso a um empréstimo obrigacionista e num prazo máximo de sete anos, com condições e juros a estipular pelo Conselho de Administração.*”
- F) Em inícios de 2010, a ora Requerente instaurou um processo judicial contra a B..., SGPS, SA, demandando a sua condenação, entre outros, no pagamento da referida quantia de € 14.832.526,73, acrescida dos correspondentes juros de mora, contabilizados desde a data da citação até integral pagamento, a qual corre seus termos sob o n.º 785/10.6TVLSB, na 1ª Secção da 2ª Vara Cível de Lisboa.
- G) Em setembro de 2010, a B..., SGPS, SA, agora denominada D..., SGPS, SA, procedeu, de forma unilateral, à conversão dos créditos emergentes da anulação da “operação cabaz” num empréstimo obrigacionista, convertível em ações por opção do emitente, tendo sido imputadas à ora Requerente um total de 14.716.833 obrigações, com o valor nominal de € 1,00, as quais conferiam direito ao pagamento de juros.
- H) A B... SGPS, SA, atualmente D... SGPS, SA, tem vindo a colocar à disposição da Requerente os juros correspondentes ao referido empréstimo obrigacionista;
- I) A Requerente não se conformou com a decisão de conversão do seu crédito em obrigações, pelo que tem vindo a rejeitar o recebimento desses valores;
- J) Em outubro de 2012, no processo referido em F), foi proferido um despacho saneador que julgou parcialmente procedente a ação e que condenou a B... SGPS, SA, agora designada D... SGPS, SA, a pagar à Requerente a quantia de € 14.832.526,73, acrescida

de juros de mora vencidos e vincendos a contar da citação e até integral pagamento, a calcular à taxa legal em cada momento vigente para os créditos de que são titulares comerciantes;

- K) Em 13 de dezembro de 2013, o Tribunal da Relação de Lisboa revogou a decisão de primeira instância e determinou que os autos prosseguissem os seus termos para julgamento no sentido de ser averiguado se a deliberação de 2008 compreendia já a aprovação da forma pela qual se deveria proceder ao reembolso;
- L) A Requerente foi objeto de uma ação de fiscalização em relação aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, tendo sido efetuadas correções à matéria coletável declarada, nos montantes de € 395 671,05, € 425 707,89 e 320 327,20, respetivamente;
- M) No entendimento da AT o montante de € 14.829.776,73, relativo à rubrica Outros Devedores e Credores – B...-Sociedade B..., SGPS, SA, não deveria ser considerado como “ativo remunerado”, uma vez que não teve qualquer tipo de proveito associado, devendo ser qualificado contabilisticamente como “outros ativos”;
- N) A AT considerou não serem fiscalmente dedutíveis os encargos financeiros suportados imputáveis a tal valor, no montante de € 320 808,30, porque relativos à aquisição de participações sociais;
- O) A Requerente apresentou, em 18 de maio de 2015, junto do Serviço de Finanças da ..., uma reclamação graciosa na qual peticionou a anulação das liquidações adicionais referentes aos exercícios de 2010, 2011 e 2012;
- P) Até ao termo do prazo previsto no artigo 57.º da LGT, tal reclamação não foi objeto de decisão, razão pela qual, presumindo-se o respetivo indeferimento, foi apresentado o presente pedido;
- Q) Para efeitos de suspender a cobrança judicial (em sede de execução fiscal) das liquidações em causa, a Requerente contratou três garantias bancárias junto do E... (docs n.ºs. 22, 23 e 24, juntos com o pedido arbitral), que implicaram o pagamento inicial do valor total de €3.775,26 (docs n.ºs 25, 26 e 27, juntos com o pedido arbitral);
- R) Até ao momento e de acordo com as condições contratadas a Requerente já pagou a quantia de €5.490,02 (docs 28, 29 e 30 a 32), juntos com o pedido arbitral;

2.1.2. Factos não provados

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

2.1.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto

Os factos provados baseiam-se nos documentos constantes do processo (PA e documentos juntos), não existindo, de resto, verdadeira controvérsia sobre os mesmos, mas tão- somente sobre as consequências jurídicas que derivam dos mesmos.

