

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 326/2014-T

Tema: IRC - neutralidade das operações de cisão, variação patrimonial positiva

Acórdão Arbitral

Processo n.º 326/2014-T

Os árbitros Conselheiro Doutor Jorge Lopes de Sousa (Árbitro Presidente), Dr. João Menezes Leitão e Dr. Jaime Carvalho Esteves, que constituem o presente Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

I. Relatório

A..., **SGPS, SA**, pessoa coletiva n.º ..., com sede em ... (a seguir a Requerente), apresentou em 9.4.2014, ao abrigo do disposto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, com as alterações posteriores (Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, a seguir RJAT), pedido de pronúncia arbitral, em que é requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (a seguir, Requerida ou AT), relativamente ao ato tributário de liquidação adicional de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) com o n.º..., no valor de € ... e de liquidação de juros compensatórios n.º ..., no valor de € ..., tudo respeitante ao exercício de 2009 e no valor total de €..., conforme nota n.º ..., acerto de contas n.º ... (cfr. penúltima página do processo administrativo junto aos autos) e documento de compensação n.º ...no dito valor de Euro....

2. No pedido de pronúncia arbitral, ao abrigo do disposto no artigo 6.º, n.º 2, alínea b) e em conformidade com o estabelecido no artigo 10.º, n.º 2, al. g) e no artigo 11.º, n.º 2, todos do RJAT, a Requerente designou como árbitro o Senhor Dr. Jaime Carvalho Esteves. Por seu turno, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º e do n.º 3 do artigo 11.º do RJAT, a Requerida designou como árbitro o Senhor Dr. João Menezes Leitão.

Após requerimento dos árbitros designados pelas partes, ao abrigo do disposto na segunda parte da alínea b) do n.º 2 do artigo 6.º do RJAT, o Presidente do Conselho Deontológico do CAAD designou como árbitro-presidente o Senhor Conselheiro Doutor Jorge Lopes de Sousa.

Nos termos do n.º 7 e do n.º 8 do artigo 11.º do RJAT, conforme comunicação do Senhor Presidente do CAAD, o Tribunal Arbitral ficou constituído em 3.7.2014.

3. No seu requerimento de pronúncia arbitral (a seguir petição inicial ou PI), a Requerente pediu a anulação do ato tributário de liquidação adicional de IRC e de juros compensatórios a que correspondeu a compensação com o n.º ..., respeitante ao exercício de 2009, no valor de €..., com fundamento em ilegalidade decorrente de: i) erro quanto aos pressupostos de facto e de direito, quer quanto ao regime de neutralidade das operações de cisão, quer quanto ao regime das variações patrimoniais positivas; ii) violação do princípio da verdade material; iii) vício de fundamentação, tudo com consequente iv) ilegalidade da liquidação de juros compensatórios.

4. A AT apresentou resposta, peticionando a improcedência do pedido de pronúncia arbitral, com consequente manutenção na ordem jurídica do ato tributário, por não se verificarem os vícios apontados pela Requerente ao ato impugnado.

5. Em 21.10.2014, conforme consta da correspondente ata, procedeu-se à produção de prova testemunhal, com inquirição das testemunhas B..., C..., D... e E... arroladas pela Requerente, tendo a Requerida prescindido de inquirir as testemunhas por si arroladas. As partes produziram, subseqüentemente, as correspondentes alegações orais.

6. O Tribunal arbitral fixou o dia 15.12.2014 como data limite para a decisão final, a qual foi posteriormente prorrogada para 3/1/2015.

7. O Tribunal arbitral é competente para julgar o pedido de pronúncia arbitral (art. 2.º, n.º 1, al. a) do RJAT), as partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade (arts. 4.º e 10.º, n.º 2 do RJAT e art. 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de

março), e não ocorrem nulidades nem foram invocadas exceções, pelo que nada obsta ao julgamento de mérito.

