

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 392/2017-T

Tema: IRC – Participações sociais reconhecidas pelo justo valor através de resultados – SGPS – Isenção prevista no art. 32.º, n.º 2, do EBF.

Decisão arbitral

Os árbitros Prof. Doutor Rui Duarte Morais (árbitro-presidente), Prof. Doutor Tomás Cantista Tavares e Prof. Doutor Sérgio Pontes (árbitros vogais), designados respetivamente por acordo das partes, pela Requerente e pela Requerida para formarem o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., **SGPS, SA**, NIPC..., com sede na Rua ..., ..., ..., ...-... em Lisboa (doravante A... ou Requerente), apresentou um pedido de constituição do tribunal arbitral coletivo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 2.º, n.º 1, al. a), e 6.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante RJAT), em que é Requerida a **Autoridade Tributária e Aduaneira** (doravante AT), com vista à declaração de ilegalidade da liquidação, relativa ao ano de 2011, de IRC (2015...) no valor de 68.720,06€, liquidação de Juros compensatórios (2015...), no valor de 2.031,71€ e, bem assim, demonstração de acerto de contas 2015... (com compensação 2015...), da qual resultou um valor total a pagar de **68.809,50€**.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e seguiu a sua normal tramitação, nomeadamente com a notificação à AT. Todos os árbitros comunicaram a sua aceitação no prazo aplicável. As partes não manifestaram vontade de recusar a designação dos árbitros.

O tribunal arbitral coletivo foi constituído em 31/8/2017.

A AT respondeu, defendendo que o pedido deve ser julgado improcedente.

Por Despacho, com acordo das partes, foi decidido não realizar a reunião do art. 18.º de RJAT. Foram produzidas alegações escritas. Por Despacho de 26/2/2018, o prazo de prolação da decisão foi prorrogado por mais 2 meses, nos termos do art. 21.º, n.º 2, do RJAT.

O tribunal arbitral foi regularmente constituído e é materialmente competente, como se dispõe no art. 2.º, n.º 1, al. a) e 4.º, ambos do RJAT.

As partes 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 a 3.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março).

O processo não enferma de nulidades, as partes são legítimas, estão devidamente representadas e não há qualquer obstáculo à apreciação do mérito da causa.

2. Matéria de facto

2.1. Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos relevantes para a decisão:

a) A Requerente é uma sociedade gestora de participações sociais, que se dedica, desde 2004, à gestão de participações sociais como forma indireta do exercício de atividades económicas (cfr. art. 1.º do Dec. Lei n.º 495/88, de 30/12).

b) No exercício da sua atividade, a requerente adquiriu, em sucessivas operações ao longo do tempo, um conjunto de ações do Banco B..., SA (B...), as quais foram alienadas em 2011.

c) Em 31/12/2009, a requerente detinha 1.516.483 ações do B..., cujo valor total de aquisição era de 9.746.679,97€.

d) Em 1/1/2010, entrou em vigor do Sistema de normalização contabilístico, aprovado pelo Dec. Lei n.º 158/2009.

e) A requerente exerceu a opção (com efeitos desde 1/1/2010) constante do art. 4.º, do Dec. Lei n.º 158/2009, no sentido de passar a elaborar as suas contas de acordo com as regras internacionais de contabilidade (IAS/IFRS e suas interpretações aprovadas pela União Europeia), em lugar de a efetuar de acordo com o padrão contabilístico nacional (do Sistema de Normalização Contabilístico).

f) A Requerente, na passagem do POC para o sistema contabilístico internacional, registou, em relação às ações do B... detidas em 31/12/2009, uma variação do justo valor (diferença entre o valor de aquisição e a cotação do título na data da mudança de regime contabilístico) de 7.768.698,68€, contabilizada numa conta de resultados em capital próprio.

g) Em 1/10/2010, a requerente adquiriu mais 19.442 ações do B..., por conversão de direitos adquiridos sobre as ações do B... detidas pela A... há mais de 1 ano.

h) Assim, em 31/12/2010, a requerente tinha 1.535.974 ações do B..., cujo valor de aquisição totalizava 9.927.570,92€ e o valor de mercado (justo valor) ascendia a 12.177.201,97€.

i) Em 2010, a requerente contratou um instrumento derivado de cobertura, como forma de mitigar a flutuações de mercado do título B... .

j) Em 2011, a requerente alienou 1.535.876 ações do B..., cujo valor de aquisição totalizava 9.926.710,30, pelo valor de 13.210.069,49€.

l) Esta venda gerou uma grande mais-valia contabilística (de 9.016.187,89€), mas que a requerente não levou à tributação na sua autoliquidação de 2011, por entender que beneficiava da isenção descrita no artigo 32.º, n.º 2, do EBF (na redação e vigência em 2011).