2.2. Matéria de direito

A questão a decidir no âmbito do presente processo diz respeito à necessidade de saber se um investimento efetuado pela Requerente, porque visando, no entendimento da AT, a aquisição de participações sociais, deveria ter sido qualificado como “ativo não remunerado” para efeitos da aplicação do disposto no artigo 32.º do EBF, na redação então vigente, e na Circular n.º 7/2004, de 30 de março.

A Requerente sustenta que não há lugar à aplicação do artigo 32º do EBF nem da Circular nº 7/2004, tendo em conta que a aquisição das participações sociais foi objeto de anulação e o montante objeto do investimento convertido num crédito sobre terceiros e que a circular supra referida não contempla a existência de ativos não remunerados que não sejam participações sociais.

Para além disso, a Requerente sustenta, ainda, que a Circular nº 7/2004 não pode ser objeto de aplicação ao caso concreto em apreço, tendo em conta que é inconstitucional, já que procede à criação de uma norma de incidência, matéria que apenas pode ser regulada por lei.

As questões de direito suscitadas já foram objeto de decisão no âmbito do Processo nº 780/2014T (CAAD), como se referiu, pelo que, concordando com as soluções aí apresentadas, seguiremos muito de perto o acórdão subjacente a tal processo.

2.2.1. Inconstitucionalidade da Circular n.º 7/2004

A Requerente alega a inconstitucionalidade da Circular n.º 7/2004 por entender que, através dela, a Administração Fiscal não se limitou a interpretar a lei tributária, antes tendo criado uma nova norma de incidência fiscal, em violação dos artigos 103.º, n.ºs 2 e 3 e 165.º n.º 1 alínea i) da Constituição.

A questão foi, recentemente, apreciada pelo Tribunal Constitucional, no âmbito do processo n.º 42/2014, de 09 janeiro, que decidiu no seguinte sentido:

O problema foi já colocado e apreciado neste Tribunal, decidindo-se no Acórdão n.º 583/2009 que as prescrições contidas nas Circulares da Administração Tributária, independentemente da sua irradiação persuasiva na prática dos contribuintes, não constituem normas para efeitos do sistema de controlo de constitucionalidade cometido ao Tribunal Constitucional. Diz-se nesse aresto:

«Desde o acórdão n.º 26/85 (publicado no Diário da República, II Série, de 26 de abril de 1985) que o Tribunal Constitucional, com vista a proceder à identificação do objeto idóneo dos processos de fiscalização de constitucionalidade, vem adotando um conceito de norma funcionalmente adequado ao sistema de controlo que a Constituição lhe comete. Cabem neste conceito de norma os atos do poder público que contenham uma “regra de conduta” para os particulares ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou, em geral, um “padrão de valorização de comportamentos”.

Mas, como é de um conceito de controlo finalisticamente ordenado a assegurar o sistema de proteção jurídica típica do Estado de direito democrático constitucional que se trata, não basta que o instrumento em causa vincule a Administração a adotar, na prática de atos individuais e concretos de aplicação e enquanto o não alterar, um determinado critério que tenha estabelecido. É necessário que esse critério seja dotado de vinculatividade também para o outro sujeito da relação (heteronomia normativa) e constitua um parâmetro que o juiz não possa deixar de considerar enquanto não fizer sobre ele um juízo instrumental de invalidade. Se o “critério de decisão” é de origem administrativa e só vincula no seio do serviço administrativo de que emana, não há

necessidade do tipo de proteção jurídica e de afirmação da supremacia da Constituição que justifica a intervenção do Tribunal Constitucional.

Ora, um problema frequentemente colocado no direito fiscal é o da relevância normativa das chamadas orientações administrativas. Trata-se, como diz Casalta Nabais, Direito Fiscal, 5.ª ed., pág. 201 (embora afirmando que isso não lhes retira a qualidade de normas jurídicas): “[...] de regulamentos internos que, por terem como destinatário apenas a administração tributária, só esta lhes deve obediência, sendo, pois, obrigatórios apenas para os órgãos situados hierarquicamente abaixo do órgão autor dos mesmos.

