

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 148/2013-T

Tema: IRC - dedutibilidade de gastos com royalties, ónus da prova, preços de transferência, dedutibilidade de menos-valias na partilha

Decisão Arbitral

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 148/2013-T

Temas: IRC – dedutibilidade de gastos com *royalties*, ónus da prova, preços de transferência, dedutibilidade de menos-valias na partilha

Acordam, nestes autos, os juízes-árbitros, Desembargador Manuel Luís Macaísta Malheiros, presidente, Professor Doutor António Martins e Dr. Ricardo da Palma Borges, adjuntos:

1. RELATÓRIO

1.1. A..., S.A., Pessoa Colectiva n.º ..., com sede na Rua ..., Vila Nova de Gaia, doravante “Requerente”, sociedade dominante de um grupo de sociedades que optou pelo “Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades” (doravante “RETGS”) previsto nos então artigos 63.º, 64.º e 65.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (doravante “CIRC”), apresentou pedido de pronúncia arbitral, nos termos do disposto nos artigos 10.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime

Jurídico da Arbitragem Tributária, doravante “RJAT”), sendo a “Requerida” a **Autoridade Tributária e Aduaneira** (doravante “AT”).

A Requerente pretende a anulação do acto de liquidação adicional do IRC emitido sob o número ..., de 21 de Dezembro de 2010, referente ao ano 2007, do qual resultou, após compensação, o valor a pagar de € 1.018.316,93. A Requerente pede, igualmente, a anulação do acto de indeferimento da Reclamação Graciosa do referido acto tributário, apresentada em 5 de Maio de 2011, e indeferida por Despacho do Director de Finanças do Porto de 4 de Novembro de 2011, sob o n.º A Requerente pede também a anulação do acto de indeferimento do subsequente Recurso Hierárquico, apresentado em 6 de Dezembro de 2011, proferido por Despacho do Subdirector-Geral, Substituto Legal do Director-Geral, de 21 de Março de 2013, sob o n.º

Como primeira questão a decidir, sustenta a Requerente que a desconsideração como custo fiscalmente dedutível, com base na alegada aplicação do disposto no (então) artigo 59.º do CIRC, dos *royalties* pagos à sociedade ..., Limited (doravante “B...”), com sede nas Ilhas Jersey, pela sociedade participada pela Requerente, ..., S.A. (doravante “C...”), enferma de erro de direito e de facto.

Alega a Requerente, em resumo, que:

- a sociedade C... não pagou *royalties* à B... relativos a marcas de produtos comercializados em Portugal indicadas pela Administração Fiscal como não estando registadas em Portugal;
- as marcas de produtos comercializados pela C..., sobre as quais foram pagos *royalties* à sociedade B..., encontram-se devidamente registadas, em nome desta sociedade, em cada um dos países onde as mesmas são utilizadas;
- os documentos apresentados, aquando do registo das marcas junto do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), destinaram-se, apenas, a permitir o registo das marcas em Portugal em nome da B..., não consubstanciando efectivas transmissões de titularidade das mesmas àquela data;
- os registos internacionais, muito anteriores ao registo em Portugal, evidenciam que a titularidade das marcas era já da B..., à data do registo no país;

- quanto às marcas que não são da titularidade da B..., esta celebrou contrato de sub-licenciamento com o titular daquelas;
- os *royalties* não são de montante exagerado;
- os *royalties* são indispensáveis ao exercício da actividade da C... e correspondem a operações efectivamente realizadas.

Como segunda questão a decidir, a Requerente sustenta que a desconsideração pela AT, como custo fiscalmente dedutível, dos *royalties* referentes à utilização das marcas “E...” pagos à D..., S.A. (doravante “D...”), alegadamente por o mesmo não ser comprovadamente indispensável para a realização dos proveitos, nos termos do disposto no artigo 23.º, n.º 1 do CIRC, enferma de erro de direito e de facto.

Alega a Requerente, em resumo, que:

- “AT limita-se apresentar um conjunto de factos descontextualizados, sem apresentar uma única justificação, nem dar a conhecer quais as razões que a levaram a concluir, com base em tais factos, que os custos relativos aos *royalties* pagos à sociedade D... não são comprovadamente indispensáveis”, motivo pelo qual a AT violou o seu dever de fundamentação, previsto no artigo 77.º da Lei Geral Tributária (doravante “LGT”), sendo fundamento para anulação do acto tributário;

- A AT não questiona que estes custos sejam efectivos nem que se encontram devidamente comprovados;

- A indispensabilidade deve ser aferida a partir do um juízo positivo da subsunção na actividade societária, o qual, por natureza, não deve ser indicado pelo Direito Fiscal, que se não deve imiscuir e muito menos valorar as decisões empresariais do contribuinte;

- Os *royalties* pagos pela C..., quer os relativos à marca “E...”, quer os relativos às demais marcas, são essenciais para o exercício da sua actividade;

- No que respeita ao valor de transmissão, o mesmo não podia deixar de ser zero, considerando a forma pela qual as marcas foram transmitidas à sociedade D..., porque quer a Requerente, quer a D..., adquiriram as marcas no âmbito de um processo cisão-fusão;

- Nos termos do disposto no artigo 67.º do CIRC (em vigor à data) as operações de cisão-

-fusão podem beneficiar do regime especial da neutralidade fiscal. Contudo, uma das

condições para que esse regime possa ser aplicado é a obrigatoriedade dos elementos patrimoniais objecto de transferência serem inscritos na respectiva contabilidade com os mesmos valores que tinham na contabilidade da sociedade cindida ou incorporada (cfr. artigo 68.º, n.º 3, alínea a), do CIRC, em vigor à data);

- Assim, considerando que as marcas estavam em 2001 contabilizadas na contabilidade da sociedade F..., S.A. (doravante “F...”) por valor zero, quando as mesmas foram transferidas para a Requerente, por força da operação de cisão-fusão, esta última não pôde deixar de as contabilizar igualmente por idêntico valor;

- No que respeita ao registo das marcas é absolutamente falso que as mesmas, em 2006, não estivessem registadas em nome da D..., como decorre de uma simples análise à base de dados do INPI;

- Mas, mesmo que tal não sucedesse, os documentos de transmissão apresentados demonstram claramente que em 2006 a sociedade D... era a proprietária das marcas;

- A lista de vendas demonstra as quantidades, quer em litros, quer em valor monetário, vendidas pela sociedades C..., com referência a cada um das marcas, e em que países, sendo que os *royalties* pagos pela sociedade C... foram calculados com base em tais listas.

Como terceira questão a decidir, alega a Requerente que, por ter cumprido as suas obrigações em sede de preços de transferência, tendo utilizado as metodologias analíticas mais apropriadas, a liquidação adicional é indevida, devendo o acto de Indeferimento do Recurso Hierárquico e, conseqüentemente, os actos tributários antecedentes, ser anulados por vício grosseiro, erro de fundamentação e violação da lei.

Nesse sentido, a Requerente sustenta, em resumo, que:

- A sociedade ... Limited (doravante “G...”) adquire elevadas quantidades de litros de categorias especiais de Vinho do Porto comercializados pela C...;

- Nessas transacções são praticados termos e condições adequados;

- A Requerente utilizou o Método do Custo Majorado (doravante “MCM”), complementado com o Método da Margem Líquida da Operação (doravante “MMLO”), de modo a respeitar o princípio da plena concorrência das operações em causa;

- O método valorimétrico comumente utilizado pelo sector do Vinho do Porto é o Stock Básico;

- O Método do Preço Comparável de Mercado (doravante “MPCM”) é inaplicável ao caso, por haver diferenças quanto às quantidades transaccionadas, às análises funcionais e de riscos das entidades, aos termos e condições das transacções, aos mercados de destino das mercadorias e à estratégia empresarial da C... nas transacções comparadas.

Como quarta questão a decidir, alega a Requerente que a correcção efectuada pela AT ao lucro tributável da C..., no período de 2007, padece de vício de violação de lei e de erro de fundamentação. Esta correcção baseou-se no facto de, na perspectiva da AT, a C... ter considerado indevidamente como menos-valia fiscal apurada com a liquidação e dissolução de sociedades participadas (*rectius*, com a partilha destas) o valor de € 2.536.983,42, aplicando o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, na redacção vigente na data. A Requerente considera que esta situação é antes e apenas subsumível ao normativo previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º do CIRC.

Para tal, a Requerente afirma, em resumo, que:

- Em 06.12.2007, foram dissolvidas sociedades que a C... detinha na totalidade, daí resultando uma perda de € 5.083.954,34;

- À menos-valia resultante da dissolução, liquidação e partilha de sociedades na esfera dos respectivos sócios aplica-se o regime especial aplicável ao resultado da liquidação de sociedades (artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do CIRC);

- O artigo 42.º do CIRC é inaplicável ao caso concreto;

- A fundamentação da AT é insuficiente, errónea e contraditória, devendo a liquidação em apreço ser anulada por vício de fundamentação;

- O enquadramento do resultado da partilha no n.º 3 do artigo 42.º do CIRC constitui uma afronta aos princípios fundamentais da tipicidade fiscal e da tributação pelo rendimento real;

- Pelo que a menos-valia apurada mediante a dissolução das partes de capital das sociedades participadas deve relevar fiscalmente na totalidade por referência ao exercício de 2007.

Como última questão a decidir, a Requerente solicita indemnização, ao abrigo dos artigos 170.º, n.º 2 do Código de Procedimento e de Processo Tributário (doravante

“CPPT”) e 53.º da LGT, por ter prestado garantia bancária, com o objectivo de suspender o processo executivo instaurado pela Administração Fiscal por não pagamento da liquidação impugnada.

Conclui pois a Requerente pedindo a anulação do indeferimento do Recurso Hierárquico, e dos seus actos antecedentes, designadamente o acto de liquidação, por vício de violação de lei e por liquidação em excesso da importância de € 1.018.316,93, bem como o pagamento de indemnização por prestação indevida de garantia bancária.

1.2. A Requerente optou por não designar árbitro. Nos termos da alínea a) do n.º 2, do artigo 6.º do RJAT, o Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem designou o colectivo de árbitros composto pelo Desembargador Manuel Luís Macaísta Malheiros, na qualidade de árbitro presidente, e pelo Professor Doutor António Martins e pelo Dr. Ricardo da Palma Borges, estes na qualidade de árbitros-adjuntos.

O Tribunal Arbitral foi constituído no CAAD, em 28 de Agosto de 2013, conforme acta de constituição do Tribunal Arbitral colectivo.

A Requerente juntou documentos, nomeadamente traduções para a língua oficial portuguesa, solicitados pela Requerida.

1.3. A Requerida apresentou Resposta, na qual pugna pela improcedência dos pedidos.

No que respeita ao ónus da prova, a AT alega que era sobre a Requerente que impendia a obrigação de demonstração da ocorrência das operações e da razoabilidade dos pagamentos. Alega ainda que as decisões proferidas no âmbito dos processos n.ºs 8/2012-T, 10/2012-T e 11/2012-T pelo presente Tribunal não conformam o processo em análise, pois, para além de inexistir a figura jurídica do precedente, o Relatório de Inspeção Tributária invoca fundamentos novos que aquelas decisões não apreciaram.

De seguida, a Requerida sublinha a importância da análise da *“razão pela qual a B... é, supostamente, a titular das marcas”*, reforçando a ideia de que a Requerente deveria justificar o porquê da sede da B... estar num paraíso fiscal, até porque o que está em causa são *“marcas portuguesas, algumas das quais bastante antigas”*.

Alega também que não é prática comum no sector do Vinho do Porto, no qual se insere a Requerente e as empresas que constituem o grupo empresarial por si dominado, pagar *royalties* pela utilização de marcas, e muito menos de montantes “avultadíssimos” como os suportados pela C.... Considera, ainda, incomum que marcas de Vinho do Porto não se encontrem registadas em Portugal, ou se encontrem caducas, ou ainda registadas apenas em países estrangeiros.

Refere ainda o facto de terem sido apresentados documentos de cessão de marcas cujos valores envolvidos se revelaram muito inferiores aos cobrados através de *royalties*, o que permite concluir pelo montante exagerado dos mesmos.

A Requerida defende ainda a improcedência do argumento da desnecessidade de registo no INPI das marcas não comercializadas em Portugal, uma vez que a Requerente *“limita-se a apresentar certificados de registos noutros países sem fazer quaisquer cruzamentos com a listagem de vendas de marcas comercializadas e que foram objecto de pagamento de royalties”*.

Afirma ainda que a listagem constante no Doc. 31 é meramente um documento interno elaborado para efeitos do pedido de pronúncia arbitral, e que o Doc. 10 corporiza um depoimento testemunhal escrito, o que não se admite nesta sede.

Alega ainda que o registo constante no Doc. 33 [uma vez que este é, certamente por lapso, igual ao Doc. 34, e que na lista de documentos anexos ao Pedido de Pronúncia Arbitral surge a referência a “33 Registos 4XX”, assumimos que as partes, Requerente e AT, se pretendiam antes referir ao documento que consta na página 314 do Processo Administrativo] é incongruente, pelo que não pode ser admitido.

Quanto à questão da legalidade das correcções ao lucro fiscal pela não-aceitação de gastos com determinados *royalties*, a Requerida acentua a importância do registo de marcas para protecção do respectivo titular, evidenciando que *“de modo algum se pode afirmar que o titular de uma marca não registada tem um direito análogo àquele que detém uma marca registada”*, concluindo que não podem por isso ser transmitidas.

Afirma também que *“encontrando-se as taxas correspondentes às marcas em causa a ser pagas por outra entidade que não a B..., então o custo referente à contrapartida da sua utilização, in casu, os royalties deve ser desconsiderado”*.

No que respeita às transferências bancárias a favor da sociedade H... (Nominees), Limited – T0306 (doravante meramente “H...”), alega a Requerida que a Requerente não provou “a favor de que entidade é essa intermediação”.

Quanto à normalidade do valor dos *royalties* pagos, a Requerida questiona a forma como foi calculado o preço normal de mercado que serviu de base à Requerente para justificar a conformidade dos montantes. Alega que a amostra contratual é reduzida e que reflecte o tráfego jurídico-comercial norte-americano de produtos díspares do Vinho do Porto. Além disso, teve em conta a taxa máxima de 4%, não tendo em consideração os custos de “*advertising and promotion*”.

No que respeita ao contrato de sub-licenciamento, a Requerida questiona o facto de se tratar de um mero documento particular.

A AT advoga ainda pela não violação do dever de fundamentação, por esta poder ser efectuada de forma sumária.

No que respeita aos *royalties* das marcas “E...”, afirma a Requerida que apurou em sede de procedimento inspectivo, em 2006, que as marcas associadas à “E...”, designadamente a “E...”, “Porto E...” e “E... Porto fino”, encontravam-se registadas a favor da Requerente no INPI e que apenas a 14 de Dezembro de 2006 as referidas marcas foram registadas a favor da D....

Afirma ainda que as marcas associadas à denominação “E...” foram registadas no INPI com data de início de 7 de Maio de 2008 a favor da B..., sociedade holding do grupo I... com sede em “território com regime de tributação privilegiada claramente mais favorável”, sendo que a partir de 21 de Outubro de 2008 as mesmas marcas encontram-se registadas a favor da sociedade “J.... SA”.

Defende ainda ter constatado que a C..., no decorrer de 2007, suportou diversos custos fiscais relativos a A&P (“*advertising and promotion*”) da marca “E...”, no valor global de € 203.081,72. Sendo que, contrariamente ao pugnado pela Requerente, não é feita por si prova de molde a que esta sua concreta actividade encontre respaldo naquele citado contrato, assim ficando sem causa justificativa os *royalties* pagos por referência às marcas em causa, por falta de conexão, quedando tal importância sem contrapartida. Desta forma, não se vê como possam tais gastos ter sido indispensáveis para a realização dos proveitos

ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, ou seja, que possam qualificar como custo fiscal.

Por fim, afirma que o acto tributário de liquidação se encontra cabalmente fundamentado e se situa indubitavelmente num determinado quadro legal perfeitamente cognoscível do ponto de vista do destinatário normal, o qual, de resto, foi apreendido e impugnado pela Requerente no pedido arbitral, falecendo claramente a alegada falta de fundamentação por si sustentada.

Relativamente aos preços de transferência, afirma a Requerida que pode e deve *“questionar não só a qualidade, como a utilidade da informação ou documentação apresentada, justificativa do método selecionado e susceptível de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações”*.

Defende também que não há qualquer motivo para se afastar o tradicional MPCM, cabendo ao contribuinte demonstrar que o método por si utilizado é o mais razoável e adequado aos factos e circunstância apresentados, o que não é o caso por não haver comparabilidade.

Afirma também que *“cabia à C... dispor de toda a informação relevante organizada”*, assumindo particular relevância *“o alegado desconto comercial proporcionado pela Requerente à G...”*.

Relativamente à correcção à menos-valia, a Requerida alega, no essencial, que o artigo 42.º, n.º 3 do CIRC se aplica complementarmente ou subsequentemente ao artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do mesmo Código.

A Requerida afirma que não há falta de fundamentação, por esta ser suficiente, clara e congruente, dado que a Requerente questiona o mérito da fundamentação (o que não se deve confundir com o dever de fundamentação).

Alega ainda que não há inconstitucionalidade na aplicação do artigo 42.º, n.º 3 do CIRC às perdas apuradas na partilha de sociedades. Não se viola o princípio da tipicidade fiscal, *“porquanto a norma em causa contém todos os elementos e pressupostos tributários exigidos”*. Também não se viola o princípio da tributação pelo lucro real, invocando nesse sentido o Acórdão n.º 85/2010 do Tribunal Constitucional.

Relativamente ao pedido de indemnização por prestação de garantia indevida, dado que a Requerida defende genericamente a improcedência de todos os pedidos da Requerente, este Tribunal assumiu estar também aí compreendido o acima referido; neste particular a Requerida, portanto, ter-se-á limitado a defender a respectiva improcedência, sem fundamentar.

Perante dúvidas suscitadas pela Requerida na sua Resposta quanto a alguns documentos juntos ao processo, a Requerente juntou documentos rectificativos, nomeadamente traduções e outros.

A Requerida solicitou um prazo de concessão não inferior a 30 (trinta) dias para proceder à digitalização do processo administrativo em causa, dada a sua dimensão excepcional. Subsidiariamente, disponibilizou-se para fazer chegar ao CAAD o processo administrativo original, para que os serviços administrativos deste Centro pudessem proceder à referida digitalização.

A Requerida entregou o processo administrativo digitalizado ao CAAD no dia 28 de Novembro de 2013.

1.4. Em 7 de Novembro de 2013, realizou-se a reunião do Tribunal Arbitral, nos termos e com os objectivos previstos no artigo 18.º do RJAT, na qual foi inicialmente designada data para efeitos da realização da inquirição de testemunhas.

Em 7 de Janeiro de 2014, por requerimento conjunto das partes, Requerente e Requerida acordaram que fosse usada a mesma prova testemunhal que arrolaram noutro processo arbitral, entretanto já findo, com o n.º 145/2013-T, que correu neste mesmo CAAD, constante do registo informático.

1.5. A prova testemunhal, produzida no âmbito do referido processo n.º 145/2013-T, foi valorada, no âmbito deste processo, agora em apreciação, por a matéria de facto e de direito serem semelhantes em ambos os processos, por força do disposto no artigo 421.º, n.º 1, do (novo) Código de Processo Civil. O Tribunal teve acesso à prova produzida pelo acesso ao suporte digital onde se encontrava gravada essa mesma prova, que foi apreciada

com as necessárias adaptações decorrentes do facto de se reportar ao exercício de 2006, tendo o Tribunal assumido que não há divergências sensíveis, para além das notórias, entre este exercício e o de 2007.

1.6. A Requerida não prescindiu da apresentação de alegações escritas, tendo requerido a prolação de despacho para a apresentação de alegações finais, por requerimento datado de 20 de Fevereiro de 2014.

1.7. A Requerente (quanto ao Dr. Miguel Teixeira de Abreu) e a Requerida (quanto à Sr.^a Célia Sousa Proença) solicitaram a admissão de assistência técnica de pessoa dotada de competência especial para se ocupar de questões de preços de transferência, ao abrigo do artigo 50.º do (novo) Código do Processo Civil, *ex vi* do artigo 29.º do RJAT, o que foi admitido pelo Tribunal.

2. SANEAMENTO

O Tribunal é competente.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, mostram-se legítimas e encontram-se regularmente representadas. Não se verificam nulidades e questões prévias que atinjam todo o processo.

3. OBJECTO DA PRONÚNCIA DO TRIBUNAL

Vêm colocadas ao Tribunal, nos termos já atrás descritos, as questões que se resumem da seguinte forma:

1. Os *royalties* pagos pela C... à B... devem ser tidos como gastos dedutíveis para efeitos da determinação do lucro tributável da C..., nos termos do artigo 59.º do CIRC?

2. Os *royalties* pagos pela C... à D... devem ser tidos como custo fiscal comprovadamente indispensável para a realização dos proveitos da C..., nos termos do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do CIRC?
3. Os métodos adoptados pela Requerente no cálculo dos preços de transferência para a B... foram os adequados?
4. A perda resultante da dissolução e partilha das sociedades participadas deve ser deduzida na totalidade ou apenas em 50%?
5. A Requerente tem direito a ser indemnizada pela prestação de garantia bancária, efectuada para suspender a execução fiscal instaurada para cobrança do imposto impugnado?

4. FUNDAMENTAÇÃO

Para o Tribunal se poder pronunciar quanto ao mérito das questões formuladas impõe-se, antes de mais, julgar a factualidade juridicamente relevante para cada uma delas.

4.1. DE FACTO

Consideram-se como provados os seguintes factos com relevância para a decisão, com base na prova documental junta aos autos e nos depoimentos prestados no Processo n.º 145/2013-T, do CAAD, acima referido:

- 1) A sociedade A..., S.A. detém 100% da sociedade C... e optou pela aplicação do RETGS (Doc. 6 do Pedido de Pronúncia Arbitral, que corresponde ao Relatório de Inspeção Tributária à Requerente, doravante “RIT TFP” e Doc. 7 do Pedido de Pronúncia Arbitral, que corresponde ao Relatório de Inspeção Tributária à C..., doravante “RIT C...”).
- 2) A sociedade C... sucedeu, em processo de fusão e incorporação, nas posições que detinham as sociedades N...- Vinhos, S.A. (doravante “N...”), O..., S.A. (doravante “O...”), P... – Vinhos, S.A. (doravante “P...”) e Q... – Vinhos, Lda. (doravante

“Q...”), mediante a transferência global do património da sociedade F... para a sociedade C... (Doc. 29 do Pedido de Pronúncia Arbitral).