II. Questões a decidir

8. Atentas as posições assumidas e os fundamentos alegados pelas partes no âmbito do presente processo arbitral, tal como emergem da PI da Requerente e da resposta da Requerida, as questões a decidir, em atenção às disposições legais aplicáveis *ratione temporis* aos factos (ano de 2009)¹, prendem-se com a apreciação dos seguintes vícios imputados à liquidação adicional de IRC impugnada:

i) erro quanto aos pressupostos de facto e de direito na qualificação da operação de cisão ocorrida relativamente ao regime de neutralidade fiscal aplicável nos termos estabelecidos nos artigos 67.º, n.º 2, al. a) e n.º 4 e 68.º, n.º 1 do CIRC (artigos 73.º, n.º 2, al. a) e n.º 4 e 74.º, n.º 1 do CIRC na redação do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho);

ii) ausência de facto tributário (art.s 104º, nº 2 da CRP, 17, nº 1, 20º e 21º, todos do CIRC) e violação dos princípios da capacidade contributiva e, ainda, da legalidade (art.s 13º. 165, nº 1 alínea i) e 103º, nº 2, sempre da CRP e 8º, nº 1 da LGT) e neutralidade fiscal;

iii) violação do princípio da verdade material (art. 58º da LGT);

iv) violação do dever de fundamentação (art.s 268º, nº 3 da CRP, 77º da LGT e 125º, nº 1 do CPA).

III. Decisão da matéria de facto

9. Relativamente à matéria de facto, em face das diversas alegações constantes da PI, importa observar, a título prévio, que a factualidade relevante se delimita em razão das várias soluções plausíveis da(s) questão(ões) de Direito que se devam considerar

¹Em consequência, utilizar-se-á no texto a numeração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC) existente à data, tendo em conta que o Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, que procedeu à renumeração do Código (art. 7.º, n.º 1), se aplica apenas aos períodos de tributação que se iniciem em, ou após, 1 de janeiro de 2010 (art. 9.º). Assinale-se, porém, que as partes recorrem amiúde à nova numeração, pelo que se deparará com a mesma nas citações efetuadas.

controvertidas (para recorrer à feliz formulação que constava do n.º 1 do art. 511.º do anterior Código de Processo Civil), pelo que o tribunal não tem que se pronunciar sobre todas as alegações realizadas, mas sim selecionar os factos que são efetivamente relevantes para a decisão e discriminar a matéria provada da não provada (cfr. art. 123.º, n.º 2, do CPPT e art. 607.º, n.ºs 3 e 4, do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT).

A escolha dos factos pertinentes afere-se, pois, pela sua relevância jurídica, que é fornecida pela respetiva conexão com cada uma das soluções plausíveis das questões de Direito. São estes, assim, os termos em que, em atenção às questões jurídicas a decidir acima elencadas (vd. *supra* n.º 8), se procede subsequentemente à delimitação da matéria de facto pertinente.

a) Factos provados

10. Examinada a prova documental apresentada, o processo administrativo tributário junto (a seguir, PA) e os depoimentos testemunhais produzidos, o Tribunal fixa os factos que se consideram provados nos termos que se seguem:

I. A A..., SGPS, SA é uma sociedade comercial anónima, com o capital social de €..., integralmente realizado por ocasião e por causa da operação de cisão a seguir referida, cujo objeto social é a “gestão de participações sociais de outras entidades” (cfr. certidão permanente a fls. 21 e seguintes do PA).

II. A Administração da sociedade AA..., SA, uma sociedade comercial anónima, com o capital social de €..., pessoa coletiva n.º ..., com sede em ..., elaborou o projeto de cisão simples, datado de 12 de Dezembro de 2008, nos termos do qual foi destacada um parte do património da AA..., SA (cindida) correspondente às partes de capital detidas na sociedade participada F...-, SA, para com elas constituir uma nova sociedade gestora de participações sociais, sob o tipo de sociedade anónima (a beneficiária e aqui Requerente).

III. A AA..., SA era detentora de 77.545 ações do capital da sociedade F...-, SA, cada uma com o valor nominal de 5 euros, as quais estavam inscritas

no balanço da sociedade AA..., SA de acordo com o método do custo, pelo montante de ... euros.

IV. A dita F... tinha sede no lugar do ..., o n.º de contribuinte

V. Aquele ativo (77.545 ações representativas de parte do capital da sociedade F...-, SA) consta ainda, pelo mesmo valor, de balanço, com referência à data de 30 de Setembro de 2008, devidamente aprovado pelos sócios da AA..., SA, para efeitos do projeto de cisão.

Ambas as entidades pretendiam aproveitar do regime de neutralidade fiscal previsto no art. 68.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

VI. A projetada operação de cisão foi aprovada por deliberação da Assembleia Geral da dita AA..., SA, de 2 de Fevereiro de 2009.