Por isso não são vinculativos nem para os particulares nem para os tribunais. E isto quer sejam regulamentos organizatórios, que definem regras aplicáveis ao funcionamento interno da administração tributária, criando métodos de trabalho ou modos de atuação, quer sejam regulamentos interpretativos, que procedem à interpretação de preceitos legais (ou regulamentares).

É certo que eles densificam, explicitam ou desenvolvem os preceitos legais, definindo previamente o conteúdo dos atos a praticar pela administração tributária aquando da sua aplicação. Mas isso não os converte em padrão de validade dos atos que suportam. Na verdade, a aferição da legalidade dos atos da administração tributária deve ser efetuada através do confronto direto com a correspondente norma legal e não com o regulamento interno, que se interpôs entre a norma e o ato”.

Esses atos, em que avultam as “circulares”, emanam do poder de auto-organização e do poder hierárquico da Administração. Contêm ordens genéricas de serviço e é por isso e só no respetivo âmbito subjetivo (da relação hierárquica) que têm observância assegurada. Incorporam diretrizes de ação futura, transmitidas por escrito a todos os subalternos da autoridade administrativa que as emitiu. São modos de decisão padronizada, assumidos para racionalizar e simplificar o funcionamento dos serviços. Embora indiretamente possam proteger a segurança jurídica dos contribuintes e assegurar igualdade de tratamento mediante aplicação uniforme da lei, não regulam a matéria sobre que versam em confronto com estes, nem constituem regra de decisão para os tribunais.

A circunstância de a Administração Tributária ficar vinculada (n.º 1 do artigo 68.º-A da Lei Geral Tributária) às orientações genéricas constante de circulares que estiverem em vigor no momento do facto tributário e de ter o dever de proceder à conversão das informações vinculativas ou de outro tipo de entendimento prestado aos contribuintes em circulares administrativas, em determinadas circunstâncias (n.º 3 do artigo 68.º da LGT), não altera esta perspetiva porque não transforma esse conteúdo em norma com eficácia externa. É certo que o administrado pode invocar, no confronto com a administração, o conteúdo da orientação administrativa publicitada e, se for o caso, fazê-lo valer perante os tribunais, mesmo com sacrifício do princípio da legalidade (cfr. Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, Lei Geral Tributária, comentada e anotada, 3.ª ed., pág. 344). Mas é ao abrigo do princípio da boa fé e da segurança jurídica, não pelo seu valor normativo, que o conteúdo das circulares prevalece. O administrado só as acata se e enquanto lhe convier, pelas mesmas razões que justificam que possa invocar informações individuais vinculativas que o favoreçam (artigo 59.º, n.º 3, alínea e) e artigo 68.º da LGT).

Consequentemente, faltando-lhes força vinculativa heterónoma para os particulares e não se impondo ao juiz senão pelo valor doutrinário que porventura possuam, as prescrições contidas nas “circulares” da Administração Tributária não constituem normas para efeitos do sistema de controlo de constitucionalidade da competência do Tribunal Constitucional.»

Tudo visto, pode concluir-se que as circulares, por serem normas jurídicas que apenas obrigam os funcionários da AT, em razão do seu dever de obediência hierárquica, por terem a natureza de regulamentos internos, não são normas para efeitos de apreciação da sua constitucionalidade. Expressam apenas a interpretação que a AT faz de determinada norma legal, nessa medida integrando a fundamentação da liquidação em causa.

Termos em que se conclui pelo não conhecimento do pedido quanto à alegada inconstitucionalidade da Circular n.º 7/2004.

2.2.2. Correção da matéria coletável da Requerente

A divergência, como se referiu, reside na qualificação a conferir ao investimento de € 14.829.776,73 efetuado pela Requerente, mais concretamente em saber se tal valor deve ser classificado como “Ativo remunerado” ou como “Outros Ativos” para efeitos da aplicação da fórmula constante da Circular n.º 7/2004.