m) A AT realizou uma inspeção tributária ao ano de 2011 em que concluiu que o acréscimo ao lucro tributável de 2011, por efeito da venda das ações do B... (no montante global de 2.801.228,95€) deveria ser tributado, por não terem sido tomados em consideração os efeitos da aplicação do justo valor por contrapartida de resultados, com a seguinte discriminação: 1.247.489,21€, correspondente à soma de 1.033.289,07€ e 214.200,14€, valores das mais-valias apurada com a alienação das ações do B...; 1.553.739,74€, correspondente a 1/5 da quantia do ajustamento de transição do POC para o SNC (decorrente de mensuração das ações do B... ao justo valor).

n) Estas correções deram origem à liquidação agora impugnada (com *absorção* de prejuízos acumulados e valor a pagar).

o) Em 28 de março de 2016, a Requerente deduziu reclamação graciosa contra essa liquidação, que foi objeto de indeferimento expresso, em Março de 2017.

p) Inconformada com esse indeferimento, a requerente deduziu então a presente ação arbitral.

q) Em 12 de Novembro de 2015, a requerente procedeu ao pagamento da liquidação impugnada, por razões cautelares.

2.2. Factos não provados

Não se provou o dia exato (ou dias) da venda dos títulos em 2011.

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

2.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto

Os factos provados baseiam-se nos documentos apresentados pelas partes (que são, essencialmente, documentos emitidos pelas Finanças, e pela Requerente), no consenso das partes (também em relação aos documentos, valores das transações, suas datas e demais operações) e nas informações oficiais juntas ao processo.

3. Matéria de direito

3.1. Questão a decidir

Como é aceite pelas partes, a questão que se coloca nos presentes autos prende-se apenas com o tratamento fiscal aplicável aos ganhos decorrentes de variações do justo valor / transmissão associados a partes de capital do Banco B...:

De acordo com a AT (Requerida), tais ganhos seriam tributados em 2011, por aplicação do disposto no art. 18.º, n.º 9, al. a), do CIRC, dado que se estaria em presença de ações designadas pela empresa como detidas para venda (por efeito do contrato derivado de cobertura).

De acordo com a Requerente, tais ganhos têm a natureza fiscal de mais-valias e integram-se no disposto no art. 46.º do CIRC – e estão isentos de tributação nos termos do art. 32.º, n.º 2, do EBF – porque as participações no B... foram detidas por mais de 12 meses – e não se lhe aplica o tratamento fiscal do justo valor.

Refira-se, nos termos do art. 5.º do CPC, que o tribunal arbitral está condicionado pelos factos alegados pelas partes, nos termos aí descritos e segundo as regras específicos do processo fiscal, mas em relação ao direito, o tribunal “não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito” (art. 5.º, n.º 3, do CPC).

3.2. As leis aplicáveis

O artigo 18.º, n.º 9, do CIRC, prescrevia:

“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, exceto 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, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5% do respetivo capital social ou
b) Tal se encontre expressamente previsto neste Código.

Por outro lado, segundo o art. 49.º do CIRC (sob a epígrafe instrumentos financeiros derivados): 1. Concorrem para a formação do lucro tributável [...] os rendimentos ou gastos resultantes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros derivados [...]”, onde se incluem, segundo o n.º 2, “as operações cujo objeto exclusivo seja a cobertura de justo valor, quando o elemento coberto esteja subordinado a outros modelos de valorização [...]” segundo um critério de simetria entre o instrumento coberto e o instrumento de cobertura.

O art. 46.º do CIRC entendia que o conceito de mais-valias se aplicava aos ganhos obtidos e realizados com a transmissão onerosas, por forma que fosse, entre outros, de ativos ou instrumentos financeiros (exceto os reconhecidos pelo justo valor nos termos do art. 18.º, n.º 9, al. a) e b), do CIRC).

Por fim, o art. 32.º, n.º 2, do EBF prescrevia em 2011: “as mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS [...] de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano [...] não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades”.

3.3. Os argumentos das partes

A fundamentação das liquidações (e resposta da Requerida e demais pronunciamentos da AT ao longo do processo, nomeadamente na decisão da Reclamação Graciosa) invoca, em síntese:

- a) A A... apesar de ter optado pelas normas internacionais de contabilidade, teria de tratar e tributar as ações B... pelo modelo do justo valor em resultados, a partir do momento em que firmou um contrato derivado de cobertura da cotação das ações do B... em 2010.
- b) O art. 32.º, n.º 2, do EBF não se aplica à transmissão de ações detidas por uma SGPS – que sejam qualificados e tributados pelo mecanismo do justo valor.

A Requerente advoga, ao invés, que:

- a) A opção que fez pela aplicação das regras das IAS/IRFRS ao invés do sistema de normalização contabilístico nacional (cfr. art. 4.º, do Dec. Lei n.º 158/2009) implica que as variações de justo valor sejam reconhecidas no capital próprio (e não em resultados), quer antes quer após a celebração do instrumento derivado, pela leitura e interpretação que faz das disposições da IAS 39.
- b) E se o justo valor é reconhecido em capital próprio – então não se aplica o art. 18.º, n.º 9, do CIRC e o contribuinte tem direito e acesso à isenção das mais-valias do art. 32.º do EBF.