- 3) A sociedade C... foi objecto de inspecção tributária, com exercício do direito de audição, na sequência da qual foi elaborado Relatório de Inspecção Tributária por parte da AT, datado de 30 de Agosto de 2010, nos termos constantes do RIT C....
- 4) A 14 de Dezembro de 2012 foi enviado à sociedade A..., S.A., o RIT TFP, relatório das correcções ao lucro tributável efectuadas em consequência das conclusões do RIT C....
- 5) Com base nos Relatórios de Inspecção Tributária referidos nas duas alíneas imediatamente antecedentes foi acrescida à matéria colectável da Requerente, enquanto sociedade dominante, o montante de € 4.942.825,31 (Doc. 1 do Pedido de Pronúncia Arbitral, RIT TFP e RIT C...).
- 6) Do RIT C... consta imposto em falta no valor de € 477.051,73. A correcção ao resultado fiscal da sociedade C... deriva das seguintes correcções:
 - (i) € 1.262.069,43, relativos a *royalties* que não foram aceites como custo fiscal, por alegadamente serem de montante exagerado, nos termos do disposto no artigo 59.º, n.º 1, do CIRC (em vigor à data, artigo 65.º do CIRC à data do início do processo arbitral e actual artigo 23.º-A, n.º 1, alínea r), do CIRC);
 - (ii) € 100.935,51, relativos a *royalties* que não foram aceites como custo fiscal, por alegadamente não corresponderem a operações comprovadamente realizadas, nos termos do disposto no artigo 59.º, n.º 1, do CIRC;
 - (iii) € 86.402,49, relativos a *royalties* que não foram aceites como custo fiscal, por alegadamente não serem comprovadamente indispensáveis à realização dos proveitos, nos termos do disposto no artigo 23.º, n.º 1 do CIRC (na redacção em vigor à data);
 - (iv) € 938.631,21, correspondentes a vendas relativamente às quais, alegadamente, não foi respeitado o princípio da plena concorrência, em violação do disposto no artigo 58.º do CIRC (em vigor à data, actual artigo 63.º do CIRC);
 - (v) € 2.536.983,42, relativo a perdas apuradas em partilha de sociedades, por violação do disposto no artigo 42.º, n.º 3, do CIRC (em vigor à data, actualmente revogado).

- 7) Na sequência da correcção efectuada com fundamento no disposto no artigo 59.º do CIRC, a AT liquidou ainda adicionalmente, a título de tributação autónoma, o montante de € 477.051,73.
- 8) A desconsideração, por parte da AT, dos *royalties* pagos resultou quer em acréscimo da matéria colectável, quer em acréscimo de tributação autónoma (RIT C...).
- 9) Como fundamento da desconsideração dos *royalties* pagos pela sociedade C..., a AT apresenta, no referido relatório, os seguintes factos e a conclusão ponderativa (RIT C...):
 - a sociedade B..., alegadamente titular da grande maioria das marcas, tem sede num paraíso fiscal;
 - algumas das marcas não estão registadas no INPI;
 - algumas das marcas foram transmitidas para a B... por um valor médio por marca de 2 mil escudos (actualmente cerca de € 10);
 - não foram apresentados documentos de transmissão das marcas para a B...;
 - o beneficiário das transferências financeiras para pagamento dos *royalties* é a H..., com sede no mesmo paraíso fiscal;
 - os montantes contabilizados e/ou pagos a título de *royalties* são de montante exagerado.
- 10) A C... possuía em 2007 um departamento de marketing próprio, sendo a promoção das diferentes marcas de Vinho do Porto comercializadas pela mesma efectuadas localmente por entidades especializadas e independentes (RIT C...).
- 11) A C..., no exercício de 2007, contabilizou e considerou fiscalmente custos suportados com A&P (serviços de publicidade, desenvolvimento e promoção prestados por entidades residentes e não residentes em território nacional) no valor de € 2.726.432,76, sendo de destacar, como prestador de serviços de A&P, o sujeito passivo (não residente) inglês "... CO, LTD", segundo o RIT C.
- 12) É vulgar nos contratos de licenciamento ser o licenciado a suportar custos com a promoção e publicidade dos seus produtos, por ser do seu interesse (depoimento da testemunha L...).
- 13) Ao tempo do exercício tributado, segundo o RIT C..., bem como de consulta do sítio do INPI pelo Tribunal, a 22 e 26 de Novembro de 2013:

- as marcas “...” encontravam-se registadas em nome da B...;
 - a marca “...” encontrava-se registada em nome da B..., mas as marcas “...” e “...” não se encontravam, aí, registadas;
 - a marca “...” encontrava-se registada em nome da O...;
 - as marcas “...” não se encontravam, aí, registadas;
 - a marca “...” encontrava-se registada em nome da sociedade R..., Lda;
 - a marca “...” encontrava-se caducada;
 - a marca “...” encontrava-se registada em nome da “S...Lda”;
 - a marca “...” encontrava-se registada em nome da sociedade T..., Lda. (doravante “T...”);
 - as marcas “...” encontravam-se registadas em nome da C....
- 14) A marca “...” encontrava-se registada em nome da B... no Canadá (Doc. 17 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal ao sítio de organismo oficial de registo de marcas a 22 de Novembro de 2013);
- 15) A marca “...” encontrava-se registada em nome da B... na Irlanda (Doc. 32 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal ao sítio de organismo oficial de registo de marcas na Irlanda a 22 de Novembro de 2013);
- 16) A marca “...” encontrava-se registada em nome da N... no INPI, mas caducou a 2 de Setembro de 2002 (consulta do sítio do INPI pelo Tribunal a 22 e 26 de Novembro de 2013);
- 17) As marcas da família “E...” encontravam-se registadas a nível comunitário em nome da D... até Dezembro de 2007, altura em que foram vendidas à B.... O registo no INPI estava em nome da Requerente e caducou em 2005 (consulta sítio do INPI pelo Tribunal entre 22 e 27 de Novembro de 2013).
- 18) Em 21 de Dezembro de 2001, a sociedade F..., proprietária das marcas “E...” foi objecto de um processo de cisão-fusão (Doc. 46 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 19) Através da *supra* referida operação, procedeu-se ao destaque de parte do património da sociedade F..., designadamente das marcas “E...”, para serem integradas no património da Requerente (Doc. 46 do Pedido de Pronúncia Arbitral).

- 20) Posteriormente, em Dezembro de 2002, foi realizada nova operação de cisão-fusão, nos termos da qual as marcas “E...” foram cindidas do património da Requerente, para incorporarem no património da D... (Doc. 47 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 21) As marcas comercializadas em Portugal pela C... e sobre as quais foram pagos *royalties* à B... encontram-se registadas em nome da mesma B... à data do exercício (Doc. 31 e 37 do Pedido de Pronúncia Arbitral, RIT C... e consulta do sítio do INPI pelo Tribunal a 22 e 26 de Novembro de 2013).
- 22) As marcas comercializadas pela C... fora de Portugal encontram-se registadas em nome da B... nos diversos países onde foram comercializadas e por cujo comércio foram pagos *royalties* (Doc. 8, 10 a 14, 12, 17, 18, 21, 22, 24 a 26, 28, 32, 34 a 36, 37 e 44 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal a sítios de organismos oficiais de registo de marcas entre 22 e 27 de Novembro de 2013).
- 23) A marca “...foi registada no Reino Unido a favor da U... Limited em 1976 e licenciada à sociedade K...SARL no mesmo ano (Doc. 8, 13 e 14 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 24) A marca “... & Co.” foi registada no Canadá a favor da U... Limited em 1976 (Doc. 11 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal a sítio de organismo oficial de registo de marcas no Canadá a 22 de Novembro de 2013).
- 25) A marca “... & Co.” foi registada na Irlanda a favor da sociedade K... – Vinhos SARL em 1976 e a favor da U... Limited em 1993 (Doc. 12 do Pedido de Pronúncia Arbitral a sítio de organismo oficial de registo de marcas na Irlanda a 22 de Novembro de 2013).
- 26) A marca “...” era, em 1990, detida pela sociedade U... Limited, com sede em Jersey; em 1992 foi transmitida para a sociedade O..., também com sede em Jersey; em 1994 foi novamente transmitida, desta vez para a B... (Doc. 8, 9 e 10 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 27) As marcas da família “I...” foram transmitidas pela A..., S.A. para a sociedade Z... & Co. Limited em 1975, que posteriormente as transmitiu à B... em 1982 (Doc. 20, 24 e 25 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal a sítios de organismos oficiais de registo de marcas entre 22 e 27 de Novembro de 2013).

- 28) As marcas da família “I...” são da titularidade da B... desde, pelo menos, 1982 (Doc. 10 e 24 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 29) As marcas “...” eram da propriedade da B..., pelo menos, em 1982 (Doc. 10 e 19 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal ao sítio do organismo oficial de registo de marcas no Reino Unido entre 22 e 27 de Novembro de 2013).
- 30) As marcas “...” e “...” são da titularidade da B..., pelo menos, desde 1993 (Doc. 26 e 28 do Pedido de Pronúncia Arbitral e consulta do Tribunal ao sítio do organismo oficial de registo de marcas no Reino Unido entre 22 e 27 de Novembro de 2013).
- 31) Entre a C... e a B... foi celebrado um contrato de sub-licenciamento a 3 de Janeiro de 2002 para exploração, pela primeira sociedade, das marcas associadas à denominação “...”, com excepção da ... Platinum”, tendo a contraente B... contratado com base num anterior contrato de licenciamento para exploração de tal marca, celebrado entre si e a proprietária da marca, a sociedade T... (Doc. 45 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 32) As marcas que não estão registadas no INPI em nome da B... são marcas não comercializadas em Portugal (Doc. 31 e 37 do Pedido de Pronúncia Arbitral e depoimento das testemunhas W... e M...).
- 33) Os documentos de cessão não titulam qualquer venda das marcas, mas apenas uma transmissão do registo das marcas (depoimento das testemunhas AA..., M... e L...).
- 34) Os documentos de cessão foram preparados pelo agente de propriedade intelectual, que indicou o valor a constar no mesmo, valor esse meramente simbólico (depoimento das testemunhas AA... e M...).
- 35) É prática comercial as empresas licenciadas tratarem dos assuntos relativos aos registos das marcas junto do INPI, por razões geográficas e linguísticas (depoimento das testemunhas AA... e M...).
- 36) As sociedades portuguesas actuaram em nome e por conta da B..., que suportou os correspondentes custos com o registo das marcas (depoimento da testemunha M...).
- 37) Os contratos de licenciamento impõem a obrigação dos licenciados de prestar auxílio ao licenciador no registo das marcas e na sua manutenção (Doc. 15, 23 e 27 do Pedido de Pronúncia Arbitral).

- 38) A sociedade H... é uma sociedade sediada nas Ilhas Jersey e pertencente ao grupo do *Royal Bank of Canada* (Doc. 38 do Pedido de Pronúncia Arbitral e a consulta pelo Tribunal ao sítio constante do documento no dia 20 de Novembro de 2013).
- 39) A sociedade H... agiu como intermediário financeiro da B..., no pagamento dos *royalties*, em exercícios anteriores. No decorrer do ano de 2007, as transferências bancárias foram efectuadas directamente para a esfera da B... (posição das partes nos articulados e nos esclarecimentos prestados ao Tribunal).
- 40) A B... foi representada por pessoa cujo endereço electrónico corresponde, também, ao da sociedade H..., tal como constado já referido contrato de sub-licenciamento (Doc. 45 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 41) A AT tem recebido, desde ano anterior a 2002, retenções na fonte de IRC sobre *royalties* pagos pela utilização das marcas aqui em causa, nomeadamente sobre aqueles que foram objecto da desconsideração fiscal a que se referem os presentes autos (depoimento das testemunhas AA... e M...).
- 42) As marcas sobre as quais foram pagos os *royalties* que foram objecto da desconsideração fiscal, nos referidos relatórios da AT, referem-se a produtos com uma longa tradição no comércio do Vinho do Porto, algumas cujas datas se perdem no tempo, com elevada capacidade de convencer os consumidores e o comércio em geral (Doc. 49 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 43) A Requerente apresentou à AT o dossier de preços de transferência relativo ao ano de 2007, elaborado em cumprimento do disposto no n.º 6 do artigo 58.º e no artigo 121.º do CIRC (actuais artigo 63.º e 130.º), correspondente ao Doc. 48 do Pedido de Pronúncia Arbitral.
- 44) A G... tem sede em ..., Jersey, JE1 1BJ, Channel Islands, sendo Jersey um “território com regime de tributação privilegiada, claramente mais favorável”, de acordo com o disposto na alínea 14), da Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro (RIT C...).
- 45) A G... tem a mesma sede e contactos de telefone e telefax que a B..., sociedade holding do grupo I... (RIT C...).

- 46) O pagamento de *royalties* a uma taxa de 4% sobre o valor das vendas permite a prática de preços de Vinho do Porto mais de 40% acima do valor de mercado (depoimento das testemunhas AA... e L...).
- 47) O estudo elaborado pela PWC sustenta uma banda para os *royalties* entre 1% e 10% e os detentores de marca aceitaram 4% (Doc. 48 do Pedido de Pronúncia Arbitral e depoimento da testemunha AA...).
- 48) Segundo o mesmo estudo, quer a mediana quer a moda são 4% (Doc. 48 do Pedido de Pronúncia Arbitral e depoimento da testemunha L...).
- 49) Em 2002, as bases de dados públicos (Lexis-Nexis para empresas cotadas em bolsas de valores norte-americanas) revelavam um intervalo de pagamento de *royalties* de 1-10% do volume de vendas e, em 2006, de 2% a 10% (Doc. 48 do Pedido de Pronúncia Arbitral e depoimento da testemunha L...).
- 50) A dispersão da banda entre 2% e 10% é uma dispersão razoável (depoimento da testemunha L...).
- 51) O ajustamento dos custos de A&P não era viável e seria impossível que os custos de publicidade agregados ao *royalty* excedessem o topo superior da banda de 10% (depoimento da testemunha L...).
- 52) As margens bruta e líquida da C... situam-se numa rentabilidade acima de 48%, acima do máximo do intervalo de 34% de uma entidade independente e as vendas das categorias especiais têm uma margem bruta de 80% (depoimento da testemunha L...).
- 53) As margens de vendas para outras entidades de baixa tributação situam-se entre 24% e 100% (depoimento da testemunha L...).
- 54) Segundo dados do Instituto do Vinho do Porto os preços de venda dos produtos C... situam-se no patamar superior de preços praticados (depoimentos das testemunhas AA... e L...).
- 55) Para o apuramento das mercadorias vendidas e consumidas foi utilizado o método específico de cada colheita (espécie de LIFO), completado pela regra do terço (em que o stock que fica é o mais antigo) (depoimento da testemunha L...).
- 56) A Requerente utilizou o MCM, complementado com o MMLO, para o cálculo dos preços de transferência (Pedido de Pronúncia Arbitral).

- 57) A G... paga os produtos que adquire no acto da encomenda, enquanto outros clientes pagam a prazo, e adquire elevadas quantidades de produtos relativos a categorias especiais (depoimento das testemunhas L... e M...).
- 58) A G... representa 2% das vendas totais da C... (depoimento da testemunha L...).
- 59) A C... pratica preços mais baixos para a G... (depoimento da testemunha M...).
- 60) No ano de 2007, as vendas à G... representam 64,83% do volume de litros vendidos pela C... relativos a categorias especiais (Doc. 51 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 61) No ano de 2007, os restantes 39,12% são vendidos a vários clientes, sendo que o segundo maior cliente adquiriu 3,04% do volume de litros vendidos pela C... relativos a categorias especiais (Doc. 51 do Pedido de Pronúncia Arbitral).
- 62) A C... foi constituída em 1996 pela Requerente, através de entradas em espécie da N..., O..., P..., Q... e da Sociedade Agrícola ... (RIT C...).
- 63) A 6 de Dezembro de 2007, a C... deliberou, em Assembleia Geral, a dissolução das sociedades N..., O..., P... e Q..., relativamente às quais detinha 100% do respectivo capital social (RIT C... e posição das partes nos articulados).
- 64) Na sequência da dissolução, liquidação e partilha dessas sociedades, foi apurada uma perda correspondente a uma menos-valia fiscal de € 5.083.954,34, que foi deduzida na totalidade ao resultado líquido do exercício de 2007, na linha 237 do Quadro 07 da Declaração de Rendimentos Modelo 22 de IRC da C... (RIT C...).
- 65) A Requerente prestou, em 17 de Maio de 2011, garantia bancária, do montante de € 1.305.619,34 para suspender o processo executivo instaurado pela AT por não pagamento da liquidação objecto de impugnação judicial (Doc. 58 do Pedido de Pronúncia Arbitral).

* * *

O Tribunal julga não provados todos os demais factos que foram alegados, por não sair convencido da sua existência em face das provas constantes dos autos.

O Tribunal julga, pelo modo acima descrito, a matéria de facto alegada, de acordo com o princípio da livre apreciação da prova relativamente aos documentos de valor legal não

tarifado e aos depoimentos das testemunhas, consagrados no artigo 16.º, alínea e), do RJAT, de sentido equivalente ao artigo 607.º do (novo) Código de Processo Civil.

4.2. DE DIREITO

4.2.1. Cumpre analisar a primeira questão a decidir nos presentes autos: saber se os *royalties* pagos pela C... à B... devem ser tidos como gastos dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável da sociedade C..., face ao que dispõe o artigo 59.º (actual artigo 65.º) do CIRC.

Ao contrário do que pretende a Requerida estamos perante uma questão de direito que já foi apreciada e decidida no Acórdão proferido nos processos n.º 10/2012 e n.º 11/2012 do CAAD apenas com a diferença de dizerem estes respeito a ano fiscal diferente.

Vamos, assim, com a devida vénia, seguir essa doutrina e decidir o caso *sub judice* pela mesma forma, (omitindo a transcrição das notas de rodapé) com inserções específicas quanto ao ano de 2007 (entre parêntesis rectos):

“Neste âmbito importa fazer uma caracterização em abstracto dessa norma para, depois, a partir daí, fazer a sua aplicação ao caso concreto.

4.2.2.1. Caracterização da norma em abstracto

Esse preceito é uma daquelas disposições normativas que são normalmente designadas como normas anti-abuso especiais, na medida em impede os contribuintes de, numa situação específica, usarem uma determinada conduta para obterem uma vantagem fiscal. Lida com os pagamentos ou importâncias devidas a entidades residentes fora do território português e aí sujeitas a um regime fiscal mais favorável, desconsiderando-os para efeitos de determinação do lucro tributável, a não ser que o sujeito passivo prove que tais encargos correspondem a operações efectivamente realizadas e não têm um carácter anormal ou um montante exagerado.

Esta norma, apesar das afinidades com a dinâmica das presunções, e de ter efeitos semelhantes, uma vez que dispensa a AT de fazer a prova de determinados factos, em rigor não consiste numa presunção, pois não se trata de acreditar uma realidade com base noutra facto distinto, mas tão-somente de dispensar de prova de determinados factos, em relação aos quais a mera alegação desencadeará os efeitos jurídicos que lhe são próprios, salvo quando são provados outros factos que com aqueles são incompatíveis. Assim, quando um determinado sujeito passivo faz pagamentos a uma entidade não residente sujeita a um regime fiscal privilegiado, tem de fazer a prova de que o pagamento efectivamente se realizou e que tem um carácter normal ou então que não é exagerado.

Relativamente ao ónus da prova ínsito nesse preceito, impõe-se que se diga que este, apesar de recair essencialmente sobre o sujeito passivo, não dispensa a AT de colaborar no esforço probatório, dado que a prova no processo tributário tem algumas especificidades.

Apesar de ser comum na legislação tributária adoptar a clássica formulação de que o ónus da prova dos factos constitutivos de direitos recai sobre quem os invoca, essa solução normativa não é pacífica, podendo ser questionada, essencialmente com base na contribuição da doutrina germânica.

De acordo com essa doutrina, o conceito de ónus da prova é equívoco e encontra explicação essencialmente na circunstância de ter sido inspirado em princípios próprios do processo civil. Com efeito, nesse domínio, na altura em que foi forjado o conceito de ónus da prova, regia, no tocante à alegação de factos e à sua prova, o princípio do dispositivo, em virtude de serem as partes que, com as suas alegações, determinavam o objecto do litígio e traziam as provas para o processo. Contrariamente, os procedimentos administrativos, apesar de terem incorporado o conceito de ónus da prova, caracterizam-se por neles dominar o princípio do inquisitório ou da investigação oficiosa, devendo ser o julgador prosseguir, ele mesmo, a verdade material sem confiar exclusivamente na actividade das partes.

No campo administrativo-tributário, o ónus da prova configura-se, por conseguinte, de forma muito distinta daquilo que era o ónus da prova originariamente no Direito

Civil. A doutrina alemã, para ilustrar essa diferença, avançou com a distinção entre ónus da prova subjectivo e ónus da prova objectivo.

O ónus da prova subjectivo existe nos processos regidos pelo princípio do dispositivo, como é o civil, e significa que a parte sobre a qual incide o ónus da prova deve carregá-la por si mesma, sob pena de ninguém o fazer no seu lugar, resultando daí a sua eventual condenação. O ónus da prova objectivo, por seu lado, domina nos procedimentos sujeitos ao princípio do inquisitório, determinando ser sobre a AT que recai o risco de um facto não resultar suficientemente provado.

No procedimento tributário vigora, por conseguinte, o ónus da prova objectivo (objektive Beweislast), implicando, por um lado, que o imposto não pode ser exigido enquanto não se provar a realização das circunstâncias integrantes do facto tributário, seja essa prova trazida pela Administração ou pelo sujeito passivo; e, por outro, que o ónus da prova (objectivo) recai sobre a AT.

Resulta do posicionamento apresentado, aliás partilhado por parte da doutrina portuguesa, que dentro da actividade tributária não haverá ónus da prova em sentido técnico-jurídico, dado que a AT deve buscar a verdade material, ainda que o sujeito passivo não tenha provado as suas alegações. Ou seja, deve fazer o máximo esforço probatório para zelar pela legalidade dos seus actos e, consequentemente obter provas precisas, evitando assim que, numa fase posterior, possa ser procedente uma impugnação por parte do sujeito passivo do tributo.

«O ónus da prova adquire, assim, um sentido marcadamente objectivo, mas não exclusivamente objectivo. Sabendo qual é a consequência da incerteza de um facto, a parte, a quem tal consequência prejudica através da repartição do ónus da prova, sentir-se-á compelida naturalmente a promover o esclarecimento do facto, a fazer a prova dele. Neste sentido, o ónus da prova continua a ser um verdadeiro ónus da produção da prova».

Delimitada a questão do ónus da prova e circunscrita de certo modo a sua aplicação, importa determinar o sentido dos elementos que devem ser provados.

Exige o dispositivo em causa que, para afastar a desconsideração dos pagamentos feitos, estes devem corresponder, em primeiro lugar, a operações efectivamente realizadas.

O sentido de operações efectivamente realizadas deve ser determinado por oposição a operações que não se realizaram, ou que apenas ocorreram de forma simulada. Curiosamente, existe no Direito Francês um preceito muito semelhante introduzido em 1974 – o artigo 238-A do Code Général des Impôts – que terá servido de inspiração ao nosso legislador e que utiliza a expressão reais em vez de efectivos, mas que, de certo modo, ajuda a aclarar o sentido da nossa norma.