Importa analisar, numa primeira fase, o disposto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF para, posteriormente, se poder concluir sobre as orientações constantes dessa Circular.

A Lei n.º 32-B/2002, de 20 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado de 2003, alterou, mais uma vez, o regime de tributação das mais-valias realizadas pelas SGPS com a alienação de participações sociais, passando estes ganhos a não concorrer para a formação do lucro tributável em IRC. Paralelamente, ficou excluída a dedutibilidade das menos-valias, bem como dos encargos financeiros suportados por tais sociedades para a aquisição de participações sociais.

As razões que presidiram a esta alteração legislativa encontram-se explicitadas no Relatório do Orçamento do Estado para 2003. Sob o título “*Principais alterações em sede de IRC,*” e a epígrafe “*Alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade*”, aponta-se a isenção de tributação em IRC das mais-valias realizadas pelas SGPS com a alienação de partes de capital detidas há mais de um ano, acompanhada de medidas conducentes a evitar o planeamento fiscal abusivo, aproximando o regime nacional do modelo holandês, medida essa associada ao estabelecimento de regime de desconsideração da dedutibilidade, para efeitos de determinação do lucro tributável de tais sociedades, dos encargos de natureza financeira diretamente associados à aquisição das participações sociais correspondentes (relatório acessível em www.dgo.pt).

Assim, o regime previsto no artigo 32.º do EBF teve como objetivo criar um regime fiscal mais competitivo para as SGPS, aproximando o regime português de algumas experiências internacionais consideradas mais relevantes¹, na sequência de muitas outras intervenções legislativas relativas à tributação desse tipo de entidades que já tinham acontecido desde a criação do seu regime jurídico, em 1988².

¹ Júlio Tormenta, *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais como instrumento de planeamento fiscal e os seus limites*, 2011, pp. 73 a 95.

² Decreto-Lei n.º 495/1988, de 30 de dezembro.

A desconsideração fiscal dos encargos financeiros suportados pelas SGPS com empréstimos contraídos para financiar a aquisição de participações sociais visava, pois, contrabalançar o benefício fiscal concedido às mais-valias resultantes da alienação dessas participações sociais.

A preocupação de balanceamento subjacente ao preceito em questão, procurando fazer um *matching* entre ganhos/rendimentos (mais-valias) e custos/gastos (menos-valias) das SGPS, e a recusa da acumulação de vantagens, é enunciada por Luís Graça Moura na seguinte passagem: “o legislador terá visado a atribuição de um benefício – exclusão total de tributação das mais-valias – que, contudo, fosse contrabalançado pela não concorrência de certos encargos financeiros suportados, criando um ambiente de neutralidade entre os eventuais ganhos com determinados ativos (certas imobilizações financeiras³) e o passivo necessário à criação das condições para a obtenção de tais ganhos, isto é, o passivo relacionado com a aquisição de tais participações. A construção subjacente seria a de que a contração de tais empréstimos representava, em potência, elemento capaz de colocar a SGPS na posição de realizar mais-valias que excluiu de tributação (...)”⁴.

A redação conferida pela LOE/2008 ao então art.º 31.º, n.º 2, do EBF (depois, renumerado para art.º 32.º)⁵, foi a seguinte:

Artigo 31.º

Sociedades gestoras de participações sociais (SGPS) e sociedades de capital de risco (SCR)

1 (...)

2 As mais-valias e as menos valias realizadas pelas SGPS e pelas SCR mediante a transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim os

³ Agora designados de “investimentos financeiros”.

⁴ Luís Graça Moura, *A “nova” Tributação do Rendimento das SGPS: Reflexões acerca da Tributação de Mais-Valias no Quadro do Princípio da Segurança Jurídica*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, n.º 10, março 2003, p. 122. ⁵ Republicação operada pelo Decreto-Lei n.º 108/2008, de 26/06.

encargos financeiros suportados com a sua aquisição, não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades.

3 (...)