3.4. Decisão

A questão decidendi pode ser formulada da seguinte forma: o art. 32.º do EBF aplica-se ou não às participações sociais às quais se aplica o regime do justo valor do art. 18.º, n.º 9, do CIRC (seja por efeitos da sua alínea a) ou b)).

É certo que o Recorrente construiu essencialmente a sua argumentação “a montante”, arguindo que não se lhe aplicava aquele regime contabilístico e fiscal do justo valor às suas participações no Banco B..., numa determinada interpretação e aplicação do art. 18.º, n.º 9, do CIR e do art. 32.º do EBF.

Mas o tribunal, em relação ao direito, não está sujeito à alegação das partes – e pode decidir a contenda por outro “caminho”, com base nos factos arguidos pelas partes e provados no processo e tendo em conta a boa interpretação dos preceitos jurídicos invocados pelas partes.

A questão decidendi foi já decidida por outro tribunal arbitral, nos processos 351/2016-T e 353/2016-T. Analisada aquela argumentação – e após a sua ponderação ao caso dos autos (no sentido de que a mesma vale quer nos casos da al. a), quer nos casos da al. b) do n.º 9 do art. 18.º do CIRC), este tribunal arbitral decide no sentido da anulação da liquidação impugnada, com base naquela argumentação, a que se adere e seguidamente se reproduz, com a devida vénia, a parte decisória (no processo 353/2016-T).

(Início da citação do processo 353/2016-T)

III.2.1. Aplicação do disposto no art.º 32.º, n.º 2, do EBF

Em 2011, o art.º 32.º, n.º 2, do EBF dispunha o seguinte: as mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS, pelas SCR e pelos ICR de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim, os encargos financeiros suportados com a sua aquisição não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades.

Esta solução legal, abandonada com efeitos a partir do ano de 2014, era antiga.

Como é sabido, o CIRC, na sua versão originária, consagrava, sem exceções, o *princípio da realização*, ou seja, no que aqui releva, os proveitos (mais-valias) decorrentes da transmissão de um bem só eram fiscalmente considerados no momento da sua transmissão.

Relativamente às mais-valias (e, também, às menos-valias), a afirmação do princípio da realização era feita de forma que poderemos considerar não só expressa como repetitiva.

Esta situação manteve-se, no essencial, inalterada até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13/07, o qual, «adaptou as regras de determinação do lucro tributável às normas internacionais de contabilidade tal como adoptadas pela União Europeia, bem como aos normativos contabilísticos nacionais que visam adaptar a contabilidade a essas normas».

Uma dessas adaptações foi o n.º 9 do art.º 18.º do CIRC, o qual, no que aqui interessa, dispõe: 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;

Temos, assim, que, considerando apenas o seu elemento literal, o art.º 32.º, n.º 2, do EBF apenas isenta as mais-valias realizadas obtidas pelas SGPS, enquanto o art.º 18.º consagra a relevância fiscal de mais-valias potenciais (ganhos contabilizados ao justo valor em resultados) para algumas situações, nomeadamente a prevista na sua al. a), à qual a situação de facto da Requerente é subsumível.

A AT fundamenta a liquidação em apreciação numa interpretação estritamente literal destes preceitos.

A Requerente pugna por uma interpretação atualista do art.º 32.º, n.º 2, do EBF, a qual conduziria à isenção de tributação das mais-valias inseríveis no referido art.º 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC.

Apreciando:

Não oferece dúvidas que o art. 32.º, n.º 2, do EBF consagra uma isenção - um benefício fiscal - *i. e.*, uma medida de carácter excepcional instituída para tutela de interesses

públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem (cfr. art. 2º, n.º 1, do EBF).

Ou seja, o legislador considerou que o interesse público ligado ao desenvolvimento das SGPS justificava a não tributação das mais-valias obtidas por estas sociedades com a alienação de partes de capital, preenchidos que fossem determinados requisitos. Requisitos que se verificam no caso concreto.

A pergunta que consideramos ser de fazer é simples: o superior interesse público que conduziu à isenção destas mais-valias é diferente consoante estejamos perante mais-valias realizadas ou mais-valias contabilizadas ao justo valor através de resultados?

Afigura-se-nos claro que o critério relevante será sempre a natureza do ganho e não o momento da sua tributação.

Assim, quando o contribuinte opta pela contabilização segundo o princípio da realização ou segundo o princípio do justo valor, não se altera a natureza do rendimento (está sempre em causa uma mais-valia), nem o seu montante.

Na realidade, numa perspetiva da continuidade da atividade empresarial, a mais-valia que é tributada corresponde sempre à mais-valia realizada, porquanto, no exercício em que ocorrer a transmissão da participação social, será registado um ganho ou uma perda consoante o valor de realização seja inferior ou superior àquele pelo qual tal participação se encontrava contabilizada à luz dos critérios do justo valor. O “referencial” da tributação é, pois, sempre o “valor de realização”.