Do confronto das duas disposições parece resultar que o sentido da norma é que os pagamentos correspondam a operações efectivas, reais, e não operações meramente simuladas, pura e simplesmente, para que o sujeito passivo possa beneficiar da dedução de certos custos.

Apesar de ser este o sentido mais automático, poder-se-á, eventualmente, por influência do Direito Fiscal da União Europeia e do Direito Fiscal Internacional, questionar se o sentido de «efectivamente» não deverá ser interpretado de uma outra forma, fazendo, eventualmente, apelo à substância económica das operações, verificando se houve razões económicas válidas para a realização das operações.

Com efeito no Direito Fiscal da União Europeia em casos paradigmáticos como o Cadbury Schweppes, precisamente a propósito de situações de abuso, levanta-se a questão de saber se as operações realizadas, ainda que reais e efectivas, são ou não expedientes puramente artificiais desprovidos de realidade económica.

(...)

Não obstante a tendência ser a de que se dá nota, parece-nos que não foi essa a intenção do legislador na disposição em análise, pois, se atentarmos ao elemento sistemático, verificamos que o actual artigo 66.º do CIRC, norma que configura igualmente uma disposição anti-abuso especial, em virtude de alteração muito recente, faz, no n.º 12, apelo à substância, exigindo razões económicas válidas. Ora, podendo o legislador ter harmonizado a redacção do artigo 65.º com esta redacção e não o tendo concretizado, entendemos que não terá querido que o artigo em causa acomodasse esse sentido.

No que concerne aos dois elementos seguintes a serem provados pelo sujeito passivo, isto é, o carácter normal da operação e o carácter não exagerado, cumpre

salientar que são apresentados de forma alternativa, o que implica que o sujeito passivo prove apenas um deles. O carácter normal apela às regras da experiência e à comparação desses pagamentos com pagamentos que ocorram em circunstâncias similares. A questão do carácter exagerado assenta em juízos de experiência comum que têm como referência não só a normalidade (o que de certa forma justifica a alternatividade dos dois requisitos em análise), mas também a proporcionalidade.

4.2.2.2. Aplicação ao caso concreto

De facto a Requerente tem todo interesse em provar os elementos referidos na norma. Isso não significa, no entanto, atenta a natureza da prova no processo tributário, que a AT esteja dispensada de considerar todos os elementos de que tenha conhecimento que possam contribuir para a comprovação dos factos. A circunstância de ter vindo, tal como se encontra provado, a beneficiar das retenções na fonte sobre os royalties que foram objecto de desconsideração fiscal, é um elemento importante e que contribui para a prova do carácter efectivo das operações realizadas. Esta prova tem suporte tanto nos depoimentos das testemunhas como no relatório de inspecção, nunca tendo a AT questionado esses pagamentos. Face ao exposto nunca estaria a AT dispensada, mesmo em presença da referida inversão do ónus da prova, de, a propósito da aplicação da medida anti-abuso em causa, fazer uma fundamentação adequada nos termos do artigo 65.º do CPPT. Ora, isso não aconteceu, tendo-se a AT desonerado dessa obrigação, com base no pretenso carácter absoluto da inversão do ónus da prova, que, no contexto específico do processo tributário, não pode jamais, como é óbvio, levar à dispensa de fundamentação.

Para a prova necessária da efectividade dos pagamentos, para além do aludido reconhecimento por parte da AT (que se encontra provado) contribui ainda a circunstância de todos os factos provados permitirem fundar não só a titularidade dos direitos sobre a marca registada por parte da C... [B...], mas também a existência de pagamentos ao abrigo de um contrato de licenciamento celebrado por esta e pela B... [C...].

No que concerne à prova da titularidade dos direitos por parte da C... [B...], justificam-se, porém, algumas considerações.

É certo que normalmente as marcas se transmitem através de um contrato de cessão que tem como efeito a transmissão imediata desses direitos. Todavia, no caso sub judice, e de acordo com os factos provados, o único contrato de cessão conhecido não serviu para transmitir os direitos (que já se encontravam registados em nome da C... [B...], desde longa data em vários países), tendo apenas como propósito constituir um mero expediente para alterar os registos em Portugal, tornando-os, por conseguinte, concordantes com registos anteriores que existiam em vários países a favor da C... [B...], e não traduzir um negócio jurídico material.

O facto de não haver um contrato escrito, forma normal de provar a cessão da marca (artigo 36.º, n.º 6, Código da Propriedade Industrial), não significa que essa circunstância seja suficiente para por em causa o negócio de cessão, dado que se trata de uma mera formalidade ad probationem. Ora, significa isto que, mesmo que não haja um contrato escrito, pode, ainda assim, ter havido uma transmissão da marca num qualquer momento do tempo.

Independentemente de ter havido cessão, que de facto não se encontra provada [sic], ou de algumas das marcas terem sido criadas pela própria C... [B...], o que também não resulta dos factos provados, o que releva, e isso sim é que é determinante para a solução do caso, é que, a partir dos registos vários que existem há décadas, nos países onde os produtos são vendidos com as marcas referidas (tal como se deu como provado), é possível presumir a titularidade desses direitos por parte dessa sociedade.

É verdade que quando existe contrato de cessão a titularidade da marca é comprovada de imediato e o registo tem nessas circunstâncias efeitos meramente declarativos, afirmando-se mais como um requisito de oponibilidade a terceiros. Todavia, na ausência de outros elementos, ou desconhecimento da cessão, o registo pode permitir inferir a titularidade de uma marca. Isto é, o registo não passa a ser constitutivo do direito, mas permite presumir a titularidade daquele.

Através do uso da figura da presunção, enquanto processo lógico de acordo com o qual, com base na existência de um facto – o facto conhecido – se deriva outro facto que normalmente acompanha aquele – o facto presumido – sobre o qual se projectam alguns

efeitos jurídicos, pode, com efeito, ser inferida a titularidade do direito. A afirmação base ou indício corresponde à existência dos registos em nome da C... [B...]; à afirmação resultado ou presumida, à titularidade dos direitos; e à ligação que existe entre ambas, o nexó lógico. É neste último elemento que reside a sustentabilidade da presunção, na medida em que esse nexó entre afirmação base e afirmação presumida deve traduzir-se num raciocínio lógico que, segundo as máximas de experiência, permita afirmar a segunda através da primeira.

A expressão máximas de experiência (Erfahrungssätze) reporta-se a um conjunto de conhecimentos extra jurídicos adquiridos ao longo dos tempos pelos operadores jurídicos e que constituem elementos decisivos na valoração dos vários factos necessários à interpretação e ponderação das normas. Estas máximas de experiência servem para constatar que determinados factos estão normalmente ligados a outros factos distintos, permitindo a reiteração desse fenómeno fixar certos princípios gerais, denominados princípios de normalidade que são susceptíveis de aplicação a outros casos não observados. Esses princípios constituem, por conseguinte, o fundamento lógico de todas as presunções, na medida em que reflectem que, no ocorrer dos factos, existe uma tendência para uma repetição constante dos mesmos fenómenos.

Confrontando estas precisões com o que se passa no caso concreto podemos afirmar com segurança que as regras da experiência permitem afirmar que quem tem as marcas registadas em seu nome é titular das mesmas, aparecendo um facto normalmente acompanhado do outro. Pois, é comumente aceite que «Com o registo, a marca torna-se um bem jurídico autonomamente protegido sendo atribuído ao respectivo titular um direito absoluto. [e que] O registo opera pois o acerto de um bem incorpóreo, exteriorizado por um facto humano, e culmina um longo processo de constituição complexa de um direito. Fora do registo não há marca». Resultando do exposto, com destaque para o facto de o titular do registo ter o direito de uso exclusivo da marca nos produtos e serviços (impedindo que terceiros a usem em produtos ou serviços idênticos sem o seu consentimento), a comprovação da credibilidade, precisão e concordância do nexó de probabilidade, essencial para que se fale em presunção. É credível e preciso porque é extremamente provável e claro que a pessoa a favor de quem está feito o registo seja o titular dos direitos. Cumpre, além disso, com o requisito da concordância

porque o facto conhecido, ou seja, o registo a favor de um determinado sujeito conduz invariavelmente à conclusão de que esse sujeito é titular da marca.

O Tribunal dá, por conseguinte, como comprovada a titularidade, e, portanto, o direito de utilização exclusiva relativamente a todas as marcas que se encontram registadas e cujos registos se encontram válidos por parte da C... [B...].

Relativamente à existência de pagamentos ao abrigo de um contrato de licenciamento celebrado pela C... [B...] e pela B... [C...], deu-se como provada não só a existência de um contrato de licenciamento, mas também que esses pagamentos foram realmente feitos à C... [B...]. Isso, sem embargo de este colectivo considerar que ter sido dado como provado que a I... [H...] tem o mesmo endereço postal da C... [B...], partilhando-o com uma série de outras empresas (tal como verificado por este Tribunal), e que nenhuma das testemunhas (pessoas com posições de grande destaque na actividade da Requerente) tenha alguma vez tido algum contacto com a C... [B...] ou sequer conhecido algum dos seus representantes, autoriza algumas dúvidas acerca de se saber se essa comunhão não corresponderá à circunstância de a C... [B...] ser apenas uma caixa postal. Trata-se, todavia, de uma mera especulação intelectual, não havendo o mínimo fundamento material para dar como assente que a actuação da I... [H...] e da C... [B...] seja feita em termos de esta ser uma simples caixa postal para recebimento do valor dos royalties.

Por uma questão de concordância com o princípio da legalidade fiscal, assim como com o princípio da tipicidade (que exige, como expressão do princípio do Estado de Direito, que os tipos fundamentadores de tributos sejam determinados de tal modo que o sujeito passivo possa calcular de antemão a carga tributária que lhe corresponda), impõe-se, sempre que estejam em causa matérias essenciais, a interpretação não extensiva (nos termos da qual o seu sentido normativo ou descritivo possa ser apreendido pelo contribuinte comum, médio; não necessitando este de ser um técnico de direito). Pois, se ambos os princípios tiverem sido devidamente respeitados pelo legislador, uma operação de mera subsunção será suficiente. Aliás, a possibilidade de utilizar outras formas de interpretação que envolvam um juízo valorativo por parte do intérprete pode constituir um indício de que a reserva de intensidade máxima, ou seja, a

necessidade de o legislador fixar tanto os pressupostos como os critérios de decisão a aplicar pela AT, não terá sido cumprida, tornando a norma eventualmente inconstitucional.

Este posicionamento parece, com efeito, ser aquele que é mais consentâneo com o princípio da legalidade fiscal e aquele que seguramente dá mais garantias ao sujeito passivo. Entende, por conseguinte, este Tribunal que, atento o sentido de pagamento efectivo pretendido pelo legislador, esse requisito se encontra devidamente preenchido, não havendo uma simulação, mas uma operação real.

Referindo-nos agora ao carácter normal ou não exagerado da operação.

Tendo em conta a titularidade dos direitos sobre as marcas, nada mais normal do que cobrar royalties. Se da parte do licenciante não existe uma obrigação legal de controlar a natureza e a qualidade dos produtos ou serviços que sejam comercializados com a sua marca (sem prejuízo de ser sustentável a defesa de um ónus nesse sentido), no que concerne ao licenciado, as obrigações são bem mais definidas, sendo a principal, justamente, a que consiste no pagamento periódico, no decurso do contrato, de uma determinada quantia pecuniária ao licenciante (royalties).

Para a percepção de royalties basta, portanto, a titularidade (inferida, no caso concreto, a partir do registo) combinada com um contrato de licenciamento, factos, aliás, dados como provados, não se atendendo a qualquer consideração de substância, designadamente se a marca foi ou não desenvolvida pelo titular ou se este conduz ou não algumas operações de natureza económica concernentes à promoção ou desenvolvimento da mesma. A menos, obviamente, que se prove o não uso comercial ininterrupto da marca por mais de cinco anos (causa de caducidade de registo), o que não aconteceu. É importante, porém, que se diga, a este propósito, que o facto de se ter provado que existem marcas não registadas em Portugal e que aí caducaram, não tem relevância para decisão da causa, dado que se provou que só foram pagos royalties sobre marcas comercializadas em território nacional que aí se encontravam registadas e não caducadas.

Com a prova da normalidade, ficaria a Requerente dispensada de provar o carácter não exagerado dada a alternatividade dos elementos. De qualquer modo entendemos que o carácter não exagerado terá sido provado, pelo senso comum, isto é, por um juízo empírico de normalidade e causalidade sem recurso a conhecimentos técnicos. Tendo em conta que se trata de marcas antigas com história e reconhecidas, é natural que, numa sociedade como a de hoje, em que a marca tem um carácter cada vez mais distintivo do produto, aquelas valham muito, independentemente da forma como foram adquiridas. A remuneração não pode, por conseguinte, ser aquilatada em função do suposto valor de aquisição, que pode até ser zero, porque esses produtos em datas próximas da sua formação têm por regra um valor incomensuravelmente menor.

(...)

Procede, assim, a pretensão de que os royalties pagos pela B... [C...] à C... [B...] sejam considerados como custos dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável da sociedade B... [C...], nos termos do artigo 59.º do CIRC”.

Este Tribunal Arbitral sufraga, neste processo, o mesmo entendimento quanto à fundamentação expandida e, conseqüentemente, quanto à solução a dar à questão a resolver, de idêntico recorte factual e jurídico, como emerge da materialidade acima dada como provada, apenas com as diferenças e precisões que se seguem.

Na primeira das situações acima referidas - a dos pagamentos efectuados a entidades residentes em países com regime fiscal privilegiado -, prevê-se que a dedutibilidade das referidas importâncias poderá depender de prova, a realizar pelo sujeito passivo instalado em Portugal, que deverá demonstrar os seguintes requisitos:

- que os encargos em causa correspondem a operações efectivamente realizadas;
- que as referidas operações não revestem carácter anormal; e
- que as mesmas não têm um montante exagerado¹.

¹ Cfr. Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, “A introdução na legislação portuguesa de medidas destinadas a reprimir a evasão fiscal internacional: o Decreto-lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro” in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 377 (Janeiro - Março de 1995), pp. 91-104 = Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, *Estudos de*

O Tribunal entende, pois, que o ónus do contribuinte se dirige cumulativamente aos três requisitos, sendo esse o melhor entendimento da norma em presença (*“salvo se o sujeito passivo puder provar que tais encargos correspondem a operações efectivamente realizadas e não têm um carácter anormal ou um montante exagerado”*), e não o de que ele só tem de demonstrar a efectividade da operação e depois, à sua escolha, ou o carácter normal ou a razoabilidade do montante. Com efeito, não se crê que a melhor interpretação do teor literal e do sentido teleológico da norma seja a de desonerar o sujeito passivo, a seu bel-prazer, de infirmar operações com carácter anormal ou com montante exagerado. Supõe-se que o juízo da norma foi uno, no sentido de considerar que era o sujeito passivo que estaria em melhores condições de fazer todas as três demonstrações.

Sucedem que nem mesmo com o alargamento de tal ónus a conclusão será diversa: (i) as operações foram efectivas (pois, ainda que pareça existir uma reduzida estrutura material e humana ao nível da B..., não resulta que esta fosse uma simples caixa postal, sendo que a gestão do licenciamento das marcas, que se traduz sobretudo em operações jurídicas e de registo de titularidade, pode resultar de uma estrutura com reduzida dimensão e com elevado grau de subcontratação, junto de advogados e agentes de propriedade industrial), (ii) têm um carácter normal (é compreensível o pagamento de *royalties* para remunerar a utilização de marcas valiosas) e (iii) o seu montante não é, notoriamente, exagerado (como se verá em melhor detalhe quanto à análise de preços de transferência).

Quanto às transferências bancárias a favor da B..., visto que em 2007 já foram feitas directamente a esta sociedade, sempre existiria menor margem para colocar em causa a efectividade das operações em análise.

Direito Fiscal, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 161-172, em especial quanto ao entendimento da doutrina francesa sobre a prova da veracidade da operação e a prova da inexistência de carácter anormal ou montante exagerado.

No que concerne à intervenção da O..., sendo prática comercial as empresas licenciadas tratarem dos assuntos relativos aos registos das marcas junto do INPI, por razões geográficas e linguísticas, conforme se deu como provado, não se pode daí inferir algo quanto ao montante supostamente exagerado dos *royalties* pagos.

A O... tem desenvolvido procedimentos de renovação e pagamento de taxas relativas a marcas. No entanto, a B... continua a ser a titular das marcas. E o registo faz presumir a propriedade das marcas. Tendo em conta o facto de que a O... é licenciada, esta tem todo o interesse nesses procedimentos, porquanto sem eles as marcas caducariam. Este facto, para além de não impedir que a B... seja a proprietária das marcas e que tenha direito ao recebimento dos *royalties*, ainda demonstra que há um contrato de licenciamento.

Quanto aos custos de publicidade, é possível e comum ser a empresa comercializadora a suportar os encargos com a promoção e desenvolvimento, por esta ser também do seu interesse. Deste modo, tal facto não permite concluir que os *royalties* são de montante exagerado.

Assim sendo, não pode o acto tributário deixar de ser anulado por erro nos seus pressupostos de facto e de direito, padecendo de vício de violação de lei.

4.2.2. Incumbe-nos agora saber se os *royalties* pagos pela C... à D... devem ser tidos como custo fiscal comprovadamente indispensável para a realização dos proveitos ou manutenção da fonte produtora da C..., nos termos do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do CIRC.

Importa afirmar que concordamos com a Requerida quando esta afirma que não há insuficiência de fundamentação, uma vez que a Requerente discute sim o mérito da fundamentação.

No que respeita aos *royalties* pagos à sociedade D..., com respeito às marcas “E...”, a AT alega que os mesmos não constituem um custo fiscal, porque não se apresentam como comprovadamente indispensáveis à obtenção dos proveitos, apresentando para tal os seguintes factos:

- (i) As marcas foram transmitidas à D... a custo zero;
- (ii) As marcas encontram-se registadas no INPI, em nome da Requerente, em 2006;
- (iii) Os custos relacionados com a promoção das marcas não são suportados pela D..., mas sim pela C....

A AT refere ainda que a 21 de Outubro de 2008 as marcas foram registadas a favor da “J..., SA”.

Este Tribunal concluiu que as marcas da família “E...” encontravam-se registadas a nível comunitário em nome da D... até Dezembro de 2007, altura em que estas foram vendidas à B..., sendo que o exercício que aqui se discute é o do ano 2007.

Quanto a este aspecto, deve atentar-se na sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, proferida no processo .../10.3BEPRT, que a Requerente juntou nas suas alegações finais, a cujo raciocínio este Tribunal adere na essencialidade:

“Importa aqui fazer um breve apontamento relativamente à transmissão a custo zero das marcas no processo de cisão e fusão.

O art. 69.º (actual art.º 74.º) do CIRC preceitua que na determinação do lucro tributável das sociedades fundidas ou cindidas não é considerado qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais em consequência da fusão e cisão ou entrada de ativos.

Para esse efeito não são considerados como rendimentos, os ajustamentos em inventários – nos termos do n.º 4 do artigo 39.º, - e as provisões relativas a obrigações e encargos objeto de transferência, aceites para efeitos fiscais

O processo de fusão e de cisão, envolvem [sic] uma realização (transmissão ou a troca) o que, perante o regime normal, seria objeto de tributação e que face a este princípio é deferida para uma fase posterior.

Também está [sic] norma é uma norma anti-abuso, e submete as sociedade [sic] que a ele recorrem, a procedimentos administrativos e tributários e de contabilizações exigentes.

O facto de ser transmitidas as marcas a custo zero não pode ser fundamento de desconsideração dos royalties pagos à D..., pela utilização da marca E... como custo. Quando muito poderia ser fundamento para por em dúvida o valor pelo qual as marcas foram transmitidas e outras operações. No que concerne à ausência em 2004, dos registos das marcas E... resultou provado que por força das escrituras públicas realizadas em 2001

e 2002 que a D... –, S.A. é proprietária das marcas E... registadas em Portugal e em vários países estrangeiros

(...) Resulta ainda da matéria assente que o objecto social da sociedade K..., S.A., é comercialização de vinho do Porto.

Sendo a sua atividade mercantil, a comercialização de vinhos do Porto, e tendo vendidos produtos dessa marca, facto que a Inspeção não pôs em causa no relatório, que é propriedade da D... –, S.A. o pagamento dos royalties, devem ser considerado [sic] como custo fiscal, nos termos do n.º 1 do artigoº 23.º do CIRC, por serem comprovada [sic] indispensáveis à realização dos proveitos”.

No que respeita aos custos de publicidade, é de aplicar inteiramente o acima referido no ponto 4.2.1..

Assim sendo, também quanto a esta questão não pode o acto tributário deixar de ser anulado por erro nos seus pressupostos de facto e de direito, padecendo de vício de violação de lei.

4.2.3. Incumbe-nos agora a análise da questão relativa aos preços de transferência: serão os métodos adoptados pela Requerente no cálculo dos preços de transferência os adequados? Também agora estamos perante questão que já foi apreciada e decidida, em caso idêntico, no Acórdão proferido no Processo n.º 145/2013-CAAD, apenas com a diferença de dizer respeito ao ano fiscal de 2006. O raciocínio aí adoptado, ao qual este Tribunal adere na essencialidade, com as necessárias adaptações [em parêntesis rectos] decorrentes do facto de o ano fiscal ser o anterior ao aqui em análise, foi o seguinte:

“3.4.1. Os termos do litígio

No ano de 2006, a D... [C...] efectuou vendas no valor de € 1.223.135,00 à empresa O... [G...] LTD que tem sede no mesmo local em que a tem a Requerente, sendo que o telefone e o telefax comuns a ambas as sociedades.

As vendas efectuadas pela D... [C...] à O... [G...] consubstanciam-se em ... de “...” e “...” (categorias especiais de ... de qualidade superior de várias denominações, unicamente, do grupo B... [grupo dominado pela Requerente]).

No seu dossier de preços de transferência, a D... [C...] entendeu que a aplicabilidade do método do preço comparável de mercado (MPCM) às operações em análise fica totalmente impossibilitada, uma vez que a D... [C...] não vende mercadorias similares a entidades independentes, no seio do Grupo B... [grupo dominado pela Requerente] não existem transacções similares efectuadas com entidades independentes e não foi possível a obtenção de informação pública sobre transacções que envolvam produtos similares, realizadas entre duas entidades independentes.

Assim, a Requerente entendeu aplicar o que denominou ser o Método do Custo Majorado conjugado com o Método da Margem Líquida da Operação, mas que, no entendimento da Autoridade Tributária e Aduaneira é o Método do Preço de Revenda Minorado.

A Autoridade Tributária e Aduaneira procedeu a correcção da matéria tributável da D... [C...] relativamente às transacções da D... [C...] com a O... [G...], por entender que foram praticados preços substancialmente inferiores aos praticados com clientes independentes em operações comparáveis.

A Autoridade Tributária e Aduaneira entendeu dever aplicar nesta matéria o Método do Preço Comparável do Mercado”[sic], previsto na alínea a) do n.º 3 do Artigo 58.º do Código do IRC (comparação entre as operações vinculadas e as respectivas operações efectuadas com entidades independentes), apurando um valor global de € 931.803,29 para as transacções efectuadas no ano de 2006, resultante dos preços praticados serem substancialmente inferiores para as entidades relacionadas, em comparação com preços praticados para entidades independentes.