VII. A aludida cisão, na modalidade de “*cisão simples, mediante destaque de parte do seu património para construir outra sociedade gestora de participações sociais*”, foi registada no correspondente registo comercial, dando lugar a redução do capital social da AA..., SA e à constituição da Requerente, com capital social equivalente ao valor da redução acabada de aludir

VIII. Com a cisão simples da cindida sociedade AA..., SA, procedeu-se assim à constituição e ao destaque e transmissão para a Requerente da participação social detida na sociedade F..., SA, que correspondia a 64,62% do respetivo capital social.

IX. Não foram transmitidos, com a cisão, outros meios materiais ou humanos para a sociedade resultante da cisão.

Tudo como decorre do relatório de inspeção tributária que deu lugar ao ato tributário em crise e que consta do PA (cfr. fls 9 e ss) e não constitui matéria controvertida entre as partes.

X. Decorre da prova testemunhal produzida que o destaque da participação social resultante da cisão teve como motivação evitar que a F..., SA, dada a conjuntura económica difícil que atravessava, com quebra de

vendas, viesse a afetar negativamente a imagem e a situação financeira da cindida.

XI. Nos triénios de 2006-2008 e 2009-2011, ... eram os membros do Conselho de Administração da cindida e eram, igualmente, no quadriénio de 2009-2012 administradores da Requerente (cfr. PA).

XII. Esta, na sua atividade, usou uma sala com secretária, o computador, arquivos e funcionários da AA... SA para serviços de secretariado (depoimentos das testemunhas arroladas pela Requerente B..., C..., D... e E...).

XIII. Ao abrigo da Ordem de Serviço n.º ..., notificada à AA..., SA em 11.6.2013, foi realizada uma ação de inspeção tributária externa a esta Sociedade.

XIV. No âmbito da ação inspetiva, foi aquela Sociedade notificada para apresentar e prestar os seguintes elementos e esclarecimentos (cfr. a notificação constante do PA):

“A cisão simples registada a 08/05/2009 na Conservatória do Registo Comercial de ..., não preenche o disposto na alínea a) do n.º 2 e n.º 4 do artigo 73.º do CIRC, pois não se verifica a existência de uma unidade económica autónoma, com um conjunto de meios pessoais e materiais, em que os mesmos constituem uma organização empresarial necessária ao desenvolvimento da atividade, que se transfere e que se pretende continuar na beneficiária, com as conseqüentes implicações na não verificação dos requisitos para a existência de neutralidade fiscal nesta operação.

Consequentemente, in caso não se aplicando o regime fiscal aludido, no que respeita à transferência da participação social, da AA..., SA para a A... SGPS, deverá ser submetida ao regime geral de tributação, com a aplicação, designadamente do disposto no n.º 3, da alínea d) do artigo 46.º do CIRC, apurando-se as mais e menos-valias correspondentes, na esfera da sociedade cindida ou transmitente, a AA..., SA.

O artigo 46.º, n.º 3, alínea d) do CIRC refere que em caso de cisão considera-se valor de realização "o valor de mercado dos elementos do ativo

imobilizado transmitidos em consequência daqueles atos", à data a que se referem aquelas operações.

Assim, solicita-se que indique, fundamentadamente, qual o valor de mercado da participação de 64,62% no capital da F..., SA, NIF ..., reportado esse valor à data da operação de cisão”.

XV. A cincida (AA..., SA) respondeu à notificação indicada no ponto anterior, pela comunicação que se encontra no PA, que aqui se dá por reproduzida, de que se destacam os seguintes passos:

- “1-No ano de 2009 foi efetuada uma cisão, tendo-se constituído uma nova SGPS, mediante separação do seu património de participação de capital, de 64,62%, na sociedade F..., SA.

2-Não vamos discutir nesta sede a questão da neutralidade fiscal desta operação. Note-se que o Estado considera negócio para efeitos de tributação a actividade da SGPS, mas para efeitos de cisão, não consideratal. Efetivamente a cisão efetuada assegurou na sociedade que resultou da cisão a mesma participação de capital que os acionistas detinham na sociedade cindida, entre as quais se destaca a existência de ações próprias de 10% do capital social. Assim sendo, pela cisão a AA..., SA, continuou acionista da nova sociedade em 10%. Então a participação "transmitida" a terceiros foi de 58,158%, não fazendo sentido apurar mais-valias com uma transmissão da AA..., S.A. a ela própria”.