Esta é a base legal invocada pela AT para suportar a correção efetuada.

No contexto da argumentação expandida pela Requerente, uma das questões que importa ponderar é a de saber se os encargos financeiros por ela suportados com a aquisição de partes sociais são ou não dedutíveis nos termos do art.º 23.º do CIRC, ou seja, se são ou não indispensáveis para a obtenção dos seus proveitos ou manutenção da sua fonte produtora.

Porém, a questão aqui em causa não é essa. O que está em causa é a desconsideração, do ponto de vista fiscal, de tais encargos, por força de um regime especial que o legislador resolveu prever para determinados tipos de entidades jurídicas, nomeadamente as SGPS.

Entendemos, contrariamente ao que a Requerente advoga, que o legislador não procurou reproduzir sectorialmente a regra que já constava do artigo 23.º do Código do IRC - na redação em vigor em 2009 -, ou seja, a regra da não dedutibilidade fiscal dos encargos associados a proveitos não sujeitos a IRC.

A previsão da dedutibilidade dos encargos financeiros, consignada na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC não contradiz o disposto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF. Os encargos financeiros são, em geral, um custo (gasto) indispensável para a realização dos proveitos/rendimentos, nos termos do artigo 23.º do CIRC. Outra questão é a exclusão da dedutibilidade de determinados encargos desse tipo, relativamente às SGPS⁵.

Em síntese, o preceito fiscal em crise não pode ser entendido no contexto da orientação geral constante do artigo 23.º do CIRC, pois é lei especial, aplicável às SGPS.

⁵ Preceito cuja conformidade com a CRP foi afirmada pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 42/2014, já citado, em que foi decidido “*não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 31.º, n.º 2, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, na redação conferida pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de dezembro, na parte em que impõe a indedutibilidade fiscal dos encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital logo que estes sejam incorridos, independentemente da realização de mais valias isentas de tributação com a alienação de tais partes de capital*”.

2.2.3. A Circular n.º 7/2004, de 30 de março

Estribando-se numa alegada dificuldade de utilização do método-regra⁶ e na possibilidade da sua manipulação por parte dos contribuintes, a Administração Tributária entendeu que os encargos financeiros suportados pelas SGPS a serem imputados à aquisição de partes sociais deveriam ser calculados mediante a aplicação da fórmula aí prevista.

Tal fórmula parte da afetação dos financiamentos que originaram os encargos financeiros globais da sociedade, ou seja, dos diferentes tipos de ativos detidos por uma SGPS. A natureza de tais ativos permitiria quantificar o valor dos encargos financeiros dedutíveis e não dedutíveis para efeitos fiscais.

Como afirma a AT, o n.º 2 do artigo 32.º do EBF não estabelece qual o método a utilizar para efeitos de afetação de encargos financeiros à aquisição de participações sociais. Assim sendo, entende a AT, a Circular n.º 7/2004, de 30 de Março, *“mais não pretende que dar cumprimento à lei, determinando o método e a forma de cálculo dos encargos financeiros suportados com a aquisição de partes sociais.”*

A fórmula de cálculo adotada em tal Circular é, aparentemente, muito simples, mas a sua aplicação resulta complexa sob o ponto de vista dos pressupostos usados na classificação das rubricas a ponderar, pois que assenta, apenas, na distinção entre ativos e passivos remunerados e não remunerados.

Ora, a classificação dos elementos ativos e passivos entre remunerados e não remunerados não encontra fundamento na ordem jurídico-contabilística (SNC – Sistema de Normalização Contabilística). Logo, surge de modo inovador na Circular n.º 7/2004. Assim sendo devia a AT ter definido o que entende por cada um desses conceitos. Todavia, não o fez, limitando-se a elencar exemplos de elementos ativos e passivos remunerados e não remunerados.