3.4.2. Quadro normativo

[Transcreveram-se o artigo 58.º do CIRC e os artigos 4.º a 6.º da Portaria 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, sendo tais normas as aplicáveis, o que este Tribunal também sufraga]

3.4.3. Análise da posição adoptada pela Autoridade Tributária e Aduaneira

Estando-se num meio contencioso de mera legalidade, como se referiu, interessa apenas apreciar se é adequado à situação o método preferido pela Autoridade Tributária e Aduaneira, que aplicou no acto impugnado. Se o método escolhido for o mais adequado o acto será mantido na ordem jurídica. Se o não for, o acto terá de ser anulado independentemente de o método escolhido pela Requerente ser ou não o adequado.

No caso em apreço, a Autoridade Tributária e Aduaneira escolheu o método que exige condições mais exigentes para sua aplicação.

«A adopção do método do preço comparável de mercado requer o grau mais elevado de comparabilidade com incidência tanto no objecto e demais termos e condições da operação como na análise funcional das entidades intervenientes» (art. 6.º, n.º 1, da Portaria n.º 1446-C/2001).

Como resulta do texto desta norma, só é legal a utilização deste método quando existir o grau mais elevado de comparabilidade e esta tem de incidir cumulativamente no objecto, termos e condições da operação, para além da análise funcional das entidades intervenientes. Com efeito, aquela palavra «tanto», incluída no referido n.º 1 do artigo 6.º, evidencia que não se está perante um arrolamento alternativo de requisitos, mas sim cumulativo.

A Autoridade Tributária e Aduaneira aplicou o MPCM nos seguintes termos:

(i) Identificou todos os "... " e "... " que, no ano de 2006, foram objecto de facturação para as entidades relacionadas (designadamente a O... [G...]) e, igualmente, objecto de facturação para clientes independentes da D... [C...];

(ii) Identificados os respectivos "...", e os "...", procedeu, conforme mapa elaborado, para cada um dos ..., às seguintes determinações:

a) Do "Preço Médio de Venda", por ..., para as entidades relacionadas;

b) Do "Preço Médio de Venda", por ..., para clientes independentes;

c) Calculados os "Preços Médios de Venda", procedeu, com vista a determinar se os mesmos são substancialmente idênticos aos estabelecidos com os demais clientes independentes, à comparação dos mesmos;

d) Essa comparação levou a Autoridade Tributária e Aduaneira a concluir que os preços praticados nas facturas emitidas às entidades relacionadas (designadamente a O... [G...]) são substancialmente inferiores aos praticados para clientes independentes.

(...)

[No Anexo V ao RIT C... indicam-se os preços considerados nesta análise ao ano de 2007 nos seguintes termos:

10/01/2017

SUBITO PASSIVO QUINTA AND VINEYARD BOTTLERS VINHOS, SA
NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO FISCAL: 503 886 428

VENDAS DE VINHO DO PORTO (VINTAGE)
PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA
ARTIGO 36.º DO CÓDIGO DO IRC

PRODUTO: VINHO DO PORTO (VINTAGE)			VENDAS FACTURADAS "TERRITÓRIOS COM REGIME FISCAL MAIS FAVORÁVEL" (SEHMLDAS, CAIANG, HONG-KONG, ILHAS DO CANAL)				VENDAS FACTURADAS A CLIENTES INDEPENDENTES				AJUSTAMENTOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA		
ANO DAS FACTURAS	MARCA VINTAGE	ANO VINTAGE	QUANTIDADE TOTAL GARRAFAS	QUANTIDADE TOTAL LITROS	VALOR TOTAL FACTURADO (EUR)	PREÇO UNITÁRIO ÚTRC (EUR)	QUANTIDADE TOTAL GARRAFAS	QUANTIDADE TOTAL LITROS	VALOR TOTAL FACTURADO (EUR)	PREÇO UNITÁRIO ÚTRC (EUR)	DIFERENÇA PREÇO UNITÁRIO ÚTRC (EUR)	DIFERENÇA PREÇO UNITÁRIO ÚTRC (%)	AJUSTAMENTO ARTIGO 18.º CIRC
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)
2007	...	1995	4.434	3.325,50	30.717,78	9,24	543	407,25	15.309,00	37,59	28,35	-308,96%	94.291,62
2007		1997	315	236,25	3.212,42	13,60	130	97,50	3.645,35	37,39	23,79	-174,96%	5.620,54
2007		2005	5.028	3.681,00	38.671,61	10,51	1.266	739,50	19.645,58	26,57	16,06	-152,87%	59.117,75
2007		1977	60	45,00	1.763,36	39,19	64	48,75	4.186,98	65,09	46,70	-119,18%	2.101,54
2007		1991	564	423,00	10.807,58	25,55	975	731,25	26.259,61	35,91	10,36	-40,55%	4.382,61
2007		1994	480	360,00	22.400,00	62,22	197	147,75	12.599,38	65,27	23,05	-37,05%	8.299,00
2007		1987	2.160	1.620,00	15.311,18	9,45	122	91,50	1.477,73	16,15	6,70	-70,88%	10.851,91
2007		1975	60	90,00	2.746,10	30,51	31	23,25	1.244,04	53,51	22,99	-75,36%	2.069,54
2007		1992	60	45,00	1.447,56	32,17	9	6,75	342,04	50,67	18,50	-57,52%	632,71
2007		2000	15	11,25	424,95	37,78	275	164,25	7.578,56	46,14	8,36	-22,14%	94,69
2007		1996	1.242	751,50	8.354,79	11,12	49	36,79	1.393,46	37,88	26,76	-240,69%	20.109,06
2007		2005	11.160	6.516,00	75.542,54	11,69	1.143	839,25	20.716,86	24,68	13,09	-112,91%	85.296,95
2007		1986	108	81,00	5.513,40	68,07	1.169	876,75	61.830,04	70,82	2,46	-3,61%	198,87
2007		2000	39	29,25	1.285,39	43,94	666	477,38	34.114,28	71,46	27,52	-62,62%	804,85
2007		1987	395	297,00	3.257,70	11,00	2.950	2.065,13	49.375,39	23,91	12,91	-117,31%	3.833,30
2007		1988	35.372	27.144,00	308.644,66	11,37	9.037	5.964,75	123.122,06	20,64	9,27	-81,53%	261.551,28
2007		1998	1.200	450,00	6.176,03	13,72	300	138,00	5.145,22	38,11	24,39	-177,70%	10.574,70
2007		1995	24	18,00	463,47	25,75	1.070	802,50	21.135,91	26,34	0,59	-2,30%	10,57
2007		2005	1.200	810,00	10.844,65	13,39	2.012	1.261,50	29.528,46	23,41	10,02	-74,83%	8.115,36

]

Como se vê pelos quadros que antecedem, a comparação entre as vendas facturadas pela D... [C...] a clientes de "territórios com regime fiscal mais favorável" e as facturadas a "clientes independentes" foi feita globalmente, relativamente a cada um dos tipos de produtos vendidos, sem qualquer ponderação das específicas características de cada um deles, designadamente no que concerne à suas qualidades de grossistas ou retalhistas ou consumidores finais, ao volume das vendas, às formas de pagamento e ao risco associado as transacções.

Ora, no dossier de preços de transferência da D... [C...] são salientadas as características especiais que rodeavam as vendas a O... [G...], potencialmente justificadoras de em relação a ela serem praticados preços inferiores aos praticados em relação a outros clientes, designadamente:

– o maior volume de vendas dos produtos especiais “....” e “...” efectuadas à O... [G...], superior às relativas a qualquer outro cliente independente, que garante à D... [C...] o escoamento de uma parte significativa da sua oferta daquelas categorias, de preços mais elevados, transferindo para a O... [G...] a responsabilidade de comercialização dessas tipologias de produtos;

– o facto de a O... [G...] ser grossista, que vende a outros distribuidores, e que, face aos volumes que adquire à D... [C...], retira a esta a responsabilidade da comercialização dessas tipologias de produtos, i.e., os riscos de mercado, de perdas e danos (de stock) de câmbio e de crédito dos produtos transaccionados, enquanto as entidades independentes são, maioritariamente, retalhistas, que adquirem quantidades pouco significativas e vendem ao público em geral, não retirando à D... [C...] qualquer tipo de risco;

– para as mesmas mercadorias vendidas à O... [G...], não existe qualquer outro cliente (independente) representativo localizado no Reino Unido que, como é do conhecimento público, constitui um mercado tradicional e o principal mercado de destino das categorias especiais das empresas de ...;

– o mercado do Reino Unido, para além de ser o principal consumidor de categorias especiais, é a localização para a qual o preço médio por ... das referidas categorias especiais é o mais baixo;

– a O... [G...] é um cliente âncora da D... [C...], que em virtude dos seus próprios canais de distribuição, assegura à D... [C...] que o mercado do Reino Unido, o principal mercado para o, represente uma quota bastante significativa das respectivas vendas de categorias especiais, bem como uma presença constante e de realce naquele mercado;

– a O... [G...] paga with order (no acto de encomenda), sendo as facturas emitidas posteriormente, enquanto que os outros clientes pagam a prazo.

Estas circunstâncias especiais das vendas à O... [G...] referidas no dossier de preços de transferência são confirmadas, na generalidade, pelos depoimentos as testemunhas R... e S... [L... e M...], e a Autoridade Tributária e Aduaneira, ao fixar a matéria tributável da D... [C...], não alegou nem provou que eles não correspondessem à realidade, pelo que se devem considerar provadas.

Para além disso, como se considerou provado nas alíneas yy), zz) e aaa) da matéria de facto fixada a O... [G...] era manifestamente o maior cliente da D... [C...] no ano de 2006, no que concerne às categorias especiais, tendo o volume das compras que efectuou atingido 60,88% do volume de ... de ... vendidos dessas categorias, enquanto os volumes de vendas de ... de categorias especiais a entidades independentes só em dois casos ultrapassaram 3%.

O facto de serem referidas no dossier de preços de transferência estas circunstâncias potencialmente justificadoras da prática de preços para as vendas à O... [G...] inferiores aos praticados em relação aos restantes clientes, impede que, na aplicação do MPCM, se possam considerar como comparáveis as médias dos preços praticados para os mesmos produtos em relação à generalidade dos clientes independentes, pois o artigo 58.º, n.º 2, do CIRC e o artigo 6.º da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro, exigem, para aplicação de tal método, «o grau mais elevado de comparabilidade com incidência tanto no objecto e demais termos e condições da operação como na análise funcional das entidades intervenientes».

Assim, designadamente, sendo a O... [G...] um grossista que adquire produtos pagando no acto da encomenda, é manifesto que para existir grau mais elevado de comparabilidade quanto a «termos e condições», exigido por aquele artigo 6.º, os preços praticados em relação a esta empresa apenas poderiam ser comparados com os praticados em relação a grossistas independentes que pagassem a pronto e não com a média dos preços praticados em relação a todas as entidades independentes, inclusivamente, retalhistas que pagam a prazo.

Para além disso, o facto de a O... [G...] ser o maior cliente da D... [C...] no ano de 2006, com um volume de compras em ... quase 20 vezes superior a qualquer dos clientes independentes com maiores volumes de compra, e que comparticipava anualmente nos custos que a D... [C...] suportava com a promoção dos produtos das marcas vendidas pela O... [G...] (com uma quantia que no ano de 2006 atingiu o avultado valor de € 80.246,83), leva a concluir que não existiria suporte para comparação de preços com qualquer desses clientes independentes, pois a dimensão do volume de compras e a comparticipação nas despesas de promoção dos produtos tem potencialidade para justificar o estabelecimento de preços mais favoráveis, como meio de fidelizar um cliente de grande importância. Por isso, uma comparação do grau mais elevado teria de ser feita quanto a preços praticados em relação a clientes de idêntica relevância para a empresa vendedora ou, pelo menos, em situação em que não existisse uma tão grande dimensão da sua importância para essa empresa.

[Este Tribunal é da opinião de que, ao acima exposto, se deve acrescentar ainda a seguinte referência aos *Guidelines* da OCDE relativos ao Método do Preço Comparável de Mercado:

“O método do preço comparável de mercado compara uma transação entre partes relacionadas com transações similares realizadas entre partes independentes, a fim de obter uma estimativa direta do preço que seria acordado numa transacção (não controlada) operada no mercado.

Todavia, este método torna-se menos fiável para determinar preços comparáveis se nem todas as características das transacções entre partes independentes que afectam o preço forem comparáveis com aquelas que afectam as transações entre partes relacionadas.” – Tradução do Tribunal² (OCDE... *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, July 2010, p. 42, ponto 1.35)

² *The comparable uncontrolled price method compares a controlled transaction to similar uncontrolled transactions to provide a direct estimate of the price the parties would have agreed to had they resorted directly to a market alternative to the controlled transaction. However, the method becomes a less reliable substitute for arm's length transactions if not all the characteristics of these uncontrolled transactions that significantly affect the price charged between independent enterprises are comparable.*

“As funções que os contribuintes e a administração fiscal terão necessidade de identificar e comparar incluem, v.g., design, fabrico, montagem, investigação e desenvolvimento, serviço, compras, distribuição, marketing, publicidade, transporte, financiamento e gestão. As principais funções desempenhadas pela entidade sob análise devem ser identificadas. devem ser efectuados ajustamentos relativamente a qualquer diferença material quanto às funções desempenhadas por entidades independentes com as quais a entidade em apreço esteja a ser comparada.

Pode acontecer que uma das partes leve a cabo um elevado número de funções relativamente a outra, mas é a relevância económica dessas funções em termos da sua frequência, natureza e valor para as entidades envolvidas que é importante.” – Tradução do Tribunal³ (OCDE... Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris, July 2010, p. 44, ponto 1.43)]

Pelo exposto, tem de se concluir que a fixação da matéria tributável da D... [C...] com fundamento no regime de preços de transferência enferma de erro sobre os pressupostos de direito, ao aplicar o Método do Preço Comparável de Mercado sem observância dos requisitos legalmente exigidos para sua aplicação.

Por isso, o acto de liquidação, que assentou em tal fixação da matéria tributável, enferma do mesmo vício, na parte respectiva, o que justifica a sua anulação (artigo 135.º do CPA). ”

4.2.4. Cumpre agora determinar a medida da dedutibilidade da perda resultante da dissolução das sociedades participadas: deve ela ser deduzida na totalidade ou apenas em metade do seu valor?

³ *The functions that taxpayers and tax administrations might need to identify and compare include, e.g. design, manufacturing, assembling, research and development, servicing, purchasing, distribution, marketing, advertising, transportation, financing and management. The principal functions performed by the party under examination should be identified. Adjustments should be made for any material differences from the functions undertaken by any independent enterprises with which that party is being compared. While one party may provide a large number of functions relative to that of the other party to the transaction, it is the economic significance of those functions in terms of their frequency, nature, and value to the respective parties to the transactions that is important.*

No que concerne a esta questão, importa estudar em abstracto a dedutibilidade das menos-valias resultantes da dissolução de sociedades. A conclusão a que se chegar será automaticamente aplicável ao caso em concreto, uma vez que as partes apenas discutem a questão de direito, não havendo discordância quanto à matéria de facto relevante.

Importa desde já introduzir uma precisão terminológica, dado o rigor estar muitas vezes ausente dos escritos doutrinários ou mesmo das alegações de Requerente e Requerida: liquidação e partilha são conceitos distintos e com destinatários diversos. O primeiro respeita ao processo de apuramento do activo e satisfação do passivo pelo sujeito passivo sociedade participada, podendo gerar realização de activos e mais e menos-valia para esta, no contexto do seu lucro tributável (cfr. actuais artigos 79.º e 80.º do CIRC). A partilha versa sobre a tributação do sujeito passivo sócio, face ao que este investiu na aquisição da sociedade participada e perante o produto da liquidação que é posto à sua disposição, podendo gerar mais e menos-valias para este (ou rendimentos de aplicação de capitais), no contexto do seu próprio lucro tributável, diverso que é do da sociedade por si participada (cfr. actual artigo 81.º do CIRC).

A questão interpretativa em causa refere-se à conjugação dos artigos 42.º, n.º 3, e 75.º, n.º 2, alínea b) do CIRC⁴: esta última norma estabelece que a perda apurada pelo sócio na partilha da sociedade participada “*é considerada como menos-valia, sendo dedutível apenas (...)*”, sem se pronunciar sobre o grau da respectiva dedutibilidade (de onde se pode assumir, pelo menos num juízo perfunctório, que, salvo disposição em contrário, a dedutibilidade seria plena), enquanto a primeira estabelece que “*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*”.

⁴ Salvo indicação em contrário, nesta parte qualquer referência a normas do CIRC será em relação à redacção e numeração vigente em 2007.

A dilucidação da questão em apreço passa portanto por uma exacta compreensão da relação que se estabelece entre o artigo 75.º (Resultado da partilha), o artigo 23.º (Custos ou Perdas), o artigo 42.º (Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais), n.º 3, todos do CIRC -, e também, ainda que não releve para o caso *sub judicio*, o artigo 31.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (doravante “EBF”) (actualmente revogado), a respeito das perdas incorridas por Sociedade Gestora de Participações Sociais (doravante “SGPS”).

Para o efeito, vamos socorrer-nos da tradicional tipologia de normas (normas gerais, normas especiais e normas excepcionais; normas comuns e particulares), de que RUI CAMACHO PALMA, para solucionar problemas semelhantes, também fez uso, e que bem resumiu nestes termos: *“Assim, as normas gerais definem uma disciplina genericamente aplicável à globalidade das situações, ao passo que as normas especiais, sem contrariarem o disposto no regime geral, acrescentam ou pormenorizam a estatuição no mesmo contida. Ao invés, as normas excepcionais estabelecem um enquadramento oposto ou contraditório com o regime geral, derogando, total ou parcialmente, as instruções normativas deste último. (...) Esta classificação não se confunde com a distinção entre normas comuns e normas particulares, à qual subjaz um critério relativo ao âmbito subjectivo de aplicação. Assim, as normas comuns visam a generalidade de um conjunto tendencialmente universal de destinatários, sendo as normas particulares privativas de um determinado grupo ou de alguns grupos integrantes do universo inicial”*⁵.

Cruzando as classificações, e aplicando-as ao caso em apreço, quanto às normas em vigor à data dos factos, temos:

- (i) Norma geral comum: o artigo 23.º do CIRC, tal como os artigos 43.º e 44.º, do qual se extrai que a totalidade da perda, ou do saldo positivo das mais e menos-valias, é dedutível ou tributado nos termos gerais do imposto, e susceptível de beneficiar do regime do reinvestimento previsto no artigo 45.º do CIRC e da aplicação da correcção monetária das mais e menos-valias prevista no artigo 44.º do mesmo Código;
- (ii) Norma excepcional comum: o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, do qual decorre, em contradição com o regime geral, que o saldo negativo das mais e menos-valias

⁵ Palma, Rui Camacho, “Algumas Questões em Aberto sobre o Regime de Tributação das SGPS”, in *Fisco*, n.º 115/116, Setembro de 2004, Ano XV, p. 28.

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.

(iii) Norma excepcional particular: o artigo 31.º do EBF, segundo o qual as mais e menos-valias realizadas pelas SGPSs 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 encargos financeiros suportados com a sua aquisição – verificados ainda certos requisitos específicos, previstos no n.º 3 -, não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades, ou seja, não são tributáveis nem dedutíveis.

(iv) Norma excepcional comum: o artigo 75.º do CIRC, nos termos do qual, pelo menos para a AT, (i) para o apuramento do saldo da partilha não relevaria a aplicação da correcção monetária das mais e menos-valias prevista no artigo 44.º do mesmo Código, sendo que o saldo positivo da partilha com a natureza de mais-valia não qualificaria para efeitos do regime do reinvestimento do artigo 45.º, e (ii) o saldo negativo da partilha seria dedutível apenas quando as partes sociais tivessem permanecido na titularidade do sujeito passivo durante os três anos imediatamente anteriores à data da dissolução.

Não está verificado o âmbito de previsão da norma excepcional particular (o artigo 31.º respeita a SGPSs e a Requerente, bem como as suas participadas, não assumem tal forma). A questão é saber se as normas excepcionais comuns (o artigo 75.º e o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC), opondo-se embora à norma geral comum, o artigo 23.º do CIRC, se excluem mutuamente, entre si, ou antes são cumuláveis. À partida, há quem entenda que os âmbitos de previsão normativa do artigo 75.º e do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, não seriam mutuamente exclusivos, nem incompatíveis, pois o primeiro consagraria um *requisito para a dedutibilidade*, enquanto o segundo estabeleceria, para as perdas dedutíveis – i.e., no

contexto da partilha, para as que supostamente tivessem já resistido ao crivo temporal de três anos de detenção da participação social do artigo 75.º -, a *medida dessa mesma dedutibilidade*⁶.

No entanto, existe ainda assim algum grau de contradição literal entre as normas: O (então) artigo 75.º dispunha, no seu n.º 3 que “ *b) Essa diferença, quando negativa, é considerada como menos-valia, **sendo dedutível** (...)*” (destaque do Tribunal); Por outro lado, o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC estabelecia que “*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*” (destaque do Tribunal).

Ora, se concorrerem para a formação do lucro tributável em metade do seu valor, as menos-valias da partilha apenas serão parcialmente dedutíveis. Um raciocínio que veja a dedutibilidade como uma *qualidade* e o seu concurso para a formação do lucro tributável como uma *quantidade*, sendo o primeiro um absoluto e o segundo uma expressão relativa, será sempre uma visão assaz formal. Uma formação para o lucro tributável a metade é uma dedutibilidade a 50% e igualmente, perdoe-se o truísmo, uma indedutibilidade a 50%. Copo meio cheio ou meio vazio, qualidade ou quantidade, será sobretudo uma questão de perspectiva. Mas acaso os termos se invertessem e o artigo 75.º dispusesse que a menos-valia era indedutível e o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC mantivesse a sua formulação, os defensores de tal tese provavelmente arguiriam não que a menos-valia, apesar de (*parcialmente?*) indedutível, ainda concorria em metade para a formação do lucro tributável, mas sim que a indedutibilidade era um absoluto, sem margem para interferência do 42.º, n.º 3, do CIRC.

⁶ Cfr. Martins, Helena, “O imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas” in *Lições de Fiscalidade*, coordenação de João Ricardo Catarino e Vasco Branco Guimarães, Almedina, Coimbra, 2012, p. 260, afirmando que “*Dada a formulação abrangente do preceito, incluem-se aqui, nomeadamente, as perdas resultantes de ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor, nos casos previstos na alínea a) do n.º 9 do art. 18º, e as menos-valias apuradas em resultado da partilha (vd. Alínea b) do n.º 2 do art. 81º do CIRC.*” e ainda, p. 278, que “*Na esfera dos sócios também há lugar ao apuramento do resultado da partilha, de acordo com as regras previstas no art. 81º. De realçar que, sendo apurada uma menos-valia, a mesma só é dedutível, com as restrições previstas na alínea b) do n.º 1 do art. 81º e ainda assim em 50% por força da aplicação do n.º 3 do art. 45º.*”

Da conjugação do artigo 9.º do Código Civil com o artigo 11.º da LGT, resulta que será necessário recorrer a outros elementos interpretativos (*maxime* de substância jurídica e económica) quando da interpretação literal persistam dúvidas, como apesar de tudo é o caso, como se evidencia pelo contraponto *supra* entre uma visão mais formal e outra mais material da conjugação das duas normas, quanto aos respectivos textos.