- “4-Em relação ao suposto valor de mercado da F..., SA será importante referir o seguinte:

4.1-Visando determinar qual o eventual valor de mercado na altura da Cisão, para efeitos de negociação foi efetuado estudo de avaliação pelo n/ Revisor Oficial de Contas (que se anexa), com referência à data de 31.12.2008, sendo apurado um valor para a empresa de cerca de ... euros”.

- “5-Tendo em atenção as perspectivas das Administrações da AA..., S.A. e da F...-, S.A., que previam tempos menos bons para a F..., a separação por cisão, da participação na F..., SA, visava retirar tal participação da esfera da

A..., pois se a F... tivesse dificuldades económicas sérias, tal afetaria a vida da própria AA..., SA., nomeadamente ao nível do seu financiamento.

Por isso, para a Administração da AA..., SA, o valor que mais traduz o valor de mercado da F...-, SA, à data de 31.12.2008, é um valor não superior ao seu valor contabilístico de ... (sic)".

XVI. A Requerente não exerceu o direito de audição em relação ao projeto de relatório de inspeção tributária que lhe foi tempestivamente enviado.

XVII. O procedimento inspectivo realizado culminou no correspondente Relatório de Inspeção Tributária e integrado no PA, cujo teor se dá aqui por reproduzido, e do qual decorre, em síntese muito resumida, que:

- em 2009 ocorreu uma operação de cisão simples da AA..., SA, a qual deu lugar à constituição da Requerente;
- essa cisão ocorreu por destaque (tão somente) de uma participação social da F...;
- e contrariamente ao pretendido pelas partes, não beneficia do regime especial de neutralidade constante do IRC;
- porquanto na operação foi destacada apenas um activo, a dita participação social, sem outros meios materiais ou humanos, a par da dita participação;
- razão pela qual não se pode configurar uma ramo de actividade na acepção do regime de neutralidade fiscal previsto no CIRC, não se verificando assim um dos pressupostos para aplicação daquele regime;
- tendo a participação sido transmitida pelo seu valor contabilístico, tal como registado na contabilidade da cindida e correspondente ao seu custo histórico, foi apurado o seu valor de mercado, nos termos considerados adequados e correspondentes a uma média entre vários critérios de valorização;
- esse valor foi considerado como variação patrimonial positiva a acrescer ao lucro tributável, nos termos do art. 21º do CIRC;
- pelo que o lucro tributável do exercício foi incrementado de idêntico montante.

XVIII. Foram assim efetuadas as correspondentes correções ao lucro tributável (e à matéria coletável) de 2009 da Requerente, no montante de €... (cfr. o Relatório de Inspeção Tributária do PA e despachos de 29/10/13.

XIX.A Requerente foi objeto da já identificada liquidação adicional e acerto de contas de IRC e de juros compensatórios.

b) Factos não provados

11. Inexistem outros factos relevantes para a apreciação do mérito da causa.

c) Fundamentação da decisão da matéria de facto

12. A convicção do Tribunal sobre a matéria de facto resultou dos documentos juntos aos autos pela Requerente, dos documentos constantes do PA, do reconhecimento de factos assumido nas peças processuais das partes e da prova testemunhal produzida.

IV. Do Direito

13. Preliminarmente, saliente-se que o Tribunal não se encontra vinculado à ordem pela qual os alegados vícios, ou os seus fundamentos, são apresentados pelas partes (cfr. art. 124º do CPPT, *ex vi* do art. 29º do RJAT)), podendo analisar preliminarmente aqueles que melhor tutelem os interesses em causa.

Ora, é certo que a tese da Requerente assenta, primeiro, na aplicabilidade do regime de neutralidade fiscal à operação de cisão em causa, regime ao tempo previsto nos art.s 67º e ss do CIRC e, portanto, também ao incremento patrimonial verificado na beneficiária da cisão e aqui Requerente. No entanto, é igualmente certo que a aplicabilidade do referido regime especial será absolutamente irrelevante, se o regime geral de tributação aplicável à operação em causa não der cobertura ao ato tributário aqui contestado. Isto é, se mesmo sem aplicação do dito regime especial de neutralidade, o lucro tributável do exercício de

2009 da Requerente se encontrar devidamente calculado. Ou seja, a aplicabilidade do regime especial só será relevante se o regime geral der cobertura à liquidação em crise.