Nestes termos, a opção por um ou outro critério contabilístico apenas altera o momento em que ocorre a tributação, a qual, no sistema do justo valor, em lugar de acontecer apenas aquando da alienação das participações em causa (como sucede no sistema da realização), vai ocorrendo ao longo dos vários exercícios pelos quais se prolonga a detenção das participações sociais, pela consideração dos aumentos ou diminuições potenciais (aferidas segundo o justo valor - valor de mercado) do valor de tais participações no fim de cada exercício.

Acresce que a isenção é um elemento essencial de um imposto: é o resultado de uma opção (que cabe ao legislador) valorativa dos interesses fiscais e extra-fiscais contemplados em determinada situação, pelo que não a sua existência e aplicabilidade não poderá ser resultado de uma *opção contabilística*. Nestes termos, afigura-se-nos insustentável o entendimento segundo o qual uma isenção “deixa de existir” quando se opte por determinada técnica de registo contabilístico (contabilização ao justo valor), sendo que, além do mais, tanto significaria colocar a concretização dos interesses extra-fiscais subjacentes à isenção” nas “mãos” de cada sujeito passivo.

É, por outro lado, claro para o tribunal que existe uma manifesta e incompreensível dessintonia entre o disposto nos art.º 32.º, n.º 2 do EBF e o previsto no art. 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC, bem como que a coerência e a racionalidade do sistema de tributação das SGPS parecem impor que todas as mais-valias por elas obtidas com a alienação de partes sociais estejam isentas (desde que verificados os demais pressupostos legais), pois que foi ao interesse extra fiscal que o legislador quis dar primazia ao prever a isenção constante da primeira das referidas normas.

Aqui chegados, cumpre averiguar se assiste razão à Requerente quando defende a necessidade de uma interpretação actualista do teor do art.º 32.º, n.º 2, do EBF, considerando o que passou a dispor o art.º 18.º, n.º 9, al. a), do CIRC, mediada pelo princípio da interpretação em conformidade com a CRP.

Vejamos.

Segundo o n.º 1 do art. 9.º do Código Civil, *“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”*.

Para apreender o sentido da lei, o intérprete socorre-se, como refere FRANCESCO FERRARA (*Interpretação e Aplicação das leis*, tradução de Manuel de Andrade, 3ª ed., Coimbra, 1978, pp. 127 ss. e 138 ss.), de vários meios: “Em primeiro lugar busca reconstruir o pensamento legislativo através das palavras da lei, na sua conexão linguística e estilística, procura o sentido literal. Mas este é o grau mais baixo, a forma inicial da

atividade interpretativa. As palavras podem ser vagas, equívocas ou deficientes e não oferecerem nenhuma garantia de espelharem com fidelidade e inteireza o pensamento: o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à *mens legis*, é preciso sujeitá-lo a crítica e a controlo.”

E prossegue: “Ora, nesta tarefa de interligação e valoração que acompanha a apreensão do sentido literal, intervêm elementos lógicos, apontando a doutrina elementos de ordem sistemática, histórica e racional ou teleológica”.

Explicita ainda o significado de cada um destes elementos:

“O elemento sistemático compreende a consideração de outras disposições que formam o complexo normativo do instituto em que se integra a norma interpretada, isto é, que regula a mesma matéria (contexto da lei), assim como a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins (lugares paralelos). Compreende ainda o lugar sistemático que compete à norma interpretada no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico”; “O elemento histórico compreende todas as matérias relacionadas com a história do preceito material da mesma ou de idêntica questão, as fontes da lei e os trabalhos preparatórios”; “Por sua vez, o elemento racional ou teleológico consiste na razão de ser da norma (*ratio legis*), no fim visado pelo legislador ao editar a norma, nas soluções que tem em vista e que pretende realizar.”

A propósito deste critério realça o mesmo Autor que «É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que quer obter. Pois que a lei se comporta para com a *ratio iuris*, como o meio para com o fim: quem quer o fim quer também os meios. Para se determinar esta finalidade prática da norma, é preciso atender às relações da vida, para cuja regulamentação a norma foi criada. Devemos partir do conceito de que a lei quer dar satisfação às exigências económicas que brotam das relações (*natureza das coisas*). E, portanto, ocorre em primeiro lugar um estudo atento e profundo, não só do mecanismo técnico das relações, como também das exigências que derivam daquelas situações, procedendo-se à apreciação dos interesses em causa» (*Idem*, p. 141).

Assumimos uma orientação objetivista na interpretação das normas legais, pois que «favorece mais a rectidão e a justeza do direito, já que permite extrair dos textos o sentido mais razoável que estes comportam e ao mesmo tempo que (na vertente actualista) confere à lei maior maleabilidade, pois, além de facilitar a sua aplicação directa a situações que o legislador não previu, aproveita a virtualidade, contida no texto, de constante adaptação aos critérios de justiça e de oportunidade próprios de cada época em que a lei é aplicada» (BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 1982, reimp., 2016, pág. 179 ss).