Importa, pois, perceber melhor cada uma das normas em presença.

Segundo a teoria tradicional da AT, vertida no Parecer n.º 103/1996 sobre “Mais-valias e menos-valias apuradas na partilha do saldo da liquidação de sociedade – artigo 67º do CIRC” do Centro de Estudos Fiscais, doutrina sancionada por Despacho do Director Geral dos Impostos de 12/03/1997⁷, no cálculo das mais-valias e menos-valias apuradas na partilha de sociedades, de acordo com o artigo 75.º do CIRC, o sócio não beneficia dos coeficientes de desvalorização da moeda nem do regime do reinvestimento, por o regime da partilha ser particular:

“1. O artigo 67.º, n.º 2 alíneas a) e b) não se limita a qualificar como mais-valia a diferença positiva entre o valor das entradas efectivamente verificadas para realização do capital e o custo de aquisição das partes sociais e como menos-valia a diferença negativa entre o resultado da partilha e o custo de aquisição das partes sociais, pois, define também o respectivo regime de tributação, não lhes sendo, portanto, aplicável, dada a sua distinta natureza, o disposto nos artigos 42.º a 44.º do CIRC;

2. Aliás, o conceito de mais-valia e de menos-valia definido no artigo 42.º atende primordialmente às operações que lhe dão origem – qualquer forma de transmissão onerosa, sinistro, afectação permanente dos elementos do activo imobilizado a fins alheios à empresa – não integrando como facto relevante a extinção das partes sociais;

3. Desse modo, no cálculo das mais-valias e menos-valias resultantes da operação de partilha não há lugar à correcção monetária do custo de aquisição das partes sociais nem é aplicável o regime do reinvestimento previsto no artigo 44.º do CIRC.

⁷ Cfr. Lousa, Maria Prazeres, “Tratamento Fiscal das mais-valias e menos-valias apuradas no momento da partilha do saldo de liquidação” (CEF Registo n.º 99/95. Parecer n.º 103/96. Doutrina sancionada por

4. Por último, deve sublinhar-se que estas conclusões só são válidas quando o titular das partes sociais for sujeito passivo do IRC.”

Ora, para quem adopte a acima citada posição da AT de que o regime da partilha do artigo 75.º do CIRC é um regime autónomo, um *ius singulare* quanto às mais e menos-valias, não beneficiando nem do regime do reinvestimento, nem dos coeficientes de correcção monetária, mais difícil se torna forçar a sua conjugação com o regime - apesar de tudo menos excepcionalmente recortado - do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC. Tal reclamaria um ónus especial de fundamentação por parte da AT, que não foi exercido neste processo.

Acresce, no entanto, que de uma leitura simples do referido artigo 75.º não se extraem necessariamente as conclusões que a AT atingiu em 1996.

Uma perda na partilha não era inquestionavelmente, do ponto de vista ontológico, uma menos-valia: ela apenas “*é considerada como menos-valia*”, tal como, no caso inverso, as subscrições de partes de capital abaixo do par, ou as aquisições de partes de capital abaixo do par, são susceptíveis de gerar, aquando da partilha, um rendimento que tem a “*natureza de mais-valia tributável*”.

Assim, se uma sociedade-mãe tivesse realizado, em 2007, uma operação de alienação ou partilha de uma sociedade-filha, a sua perda global seria dedutível, para efeitos de IRC. No caso de alienação a terceiro, se tivesse decorrido um prazo superior a três anos, a menos-valia seria sempre dedutível, independentemente de outros factores (cfr. artigo 23.º, n.º 5 e n.º 6, do CIRC). No caso de partilha, a perda apurada por o preço de aquisição das correspondentes partes sociais abater ao valor atribuído, desde que as referidas partes sociais tivessem permanecido na titularidade do sujeito passivo durante os três anos imediatamente anteriores à data da dissolução da participada, seria igualmente dedutível (cfr. artigo 75.º, n.º 1 e n.º 2, do CIRC).

Se se tiver em conta o princípio da neutralidade fiscal (na tributação equivalente de manifestações idênticas de capacidade contributiva, para mais no caso de empresas, tributadas sinteticamente com base num lucro tributável contabilístico corrigido,

despacho do Director-Geral dos Impostos de 12 de Março de 1997) in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 387,

contribuintes que se supõe dotados de racionalidade empresarial e em que importa que o imposto condicione o menos possível as opções de gestão, evitando que surjam comportamentos fiscalmente motivados), bem como o princípio do primado da substância (ainda que jurídica, e não necessariamente económica) sobre a forma, conclui-se que quer a alienação onerosa de partes sociais, quer a sua extinção, devem merecer o mesmo tratamento fiscal, do ponto de vista do sócio-investidor, uma vez que ambas as operações realizam valores idênticos, implicam uma perda absoluta de titularidade na sociedade participada e no limite são susceptíveis de livre escolha, pelo menos quanto ao momento da realização, por parte do titular.

Vender uma participação social e receber o valor de mercado desta ou partilhá-la e receber o valor de mercado dos seus activos, são, tendencialmente, realidades empresarialmente equivalentes. Como empresarialmente equivalente pode ser reduzir o investimento por meio de uma distribuição de dividendos prévia à alienação ou manter as reservas que poderão alimentar no futuro tais dividendos embutidas nessa mesma alienação, majorando o seu preço.

Ou seja, um sistema fiscal ideal da tributação do rendimento empresarial deveria assegurar a neutralidade entre duas grandes opções: (i) vender a sociedade participada; e (ii) reduzir o investimento na sociedade participada, neste último caso quer total quer parcialmente, em vida ou por morte desta.

Sucede que não é necessariamente convergente, ou idêntico, o tratamento fiscal dos lucros distribuídos e o das mais e menos-valias, para o sócio-investidor⁸.

Até à Reforma do IRC que entrou em vigor em 2014, havia uma tendencial equiparação do resultado positivo da partilha, enquanto rendimento de aplicação de capitais, ao regime dos lucros distribuídos (cfr. artigo 75.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3). Em sentido inverso, existia uma clara dissociação entre o regime do desinvestimento por partilha - o qual só excepcionalmente, em constelações de casos em que a aquisição da sociedade participada tivesse sido feita abaixo do par, permitiria o apuramento de mais-

Julho - Setembro 1997, pp. 375-379.

⁸ Santos, José Carlos Gomes, “Tributação do Resultado da Partilha. As Mudanças Trazidas pela Lei n.º 2/92”, in *Fisco*, n.º 46, Setembro de 1992, Ano IV, p. 11: “*Em sede de legislação fiscal estrangeira, de que a nossa é, tradicionalmente, e em muito, tributária, os regimes de tributação aplicados pelos vários países no caso*

valias (cfr. artigo 75.º, n.º 2, alínea b)] – e o regime de desinvestimento por alienação, o qual era todo ele enquadrado no regime das mais e menos-valias (mesmo quanto à parte de reservas distribuíveis e retidas na participada, portanto embutidas no preço de alienação desta).

Um alteração coperniciana vai dar-se com a Reforma do IRC operada pela Lei n.º 2/2013, de 16 de Janeiro, uma vez que através do novo regime de *participation exemption* as mais e as menos-valias em partes sociais estarão genericamente sujeitas a tratamento fiscal simétrico, na medida em que não poderão ser deduzidas como gasto para efeitos fiscais mas também não serão tributadas como rendimento para os mesmos efeitos, tendo-se abandonado a conceptualização do rendimento positivo da partilha como “mais-valia” ou “rendimento de capital” consoante as hipóteses da redacção pré-reforma do artigo 81.º do CIRC, para se optar apenas pela primeira, a par da manutenção de qualquer resultado negativo da partilha como menos-valia. Embora passe a existir uma disparidade entre a distribuição dos resultados “em vida” da sociedade, que segue o regime do artigo 51.º do CIRC, e em caso “de morte” da mesma, que segue o regime do 81.º do CIRC, dificilmente a mesma será propiciadora de arbitragens, em caso de resultado positivo, porquanto o próprio regime de *participation exemption* se estende, em termos similares, a dividendos e mais-valias.

O valor de realização do sócio-investidor pode gerar, parcialmente, um rendimento com a natureza de mais ou menos-valia, e a aplicação dos coeficientes de desvalorização da moeda pode precisamente minorar o efeito de *lock-in*, que tende a imobilizar a realização de ganhos pelo receio de consequências fiscais de monta, e mitigar o efeito de *bunching*, com tributação de ganhos formados em períodos longos (e que portanto uma sucedânea periodização com base no incremento de justo valor teria tributado de forma faseada e mais suave).

Efectivamente, em termos gerais, numa óptica fiscal, as mais-valias geram dois grandes problemas teóricos: (i) o decorrente da tributação destes ganhos apenas quando realizados, susceptível de conduzir ao chamado efeito de *lock-in*, imobilização ou ferrolho (i.e., o desincentivar de operações que dêem origem à

de liquidação e partilha de uma sociedade são substancialmente diversos, parecendo difícil definir tendências da fiscalidade internacional neste domínio”, com diversas indicações ainda interessantes.

realização), e (ii) a possibilidade de aplicação de taxas progressivas mais elevadas do que as que seriam aplicadas em caso da sua tributação gradual, ocorrida ao longo de cada um dos exercícios de detenção (e consequente formação do valor de realização) do activo alienado, em fenómeno conhecido como efeito de *bunching*, concentração ou ramalhete⁹.

Na prática, a tributação das mais-valias realizadas na esfera empresarial padece de tais problemas, uma vez que o CIRC, à semelhança do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (“CIRS”), prevê em regra a tributação das mais-valias apenas quando realizadas (cfr. artigos 20.º, n.º 1, alínea h), 21.º, n.º 1, alínea b), *a contrario sensu*, e 24.º, alínea b), *a contrario sensu*, do CIRC e artigo 10.º do Código do IRS) e previu, até 31 de Dezembro de 2011, a sua tributação a taxas progressivas (cfr. artigos 87.º, n.º 1, do Código do IRC, na redacção vigente até essa data, e 68.º, n.º 1, do Código do IRS), a qual é novamente retomada a partir de 1 de Janeiro de 2014 (cfr. artigos 87.º e 87.º-A do CIRC).

Mas coloca ainda um problema adicional, uma vez que é susceptível de pôr “[...] *em causa a continuidade da exploração, dado que por força da evolução das condições técnicas e económicas há que substituir uns activos por outros e sendo esta substituição requisito essencial para a sobrevivência das unidades económicas não deveria ocasionar qualquer tributação.*”¹⁰

Com efeito, é óbvio que a tributação das mais-valias realizadas na esfera empresarial, ao implicar a afectação de parte da liquidez resultante da alienação de activos ao pagamento de imposto “[...] *reduz a capacidade para concretizar o reinvestimento.*”¹¹

A solução para os efeitos de *lock-in* ou de imobilização e de *bunching* ou concentração pode passar pela consagração de mecanismos de tributação mitigada das mais-valias, como sejam as exclusões de tributação (cfr. o anterior artigo 10.º, n.º 2, do

⁹ Pires, Manuel, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 401-402. Cfr. Holmes, Kevin, *The Concept of Income – A Multi-Disciplinary Analysis*, IBFD, Amesterdão, 2001, pp. 381-382.

¹⁰ Cfr. Pereira, Manuel Henrique de Freitas, *A Base Tributável do IRC*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 360, Ministério das Finanças, Lisboa, 1990, p. 142.

¹¹ Cfr. Morais, Rui Duarte, *Apontamentos ao IRC*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 146.

Código do IRS, revogado pela Lei n.º 15/2010, de 26 de Julho) e as taxas ou bases de tributação reduzidas (cfr., v.g., os artigos 43.º, n.ºs 2 a 4, e 72.º, n.º 4, do mesmo Código).¹²

Diversamente do que sucede no âmbito do Código do IRS, o Código do IRC não previu tais soluções, mesmo durante o período em que vigoraram taxas progressivas deste imposto, entre 1 de Janeiro de 2009 e 31 de Dezembro de 2011.

Com efeito, as mais-valias realizadas pelos sujeitos passivos de IRC residentes em território nacional e com actividade comercial, industrial ou agrícola, que não SGPSs, não gozavam de quaisquer exclusões ou taxas reduzidas de tributação.

No entanto, o Código do IRC oferecia claramente solução para o problema da continuidade da exploração, ao consagrar os regimes de neutralidade fiscal de certas operações de reestruturação empresarial (cfr. artigos 73.º e seguintes deste Código) e de reinvestimento dos valores de realização (cfr. artigo 48.º deste Código) – sendo que mesmo o regime específico de reinvestimento para as mais-valias de SGPSs (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro) talvez devesse ser visto, em função do particular objecto social destas sociedades, como de salvaguarda da sua continuidade de exploração de partes sociais, enquanto forma indirecta de exercício de uma actividade económica).

Repare-se que resulta do n.º 1 do artigo 75.º (previsão) do CIRC uma quantificação “simplista” do resultado da partilha, por referência ao “preço de aquisição”. O seu n.º 2 acrescenta qualificações de natureza quanto ao rendimento positivo e negativo e um regime de dedutibilidade deste último (estatuição). Ora, o legislador do artigo 75.º, n.º 1, do CIRC, podia ter-se limitado à referida quantificação “simplista” do resultado líquido da partilha, ou ter remetido para conceitos amplos de custo ou perda.

Mas não o fez; antes qualificou o tipo de perda em causa como menos-valia: “*Essa diferença, quando negativa, é considerada como menos-valia*”. Formulação de resto idêntica à prevista no então artigo 43.º, n.º 1: “*Consideram-se mais-valias ou menos-valias realizadas...*”.

Pode afirmar-se que a menos-valia apurada em resultado da partilha não se subsume no conceito geral de menos-valias constante do artigo 46.º do Código do IRC, nos

¹² Pires, Manuel, *cit.*, p. 402.

termos do qual estas se definem como "(...) *as perdas sofridas relativamente a elementos do activo imobilizado mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere (...)*", por não consubstanciarem uma transmissão onerosa.

Desde logo, tal asserção é em si mesmo duvidosa.

O artigo 43.º, n.º 2, refere-se a um “*valor de realização*” (e não apenas a um valor de alienação ou venda), e o artigo 44.º, n.º 2, permite expressamente a correcção monetária quanto a partes de capital, referindo-se somente ao valor de aquisição e à realização. Também o artigo 45.º, n.º 4, contempla, quanto ao reinvestimento, um conceito amplo de transmissão onerosa, em que se enquadra a extinção de partes de capital por remição e amortização com redução de capital (em 2007; a partir de 2014 o elenco do actual artigo 46.º, n.º 5, do CIRC contempla inúmeras situações extintivas), não repugnando que a partilha, que no fundo é uma entrega das partes de capital por contrapartida deste mesmo e da situação líquida da participada, valorizada a valores de mercado, beneficie, quanto à parte que seja de qualificar como mais-valia, de tal regime.

Ainda que a menos-valia apurada em resultado da partilha não se subsuma no conceito geral de menos-valias constante do artigo 46.º do Código do IRC - como parece apesar de tudo ser demonstrado pela evolução do artigo 31.º do EBF e pela Circular n.º 7/2004, de 30 de Março, da Direcção de Serviços do IRC, com Despacho do Director-Geral da Direcção dos Impostos, a que adiante faremos referência -, à atribuição expressa de uma natureza jurídica ao rendimento pelo CIRC têm que se associar consequências ao nível do respectivo regime jurídico; não é de supor que a lei esteja apenas a doutrinar quanto à natureza jurídica das figuras, sem lhes pretender associar efeitos específicos. Um efeito útil, pela negativa, sempre seria a não equiparação dessa componente do resultado positivo da partilha ao regime dos lucros distribuídos, com a correspondente eliminação da dupla tributação económica (cfr. artigo 75.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3). Mas esse efeito seria atingido com uma mera quantificação “simplista” do resultado líquido da partilha, ou remetendo para conceitos amplos de custo ou perda.

Consequentemente, é pelo menos questionável se uma qualificação de “menos-valia” não importa, pela positiva, precisamente o inverso do que tem sustentado a AT: a aplicação dos regimes relativos ao reinvestimento bem como a correcção monetária “do valor de aquisição” ou “preço de aquisição”. Aos elementos literal, sistemático e histórico,

poderia contrapor-se o teleológico (efeitos de *lock-in* e de *bunching*), que seria de molde a supor que se pretendeu tratar de forma igual aquilo que na forma é baptizado do mesmo modo e, em substância, em termos de geração de capacidade contributiva e face a uma pretensão de tributação do lucro real, é igual.

Importa ainda notar que, à data do Despacho do Director Geral dos Impostos de 12/03/1997, o artigo 44.º do CIRC, em matéria de reinvestimento, não contemplava a possibilidade de o mesmo versar sobre a diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, a qual foi uma inovação - para as sociedades não-SGPS - trazida pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro. Nessa medida, a conclusão do referido Despacho de que o reinvestimento não estava disponível para as mais-valias da partilha era evidente em 1997, em que tal regime pura e simplesmente inexistia, estando também indisponível para outras mais-valias de partes de capital. Contudo, a conclusão é mais duvidosa na actualidade.

Embora o Tribunal não tenha que rematar em termos inequívocos sobre a qualificação das mais-valias da partilha para efeitos do regime de reinvestimento, porquanto o ponto não será essencial para a sua *ratio decidendi*, que adiante exporá, sempre reconhecerá que o elemento teleológico, embora desejável, parece ter de ceder perante a letra das normas, a sua história e a sistemática do CIRC.

Poder-se-á ainda argumentar que a diferença na partilha é quantificada no artigo 75.º, n.º 1, e que portanto essa *quantificação* não pode ser alterada em virtude da *qualificação* do n.º 2, de onde se seguiria, em termos de consequência de regime, que a correcção monetária não seria viável *in casu*, porquanto esta opera apenas sobre o valor de aquisição da participação social, e não sobre a diferença negativa apurada face ao valor atribuído ao sócio em resultado da partilha.

No entanto, é o próprio legislador que se exprime, em termos imperfeitos é certo, no artigo 44.º, epigrafando “*Correcção monetária das mais-valias e das menos-valias*”. É escassa a doutrina sobre o valor jurídico das epígrafes das normas legais. OLIVEIRA ASCENSÃO entende que “*Não poderemos porém supor que estas categorias [elementos literal, sistemático, histórico e teleológico] esgotam todos os tipos de elementos a que podemos recorrer para apurar o sentido de um texto. Pertencem por exemplo aos*

elementos lógicos as afirmações formalmente incluídas pelo legislador na própria fonte, sem todavia possuírem carácter vinculativo directo.

São desta natureza:

(...) - as epígrafes dos artigos

Não representam comentários laterais, têm uma autoridade que os faz ocupar melhor posição que os meros elementos históricos. Podem servir assim de auxílio precioso para a interpretação dum texto. Não esqueçamos que neles intervêm ou convêm todas as entidades cuja pronúncia é indispensável para a produção da fonte.

Estes elementos, apesar da sua grande autoridade, não têm o mesmo valor do texto. Em si, não têm o sentido de determinação, que é próprio de uma fonte de direito, mas o de esclarecimento (preâmbulo) ou de análise de um caso com vista à solução, pela declaração da máxima de decisão que o rege. Por isso, se houver contradição é o que está no articulado ou no próprio texto da decisão judicial, conforme os casos, que prevalece.” (destaque do Tribunal)¹³.

No rigor, a correcção monetária é directamente do valor de aquisição, só indirectamente afectando a mais ou menos-valia. Mas se o legislador corrige monetariamente, ainda que de forma linguisticamente imprecisa, “*mais e menos-valias*” no artigo 44.º, não as poderá ter pretendido precisamente corrigir também no artigo 75.º, n.º 2, do CIRC? Mesmo segundo a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO, diminutiva do valor legal das epígrafes, é possível aceitar que a mesma ausência de rigor do artigo 44.º foi vertida no artigo 75.º. O artigo 75.º, n.º 2, deve permitir, a nosso ver, tal correcção monetária: esta será precisamente uma das consequências, agora pela positiva, da qualificação pretendida pela norma, até em homenagem ao princípio constitucional da tributação das empresas segundo o lucro real, superando os efeitos adversos da inflação¹⁴. E a tal não obsta o teor literal do artigo 44.º, com as suas menções neutras a partes de

¹³ Ascensão, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 402-403.

¹⁴ Contra, Santos, José Carlos Gomes, “Tributação do Resultado da Partilha. As Mudanças Trazidas pela Lei n.º 2/92”, in *Fisco*, n.º 46, Setembro de 1992, Ano IV, p. 13: “*Por outro lado, resolveu-se assumir a «solução IRC» como a mais adequada, deixando de se efectuar a actualização do preço de aquisição das partes sociais, o que não se tem mostrado como opção pacífica, quer em sede de IRC, quer na legislação estrangeira*” (destaque do Tribunal).

capital, valor de aquisição e realização (sem limitar a correcção monetária, portanto, a casos de transmissão onerosa, *maxime* de partes de capital).

Entre os conceitos de “*mais-valias*” e de “*menos-valias*”, bem como os de “*ganhos*” e de “*perdas*”, e os de “*proveito*” e “*custo*”, em sede de IRC, existe uma relação de especialidade parcial: aqueles primeiros subsumem-se a estes últimos. Há determinadas realidades que a lei quis especificamente atrair à sede das “*mais-valias*” e das “*menos-valias*”, e outras que pretendeu situar nos meros “*ganhos*” e “*perdas*”, com regime distinto¹⁵.

Em síntese, a teoria tradicional da AT não é de adoptar, pelo menos quanto à correcção monetária, uma vez que o artigo 75.º refere-se a “*menos-valia*” e não ao conceito mais amplo de perda. Onde o legislador qualificou o tipo de perda cabe ao intérprete acatar, no que às diferenças de regime associadas respeite. Consequentemente, tal qualificação importava, pelo menos, a aplicação do regime da correcção monetária “do

¹⁵ Borges, António / Cabrita, Pedro (1999), *Mais e Menos Valias – Tributação e Reinvestimento*, Áreas Editora, Lisboa, p. 125, pronunciavam-se assim: “*Finalmente, anote-se o facto de o artigo 67º do Código do IRC, definir um regime de tributação autónomo ao disposto nos artigos 42º a 44º daquele código, o que se compreende pelo facto da extinção de partes sociais não ser incluída nas operações previstas do [sic] artigo 42º (...). Deste modo, nos cálculos das mais ou menos-valias não há lugar à correcção monetária do custo de aquisição nas partes sociais, nem é aplicável o regime do reinvestimento previsto no artigo 44º do Código do IRC. Chama-se ainda a atenção para o facto de não fazer qualquer sentido a aplicação dos coeficientes de desvalorização da moeda ao valor de aquisição, pois estaríamos a colocar o valor de aquisição e o valor das entradas efectivamente realizadas em períodos temporais distintos*”.