Por essa razão, iniciar-se-á a análise do ato tributário, precisamente, pela aplicabilidade do regime geral, ou seja, o que acima se referiu corresponder, na formulação da Requerente, à ausência de facto tributário (art.s 104º, nº 2 da CRP, 17, nº 1, 20º e 21º, todos do CIRC) e violação dos princípios da capacidade contributiva e, ainda, da legalidade (art.s 13º, 165, nº 1 alínea i) e 103º, nº 2, todos da CRP e ainda 8º, nº 1 da LGT) e neutralidade fiscal.

a) O regime geral das operações de fusão e cisão

14. Convicto da necessidade de não tornar fiscalmente mais onerosas as imperiosas operações de reestruturação do tecido empresarial nacional, o legislador introduziu no CIRC um regime especial de tributação aplicável às operações de fusão, cisão, entradas de ativos e permuta de ações, inspirado nos trabalhos que viriam a dar lugar à Diretiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Com efeito a cisão é uma forma corrente de *“readaptação das sociedades a novas realidades; todas estas operações constituem soluções optimizadoras que procuram aumentar a eficiência das formas de organização empresarial”*² como referia Saldanha Sanches.

É sabido que o regime regra aplicável a estas operações enfermava de várias debilidades, as quais aliás motivaram alterações profundas na recente reforma do IRC aprovada em 2013.

No entanto, tais dificuldades não se colocavam na transmissão de bens do ativo imobilizado por efeito de uma fusão ou de uma cisão, atenta a formulação da alínea d) do nº 3 do art. 43º do CIRC. E, em bom rigor, não parece que se devam também colocar a

² SANCHES, Saldanha, *Fusão inversa e neutralidade (da Administração) fiscal*, Revista Fiscalidade, 34/Abril/Junho (2008), p. 9.

propósito do incremento patrimonial que de tais operações decorra para as entidades beneficiárias de uma operação de cisão ou de fusão³.

b) As variações patrimoniais positivas

15. Como é bom de ver, a operação *sub judice* constitui uma cisão simples por destaque de participações sociais para constituição da Requerente (uma sociedade gestora de participações sociais), em conformidade com o disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 118.º e na alínea a) do n.º 1 do art. 124.º, ambos do CSC.

A cisão simples é uma operação específica, com autonomia própria, uma, ainda que complexa, mediante a qual uma sociedade destaca parte do seu património para com ela constituir uma outra sociedade (cfr. art. 118.º, n.º 1, al. a) do Código das Sociedades Comerciais – CSC).

No caso, o património bruto destacado corresponde ao património líquido, dada a ausência de outros elementos ativos e passivos destacados, com exceção da identificada participação social, tendo por contrapartida uma redução do capital social da entidade cindida de valor igual ao valor contabilístico daquele ativo. E a essa diminuição patrimonial da sociedade cindida, correspondeu, na beneficiária, a realização de capital social inicial de igual montante.

Com efeito a cisão de sociedades corresponde a um processo de divisão de património social entre uma ou mais sociedades, originando uma modificação das sociedades intervenientes por desconcentração económica. O processo caracteriza-se, assim, “*pela separação de partes do elemento patrimonial das sociedades envolvidas destinadas à sua autonomização ... com a conseqüente atribuição aos sócios das sociedades cindidas de participações sociais nas sociedades beneficiárias*”⁴.

³ A este propósito cfr. ESTEVES, Jaime Carvalho, *Será Possível Deixar de Diferir os Ganhos e Perdas na Fusão e na Cisão de Sociedades? (A Procura do Facto Tributário)*, III Congresso de Direito Fiscal, Direção de Glória Teixeira, Vida Económica, Setembro de 2013, pág.s 185 e ss.

⁴ GONÇALVES, Diogo Costa, Código das Sociedades Comerciais Anotado, 2ª Ed., Coordenação de António Menezes Cordeiro, p.474.

E este elemento serve para ilustrar bem aquilo que a cisão tem de característico (e que a permite diferenciar da operação de entrada de ativos, igualmente prevista no CIRC): na cisão verifica-se sempre um empobrecimento patrimonial da cindida, pois ao destaque patrimonial não corresponde qualquer contrapartida. Diversamente, do que ocorre na entrada de ativos em que a sociedade contribuidora é remunerada com partes de capital da entidade beneficiária. Mas, naturalmente, a ausência de contrapartida para a cindida não corresponde a um empobrecimento dos seus sócios, pois estes são compensados com a atribuição de participações sociais na sociedade beneficiária da cisão.