No sentido de um “objectivismo actualista”, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*O Direito Introdução e Teoria Geral*, 10^a. ed., Revista, Almedina, Coimbra, 1997, p. 397) pondera: “Dada a orientação que defendemos, o actualismo surge-nos forçoso. Se afirmamos o primado da ordem social, se indicamos que a lei só tem sentido quando integrada nessa ordem, fazemos uma afirmação actualista”. Interpretação que, segundo o Autor, encontra no texto do art. 9.º, n.º 1, do Código Civil português a sua consagração.

Com efeito, refere que “Entre os elementos a que se deve atender na interpretação da lei estão as *condições específicas do tempo em que é aplicada*. Esta referência é totalmente incompreensível fora de um entendimento actualista. Um actualista pode explicar que entre os elementos auxiliares da interpretação figurem elementos históricos (...). Mas para um historicista é inteiramente aberrante que o sentido de uma fonte possa variar por efeito de circunstâncias posteriores: ele estaria imutavelmente fixado desde o início”.

“A justificação que damos é permanente, e não válida apenas no momento da formação da lei. A lei, uma vez criada, situa-se numa ordem social, que é necessariamente viva, aberta a todos os estímulos que nela provocam as alterações históricas. A fórmula em que a lei se consubstancia está fixada: mas o sentido dessa fórmula pode variar, consoante as incidências do circunstancialismo donde arrancam as suas significações.”

Também FRANCESCO FERRARA (*ob. cit.*, p. 137) considera: “Visto o carácter objectivo do sentido da lei, conclui-se que esta pode ter um valor diferente do que foi pensado pelos seus autores, que pode produzir consequências e resultados imprevisíveis ou, pelo menos, inesperados no momento em que foi feita, e por último que com o andar dos tempos o

princípio ganha mais amplo horizonte de aplicação, estendendo-se a relações diversas das originariamente contempladas, mas que, por serem de estrutura igual, se subordinam ao seu domínio (fenómeno de *projecção*)”.

Na jurisprudência realça-se, com relevância, para o caso em apreço, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de outubro de 2007, no processo n.º 07B1710, por se tratar de decisão que, rompendo com uma interpretação estritamente literal do artigo 505.º do Código Civil (que consagrava como circunstância exoneratória da responsabilidade a culpa exclusiva do lesado, defendida pela doutrina tradicional), deu prevalência a uma “interpretação progressiva ou actualista” do mencionado preceito, de modo a acolher a regra do concurso da culpa do lesado com o risco próprio do veículo.

No sumário desse acórdão pode ler-se, entre o mais, que:

“2. De acordo com a jurisprudência e a doutrina tradicionais, inspiradas no ensinamento de Antunes Varela, em matéria de acidentes de viação, na verificação de qualquer das circunstâncias referidas no art. 505.º do CC- *maxime*, ser o acidente imputável a facto, culposo ou não, do lesado - exclui a responsabilidade objectiva do detentor do veículo, não se admitindo o concurso do perigo especial do veículo com o facto da vítima, de modo a conduzir a uma repartição da responsabilidade: a responsabilidade pelo risco é afastada pelo facto do lesado.

3. Esta corrente doutrinal e jurisprudencial, conglobando na dimensão exoneratória do art. 505.º e tratando da mesma forma, situações as mais díspares - nas quais se englobam comportamentos mecânicos dos lesados, ditados por medo ou reacção instintiva, factos das crianças e do inimputáveis, comportamentos de precipitação ou distração momentânea, etc., - e uniformizando as ausências de condutas, as condutas não culposas, as poucas culposas e as muito culposas dos lesados, conduz, muitas vezes, a resultados chocantes.

4. (...)

5. O texto do art. 505.º do CC deve ser interpretado no sentido de que nele se acolhe a regra do concurso da culpa do lesado com o risco próprio do veículo, ou seja, que a responsabilidade objectiva do detentor do veículo só é excluída quando o acidente for

devido unicamente ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte exclusivamente de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo.

6.(...)

7. A este resultado conduz uma interpretação progressista ou actualista do art. 505.º, que tenha em conta a unidade do sistema jurídico e as condições do tempo em que tal norma é aplicada, em que a responsabilidade pelo risco é enfocada a uma nova luz, iluminada por novas concepções, de solidariedade e justiça.”

Aplicando a visão interpretativa exposta ao caso em análise importa considerar que o equilíbrio encontrado pelo legislador na tributação das SGPS, em sede do art. 32.º, n.º 2 EBF, se traduzia em não dar relevo fiscal às mais e menos valias, não tributando, em contrapartida, os encargos financeiros. A racionalidade teleológica subjacente a este regime assentava no princípio da realização, de acordo e em consonância com os princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da justiça.

De referir, porém, que, entretanto, com a evolução da técnica contabilística se instituiu a teoria do justo valor, passando-se a dar relevo também às mais valias latentes, como resulta do previsto no artigo 18.º, n.º 9, alínea c), do CIRC.

Verificou-se, assim, uma mudança de paradigma que impõe que estas alterações devam merecer ser consideradas no âmbito da interpretação a realizar atendendo à unidade do sistema jurídico-fiscal e ao sentido em que este evoluiu.