Discorda-se deste modo de ver: por um lado o próprio artigo 44.º do CIRC prevê hipóteses de extinção de partes sociais, por remição e amortização; por outro, o período temporal do valor de aquisição e o das entradas não tem de coincidir, desde logo para todos os que adquirem as partes de capital no mercado secundário, e não por subscrição originária. Mesmo para estes últimos, se as entradas forem convertidas de imediato em activos, estes terão data de aquisição idêntica à das partes de capital emitidas.

Diferente parece ser a situação analisada por Silva, Joaquim Alexandre de Oliveira e (2004), “Dissolução e Liquidação de Sociedades”, in Pinto, José Alberto Pinheiro (2004), *Fiscalidade*, 4.ª edição, Areal Editores, Porto, p. 360, que afirma inclusive: “*(...) no que se refere ao regime transitório das mais-valias e das menos-valias previsto no art. 18.º-A do Dec.-Lei n.º 442-B/88, de 30.11, na medida em que o mesmo se refere à operação que lhes dá origem (transmissão de partes sociais cuja aquisição tenha ocorrido antes da entrada em vigor do CIRC), não integrando como facto relevante a extinção de partes sociais*”. O autor sustenta igualmente, pp. 359-360, que: “*A parte do resultado da partilha considerada como mais-valia ou menos-valia, concorrendo para a determinação do lucro tributável em IRC, segundo entendimento administrativo não está abrangida pelas disposições dos arts. 43.º a 45.º do Código do IRC, uma vez que o disposto no art. 75.º do Código do IRC não se limita a qualificar a natureza do ganho mas também a definir o respectivo regime tributário, pelo que no seu cálculo não há lugar à correcção monetária do custo de aquisição das partes sociais nem será aplicável o regime do reinvestimento previsto no art. 45.º do Código do IRC (Parecer n.º 103/96 do CEF, sancionado por Despacho do Director Geral dos Impostos de 12.03.97)*”.

valor de aquisição” às mais-valias e menos-valias resultantes da partilha de uma sociedade.

Mostra-se relevante agora analisar o artigo 42.º do CIRC.

Manda o rigor que se note que este artigo (epigrafado “*Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais*”), correspondia, em 1997, ao artigo 41.º, pelo que não estava compreendido entre os então artigos 42.º a 44.º do CIRC, que o Centro de Estudos Fiscais e a Direcção-Geral dos Impostos entendiam inaplicáveis ao regime da partilha. Por outras palavras, a doutrina administrativa entendia inaplicável à partilha o regime da Subsecção VI (Regime das mais-valias e menos-valias fiscais) da Secção II - Pessoas colectivas e outras entidades residentes que exerçam, a título principal, actividade comercial, industrial ou agrícola do Capítulo III - Determinação da matéria colectável, do CIRC, onde se inseriam os artigos 42.º a 44.º do CIRC, mas não necessariamente a Subsecção V (Regime de outros encargos), onde jazia o artigo 41.º.

Seguindo linha de raciocínio idêntica à que acima formulámos a respeito do artigo 75.º, em ambos os casos (alienação ou partilha de sociedade participada) haveria a considerar, quer numa perspectiva literal, quer numa perspectiva sistemática e até eventualmente teleológica, atentos o princípio da neutralidade fiscal, bem como o princípio do primado da substância (ainda que apenas jurídica) sobre a forma, a limitação do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC: “*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*”¹⁶.

¹⁶ Alertando ainda para outras diferenças no sistema de dedutibilidade de perdas entre os artigos 23.º, 42.º, n.º 3, e 75.º (posteriores 45.º, n.º 3, e 81.º), do CIRC: Araújo, Fernando Carreira, e Oliveira, António Fernandes, “O Código do IRC e os conceitos de (i) capital, (ii) partes de capital, (iii) prestações suplementares e (iv) créditos pela realização de prestações suplementares” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 657-658 e 667: “Uma análise mais cuidada, porém, permite concluir que assim não é de facto. Enquanto na liquidação o período de três anos se aplica independentemente de as partes de capital terem sido adquiridas a entidades relacionadas, ou não, e independentemente de terem ou não sido adquiridas a entidades sujeitas a um regime especial de tributação, já na alienação releva apenas o primeiro tipo de situações (aquisição a entidade relacionada e

Para estes efeitos, importa estudar separadamente a primeira e a segunda parte desse n.º 3.

Assim, havendo dissolução e partilha de sociedades, não há transmissão onerosa de partes de capital nos termos da primeira parte do n.º 3 do artigo 42.º. A esta parte do preceito é estranha qualquer pretensão de regulação das perdas apuradas quanto a partes de capital noutros contextos que não o da respectiva transmissão onerosa.

O Tribunal Constitucional já apreciou a primeira parte desta norma, tendo-se pronunciado no sentido da sua não inconstitucionalidade, no seu Acórdão n.º 85/2010¹⁷. No mesmo é afirmado que:

“7. No que toca à questão da “proibição de tributação por um rendimento presumido” é a própria letra do artigo 104.º, n.º 3, da CRP, que fornece uma resposta segura: “a tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real” (itálico aditado). Como se afirmou no Acórdão n.º 162/2004 (igualmente disponível na página Internet do Tribunal Constitucional),

aquisição a entidade sujeita a regime especial de tributação) para efeitos de aplicação do período de pousio de três anos, sendo a menos-valia fiscalmente relevante ainda que decorra de partes de capital detidas há menos de três anos, contanto que estas tenham sido adquiridas a terceiros (a entidades “não-relacionadas”). São, assim, prima facie aceites perdas (menos-valias) resultantes de alienações de partes de capital adquiridas a terceiros e detidas por menos de três anos, com sujeição à condição de a sua alienação ser feita a terceiros (a “entidades ditas não-relacionadas”), como se verá de seguida; pelo contrário, nunca são aceites perdas (menos-valias) com partes de capital detidas por menos de três anos, se o apuramento desse prejuízo se fizer por ocasião de liquidação da sociedade em causa (por oposição ao apuramento de perda por ocasião de alienação das partes de capital na sociedade em causa).

Em face do regime que se começou a desenhar (em primeiro lugar) por referência às liquidações de sociedades, seria compreensível, pelo menos numa perspectiva de coerência do sistema (do todo), que para efeitos de perdas apuradas por ocasião de alienações se exigisse também um período de detenção mínimo de três anos nos casos em que a venda fosse feita a entidade relacionada, para assim evitar que aquilo que aparentemente se pretendeu com o regime fiscal das liquidações (da perspectiva do accionista) fosse facilmente contornado pelos contribuintes mais ágeis. (...)

Voltando, para finalizar, à “perspectiva de sistema”, a solução legal em análise destoa ainda em relação a outras soluções para situações materialmente idênticas e que se inserem na linha da opção (desejavelmente, “para o bem e para o mal”) pela separação (tratamento autónomo) entre a sociedade participada e o seu accionista: é pouco curial – à luz do princípio da igualdade e da proibição do arbítrio – que a relevância fiscal da menos-valia apurada por ocasião da liquidação de uma sociedade tenha as limitações que se descreveram, quando, em contraste, se em vez de liquidar a sociedade, o accionista se limitar a vender a participação a entidade não relacionada, a menos-valia apurada poderá então, nos termos gerais das regras fiscais adoptadas, ser aceite fiscalmente em pelo menos 50% (aplicação, “apenas”, do disposto no já citado artigo 45.º, n.º 3, e, anteriormente a 2010, artigo 42.º do Código do IRC).”.

¹⁷ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100085.html>.

“[...] o rendimento real fiscalmente relevante não é, em si próprio, uma realidade de valor fisicamente apreensível, mas antes um conceito normativamente modelado e contabilisticamente mensurável, [...]”.

Por outro lado, a injunção constitucional da tributação segundo o rendimento real não pode deixar de atender, necessariamente, aos princípios da praticabilidade e de operacionalidade do sistema, pelo que não pode deixar de se lhes reconhecer natureza constitucional, sob pena dos arquétipos legalmente construídos não conseguirem realizar, com a aproximação possível, o princípio da universalidade e da igualdade no pagamento dos impostos.

Um sistema inexecutável ou um sistema que não permita o controlo dos rendimentos e da evasão fiscal, na medida aproximada à realidade existente, conduz em linha recta à distorção, na prática, do princípio da capacidade contributiva e da tributação segundo o rendimento real.

*São estas as dificuldades que explicam que a Constituição se tenha limitado a prever que a imposição fiscal deve incidir fundamentalmente sobre o rendimento real, não «excluindo com tal disposição o recurso a outras formas fiscais estranhas ao mito do apuramento declarativo-contabilístico do rendimento real» - José Guilherme Xavier de Basto (O princípio da tributação do rendimento real e a Lei Geral Tributária, in *Fiscalidade*, n.º 5) (cfr. também, João Pedro Alves Ventura Silva Rodrigues, *Algumas reflexões em torno da efectiva concretização do princípio da capacidade contributiva*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, 2003, pp. 906 e ss.).*

*No dizer de Casalta Nabais, «a CRP, ao exigir que a tributação das empresas se norteie pelo rendimento real, está apenas a “recortar” o quadro típico ou caracterizador do sistema fiscal (...) e não [a] “estabelecer” ou “desenhar a cheio” esse mesmo quadro» (cfr. “Alguns aspectos do quadro constitucional das empresas”, in *Fisco*, n.os 103/104, pp. 19).”*

Por conseguinte, não só não é constitucionalmente imperioso que o rendimento tributável consista sempre e apenas no rendimento real, tal como aparentemente resulta da contabilidade empresarial, mas também tal rendimento não é, em si próprio, uma realidade de valor fisicamente apreensível, antes sendo um conceito normativamente

modelado. Nestes termos, não viola o preceito constitucional um regime fiscal que se traduza numa menor ponderação, para efeitos tributários, de determinadas menos valias contabilizadas pelas empresas.

Aliás, a impossibilidade de dedução integral de alguns custos ou perdas, como tal contabilizados pelos contribuintes, para efeitos de determinação da base tributável, não só resulta de diversos números do actual artigo 45º do CIRC, como já tem sido objecto de recurso para este Tribunal, nomeadamente nos processos decididos pelos Acórdãos n.ºs 418/2000 e 451/2002 (disponíveis na página Internet do Tribunal Constitucional em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>), os quais não julgaram inconstitucional a solução encontrada. Jurisprudência que se entende dever agora igualmente reiterar.”

Contudo, é necessário ter em conta que o Tribunal Constitucional se pronunciou apenas sobre a redacção originária da norma:

“4. A recorrente pretende ver apreciada a “norma estabelecida no art.º 42º, n.º 3 do Código do IRC”, invocando três fundamentos de inconstitucionalidade: a proibição de retroactividade na criação de impostos, a violação da protecção da confiança e a proibição de tributação por um rendimento não real. Importa, então, determinar qual a norma efectivamente em causa.

Na versão original do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro), nenhuma regra se estabelecia, designadamente no artigo 42º, quanto ao montante de menos valias cuja dedução se autorizava. Apenas se afirmava, na alínea i) do seu artigo 23º, que se consideravam custos ou perdas “as menos valias realizadas”. Por força da entrada em vigor da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, o mencionado artigo 42º passou a estatuir, no seu n.º 3, que: “A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua remissão e amortização com redução de capital, concorre para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor”.

Entretanto, por força da vigência da Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro, e através do seu artigo 44º, o referido n.º 3 do artigo 42º do CIRC recebeu a seguinte redacção: “A

diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, incluindo a sua 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”.

Finalmente, após a republicação do CIRC, efectuada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, a solução manteve-se na íntegra, apesar de ter sido deslocada para o actual artigo 45º, por via da renumeração entretanto operada.

Assim, a norma cuja constitucionalidade a recorrente questiona é a que se retira do segmento normativo incluído no referido n.º 3 - “a diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital [...] concorre para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor -, na medida em que tal se traduz numa redução das menos-valias dedutíveis.”

Deste modo, o Tribunal Constitucional, independentemente do juízo que se tenha sobre a bondade do Acórdão n.º 85/2010¹⁸, não se pronunciou ainda sobre o segmento “bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, designadamente prestações suplementares”.

Compete referir que não se coloca no caso em apreço qualquer questão de retroactividade porquanto “(...) no que se refere às menos-valias, (...) atendendo a que o regime previsto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 23º do Código do IRC foi, também ele, introduzido pela LOE 2003 (aliás, como a restrição quantitativa imposta pelo n.º 3 do artigo 42º do mesmo Código, segundo a qual, quando dedutível, a menos-valia releva apenas em metade do seu valor). Nos termos do regime antecedente, a menos-valia decorrente da transmissão onerosa de participações sociais era integralmente dedutível para efeitos do cálculo do resultado tributável. A obediência ao ditame transitório conduz, por

¹⁸ Cfr. a anotação de jurisprudência, nomeadamente crítica quanto à forma como o Tribunal aplicou o alcance da expressão “fundamentalmente” como restrição ao princípio da tributação das empresas segundo o lucro real, de Garcia, Nuno de / Pereira, Andreia Gabriel, “Concorrência da diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital em metade do seu valor” in

consequente, a que as menos-valias eventualmente apuradas na alienação de participações já detidas antes da entrada em vigor das regras restritivas do artigo 31º do EBF e dos preceitos citados do Código do IRC – **detenção essa dominada pelos factos que a originaram, relativamente às regras em causa, com excepção da plasmada no n.º 3 do artigo 42º do Código do IRC** – usufruam de um tratamento tributário adverso para o contribuinte por comparação com o enquadramento legislativo anterior.”¹⁹ (destaque do Tribunal). Ou seja, segundo o artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil, dispõe o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, directamente sobre certos efeitos (menos-valias, perdas) de situações jurídicas (partilha), abstraindo dos factos que lhes deram origem, pelo que a lei nova atinge as próprias relações parcialmente constituídas (quanto à aquisição das participações) que subsistissem à data da sua entrada em vigor.

No que respeita a esta segunda parte do n.º 3 do artigo 42.º, visto que se refere a “*outras perdas (...) relativas a partes de capital*”, e que dentro do conceito de perda cabe o de menos-valia, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea i), não há qualquer obstáculo literal à sua aplicação no caso de dissolução e partilha de sociedades. Por outro lado, a segunda parte do n.º 3 do artigo 42.º não está condicionada pelas hipóteses da primeira parte, sendo aplicável a outras que não a da “*transmissão onerosa de partes de capital*”.

Acresce o facto de a primeira parte da norma ter como âmbito de previsão uma “*diferença*” ou saldo, em que surpreendentemente uma perda fiscal pode valer 100% do seu montante ou apenas 50%, tudo dependendo de saber se tal perda consegue ser integralmente compensada por um ganho, no apuramento da dita diferença ou saldo, ou não, nomeadamente por ser uma perda isolada. A simples circunstância de algo poder valer o seu todo ou a sua metade dependendo de circunstâncias fortuitas como sejam a existência de outras operações do mesmo tipo no mesmo período de tributação, de sinal inverso, é desde logo uma afronta ao princípio da segurança jurídica em conjugação com o da capacidade contributiva, que tem sido estranhamente ignorada na discussão em torno do preceito.

Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 3 (2010), n.º 3 (Outono), pp. 349-357, em especial pp. 356-357.

¹⁹ Palma, Rui Camacho, *cit.*, p. 51.

Já a segunda parte da norma prevê somente as perdas, sem se calcular qualquer “diferença”. No entanto, em ambos os casos a dedutibilidade está limitada a metade do valor.

É por isso defensável inferir-se que esta segunda parte da norma literalmente abrange “outras perdas que não as derivadas de transmissão onerosa de partes do capital”, entre as quais, precisamente, poderia situar-se a resultante da dissolução e partilha de uma sociedade.

Relativamente a esta mesma questão interpretativa, a Requerente afirma no seu pedido de pronúncia arbitral que:

“939. Importa notar que a Jurisprudência dos nossos Tribunais já se pronunciou sobre esta questão no Acórdão proferido pelo TCAS no âmbito do processo n.º 5315/12, de 17.04.2012.

940. Com efeito, neste processo foi decidido que o “Regime previsto no citado artº.42, do C.I.R.C., não é aplicável aos casos de liquidação e partilha de sociedades cujo procedimento se encontra previsto nos artº.73 a 75 do mesmo diploma legal. A norma em causa quer obstar à dedutibilidade das supra aludidas menos-valias latentes, assim não sendo aplicável aos casos de liquidação e partilha de sociedades (cfr.artºs.73 a 75, do C.I.R.C.), regime em que está em causa o cálculo das menos valias efectivamente realizadas”. ”

Sustentando, por seu turno, que a perda por redução do justo valor está contemplada no artigo 42.º, n.º 3, dispõe a Informação Vinculativa, sancionada por Despacho de 24 de Fevereiro de 2011 do Director-Geral, no âmbito do Processo n.º 39/2011, que:

“3. O artigo 46º, nº 1, alínea b) do CIRC refere expressamente que não se consideram mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos ou perdas sofridos mediante transmissão onerosa de instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor nos termos da alínea a) do nº 9 do artigo 18º do Código do IRC.

4. Não sendo aplicável o regime das mais-valias ou menos-valias, não será também consequentemente aplicável o regime do reinvestimento dos valores de realização previsto

no artigo 48º do CIRC, pelo que no caso de ser apurado um ganho por aumento do justo valor, este concorre na íntegra para a formação do lucro tributável.

5. No caso de ser apurada uma perda por redução do justo valor, o artigo 45º, nº 3 do CIRC, estabelece que “...outras perdas ... relativas a partes de capital, ... , concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.

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

É por isso conveniente exprimir a discordância do presente Tribunal relativamente ao acórdão do TCAS citado pela Requerente e também à citada Informação Vinculativa.

Efectivamente, apesar da natureza distinta das menos-valias previstas no artigo 46.º do CIRC e das perdas apuradas na partilha de sociedades, qualificadas como menos-valias pelo artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do mesmo Código, o âmbito literal do artigo 42.º, n.º 3, é, como vimos, susceptível de abranger estas últimas, na medida em que se refere não só à “diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital” como também a “outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital”.

No mencionado Acórdão proferido pelo TCAS afirmou-se que “O que haverá que saber é se o regime previsto no citado artº.42, do C.I.R.C., é, ou não, aplicável aos casos de liquidação e partilha de sociedades cujo procedimento se encontra previsto nos artº.73 a 75 do mesmo diploma. Salvo melhor opinião, cremos que não [...]” e que “Por outras palavras, o artº. 42, nº. 3, do C.I.R.C., veio declarar indedutível metade do valor das menos-valias, independentemente das condições da sua realização. A norma em causa quer obstar à dedutibilidade das supra aludidas menos-valias latentes, assim não sendo aplicável aos casos de liquidação e partilha de sociedades (cfr. artºs. 73 a 75, do C.I.R.C.), regime em que está em causa o cálculo das menos-valias efectivamente realizadas, conforme explicitado acima, resultantes da extinção das partes sociais em consequência da dissolução da sociedade (cfr. J. L. Saldanha Sanches, Os limites do planeamento fiscal, Coimbra Editora, 2006, pág.220 a 222; Nuno de Oliveira Garcia,

Prejuízos, menos e mais-valias, Casos de aplicação de normas anti-abuso específicas no código do I.R.C., Revista Fiscalidade, n.º.29, Jan./Março 2007, pág.105 e seg.).”

Contudo, este Tribunal tem dificuldade em seguir tal raciocínio, uma vez que não consegue descortinar que a norma *in casu* seja aplicável às menos-valias potenciais ou latentes, que são precisamente as que dão origem a variações patrimoniais que não concorrem, na sua totalidade, para a formação do lucro tributável por força do disposto no artigo 24.º, alínea b), do CIRC.

Estamos em crer que a decisão ou pretendia aludir às perdas sofridas por redução do justo valor em instrumentos financeiros que sejam partes de capital (caso em que se exprimiu em termos deficientes) ou se terá fundado numa interpretação equívoca do seguinte trecho da obra do Professor Saldanha Sanches citada no Acórdão: “*Em termos gerais, o n.º 3 do artigo 42.º (Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais) veio declarar indedutível metade do valor das menos-valias, independentemente das condições da sua realização, considerando outras totalmente indedutíveis, em especial se disserem respeito a operações entre empresas com uma ligação especial entre si.*”²⁰

A nosso ver, estará mal interpretada precisamente a referência a “*independentemente das condições da sua realização*”, que o Acórdão viu como uma referência à desnecessidade de realização para a verificação do âmbito de aplicação da norma e que, na nossa óptica, se deve entender antes como uma referência ao seu carácter genérico, que abstrai das circunstâncias em que as menos-valias ou perdas relativas a partes de capital e outras componentes de capital próprio são realizadas (contraparte da operação, valores de realização e de aquisição iguais ou diversos dos de mercado, etc.).

Já quanto à referida Informação Vinculativa no âmbito do Processo n.º 39/2011, o Tribunal também discorda da mesma. Se alguma interpretação restritiva o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC merece é certamente neste particular. O contribuinte que é tributado apenas pelo aumento ou diminuição de justo valor de investimento financeiro numa participada em que possui uma participação inferior a 5% do respectiva capital, com base numa valorização de mercado cujo controlo lhe escapa e que não pode abusivamente influenciar, nem quanto ao

²⁰ Sanches, José Luis Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 221.

montante, nem quanto ao *timing*, tem que estar sujeito a um regime simétrico de tributação dos aumentos e diminuições de valor.

Se a assimetria introduzida pelo artigo 42.º, n.º 3, do CIRC fosse aplicada aos meros aumento ou diminuição de justo valor de uma participada chegaríamos a resultados absurdos e inconstitucionais, por violação da tributação do lucro real. Tal situação pode ser facilmente ilustrada com base no seguinte exemplo: imagine-se um caso em que existe, no ano X, uma aquisição ao justo valor de 100 de uma participação de 4% numa sociedade cotada em bolsa, no ano X+1 verifica-se um diminuição do respectivo justo valor para 50 e no ano X+2 uma recuperação e aumento da cotação para o primitivo justo valor de 100. O contribuinte regozijar-se-á com a recuperação da cotação para um valor equivalente ao da aquisição, mas apenas se não lhe pretenderem imputar uma perda de 50% de 50 (ou seja, 25) no ano X+1 e um ganho de 50 no ano X+2, ambos concorrendo para o resultado tributável. Isto é, o contribuinte apenas pode aceitar que aumentos e diminuições do justo valor funcionem como duas faces da mesma moeda. De outro modo, quando ele ainda nada ganhou nem perdeu em termos definitivos, já teria sofrido um dano fiscal irreparável: a tributação díspar de uma diferença de 25 quando ainda não logrou uma valorização sequer superior ao custo da aquisição (cenário aliás bem provável, se atendermos à evolução das bolsas mundiais, em particular da portuguesa, no período 2008-2014).

A ser assim, e importando o que se escreveu noutra sede:

“This brings to light the ECJ’s seminal reference in the Marks & Spencer case: “in tax matters profits and losses are two sides of the same coin and must be treated symmetrically in the same tax system”. (...)