O n.º 7 de tal Circular refere que *“dada a extrema dificuldade de utilização, nesta matéria, de um método de afetação direta ou específica e à possibilidade de manipulação que o mesmo permitiria, deverá essa imputação ser efetuada com base numa fórmula que atenda ao seguinte: os passivos remunerados das SGPS e das SCR deverão ser imputados, em*

⁶ Que seria o da afetação real. Na prática o uso de tal método resultaria extremamente complexo, pois implicaria uma contabilidade de custos rigorosa e, ainda assim, difícil de validar pelos seus adotantes.

primeiro lugar, aos empréstimos remunerados por estas concedidos às empresas participadas e aos outros investimentos geradores de juros, afetando-se o remanescente aos restantes ativos, nomeadamente participações sociais, proporcionalmente ao respetivo custo de aquisição”.

O n.º 8 da referida Circular socorre-se de um exemplo:

“Consideremos os seguintes valores ativos e passivos (em euros) que constituem o balanço de uma SGPS:

Valores ativos:

Empréstimos concedidos remunerados - 50 000

Partes de capital (custo de aquisição) - 20 000

Outros ativos - 10 000

Valores passivos:

Empréstimos obtidos remunerados - 90 000

De acordo com o ponto 7, temos:

Passivos remunerados imputáveis aos empréstimos concedidos remunerados: 50 000

Passivos remunerados imputáveis aos restantes ativos: 90 000 - 50 000 = 40 000
Passivos remunerados imputáveis às partes de capital:

20.000 ----- 30.000

X ----- 40.000

Com $X = 26.666, (6)$

Supondo que os encargos financeiros suportados no exercício ascenderam a € 1.800, a parcela dos encargos imputável às partes de capital será:

90.000 ----- 1.800

26.666(6) ----- X

$X = 533,(3)$ ”

A Circular procede, pois, a uma classificação bipartida dos ativos, distinguindo entre “ativos remunerados” e “outros ativos”. Todavia, não define o que entende por cada um desses conceitos.

E essa definição seria imperiosa atendendo a que não há, ou dificilmente pode haver, uma relação factual direta entre os fundos totais obtidos, que implicaram o pagamento de juros, e os fundos investidos na aquisição das participações sociais.

Podem existir ativos que não tenham rendimentos associados e que não se refiram à aquisição de participações sociais.

A questão que se coloca é, pois, a de saber se, no quadro da aplicação de tal fórmula, o interessado pode ser admitido a provar que suportou encargos financeiros que devem ser associados a ativos que, muito embora não remunerados, não são participações de capital e, por tal, não devem ser desconsiderados para efeitos fiscais.

Pensamos poder encontrar apoio seguro para a nossa resposta na jurisprudência do Tribunal Constitucional⁸:

“Considera-se que nos casos em que há possibilidade de afetação direta, ela não deve ser afastada, que se a ratio legis da norma prevista no n.º 2 do art. 31.º do EBF, passa a acautelar a vigência de um regime de neutralidade dos proveitos e custos associado às mais-valias excluídas de tributação, garantindo-se que a rendimento não relevante fiscalmente deve corresponder, corresponsivamente, que o custo que lhe esteja associado também ele irrelevante fiscalmente, então, assim sendo, para se alcançar tal desiderato, qualquer método (direto ou indireto) é bom uma vez garantida a salvaguarda da aludida ratio legis.”

Assim, para o cálculo dos encargos financeiros não dedutíveis, porque associados à aquisição de participações sociais, qualquer método (direto ou indireto) é aceitável desde que garanta que os custos associados a proveitos não tributáveis não são fiscalmente dedutíveis.

É, pois, perfeitamente legítimo utilizar a fórmula constante da Circular, mas esta tem que ser “corrigida” no necessário para que a *ratio legis* do n.º 2 do art.º 32º do EBF resulte integralmente respeitada.

O mesmo é dizer que a adoção da fórmula preconizada pela Circular não vincula o sujeito passivo às consequências dela derivadas, quando estas resultem *contra legem*.