Assim, enquanto a entrada de ativos permite a realização de capital da beneficiária pela contribuidora, no caso da cisão tal realização de capital com património da cindida, é realizada mediamente pelos sócios desta, já que é o património que indiretamente lhes pertence (pela detenção das partes de capital da sua titular) e que concretiza a sua realização. Por esse motivo as novas partes de capital ingressam na esfera jurídica dos sócios da cindida, e não na esfera jurídica desta (mais uma vez, por oposição ao que ocorre na operação de entrada de ativos).

Deste modo o empobrecimento da sociedade cindida é sempre inelutável, vendo esta o seu património necessariamente reduzido. No entanto tal não ocorre relativamente aos seus sócios, porquanto o valor do somatório dos patrimónios de cindida e beneficiária será idêntico ao património daquela antes da cisão.

Neste quadro, bem se entende, tal como hoje consta expressamente do CIRC, após a referida reforma do CIRC (cfr. art. 21º, nº1, alínea e), que o incremento patrimonial verificado na beneficiária não concorra para a formação do lucro tributável do exercício. E não parece que a nova alínea venha inovar nesta matéria, como aliás decorre dos trabalhos preparatórios e da inclusão da referência às operações de “fusão e cisão” a par da menção às operações de “entrada de ativos e permuta de partes de capital”, nas quais de modo algum se poderia alguma vez duvidar, legitimamente, da irrelevância do correspondente aumento patrimonial para cômputo do lucro tributável das beneficiárias.

16. Porém, sabe-se que da doutrina administrativa, da qual o ato tributário em crise é uma concretização, decorria entendimento diverso, nos termos do qual a sociedade beneficiária de uma operação de cisão ou de fusão apuraria uma variação patrimonial

positiva, concorrente para a determinação do respetivo lucro tributável, nos termos do artigo 21º (1) e (2) do CIRC, caso a operação em causa não fosse enquadrável no regime especial de neutralidade fiscal. Assim, a AT entende que com o normativo em vigor até 2013, inclusive, as sociedades beneficiárias de uma cisão, como *in casu*, apuram uma variação patrimonial positiva que concorre para a determinação do respetivo lucro tributável, nos termos do artigo 21º (1) e (2) do CIRC na sua redação em vigor até 31.12.13.

Mas, deste entendimento decorreria tributação na esfera da sociedade cindida (pelo menos pelos elementos do ativo imobilizado destacados), na esfera da sociedade beneficiária (pelo incremento patrimonial, como se de uma liberalidade da contribuidora se tratasse) e ainda tributação na esfera dos sócios daquela (pela troca de partes de capital), conduzindo assim a uma tripla, e excessiva, tributação da cindida, tributação dos sócios e tributação da beneficiária⁵.

Mas esta excessiva tributação não se afigura consistente com o texto normativo, nem com o sistema de tributação do rendimento das pessoas coletivas. Isto porquanto o legislador já então (2009) excluía expressamente de relevância tributária os reforços de capital efetuados pelos sócios, ainda que não explicitasse expressamente, como o faz hoje, que também não concorrem os incrementos do capital próprio da beneficiária verificados nas operações de cisão.

⁵ Daqui decorre uma evidente dupla tributação (contribuidora e beneficiária) com óbvia violação do princípio da simetria. A consideração da “saída” do património da contribuidora a valores de mercado, a influenciar o cálculo do seu lucro tributável do período, não poderia deixar de conduzir a um registo na beneficiária pelo mesmo valor, sem tributação do correspondente incremento patrimonial. Isto porque a transmissão patrimonial decorrente do instituto da fusão e cisão é efetuada em nome e por conta dos sócios, os quais registam uma diminuição no seu património, compensada pelo correspondente incremento patrimonial da participação a deter, ou já detida, no capital próprio da sociedade beneficiária. Como tal, não estamos perante dois momentos distintos – integração das partes de capital da sociedade incorporante na sociedade cindida e posterior atribuição, pela sociedade cindida, das partes de capital recebidas aos respetivos sócios – mas apenas perante um único momento correspondente ao ingresso direto (originário) na esfera patrimonial dos sócios da sociedade contribuidora das partes de capital da sociedade beneficiária.