Nestes termos, deve o intérprete, no caso concreto, encontrar uma solução de modo a aplicar o mesmo benefício quer às mais valias realizadas, quer às latentes, sob pena de realidades idênticas serem tributadas de maneira diferente.

Na verdade, a interpretação estritamente literal do n. 2 do art.º 32.º do EFB, sustentada pela AT, resultaria num tratamento diferenciado injustificado de sociedades que se encontrem em situações materialmente idênticas, por evidenciarem igual capacidade contributiva. Capacidade contributiva que não resulta alterada pelo diferente momento em que deva ocorrer a tributação dela resultante. Seria uma frontal violação do *princípio da igualdade*, cuja dimensão maior é, precisamente, a da “tributação segundo a capacidade contributiva”

(neste sentido, CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2016, pág. 151 e ss), tratar diferentemente realidades iguais apenas por ser diferente o *momento* em que deve ocorrer a sua tributação.

Na verdade, como já salientámos, a capacidade contributiva (o rendimento tributável) resultante da obtenção de uma mais-valia é o mesmo, quer a sua contabilização se faça segundo o princípio da realização, quer ao justo valor. O que é diferente – como também já deixámos assinalado - é apenas a *periodização*, para efeitos fiscais, de tal rendimento (os exercícios em que os ganhos ou perdas devem ser fiscalmente relevados).

Temos, assim, por um lado, uma interpretação estritamente literal e centrada no elemento histórico que restringe a aplicação do art. 32.º, n.º 2, do EBF, às mais –valias realizadas, conduzindo a um resultado de manifesta incoerência sistémica e à violação dos princípios constitucionais da tributação do rendimento real e da igualdade.

Porém, uma interpretação que atenda, para além do sentido literal (atual) do preceito, também aos elementos sistemático e teleológico e às exigências dos princípios constitucionais mencionados, admite aplicação do art. 32.º, n.º2, do EBF, às mais –valias e menos-valias latentes (potenciais).

Assim se revela indispensável alargar o campo de aplicação da norma, definida pelo texto, com fundamento também na sua imanente teleologia, a casos que por esse texto não estariam formalmente abrangidos, o que “implica o abandono de um sentido puramente hermenêutico (hermenêutico-exegético) e a assunção de um sentido verdadeiramente normativo (prático-normativo) na interpretação jurídica, por forma a evitar antinomias ou incongruências no sistema, com a conseqüente insegurança jurídica.” (CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, Stydia Iyridica, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora p. 108).

As vias da interpretação atualista e da extensão teleológica, que aqui se convocam, permitem, como decorre do exposto, assegurar que realidades idênticas sejam tratadas de maneira igual, assim se harmonizando as soluções jurídicas.

É, na verdade, este o critério metodológico que se afigura devido no contexto em presença.

Nestes termos, tendo o sistema evoluído no sentido de se dar relevância fiscal também às mais e menos valias potenciais ou latentes, a interpretação do art. 32.º, n.º 2, do EBF, de acordo com os enunciados parâmetros, conduz a concluir que no correspondente regime se deve refletir essa evolução, considerando-se este tipo de mais e menos valias também incluídas no preceito em causa.

Se, como refere KARL ENGLISH, “a linha limítrofe entre a interpretação (especialmente a interpretação extensiva) por um lado, e a analogia, por outro, é fluída” (ob. cit., p. 239), o caso em presença situa-se ainda no âmbito da interpretação, sendo coberto pela “capacidade de expansão lógica e teleológica da lei” (ob. cit., p. 243).

Com efeito, as lacunas só aparecem “quando nem a lei nem o direito consuetudinário dão uma resposta imediata a uma questão jurídica”, sendo que “a lei fornece uma resposta quando esta dela é retirada por interpretação, mesmo quando seja uma interpretação extensiva “. Na medida em que a interpretação baste para responder a questões jurídicas, o Direito não será, pois, lacunoso. Pelo contrário, a «analogia» possui já uma função integradora” (KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Tradução e prefácio de J. BAPTISTA MACHADO, 5ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 226).

Impõe-se, pois, no presente caso, considerar os elementos inovadores, de natureza contabilística que foram, entretanto, absorvidos pelo sistema jurídico-fiscal, não cedendo à tentação do imobilismo e da cristalização do sentido literal dos preceitos.

Como refere JOÃO DE CASTRO MENDES (*Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1994, p. 221) a interpretação histórica contrapõe-se a interpretação actualista. “A primeira tem como finalidade reconstruir o sentido que a lei tinha no momento da sua elaboração e entrada em vigor; a segunda, determinar o sentido que a lei tem no momento da sua interpretação. Por alteração das circunstâncias e até dos sentidos das palavras, podem ser diferentes os dois sentidos”. A importância da interpretação actualista reside, pois, essencialmente no facto de a lei assumir “valor como instrumento social, não como peça de tradição”.