Com o Ac. do TCAN de 15 de Janeiro de 2015, Proc. 00946/09, relator Mário Rebelo: *o facto de na sua metodologia ter usado os critérios preconizados na circular n.º 7/2004, de 30 de Março, em especial seus pontos n.ºs 7 e 8 não salva a legalidade da operação, pois os critérios e pressupostos de imputação dos passivos remunerados das SGPS ultrapassam manifestamente o conteúdo do art. 31º/2 do EBF criando presunções e apuramentos proporcionais que o legislador manifestamente não assumiu nem consentiu.*

É manifesto que o legislador «não assumiu nem consentiu» que os encargos financeiros, suportados por uma SGPS, associados a ativos que, ainda que não remunerados, não são participações sociais, fossem considerados como não dedutíveis.

Uma tal limitação à dedutibilidade dos custos (uma tal entorse ao princípio da tributação do rendimento real) não pode ser imposta por uma Circular, desde logo porquanto tal violaria a dimensão formal de princípio da legalidade na criação de impostos.

No caso em apreço, a Requerente, em resultado da anulação da “...”, decidiu não aceitar a transformação do seu crédito sobre a B... SGPS, SA na subscrição de um empréstimo obrigacionista, com obrigações sujeitas ao pagamento de juros⁷, optando, antes, pela via do pedido de reembolso das quantias entregues.

Há que começar por salientar que a Requerente jamais poderá realizar mais ou menos-valias com a alienação das participações em causa (as que tencionava adquirir no âmbito da “...”), uma vez que nunca as adquiriu nem as poderá vir a adquirir no futuro.

Logo, jamais se verificará a relação prevista no n.º 2 do artigo 32.º do EBF.

Não sendo o ativo (o crédito sobre a B... SGPS, SA) suscetível de gerar uma mais-valia, os juros associados ao empréstimo bancário que financiou esse ativo não podem ser desconsiderados para efeitos fiscais.

Em segundo lugar, do ponto de vista jurídico, tudo se deverá passar como se o contrato celebrado, visando a aquisição de ações, nunca tivesse tido lugar, dados os efeitos retroativos que a lei prevê para a anulação de um contrato (art.º 289.º, n.º 1, do Código Civil). Com Heirich Hoerster, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 1992, pág. 590, *uma vez que os efeitos da anulação se retroagem ao momento da celebração do negócio, em princípio tudo se passa como se o negócio nunca tivesse sido celebrado. Daí que a sentença de anulação, ao destruir os efeitos jurídicos produzidos (provisoriamente, é*

certo) tenha carácter constitutivo – ao contrário da sentença respeitante a um negócio nulo.

A aplicação de tal comando da lei civil não resulta contrariada pelo disposto no art.º 38º, n.º 1, da LGT, uma vez que o negócio celebrado (“...”) não chegou a produzir os efeitos económicos pretendidos pelas partes, porquanto a Requerente, apesar do pagamento parcial efetuado, nunca chegou a ser titular das ações que, por essa via, pretendia adquirir. Portanto, juridicamente, é irrelevante para as valorações a serem feitas, relativamente aos exercícios em causa, o facto de tal investimento ser, inicialmente, dirigido à aquisição de participações sociais.

Finalmente, em termos contabilísticos, temos que, após a anulação da “...”, a Requerente deveria reclassificar contabilisticamente o valor entregue para aquisição de partes de capital e, à data da inspeção, deveria o mesmo estar classificado como um direito sobre terceiros, devendo, dada a sua natureza residual, ser reconhecido na conta 26.8 – outros devedores, tal qual fez.

É certo que esse crédito não pode ser considerado um ativo remunerado, já que o não é verdadeiramente. É, no que aqui interessa, um ativo que foi reclassificado, deixando de ser considerado um investimento em participações sociais e passando a ser um crédito de natureza geral.

Ora, como vimos, a Circular n.º 7/2004 não contempla a existência de *ativos não remunerados* que não sejam participações sociais. Mas, pelas razões já suficientemente explanadas, tal omissão não pode ter como consequência que os mesmos devam ser considerados como “outros ativos” (remunerados) para efeitos de cálculo dos juros fiscalmente dedutíveis.

3. Contabilização dos juros “devidos”

Há aqui que distinguir entre dois tipos de juros.