Business activity is uncertain and by definition it is unpredictable if it will lead to profits (“heads”) or losses (“tails”). However, (...) only one side of the coin remains applicable for taxpayers (...). No matter how many times the coin is tossed in the entrepreneurial game of chance there will only be one possible result: the (...) taxation of profits so derived. One may say that the coin does not have two different sides. In fact, it

resembles the special coin of a magician which, having just tails, enable it to always guess correctly all tossing results, to the surprise of the audience.”²¹

No caso presente teríamos uma moeda viciada, que quando tributa (por aumento do justo valor), tributa (e a 100%), mas que quando supostamente não tributa (por diminuição do justo valor), ainda tributa também (pelo limitação da dedução a 50%).

Ora, mesmo que se sustente em geral a constitucionalidade do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, o justo valor não pode constitucionalmente tolerar este tipo de assimetria.

E certamente que em 2003, não eram os aumentos ou diminuições do justo valor que motivaram o legislador à emissão do artigo 42.º, n.º 3, longe que estava ainda a consagração fiscal daquele conceito, apenas operada com a aprovação do Sistema de Normalização Contabilística pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho, e com a revisão do CIRC operada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, da mesma data.

Pelo que o sentido útil a imputar ao artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, nunca pode passar pela sua aplicação às perdas sofridas por redução do justo valor em instrumentos financeiros que sejam partes de capital.

Afirma ainda a Requerente que:

“934. Caberão, por seu turno, no conceito de “outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”, por exemplo, as perdas resultantes das transmissões de suprimentos, as perdas resultantes da transmissão de prestações acessórias, as variações patrimoniais negativas resultantes da venda de acções próprias por valor inferior ao valor contabilístico, eventualmente consideradas para efeitos fiscais na sua totalidade pelo artigo 24.º do CIRC, na ausência desta disposição legal.”

Primeiro, importa começar por discordar da Requerente quando dá como exemplo os suprimentos, uma vez que estes não são capital próprio, mas antes dívida da sociedade.

²¹ Borges, Ricardo da Palma, “Marks & Spencer and its consequences for Portugal”, in AAVV, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 304 e 305.

O suprimento, nos termos do artigo 243.º do Código das Sociedades Comerciais, é um contrato entre um sócio e a respectiva sociedade, podendo assumir a modalidade de empréstimo de dinheiro ou de outra coisa fungível ou a modalidade de diferimento de crédito, ainda que com carácter de permanência. Em qualquer destas modalidades, trata-se de um crédito sob a sociedade, ainda que sujeito ao regime especial do artigo 245.º do mesmo Código²².

Pensamos também que o exemplo da Requerente relativo às acções próprias não é relevante. Segundo a tese de MANUEL ANSELMO TORRES, à qual este Tribunal adere, a aquisição de acções próprias, à data dos factos, causava uma variação patrimonial negativa na sociedade, mas *“essa variação patrimonial negativa não concorre para a formação do lucro tributável”*²³. Isto porque a aquisição de acções próprias tem efeitos patrimoniais idênticos à redução de capital social, uma vez que o artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do CIRC referia-se a *“redução do capital”* e não a *“capital social”* e que ambas não manifestam qualquer redução da capacidade contributiva da sociedade. *“Inversamente, a variação patrimonial positiva correspondente à contrapartida da alienação de acções próprias, além de não constituir um ganho a reflectir no resultado do exercício, também não concorre para o lucro tributável da sociedade por determinação da alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do CIRC”*²⁴.

Cumpra também ao Tribunal pronunciar-se quanto à afirmação da Requerente de que:

“953. É este aliás o sentido da Informação Vinculativa proferida no âmbito do Processo 1907/2004 (23.11.2009), no qual se sanciona (...):

²² Neste mesmo sentido, Garcia, Nuno de Oliveira, “Prejuízos, menos e mais-valias - casos de aplicação de normas anti-abuso específicas do Código do IRC” in *Fiscalidade*, n.º 29, 2007, pp. 121-122.

²³ Torres, Manuel Anselmo, “O regime comercial e tributário das acções próprias decorrente da sua contabilização”, in AAVV, *O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 152.

²⁴ Torres, Manuel Anselmo, *cit.*, p. 154.

(...) 6. *De facto*, o n.º 1 do citado artigo 32.º do EBF apenas é aplicável quando estejam em causa lucros distribuídos e não rendimentos de partilha considerados como rendimentos de capitais, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 75.º do CIRC.

7. Assim, se estiverem em causa rendimentos de partilha, considerados rendimentos de capitais, obtidos por uma SGPS, aplica-se sempre o regime previsto no artigo 75.º do CIRC e não o disposto no n.º 1 do artigo 32.º do EBF. A esses rendimentos, é-lhes aplicável, até ao exercício de 2008, consoante o caso, o disposto no n.º 1 ou 7 do artigo 46.º do CIRC e, a partir desse exercício, o regime do artigo 46.º com todos os seus condicionalismos e exigências, por força da nova redacção do n.º 3 do artigo 75.º do CIRC. (...)”(...).

954. Neste sentido, este regime especial previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 75.º qualifica como menos valia dedutível o valor negativo atribuído ao sócio na sequência da dissolução de sociedade participada.”

Já acima afirmámos que não está verificado o âmbito de previsão da norma excepcional particular (o artigo 31.º do EBF respeita a SGPSs e a Requerente, bem como as suas participadas, não assumem tal forma). A questão é saber se as normas excepcionais comuns (o artigo 75.º e o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC), opondo-se embora à norma geral comum, o artigo 23.º do CIRC, se excluem mutuamente, entre si, ou antes são cumuláveis. A invocação do artigo 31.º do EBF, *in casu*, não parece ser especialmente pertinente, apenas adensando e alargando a base de dúvidas sobre todos estes regimes, embora se reconheça que a evolução da norma, quanto ao respectivo n.º 2, foi no sentido de ir alargando as mais e menos-valias por ela abrangidas, dado que as da partilha aí não constavam inicialmente (o que resulta até implicitamente da Circular n.º 7/2004, de 30 de Março, da Direcção de Serviços do IRC, com Despacho do Director-Geral da Direcção dos Impostos: “*Para efeitos da determinação do regime fiscal concretamente aplicável às mais-valias e às menos-valias realizadas com a alienação de participações sociais (art.º 31.º do EBF ou art.ºs 23.º, 42.º e 43.º a 45.º todos do Código do IRC), deverá efectuar-se uma análise casuística de cada operação e subsequente agrupamento das mais-valias e menos-valias de acordo com o respectivo enquadramento legal*”).

À data dos factos o n.º 2 regia ainda: “*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 encargos financeiros suportados com a sua aquisição, não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades*” (destaque do Tribunal), sendo que apenas pelo artigo 73.º da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro foi eliminado o trecho destacado.

Importa também que o Tribunal dê resposta relativamente às seguintes afirmações:

“963. Com efeito, é unânime que o regime fiscal da liquidação e partilha de sociedades consubstancia um regime autónomo e especial face ao regime geral.

964. Aliás, tal posição é perfilhada não só pelo legislador interno como igualmente pelo legislador comunitário.

965. Conforme resulta do n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 90/435/CEE, denominada Directiva Mães e Afiliadas, no qual se dispõe:

Sempre que uma sociedade-mãe ou o seu estabelecimento estável, em virtude da associação com a sociedade sua afiliada, obtenha lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado da sociedade-mãe e o Estado do estabelecimento estável da sociedade-mãe (...) (sublinhado nosso).

966. Daqui decorrendo inevitavelmente, se qualquer dúvida ainda subsistisse, a especialidade do regime fiscal aplicável à dissolução previsto no artigo 75.º do CIRC face ao regime previsto no n.º 3 do artigo 42.º do mesmo diploma.”

Ora, o que o Direito Comunitário verdadeiramente estabelece é que:

- (i) No que respeita aos lucros distribuídos, existe uma vinculação por parte dos Estados-Membros quanto ao regime a seguir;
- (ii) No que se refere aos lucros resultantes da liquidação de uma sociedade, há liberdade de conformação legislativa por parte dos Estados-Membros (estes

podem tratá-los como lucros distribuídos, regime aliás seguido em Portugal, ou como outro rendimento, *maxime* mais-valias).

O facto de existir tal liberdade não impede a equiparação dos rendimentos da partilha aos rendimentos de capitais pelo Estado-Membro (como era o caso da legislação fiscal portuguesa até à recente Reforma do IRC), até pela aplicação do princípio da não discriminação.

Esta questão é facilmente perceptível se se tiver em conta o seguinte:

“2.3. Tratamento fiscal do resultado da partilha

O tratamento fiscal concedido ao resultado da partilha de uma sociedade assenta na distinção entre a parte qualificada como «rendimentos de capital» e a parte considerada como «mais-valias». Julgamos que o legislador deverá ponderar se será justificado manter o tratamento diferenciado concedido ao resultado da partilha qualificado como «rendimento de aplicação de capitais» (artigo 75.º/n.º2/alínea a) do CIRC), consoante a residência da sociedade objecto de partilha e a dos sócios.

Quanto aos sócios das sociedades objecto de partilha, pese embora, desde as alterações introduzidas pela Lei n.º 67.º-A/2007, de 31 de Dezembro, haver fundamento legal para sustentar que o regime do artigo 46.º é aplicável, por força do artigo 75.º/n.º 3 do Código do IRC, indistintamente a rendimentos de capital apurados em resultado da partilha quer de sociedades residentes em Portugal, quer de sociedades residentes noutros Estados-Membros na União Europeia – o que se exige, numa lógica de não discriminação – importa esclarecer esta equivalência de tratamento, porventura por orientação genérica adequada, em conformidade com o artigo 68.º-A da LGT.

Uma segunda dúvida subsiste, todavia, relativamente aos sócios. O tratamento fiscal concedido a residentes e a não residentes ser desvantajoso para estes últimos. Com efeito, os sujeitos passivos de IRC não residentes que obtenham rendimentos de aplicação de capitais em resultado de partilha de sociedade não beneficiam expressamente da isenção prevista para os lucros distribuídos – o artigo 14.º/n.ºs 3 a 9 do CIRC não lhes é, literalmente, aplicável – por contraposição ao que sucede com os sócios residentes, que se valem dos artigos 90.º e 46.º do Código do IRC. E isto, não obstante a remissão do artigo 75.º, n.º 3 para o artigo 46.º denotando claramente o propósito de um tratamento

economicamente equivalente à da distribuição de lucros, justificando, por si só, um regime fiscal idêntico.

Acresce que tal situação configura uma manifesta diferença de tratamento concedida a sócios residentes (situações inbound) e a sócios não residentes (situações outbound), o que justifica que o legislador nacional se sinta obrigado, em atenção à doutrina do Acto Claro, a modificar essa dualidade de tratamentos. E será assim, apesar de se tratar de matéria situada fora do âmbito de harmonização imposto pela Directiva Mães-Filhas, posto que tal argumento não pareceu, até à data, cercear o raio de acção da actividade do Tribunal de Justiça, nem ter feito inflectir o seu sentido de decisão – cfr. Casos Saint-Gobain (C-307/97), Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04), Denkavit International BV (C-170/05) ou Amurta (C-379/05).

Julga-se, por conseguinte, prudente proceder à harmonização do artigo 14.º em conformidade, até por (acrescidas) razões de neutralidade e de competitividade fiscais, o que acarretará, nomeadamente, consequências a nível da tributação em Portugal dos sócios não residentes pelos rendimentos imputados em resultado da transferência da residência social (artigo 76.º-C do Código do IRC).”²⁵

Neste mesmo sentido foi a recente Reforma do CIRC, que deixou genericamente de distinguir os regimes dos lucros distribuídos e das mais-valias, dada a igualdade entre eles para efeitos de *participation exemption*.

A Requerente defende também que:

“935. Assim e como referido, a norma em questão visa limitar o “planeamento fiscal abusivo”, impedindo situações de perda “artificial” de valor das participações sociais e outros activos com elas relacionadas, com o objectivo de, daí, obter vantagens fiscais, designadamente pela transmissão onerosa daqueles activos a terceiros (relacionados ou não, para efeitos do artigo 58.º do CIRC),

936. Pelo que não é legítimo, nem tão pouco admissível, que uma disposição antiabuso, ainda que em sentido lato, destinada a limitar determinadas situações

²⁵ *Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal – Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal*, Coordenação Geral de António Carlos dos Santos e António M. Ferreira Martins, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 209, Centro de Estudos Fiscais, 2009, pp. 381-382.

circunstanciais, seja utilizada para enquadrar operações de liquidação e dissolução de sociedades, por ela não previstas e em que inexistente identidade de razões justificativas.”

O carácter singularmente gravoso do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, tem sido suscitado por diversa doutrina²⁶.

TOMÁS CANTISTA TAVARES defende, porém, que “*Este instituto explica-se na dupla desvantagem fiscal (excessiva diminuição da receita) com a colagem à realização mercantil:*

- Como já se viu, em organizações lucrativas (é esse o seu fim e vocação), à inclinação fiscal para o diferimento da realização dos proveitos (lock-in), contrapõe-se a decisão de encaixe dos custos no adequado momento económico (definido na tensão de vários factores, entre os quais o da atenuação da perda financeira global, por razões fiscais).

- O regime fiscal das mais valias é sempre mais brando do que o dos proveitos normais. Por detrás da disparidade dos seus contornos concretos, vislumbra-se um regime legal com menor tributação efectiva, com argumentação válida e enraizada.

Estas duas notas conduzem o sistema fiscal da realização a um resultado duplamente injusto: o sujeito tem interesse em diferir o proveito associado à valorização dos títulos; e aos proveitos (mas não aos custos), quando realizados, associa-se um regime fiscal mais favorável. (...)

²⁶ O carácter inconstitucional de disposições semelhantes ao artigo 42.º, n.º 3, do CIRC (constantes do artigo 23.º do mesmo Código), em virtude da violação dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, igualdade fiscal, proporcionalidade, estado de direito democrático, segurança jurídica, propriedade privada e liberdade de gestão fiscal foi sustentado por Canotilho, Gomes, “Cláusulas de Rigor e Direito Constitucional” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3971, Novembro-Dezembro de 2011, pp. 70-91, e por Parecer do Professor Casalta Nabais, datado de Novembro de 2007, junto aos autos no Processo CAAD n.º 23/2012-T, com sentença de 20 de Novembro de 2012. Da leitura dos referidos textos, estamos em crer que os autores subscreveriam teses equivalentes se tivessem versado também o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC.

Igualmente muito crítico sobre o artigo 23.º do CIRC, quer num plano constitucional, quer de Direito Fiscal Internacional, cfr. Courinha, Gustavo Lopes, “O artigo 23.º/n.º 7 do Código do IRC, a Constituição e as Convenções sobre Dupla Tributação” in AAVV, *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 304.

Também a respeito de tais normas, Sanches, José Luís Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 222, alerta: “O problema reside em saber se não teremos aqui uma restrição inaceitável ao direito do sujeito passivo a ser tributado de acordo com o seu lucro real ou, quando se tratar de uma operação

O art. 42.º, n.º 3, do CIRC justifica-se nesta dupla assimetria: na díspar inclinação para a realização do proveito e do custo; e em especial, no diverso tratamento fiscal – e taxa de tributação efectiva – da mais valia (menos tributada) e da menos valia (totalmente dedutível). Impõe-se, por isso, um simétrico regime fiscal para as mais e menos valias. Se as mais valias contam apenas por metade (como sucede em Portugal, ainda que condicionadas ao reinvestimento), então as menos valias também devem ter o mesmo regime tributário. O art. 42.º, n.º 3, do CIRC é a contra face sistemática do art. 45.º, do CIRC.

O art. 42.º, n.º 3, do CIRC visa, simplesmente, corrigir uma das mais relevantes disfunções do sistema fiscal sustentado na realização. Ao impor uma estatuição homóloga entre as mais e as menos valias fiscais, tenta equiparar (ou pelo menos aproximar) o regime tributário destes institutos simétricos, com a unificação da propensão económica para a realização dos custos e dos proveitos de imobilizado financeiro – e por isso não viola, mas antes consagra, o princípio do rendimento real ou da capacidade contributiva.

Esta solução legal não se funda, propriamente, na repressão das “wash sales rules” ou no combate ao “abuso de dedutibilidade”, por realização da menos valia apenas por causa do seu efeito tributário positivo (diminuição do imposto a pagar). Não radica, com efeito, em suspeições legais de inidoneidade dos actos de transmissão de partes de capital. Constitui, ao invés, uma regra estrutural do sistema fiscal alicerçado na realização, na correcção do entorse da tributação mais favorável das mais valias”²⁷.

A aceitar-se acriticamente a tese deste autor, seria contraditória a posição da AT. Não sendo possível ao resultado da partilha, segundo o Parecer n.º 103/1996 do CEF, beneficiar do regime do reinvestimento, e sendo este o reverso sistemático da dedutibilidade a 50% de certas perdas, visadas no artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, faltaria suporte teleológico para a aplicação por parte da AT desta última norma à dissolução de sociedades. Para quem adopte a acima citada posição da AT de que o regime da partilha do artigo 75.º do CIRC é um regime autónomo, um *ius singulare* quanto às mais e menos-valias, não beneficiando nem do reinvestimento, nem dos coeficientes, torna-se

entre dois países comunitários, se não teremos aqui uma restrição inaceitável ao princípio da liberdade de circulação de capitais ou ao direito de estabelecimento”.

²⁷ In IRC e Contabilidade – Da Realização ao Justo Valor, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 243-245.

virtualmente impossível forçar a aplicabilidade do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC a tal contexto.

Todavia, visão diversa da de TOMÁS CANTISTA TAVARES tem CASALTA NABAIS: *“Quanto à restrição à dedução de gastos fiscais de efectivos gastos económicos e contabilísticos, esta apresenta-se sobretudo nos arts. 23º, 34º e 45º do Código do IRC, cuja evolução nos dá conta sobretudo da crescente desconsideração fiscal das menos-valias realizadas. Com efeito, estas depois de serem considerados, por via de regra, gastos nos termos da al. 1) do nº 1 do art. 23º, algumas delas são excluídas dos gastos fiscais, segundo os nºs 3, 4 e 5 desse artigo. Destaque merece aqui a exclusão constante do referido nº 5, segundo o qual não são aceites como gastos do período de tributação, os suportados, nomeadamente, com a transmissão onerosa de partes de capital, qualquer que seja o título por que se opere, a entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do nº 4 do artigo 63º, não se aplicando assim a tais menos-valias o regime dos preços de transferência contemplado neste artigo.*

Todavia, a exclusão da consideração fiscal das menos-valias realizadas, que nos suscita maior crítica, é a estabelecida no nº 3 do art. 45º, em que se prescreve «[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». Pois, embora possamos ver aí uma solução simétrica da do art. 48º, que permite a consideração fiscal por metade do saldo positivo das mais-valias e menos-valias, no caso do reinvestimento da totalidade dos correspondentes activos, o certo é que esta solução, para além de estar dependente da decisão de reinvestimento da empresa, se apresenta como a da concessão de um benefício fiscal à promoção do investimento mediante o autofinanciamento. Mais especificamente, estamos perante um verdadeiro incentivo ou estímulo fiscal ao investimento que tem um indiscutível alcance geral de beneficiação do autofinanciamento das empresas, o qual, obviamente, não tem a mesma lógica da referida desconsideração fiscal de gastos.

Naturalmente que não se põe em causa o poder de o legislador fiscal excluir dos gastos fiscais certos gastos económicos e contabilísticos, como são as menos-valias realizadas com a alienação de partes sociais ou outras variações patrimoniais negativas do capital próprio das sociedades, quando a realização dessas menos-valias é levada a cabo em circunstâncias de tempo, lugar ou modo que, em abstracto, apresentem elevado risco de as empresas adoptarem puras práticas de «gestão de resultados» (earning management). Em tais situações impõe-se mesmo que o legislador prescreva a desconsideração fiscal dessas menos-valias, sob pena de deixar à rédea solta à realização das mesmas com o único ou principal intuito de engendrar puros gastos fiscais, pois decorre dos princípios constitucionais ser incumbência do legislador fiscal prevenir e reprimir o planeamento fiscal abusivo".

Mas é óbvio que a norma em referência não apresenta essa configuração. É que a sua formulação tão genérica e abrangente não se reporta a quaisquer situações que, em abstracto, sejam susceptíveis de comportar risco de planeamento fiscal abusivo. Pois essa norma abarca também as situações de desenvolvimento normal da actividade das empresas, segundo um estrito business purpose, baseando-se, portanto, em actos absolutamente normais de gestão, em que estas, todavia, apuram menos-valias realizadas com a alienação de partes sociais ou outras variações patrimoniais negativas do seu capital próprio”²⁸.

Em sentido próximo, afirma CASTRO SILVA: “Mas nesta saga da busca do lucro real perdido topamos com outro atropelo que nos espanta quer pela desfaçatez legisferante que representa mas, ainda mais, pela indulgência que mereceu da comunidade fiscal certamente anestesiada pelas vagas sucessivas de mudanças normativas. Trata-se do tema das limitações à dedutibilidade fiscal de custos ou perdas incorridos com a transmissão de partes de capital introduzidas pela lei orçamental de 2003 no artigo 23.º e no n.º 3 do artigo 42.º do Código do IRC. Estas limitações consubstanciam verdadeiras presunções jure et de iure da inidoneidade dos actos de transmissão de partes de capital, por outras palavras suspeições legais inderrogáveis.

²⁸ Nabais, José Casalta, *Introdução ao Direito Fiscal da Empresas*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 150-151.

Para além da medíocre técnica legislativa que suscita incontáveis dúvidas relevantes sobre o âmbito material e temporal de aplicação das mencionadas normas, que saibamos, até hoje ainda por esclarecer, e agora agravado pela provável reclassificação, por força das NIC, como activos de carteira de participações anteriormente registadas como investimentos financeiros, subsiste a inconstitucionalidade material das mencionadas normas justamente por ofensa do princípio da capacidade contributiva que o artigo 104.º, n.º 2, da Constituição, protege. Ainda que se adopte uma linha interpretativa moderada do princípio da tributação do rendimento real com apelo a uma certa normalização do rendimento, consideramos que não se identificam nas normas elementos bastantes para considerar que a pura e simples desconsideração das perdas registadas com a venda de participações busca ainda um qualquer "rendimento normal".

Admitir-se-ia a eventual desconsideração do valor acordado pelas partes com intuítos fiscais e a sua substituição por outro que relevasse duma valorização normal em linha com as normas sobre preços de transferência. Mas a pura e simples desconsideração da perda atenta, sem margem para dúvida razoável, contra os fundamentos da reforma da tributação do rendimento de 1989, em particular o princípio do rendimento-acréscimo, ele também corolário do citado princípio constitucional da capacidade contributiva.