E bem se percebe que assim seja pois o reforço é, de acordo com a natureza da operação, ao menos mediata ou indiretamente, efetuado pelos sócios da cindida (e que pela operação se tornam sócios da beneficiária). O empobrecimento patrimonial mediato destes, decorrente do empobrecimento patrimonial direto da entidade cindida, é diretamente compensado pelas partes de capital que necessariamente recebem da sociedade constituída pelo processo de cisão simples.

Ora, o entendimento da AT faria pressupor estarmos perante uma transmissão patrimonial operada a título gratuito, o que manifestamente não sucede. À perda patrimonial da cindida não corresponde uma perda patrimonial dos seus sócios, pois a cisão corresponde sim a uma mera reorganização da estrutura societária de exercício indireto de uma ou mais atividades económicas pelos sócios. Por isso mesmo, por regra, vamos encontrar na operação de cisão a emissão de novas partes de capital pela beneficiária (ou o aumento do seu valor nominal), correspondente ao seu capital social inicial ou ao aumento do pré-existente, destinado precisamente a remunerar os sócios da cindida pela sua prévia amputação patrimonial mediata, a qual resulta assim neutralizada.

E esse facto leva, como agora expressamente se reconhece, mas de modo não inovador, à aplicabilidade da exceção constante do regime do art. 21º.

Deste modo, a entrada em causa e que fundamenta a pretendida variação patrimonial positiva tributada não poderá ter tratamento fiscal diverso do que decorria da redação ao tempo do nº 1 do art. 21º do CIRC (por constituírem “entradas de capital” para todos os efeitos fiscais), nem corresponde à previsão ao tempo constante do nº 2 do mesmo artigo (“incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito”), sendo pois uma variação patrimonial excluída de relevância no cálculo do lucro tributável enquanto “entradas de capital”.

E não se diga que a parte final da alínea a) do nº 1 do art. 21º do CIRC impedia tal conclusão, ao acrescentar “feitas pelos titulares do capital”, pois que as entradas são, bem vistas as coisas, ao menos mediatamente, efetuadas pelos sócios da cindida, os quais pela operação de cisão se tornam sócios da beneficiária. E mesmo que assim não fosse, sempre uma interpretação não estritamente literal (aliás, uma interpretação estritamente literal é proibida pelas regras de interpretação gerais, igualmente aplicáveis em direito fiscal) mas

que atendesse ao espírito do legislador, bem como à coesão do sistema fiscal e à interpretação económica do facto tributário, implicaria tal conclusão.

Não pode pois deixar de se entender que aqueles incrementos patrimoniais são entradas dos sócios. E o artigo 21º (1) (a) do CIRC dispunha então que não concorrem para a formação do lucro tributável as variações patrimoniais positivas nele não refletidas e que correspondam a “*entradas de capital, incluindo os prémios de emissão (...) feitas pelos titulares do capital*”. E na cisão, enquanto transmissão universal de ativos patrimoniais de uma sociedade a favor de outra, sem nenhuma contrapartida para além da atribuição de partes de capital aos sócios da primeira, que se tornam assim sócios da segunda, decorre necessariamente um aumento do património líquido da beneficiária, o qual deverá ser qualificado como “*entradas de capital*”, as quais, como decorre do que se acabou de expor, são “*feitas pelos titulares do capital*” de cindida e beneficiária.

Logo, ainda que exista um evidente incremento patrimonial na entidade beneficiária, em tese suscetível de inclusão no respetivo lucro tributável pela aplicação do princípio do rendimento acréscimo, o legislador foi claro quando excluiu tal incremento de relevo tributário.

É que bem vistas as coisas, não é a sociedade cindida quem aporta um património a favor da sociedade beneficiária, o que seria até contrário ao escopo societário pela ausência de contrapartida. Diversamente, temos antes uma “amputação” patrimonial decidida pelos sócios, para com o património assim amputado constituírem (cisão simples ou cisão dissolução) um novo ente societário (ou reforçarem o seu património, no caso da cisão-fusão), nele prosseguindo, como sócios, o escopo societário correspondente aos elementos “amputados” e originariamente prosseguido na entidade cindida.

Deste modo, tal como se vem explicitando, quem efetivamente efetua a contribuição patrimonial são os sócios da cindida, os quais de modo mediato aportam um património à entidade beneficiária por contrapartida de partes do seu capital⁶.