A interpretação que admite a aplicação do artigo 32.º, n.º 2, às mais-valias ou menos valias latentes (potenciais) é, por outro lado, a que se apresenta mais conforme aos princípios

constitucionais da tributação do rendimento real (previsto no artigo 104.º, n.º 2, da CRP) e da igualdade.

Ora, um dos princípios gerais da interpretação das normas jurídicas e “critério de interpretação” é o da *interpretação conforme à Constituição* (cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª.ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 480). Segundo este critério, no caso de o intérprete, mediante a aplicação dos elementos interpretativos, chegar a mais do que um sentido possível a atribuir a um preceito normativo, deve preferir aquele que mais se adegue à Constituição.

No caso concreto, tal regra hermenêutica, mediada por uma interpretação atualista, aponta decisivamente para a interpretação do n.º 2 do art.º 32.º do EBF que deixámos sufragada.

Assim, numa perspetiva atual, à luz da evolução dos conceitos técnico contabilísticos operados, só uma interpretação assente num critério teleológico-objetivo, e em conformidade com a Constituição evita uma contradição de valoração insanável, que não encontra qualquer fundamento razoável e é contrária à unidade do sistema jurídico.

Tudo o que tendo direta aplicação no caso concreto, conduz, necessariamente, a uma interpretação atualística do art. 32.º, n.º 2, do EBF, de que decorre que se retire do preceito o sentido interpretativo de que o mesmo acolhe a isenção das mais-valias obtidas pelas SGPS, nas condições aí previstas, independentemente de a sua relevância fiscal acontecer apenas no momento da sua transmissão (princípio da realização) ou ao longo dos diferentes exercícios pelos quais se prolongue a sua detenção (justo valor).

Fazemos nosso o entendimento de GOMES CANOTILHO em *parecer* junto aos presentes autos, segundo o qual quando no texto do artigo 32.º/2 do EBF o legislador se refere a mais-valias e menos-valias realizadas, isso deriva do facto de apenas essas concorrerem para a formação de um lucro tributável em IRC.

“A partir do momento em que o CIRC sofre uma alteração que se traduz na possibilidade de tributação de mais-valias e de menos-valias potenciais, então, a norma do artigo 32.º/2 deve ser objeto de uma interpretação atualista.

“As razões que levaram o legislador a criar o regime especial de tributação para as SGPS, refletido no artigo 32.º/2 do EBF, e que são invocadas no acórdão do STA citado *supra*” [Processo n.º 0314/12, de 05/09/2012], são válidas quer para as mais-valias e menos-valias realizadas quer para as mais-valias e menos-valias potenciais”.

“Não se compreenderia que o legislador, preocupado com a importância das SGPS para a economia nacional e reconhecendo a sua especificidade previsse um regime especial determinando que as mais-valias e menos-valias realizadas não concorrem para a formação do lucro tributável e, simultaneamente, as sujeitasse a um regime geral que admite, em certos casos (os do artigo 18.º, n.º 9, al. a) do CIRC) a tributação de mais-valias potenciais por via de ajustamentos de justo valor».

No mesmo sentido, que o Tribunal identicamente subscreve, concluem PAULO DA MOTA PINTO e ANTÓNIO MARTINS, em *parecer* junto aos autos (pág. 35), quando referem: «Dir-se-á que a resposta é evidente, tendo em conta a razão de ser e a finalidade da norma do art.º 32.º, n.º 2, do EBF, o contexto em que foi editada e a sua alteração, tudo a impor uma interpretação atualista: não faria sentido que o legislador tivesse querido atribuir um benefício fiscal às SGPS como meio de fomentar a sua atividade em benefício da economia, quando aquelas realizam mais-valias transformando-as em meios monetários, e que, diversamente, pretenda a tributação de mais-valias meramente potenciais obtidas pelas mesmas SGPS, num contexto em que estas passaram a ser fiscalmente relevantes. Dir-se-á, pois, que parece claro que, pela sua razão de ser, o benefício fiscal previsto no art. 32.º, n.º 2, do EBF, deve, por igualdade ou mesmo por maioria de razão, incluir igualmente os ajustamentos de justo valor (mais-valias potenciais) que tenham passado a concorrer, a partir de 2010, para a formação do lucro tributável».

Comungamos também do que, a este propósito, salienta GUSTAVO COURINHA, igualmente em *parecer* junto aos autos: (i) «o benefício fiscal constante do art.º 32.º, n.º 2, do EBF é um regime fiscal indiscutivelmente de base subjetiva [sublinhado nosso], estruturado por referência à forma societária (SGPS)» (pág. 60); (ii) “o art.º 32/n.2 do EBF não pode ser interpretado como uma norma que decide em favor ou contra um determinado método de periodização – realização ou Justo Valor. Ao invés, este artigo carece de ser

interpretado em termos neutrais. É esta interpretação neutral que se revela mais adequada à sua própria natureza, enquanto simples norma de determinação de eventos tributários (neste caso, por isenção). O art.º 32º/n.º2 não poderá ter pretendido promover a utilização de um método de periodização (realização) com prejuízo de outro (Justo Valor). Não é essa a sua função, nem se percebe que interesse extra-fiscal justificaria um tal tratamento. Com efeito, é impossível imaginar que interesse poderia explicar um benefício fiscal que se traduza pela preferência na realização de mais-valias, quando é precisamente oposta a função prosseguida pelas SGPS nos grupos societários (...)» (págs. 65 e 66).