É este, também, exemplo flagrante da divergência da contabilidade com a fiscalidade que, para além disso, repugna pela intolerável violação da Constituição e do primado do Estado de Direito. Bem sabemos a importância que representa o combate a comportamentos fiscais evasivos, para o qual a própria confecção da lei deve concorrer. Mas esse combate não deve ser travado essencialmente ao nível da prefiguração da fattispecie tributária e, ainda menos, ao nível do sacrifício de princípios ordenadores fundamentais da legitimidade do Estado para lançar tributos. Como já escrevemos noutro local "Ao cometer ao legislador este papel de combatente de primeira linha do fenómeno evasivo o Estado despreza a essência do papel legisferante ao 'nivelar por baixo' os principais destinatários da norma fiscal, numa interpretação totalitária do princípio da igualdade, e demite-se do seu papel fiscalizador"²⁹.

²⁹ Silva, Fernando Castro, "A caminho da autonomia do balanço fiscal", in AAVV, *O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro*, Coimbra Editora, 2007, pp. 252-253. Do mesmo autor, com maior desenvolvimento, cfr. Silva, Fernando Castro, "IRC – Dedutibilidade das Perdas com a Transmissão de Partes de Capital" in *Fisco*, n.º 111/112, Janeiro de 2009, Ano XV, pp. 61-70.

Pela nossa parte, assinalamos a contradição entre as visões do regime de reinvestimento do artigo 45.º do CIRC como um desagravamento estrutural, que parece ser a de TOMÁS CANTISTA TAVARES, e como um benefício fiscal, que é a de CASALTA NABAIS. Mais circunscritamente, recorde-se que o regime de reinvestimento *para a transmissão onerosa de partes de capital* constava originalmente do artigo 18.º do EBF, enquanto benefício fiscal ao “sistema financeiro e mercado de capitais” (Capítulo I) tendo sido revogado pelo artigo 7.º, n.º 4, da Lei n.º 71/93, de 26 de Novembro. Só com a Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, passou o artigo 45.º do CIRC a contemplar o dito regime de reinvestimento para a transmissão onerosa de partes de capital para as sociedades não-SGPS. À margem do CIRC, e até esta Lei n.º 109-B/2001, existiu um regime de reinvestimento específico para as SGPSs (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro).

NUNO SÁ GOMES, o autor que mais se debruçou sobre estes temas, mencionava em 1991, “*outros desagravamentos estruturais especiais, existem, como vimos suceder, nos falsos benefícios fiscais previstos no Estatuto dos Benefícios Fiscais (cfr. art.ºs 18.º (...))*”³⁰. Mas o mesmo autor afirma posteriormente, em 2000, que “*(...) pelo que se refere aos benefícios fiscais relativos ao imposto sobre o rendimento deve destacar-se o sistema de incentivos ao sistema financeiro e ao mercado de capitais, v.g. relativos ao desagravamento das mais-valias liquidadas, realizadas pela transmissão onerosa das imobilizações financeiras reinvestidas, em certos termos*”³¹, situando-os dentro dos verdadeiros benefícios fiscais constantes do EBF, por oposição aos desagravamentos estruturais que não são benefícios fiscais e, portanto, gastos ou despesas fiscais³².

Ora, independentemente de saber se o regime de reinvestimento para a transmissão onerosa de partes de capital é um desagravamento estrutural ou um benefício fiscal (ainda

³⁰ Gomes, Nuno Sá, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 165, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, 1991, p. 126.

³¹ Gomes, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal* (Vol. I), 11.ª edição com Adenda, Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 338.

que pareça ser este último o caso, ao menos para as sociedades não-SGPS), não nos parece de acolher a posição de TOMÁS CANTISTA TAVARES, segundo a qual o parâmetro normativo, ou mesmo estatístico, seja o de que as mais-valias são tributadas pela metade no CIRC, porquanto esse regime de reinvestimento não está disponível para todas as referidas mais-valias (desde logo as auferidas em participações inferiores a 10%, com valor de aquisição inferior a € 20.000.000,00, ou todas as que sejam consumidas por menos-valias, dado que o regime versa sobre a *diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias* realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capita, e não sobre as mais-valias isolada e individualmente consideradas) e apresenta diversas condições de acesso e resolutivas. Assumir que a regra no CIRC é que as mais-valias não vão ser anuladas por menos-valias, que as condições de acesso ao reinvestimento serão verificadas, que não se verificarão condições resolutivas e, ademais, que o reinvestimento se dará pela totalidade, e não apenas parcialmente, é uma perspectiva que não acompanhamos.

Para o Tribunal, é mais realista a visão de CASALTA NABAIS de que o regime de reinvestimento para as partes de capital (ao menos para as sociedades não-SGPS) era um verdadeiro incentivo ou estímulo fiscal ao investimento que tinha um indiscutível alcance geral de beneficiação do autofinanciamento das empresas, e, em qualquer caso, não habilitava, por si, uma qualquer lógica simplista e inversa de desconsideração fiscal parcial das perdas constantes do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC.

No caso em apreço o Tribunal não tem que se pronunciar sobre a totalidade da norma do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, mas apenas sobre a sua segunda parte.

Dado que o Tribunal concluiu já que o artigo 42.º do CIRC tem uma natureza excepcional, e as exceções à dedutibilidade de custos, como a aí prevista no respectivo n.º 3, apenas se compreendem como normas anti-abuso específicas³³, as mesmas devem ser

³² Gomes, Nuno Sá, *Manual de Direito Fiscal* (Vol. I), 11.ª edição com Adenda, Rei dos Livros, Lisboa, 2000, pp. 332-339.

³³ Seguindo uma linha de raciocínio semelhante para as normas anti-abuso específicas em geral, onde situa aliás o artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, cfr. Nuno de Oliveira Garcia, *cit.*, que conclui, a p. 125: “É hoje assente, na mais recente doutrina, que algumas disposições da lei fiscal nacional – maxime normas anti-abuso específicas- podem conduzir, se interpretadas de forma literal ou contraditória em relação ao regime material onde estão inseridas – a resultados inaceitáveis e desajustados. (...) Inaceitáveis, por vezes, por contrariarem de forma injustificada, o princípio da tributação do lucro real. Desajustadas, outras vezes, por

objecto de uma interpretação restritiva, sob pena de, assim não sendo, se convocar uma inconstitucionalidade: a violação da exigência de tributação das empresas essencialmente pelo rendimento real (cfr. artigo 104.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), por desconsideração em metade de perdas reais e efectivas, sem que ao contribuinte seja possibilitado infirmar a presunção de abuso ali implícita.

Essa interpretação restritiva terá que ser uma interpretação conforme à Constituição.

No dizer de JORGE MIRANDA, “A interpretação conforme com a Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja o mais conforme com a Constituição quanto a discernir o limite - na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, embora não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.” e “Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: implica um mínimo de base na letra da lei; e tem de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme a constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja inquestionável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte.”³⁴.

A epígrafe (“Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais”), inserção sistemática, e teor literal, numa visão formal, do artigo 42.º, n.º 3, levam alguns a depor no sentido da sua pretensão de aplicação também ao caso do artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do CIRC. Mas a separação sistemática das duas normas, o teor literal das mesmas, numa visão substantiva, a evolução histórica paralela e sem remissões explícitas entre os artigos 42.º e 45.º, por uma banda, e o regime da partilha, por outra (com a introdução de novas condições anti-abuso específicas neste, por exemplo através da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro),

constituírem medidas anti-sistemáticas e vocacionadas para a integral, imediata e irreversível desconsideração dos resultados de certas operações”.

³⁴ Miranda, Jorge (2001), *Manual de Direito Constitucional – Tomo II*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 267-269.

levam outros a sustentar o inverso. Decisivas serão, portanto, as considerações teleológicas.

Uma interpretação teleológica, na senda de TOMÁS CANTISTA TAVARES, que aceitasse a constitucionalidade integral do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, mas que respeitasse a visão tradicional da AT da partilha como um *ius singulare* que não faculta às respectivas mais-valias o regime de reinvestimento, sempre impediria a aplicação de tal norma em cumulação ou sucessão com o artigo 75.º do CIRC. E o Tribunal concedeu que ao menos o regime de reinvestimento não parece efectivamente estar disponível para as mais-valias da partilha.

Todavia, igualmente uma interpretação conforme à Constituição, na esteira de CASALTA NABAIS, do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, levaria a uma visão restritiva do campo de aplicação desta última norma, devendo dela ser arredadas as perdas que inequivocamente já tenham um *regime específico e tendencialmente completo de dedutibilidade* (ainda que não necessariamente autónomo porventura em outros aspectos – v.g. em sede de correcção monetária - por referência às restantes mais e menos-valias), como será o caso das do artigo 75.º, n.º 2, alínea b), do CIRC.

A exclusão da menos-valia resultante da partilha do âmbito desta última norma não a tornará desprovida de conteúdo útil. Até à Reforma do IRC de 2014 não estavam contempladas no conceito de transmissão onerosa (cfr. artigo 46.º, n.º 5, do CIRC), diversas hipóteses, que hoje o estão expressamente: a transferência de elementos patrimoniais (suponha-se que estes são participações sociais) no âmbito de operações de fusão, cisão ou entrada de activos, realizadas pelas sociedades fundidas, cindidas ou contribuidoras; a extinção ou entrega pelos sócios das partes representativas do capital social das sociedades fundidas, cindidas ou adquiridas no âmbito de operações de fusão, cisão ou permuta de partes sociais; a anulação das partes de capital detidas pela sociedade beneficiária nas sociedades fundidas ou cindidas em consequência de operações de fusão ou cisão; a anulação das partes de capital por redução de capital social destinada à cobertura de prejuízos de uma sociedade quando o respectivo sócio, em consequência da anulação, deixe de nela deter qualquer participação.

Algumas destas hipóteses, para mais em contextos complexos de operações sem neutralidade fiscal entre partes relacionadas, mais vulneráveis ao abuso, poderiam muito

bem estar entre as visadas pelo artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, donde se segue que o segmento “*outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital*” nunca ficará esvaziado por dele se arredarem as perdas apuradas na partilha.

O Tribunal não ignora que tendencialmente as perdas apuradas podem ser economicamente equivalentes, quer se trate da venda de uma participação social, da irrecuperabilidade de uma prestação suplementar ou de uma menos-valia por partilha. E que do ponto de vista do abuso, pode não existir diferença relevante entre a venda e a partilha, uma vez que o contribuinte pode influenciar o tempo da realização em ambos os casos (mais facilmente até na partilha, a qual eventualmente só depende de si, enquanto que a venda supõe o concurso de um adquirente), ainda que o carácter de morte de uma sociedade por partilha lhe pareça atribuir propriedades mais benignas, visível ainda na Reforma do IRC de 2014, a qual consagra a indedutibilidade geral das menos-valias em partes sociais mas aceitando uma excepção de dedutibilidade para os contextos de dissolução³⁵.

Mas entre dois males, qual seja o de uma interpretação diferenciadora da menos-valia apurada na partilha, que a imunize ao regime da segunda parte do artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, pelo menos nos casos em que não seja demonstrado o carácter abusivo dessa perda, e a criação de distorções face a outras perdas similares, com sacrifício do princípio da neutralidade fiscal³⁶, a aceitar-se a não inconstitucionalidade da primeira parte da referida norma, o Tribunal prefere a interpretação menos lesiva dos princípios constitucionais que enformam a tributação das empresas, alijando a responsabilidade das ditas distorções, que deve ser assacada exclusivamente a quem optou por aceitar a referida não

³⁵ A este propósito, é interessante referir que, com a Reforma do CIRC, “*b) altera-se o regime jurídico-tributário da liquidação da [sic] sociedades, previsto no artigo 81.º do Código do IRC, nos seguintes termos: i) os rendimentos gerados passam a ser sempre qualificados como mais-valias, na medida em que se considera que a atual distinção perde sentido num universo normativo em que o tratamento fiscal concedido às distribuições de lucros e reservas, de um lado, e às mais-valias, de outro, passa a ser idêntico na maioria das situações; ii) reconhece-se que tais componentes positivas não concorrem para a determinação do lucro tributário, sempre que nos encontramos perante uma participação qualificada nos termos definidos no artigo 51.º; iii) salvaguarda-se, no entanto, em função do seu carácter final, a dedutibilidade de um montante correspondente às menos-valias de liquidação (...)*”, in *Anteprojeto de Reforma – Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego*, Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, 30 de Junho de 2013, p. 127.

³⁶ Sendo que o sistema existente comporta outras distorções. Cfr. nota 16 *supra*.

inconstitucionalidade, sem ao menos a modular em função de um filtro que valore o abuso no comportamento originador da perda.

Mas ainda que se quisesse, para evitar tal mal, situar *ab initio* as menos-valias da partilha no âmbito do artigo 42.º, n.º 3, segunda parte, do CIRC, uma interpretação conforme à Constituição, aliás em sintonia com o artigo 73.º da LGT (“*As presunções consagradas nas normas de incidência tributária admitem sempre prova em contrário*”), deveria aceitar que o contribuinte desencadeasse o procedimento contraditório próprio do artigo 64.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário para ilidir a presunção de abuso que subjaz ao artigo 42.º, n.º 3, do CIRC.

Conforme os ensinamentos de SALDANHA SANCHES, “*O ordenamento jurídico tributário deve conter meios que impeçam o sujeito passivo de, mediante a manipulação dos preços praticados dentro de um grupo de sociedades, reduzir o imposto a pagar. Sabemos também que a manipulação de preços para a obtenção de falsas menos-valias é um dos expedientes mais comuns para a fabricação artificial de custos. Todavia, como afirmou recentemente o Advogado-Geral GEELHOED quando tratava da questão de saber se uma norma britânica respeitante a preços de transferência era proporcional ao fim que pretendia impedir (a evasão fiscal), mesmo no caso em que o juro praticado entre duas sociedades do mesmo grupo não era um juro de mercado, “deve ser possível ao contribuinte demonstrar que, apesar de os termos da sua operação não serem os da plena concorrência, existiam contudo razões comerciais genuínas para a operação que não consistiam na obtenção de um benefício fiscal”*”³⁷.

Esta *ratio* vale igualmente para a partilha: ainda que nesta não haja preço nem transmissão de partes sociais *stricto sensu*, pode nela existir uma contrapartida para a anulação daquelas, a qual se cifra na atribuição ao sócio do produto da liquidação, sendo que a ilisão de uma qualquer presunção de abuso surge ainda mais necessária num caso em há lugar à extinção de uma pessoa colectiva.

É tempo de concluir.

³⁷ Sanches, José Luis Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 396.

Concordamos com a Requerida quando esta afirma que não há insuficiência – pelo menos absoluta - de fundamentação (ainda que, em termos relativos, a cargo da Requerida, como se argumentou *supra*, estivesse um ónus mais exigente, que se traduzia num especial dever de fundamentação, o qual devia superar a tradicional visão da AT de *ius singulare* das mais e menos-valias apuradas na partilha). A controvérsia entre as partes respeita ao mérito da fundamentação.

Na situação em análise, tendo ocorrido uma dissolução e partilha de sociedades e tendo esse facto sido dado como provado, não há transmissão onerosa de partes de capital nos termos da primeira parte do n.º 3 do artigo 42.º, pelo que se concede razão à Requerente neste aspecto.

Já no que respeita à segunda parte da mesma norma, ao contrário do que afirma a Requerente, não está em causa o princípio constitucional da tipicidade, uma vez que, como foi já explicado, a interpretação sustentada pela AT tem cabimento no elemento literal da norma, ao menos numa visão formal.

Ainda assim, e como decorre do acima exposto, concordamos parcialmente com o último raciocínio da Requerente. Efectivamente, apesar de as menos-valias resultantes da partilha e dissolução de uma sociedade poderem literalmente ser cobertas pelo artigo 42.º, n.º 3, segunda parte, do CIRC, a teleologia desta última norma impõe uma interpretação restritiva que nos leva a excluir a respectiva aplicação aos casos do artigo 75.º do CIRC, também em homenagem ao princípio da tributação pelo rendimento real, numa interpretação conforme à Constituição.

O Tribunal acabou de concluir que o artigo 42.º, n.º 3, segunda parte, do CIRC é inaplicável em conjugação com o artigo 75.º do CIRC. Mas mesmo que se quisesse, ainda assim, situar *ab initio* as menos-valias da partilha no âmbito do artigo 42.º, n.º 3, segunda parte, do CIRC, sempre se dirá, a título de *obiter dicta*, que no caso vertente o contribuinte teria desencadeado um procedimento contraditório, ainda que arbitral, onde pretendeu dirimir a questão da correcta aplicação pela AT da referida norma. Dado que a solução de aplicação do artigo 64.º do CPPT não é inequívoca, no sistema fiscal, e que, em qualquer caso, a mesma não seria aceite pela AT, dada a forma automática como esta aplicou o

artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, importa aceitar que o presente Tribunal sempre seria foro competente para dirimir o litígio.

Não resulta do procedimento inspectivo ou dos autos qualquer alegação da Requerida de abuso por parte da Requerente no apuramento das perdas nas partilhas *sub judicio*, tendo a Requerente alegado as suas teses com base numa pressuposta normalidade da partilha, o que não é contraditado pela AT ou Requerida, e tem portanto que ser dada como provada.

Destarte, pode dar-se por assente que nenhum abuso foi provado, sendo que os factos constitutivos do mesmo sempre teriam que ser minimamente alegados ou indiciados pela AT, de acordo com a visão do ónus da prova em matéria fiscal adoptada pelo Tribunal, na linha do transcrito Acórdão n.º 11/2012 do CAAD. Ou seja, sempre teria que existir um qualquer *fumus boni iuris* de abuso que justificasse uma indedutibilidade do custo fiscal em 50%; sucede que tal indiciação inexistente, por completo, neste processo. Embora difícil, em especial quanto ao *timing*, não é impossível pretender escrutinar perdas de partilha através de um crivo de abuso, levando até à desconsideração total do custo fiscal: o novo artigo 81.º, n.º 6, do CIRC, de 2014, aparente ficcionar tal carácter “*Sempre que, num dos quatro períodos de tributação posteriores à liquidação de uma sociedade, a atividade prosseguida por esta passe a ser exercida por qualquer sócio da sociedade liquidada, ou por pessoa ou entidade que com aquele ou com esta se encontre numa situação de relações especiais, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 63.º [caso em que], deve ser adicionado ao lucro tributável do referido sócio, nesse período de tributação, o valor da menos-valia que tiver sido deduzida nos termos da alínea b) do n.º 2, majorado em 15%*”³⁸.

No que respeita à aplicação ao caso concreto, a Requerente peticiona na pronúncia arbitral a dedutibilidade da perda apurada na partilha pela totalidade, mas não a correcção monetária do valor de aquisição, pelo que será a perda nominal a considerada, e não a

³⁸ Mesmo antes desta alteração legislativa, talvez fosse teoricamente admissível um juízo de indedutibilidade do custo fiscal sobre partilhas abusivas caso a sociedade-mãe dissolvesse uma sociedade-filha apenas para apurar uma perda, continuando a actividade desta, à luz do artigo 23.º do CIRC. Contudo, o ponto é duvidoso, dado que a matéria, por interferir com a margem de livre gestão fiscal do contribuinte na configuração da sua actividade / grupo societário parece carecer de norma anti-abuso específica, estando pouco talhada para a malha geral do artigo 23.º do CIRC.

perda real que se mostrasse corrigida pela inflação, sob pena de excesso de pronúncia pelo presente Tribunal.

Deste modo, o Tribunal Arbitral decide que as menos-valias resultantes da dissolução e partilha sobre que versam os autos são dedutíveis na sua totalidade, não sendo aplicável o n.º 3 do artigo 42.º do CIRC ao caso *sub judice*. Assim sendo, não pode o acto tributário deixar de ser anulado por erro nos seus pressupostos de direito, que configura vício de violação de lei.

4.2.5. Incumbe, finalmente, ao Tribunal determinar se a Requerente tem direito a ser indemnizada pela prestação de garantia bancária efectuada em 17 de Maio de 2011 para suspender a execução fiscal instaurada para cobrança do imposto impugnado.

Estamos, de novo, perante uma questão cujo recorte factual e jurídico é em tudo idêntico ao que foi conhecido no referido Processo n.º 10/2012-CAAD – e também no Processo n.º 11/2012-CAAD. E resolvendo-a, discorreu-se, aí, da seguinte forma:

“A Requerente não alegou qual o prejuízo que derivou da prestação bancária. Dito por outras palavras, qual a comissão que teve de suportar junto do Banco pela prestação de garantia bancária sobre a liquidação adicional de IRC.

O Tribunal pode, contudo, segundo as regras da normalidade e da experiência comum, pressupor a existência real de um prejuízo pela prestação de garantia bancária.

O que aliás decorre do artigo 53.º da LGT que determina que o devedor que “(...) ofereça garantia bancária ou equivalente será indemnizado total ou parcialmente pelos prejuízos resultantes da sua prestação (...)”. Por outro lado, a indemnização, segundo o mesmo artigo, “(...) tem como limite máximo o montante resultante da aplicação ao valor garantido da taxa de juros indemnizatórios (...)”.

Desconhece-se, no entanto, qual o montante da comissão paga sobre o valor garantido, não podendo o Tribunal Arbitral apurar se o mesmo é inferior ou superior ao limite máximo, ficando impossibilitado de fazer a sua quantificação.

Este circunstancialismo, todavia, não põe em causa o direito da Requerente ver ressarcidos os custos que suportou com a prestação das garantias, devendo os mesmos ser apurados no momento em que a Requerida liberte a garantia, nos limites abstractos do artigo 53.º, n.º 3 da LGT, e ser liquidados em execução de sentença. Deve por conseguinte ser julgado procedente o pedido de indemnização formulado pela Requerente”.

Também no presente caso, a Requerente não alegou qual o prejuízo que derivou da prestação de garantia bancária.

Mas tal não impede que se proceda a condenação da Requerida, nos mesmos exactos termos que foram pronunciados no processo de que se extraiu o excerto transcrito.

5. DISPOSITIVO

Em face do exposto, acorda o colectivo dos árbitros do Tribunal Arbitral em julgar integralmente procedentes os pedidos de pronúncia arbitral, pelo que anula as liquidações de IRC e de juros compensatórios aqui impugnadas e condena a Requerida AT no pagamento à Requerente da indemnização pela prestação da garantia bancária, sendo esta no montante dos custos efectivamente suportados pela Requerente com essa prestação, mas tendo como limite máximo o montante resultante da aplicação ao valor garantido da taxa de juros indemnizatórios prevista no n.º 4 do artigo 43.º da LGT.

* * *

Valor da causa: € 1.018.316,93.

Custas a cargo da Requerida, no montante de € 14.076,00, de acordo com o artigo 12.º, n.º 2, do RJAT e do artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento de Custas da Arbitragem Tributária.

* * *

Notifique.

Lisboa, 16 de Junho de 2014.

Texto elaborado em computador, nos termos do artigo 131.º, n.º 5, do (novo) Código de Processo Civil, aplicável por remissão do artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT, com versos em branco e revisto pelo colectivo de Árbitros.

A redacção da presente sentença rege-se pela ortografia do Acordo Ortográfico de 1945.

* * *

Os Árbitros,

Desembargador Manuel Luís Macaísta Malheiros

Professor Doutor António Martins

Dr. Ricardo da Palma Borges