⁶ Aliás, como referido, só assim se logra compaginar o necessário destaque patrimonial com o escopo societário. Vista a operação no seu conjunto, ela corresponde a um incremento do património colocado à disposição da sociedade beneficiária pelos seus sócios, à custa do empobrecimento da sociedade contribuidora, da qual são igualmente sócios. Deste modo, não só permanece inalterado o valor do

Vistas assim as coisas, a operação encontra-se muito próxima de uma operação de realização de capital social em espécie, similar ao que ocorre na entrada de ativos, com alteração porém do beneficiário da contrapartida, não se justificando que na beneficiária tenha um tratamento fiscal diverso. Do que decorre, igualmente, que a nova alínea introduzida no art. 21º do CIRC pela reforma do IRC, não tem natureza inovadora, que claramente não tem. Inexistia pois, já em 2009, razão para discriminar as entradas aqui em causa para efeitos do n.º 1 do artigo 21.º do Código do IRC, dado constituírem verdadeiras “entradas de capital” para efeitos de qualificação como uma variação patrimonial positiva excluída de tributação.

17. Resumindo, o incremento patrimonial que o ato tributário pretende incluir no lucro tributável de 2009 da Requerente constitui uma variação patrimonial positiva, decorrente de uma entrada de capital feita (ainda que indireta ou mediamente) pelos titulares do seu capital (e, também, do capital social da contribuidora), sendo por isso excluída de qualquer relevância para cômputo do lucro tributável em IRC da entidade beneficiária.

património dos sócios, como se mantém a prossecução do mesmo escopo societário. Por essa razão, quer tal escopo societário, quer a suas condições de concretização, apenas se “renovam”, sendo agora prosseguidos (de modo mais eficaz, ao menos do ponto de vista dos sócios) numa outra esfera jurídica. Por essa razão é manifesto que a contribuição é realizada pelos sócios, que vêm a diminuição do seu património compensada pelo correspondente incremento patrimonial da participação a deter, ou já detida, no capital próprio da sociedade beneficiária da operação. E assim se compreende que a contrapartida pela transferência do património da sociedade cindida para a sociedade beneficiária seja atribuída não à primeira mas aos seus sócios (sem que seja, sequer, necessário pressupor uma prévia atribuição meramente ideal, à transmitente), por conta de quem é efetuada a transferência patrimonial. Mais, a contrapartida não é atribuída à sociedade cindida (e no caso da fusão tal até seria inviável, dada a extinção da sociedade contribuidora, assim como no caso da cisão-dissolução). Inexistem assim, no conjunto da operação, dois momentos propriamente ditos, um primeiro em que se ficcionaria a integração das novas partes de capital da beneficiária na sociedade contribuidora, e um segundo momento em que haveria lugar à posterior atribuição, pela sociedade contribuidora, das partes de capital recebidas aos respetivos sócios. Nestes termos, as novas partes de capital são diretamente recebidas na esfera jurídica dos sócios da sociedade contribuidora.

É assim segura a exclusão de tributação do incremento patrimonial em causa, mesmo que a operação não beneficie do regime de neutralidade fiscal. Ora, tendo entendido de modo oposto, o ato tributário em causa enferma de vício de violação de lei (o citado art. 21º do CIRC), o que o torna anulável, com todas as demais consequências.

É assim indevida a correção à matéria coletável do ano de 2009 da Requerente, correspondente à pretendida inclusão da variação patrimonial positiva no lucro tributável do exercício de 2009 da Requerente - A... SGPS, bem como a correspondente exigência de juros compensatórios.

b) Demais alegados vícios do ato tributário

18. Fica assim prejudicada a análise dos demais vícios imputados ao ato tributário.

V. Decisão

Termos em que se decide neste Tribunal Arbitral julgar integralmente procedente o pedido de declaração de ilegalidade objeto da pronúncia arbitral e, em consequência, anular o ato tributário de liquidação adicional de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) e de juros compensatórios n.º ..., respeitante ao exercício de 2009 e impugnado nos autos.

VI. Valor do processo

De harmonia com o disposto no artigo 306.º, n.º 2, do CPC de 2013, no artigo 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € 681.900,15.

Lisboa, 3 de Janeiro de 2015

Os Árbitros

Jorge Lopes de Sousa

Jaime Carvalho Esteves (relator)

João Menezes Leitão

Com a declaração de que subscrevo a decisão em atenção à interpretação do art. 21.º do CIRC, mas não acompanho os fundamentos que se reportam à conceptualização da figura da cisão, particularmente no que respeita às qualificações aplicadas à situação da sociedade cindida.