Temos, em primeiro lugar, os juros colocados à disposição da Requerente pela B... SGPS, SA.

⁷ O que tornaria indiscutível a classificação de tal ativo como *remunerado*.

A existência de tais juros é irrelevante para a questão em apreço, uma vez que, não tendo a Requerente aceitado a conversão do montante entregue à B... SGPS, SA num empréstimo obrigacionista, não faria qualquer sentido receber tais juros (o que não fez) e, muito menos, reconhecê-los como rendimentos (proveitos) na sua contabilidade.

No que diz respeito aos juros de mora, importa referir que a anulação de um contrato não implica o pagamento de juros relativamente a quantias a devolver, pois o n.º 1 do artigo 289.º e o art.º 290.º do Código Civil apenas obrigam à restituição, em simultâneo, do que houver sido prestado.

A existência da obrigação do pagamento de juros de mora também não tem a ver com o carácter oneroso ou gratuito de determinado negócio jurídico (ou seja, estar em causa um *ativo remunerado* ou um *ativo não remunerado*, na linguagem da Circular n.º 7/2004), mas sim com o cumprimento tardio de uma obrigação.

A B... SGPS, SA., foi judicialmente interpelada para proceder à devolução da quantia entregue pela requerente. Só a partir daí é que poderá existir mora no cumprimento da obrigação de devolução que, eventualmente, recairá sobre a B... SGPS, SA (agora D... SGPS, SA) e, conseqüentemente, a obrigação de pagar tais juros.

De todo o modo, a questão de saber se houve incumprimento e, conseqüentemente, se vai haver obrigatoriedade de pagamento de juros, é, ainda, uma questão em aberto, uma vez que a sentença condenatória proferida em 1ª instância ainda não transitou em julgado.

Assim sendo, entendemos que, dada a incerteza associada ao direito ao recebimento de juros de mora, a Requerente não deveria considerar rendimentos financeiros em cada período contabilístico, pois o artigo 18.º do CIRC, que impõe o regime da periodização económica, em obediência ao princípio de especialização dos exercícios, não conduz ao reconhecimento de rendimentos que são hipotéticos ou meramente potenciais, incertos no seu montante e no momento de reconhecimento.

4. Encargos suportados com as garantias

A Requerente pede, ainda, que a AT seja condenada no pagamento das importâncias suportadas com a constituição e manutenção de três garantias bancárias com vista a suspender os processos executivos, no montante de € 5 490,02.

A Requerente juntou os documentos comprovativos da constituição das garantias, bem como dos pagamentos que suportou até á data da instauração do presente processo (cfr. pontos Q e R da matéria de facto).

Tendo presente que as garantias apenas foram constituídas por causa das liquidações cuja ilegalidade agora se decretou, deve a AT indemnizar a Requerente das importâncias supra mencionadas.

5. Decisão

Nos termos e pelos fundamentos expostos, o Tribunal Arbitral decide:

- a) Não conhecer o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Circular n.º 7/2004, por impossibilidade legal.
- b) Julgar procedente o pedido e, nessa sequência, anular as liquidações adicionais do IRC dos exercícios de 2010, 2011 e 2012 e os respetivos juros compensatórios, cujo montante global se cifra em € 304 515,24, por ilegalidade das correções efetuadas pela AT à matéria coletável relativa à sociedade Requerente, por se entender serem fiscalmente dedutíveis os encargos financeiros suportados, imputáveis ao seu crédito sobre a B... SGPS, SA.
- c) Condenar a Requerida no pagamento de uma indemnização correspondente às importâncias que a Requerente suportou com a constituição e manutenção das garantias prestadas para a suspensão dos processos executivos, no montante de € 5 490,02.

6. Valor do processo

De harmonia com o disposto no artigo 315.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 € 310.005,26 (trezentos e dez mil e cinco euros e vinte e seis cêntimos).

7. Custas

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € 5.508,00, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Lisboa, 16 de agosto de 2016

Os árbitros

Maria Fernanda Maçãs

Paulo Lourenço

Artur Maria da Silva