Termos em que se conclui que o rendimento (mais-valia) obtido pela Requerente goza da isenção prevista no art. 32.º, n.º 2, do EBF, devendo proceder o pedido da Requerente.

Ao decidir em sentido contrário, a AT incorreu em ilegalidade devendo, nesta sequência, a liquidação ser anulada, com as legais consequências.

(Fim da citação do proc. 353/2016-T).

Refira-se, por fim, que a isenção do art. 32.º do EBF pressupunha que as ações do B... fossem detidas ininterruptamente pela requerente (que é uma SGPS), por período de tempo superior a um ano (ou mais de 3 anos em casos excecionais).

A AT – na fundamentação do ato e diversas pronúncias no processo (resposta, alegações) – nunca invocou que se aplicaria o período de detenção de 3 anos. E nunca indicou que a Requerente deteve as ações B... por mais de 12 meses (não é esse o *argumentário* que sustenta o ato tributário), apesar de, como se provou, 19.442 ações alienadas em 2011 foram adquiridas em 2010 (resultaram de conversão de direitos adquiridos sobre ações que a empresa detinha por mais de 12 meses).

Por nós, a essas ações também se aplica a isenção do art. 32.º, n.º 2, do EBF: ou porque mediaram mais de 12 meses entre a data de aquisição em 2010 e a de venda em 2011 (e por isso a AT não introduziu esse dado que poderia ser relevante para o ato tributário, ou então sibi imputet); mas sobretudo – e foi por esta razão que ambas as partes entendem

ultrapassados os 12 meses de detenção, porque tal aquisição “resulta de conversão de direitos adquiridos sobre ações detidas há mais de 1 ano”. E perante isso, a própria AT entendeu (e bem) que a data de aquisição, para cálculo e tratamento de ulteriores mais e menos valias, não ocorreu em 2010, mas da data de aquisição das ações donde brotaram tais direitos – o que sucedeu antes de 2010 (há mais de um ano). Quer dizer: a AT não invocou este “argumento” por esquecimento, mas porque entendeu que as ações de 2010 foram adquiridas para efeitos da aplicação do art. 32.º, n.º 2, do EBF, na data de aquisição dos títulos a montante donde resultaram depois os referidos direitos.

4. Pagamento do imposto, reembolso e juros

A Requerente solicitou também que, além da anulação da liquidação impugnada, a AT fosse condenada a devolver o imposto pago acrescido de juros indemnizatórios de lei.

O art. 43.º, n.º 1, da LGT dispõe que são devidos juros indemnizatórios a favor do contribuinte quando se determine em impugnação judicial (e a ação arbitral é incluída nesse ditame legal, por coerência e unidade do sistema jurídico) que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento de dívida tributária superior à devida.

Ora, é isso o que sucede nos autos. A AT, ao introduzir liquidações adicionais de IRC – agora anulada – implicou um pagamento de imposto pelo contribuinte, afinal indevido e exigido apenas, por erro imputável aos serviços da AT (que exigiram liquidação de impostos ilegais).

Donde, preenchendo-se os requisitos do art. 43.º da LGT, a AT tem de proceder ao pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, desde o momento do pagamento pelo contribuinte até integral devolução ao contribuinte do imposto por ele pago.

5. Decisão

De harmonia com o exposto, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a. Julgar totalmente procedente o pedido de declaração de ilegalidade da liquidação impugnada de IRC relativa ao ano de 2011: de imposto (2015...) no valor de 68.720,06€, Juros compensatórios (2015...), no valor de 2.031,71€ e demonstração de acerto de contas 2015... (com compensação 2015...), com um valor total a pagar de 68.809,50€.

E em consequência:

- b. Ordenar a devolução à requerente do IRC e juros compensatórios por ela pagos;
- c. Condenar a AT a pagar juros indemnizatórios à Requerente, sobre os valores pagos, desde a data do pagamento (12 de Novembro de 2015) até integral reembolso.
- d. Caberá à AT, nos termos legais, retirar as consequências do ora decidido, nomeadamente quanto à existência e prejuízos reportáveis para exercícios seguintes.

6. Valor do processo

De harmonia com o disposto no art. 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 68.809,50€.

Notifique-se

Lisboa, 21 de Março de 2018

Os Árbitros



Rui Duarte Morais (árbitro Presidente)

Tomás Cantista Tavares (árbitro Vogal)

Sérgio Pontes (árbitro Vogal)

(Texto elaborado em computador, nos termos do artigo 131º n.º 5 do Código de Processo Civil, aplicável por remissão do artigo 29º n.º 1 alínea e) do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária)