

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 231/2019-T

Tema: IRC – Perdão de dívida; Justo valor; Perdas por imparidade em participações sociais.

Acordam os Árbitros José Pedro Carvalho (Árbitro Presidente), Cristiana Maria Leitão Campos e Victor Calvete, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem Tribunal Arbitral, na seguinte:

DECISÃO ARBITRAL

I – RELATÓRIO

1. No dia 1 de Abril de 2019, A..., S.A., NIPC..., com sede na ..., n.º ..., Lisboa, apresentou pedido de constituição de tribunal arbitral, ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, com a redacção introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro (doravante, abreviadamente designado RJAT), visando a declaração de ilegalidade do acto de liquidação de IRC n.º 2013... e respectiva liquidação de juros compensatórios n.º 2013 ... e demonstração de acerto de contas n.º..., do reacerto de liquidação de IRC n.º 2013 ... e respectiva liquidação de juros compensatórios n.º 2013... e demonstração de acerto de contas n.º 2013..., e da liquidação de IRC n.º 2019... e respectiva liquidação de juros n.º 2019... e demonstração de acerto de contas n.º 2019..., no valor de € 980.525,29, assim como da decisão de indeferimento da reclamação graciosa e da decisão de deferimento parcial do recurso hierárquico n.º ...2014..., que tiveram aqueles actos por objecto.

2. Para fundamentar o seu pedido alega a Requerente, em síntese, o seguinte:
- i. a dedutibilidade da perda de €1.251.345,27 não pode ser enquadrada à luz do artigo 41.º do Código do IRC, porquanto a operação que lhe deu origem consubstanciou uma venda de créditos/perda realizada decorrente de uma transmissão onerosa respeitante a instrumentos financeiros/créditos não abrangidos pelas alíneas a) e b) do n.º 9 do artigo 18.º do CIRC;
 - ii. a perda de €1.251.345,27 não consubstanciou um perdão parcial de dívida ou crédito incobrável, mas antes um gasto relevante, ao abrigo do n.º 1 do artigo 23.º do Código do IRC, já que consubstanciou, inequivocamente, um encargo necessário no âmbito da actividade do Requerente;
 - iii. caso tal perda não seja dedutível, estar-se-á perante uma violação do princípio da tributação do lucro real, consagrado no n.º 2 do artigo 104.º da CRP, porquanto, não se aceitarão perdas que no passado tiveram reflexo em proveitos tributáveis;
 - iv. o gasto contabilizado pelo Requerente no exercício de 2010, relativo à variação negativa de justo valor da D... deverá ser acolhido como um gasto meramente potencial e não efectivo, bem como alheio às suas próprias decisões de gestão;
 - v. os resultados negativos apurados com os *Ativos Financeiros Detidos para Negociação* fazem parte da actividade normal do Requerente, não tendo natureza excepcional ou extraordinária, pelo que deverão ser considerados como gastos e não como perdas;
 - vi. o disposto no n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC não é aplicável aos gastos contabilizados pelo Requerente, no exercício de 2010, no montante de €712.978,70, resultantes da aplicação do justo valor por resultados à participação que detém na D...;
 - vii. o regime fiscal das perdas por imparidade, em concreto as relativas a partes de capital, desde que cumpridas as normas emanadas pelo Banco de Portugal, esgota-se no artigo 37.º do CIRC, o qual não pode ser derogado pelo n.º 3 do artigo 45º do CIRC;

- viii. a correcção efetuada pela AT, referente ao acréscimo de 50%, no montante de €1.591.254,04, das perdas por imparidade contabilizadas no exercício que se encontram associadas à participação na B..., classificada como *Ativo Financeiro Detido para Venda* ao justo valor por capitais próprios e subsequentes liquidações, decorreu de uma incorreta interpretação e aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 45.º do CIRC;
3. No dia 2 de Abril de 2019, o pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite e automaticamente notificado à AT.
4. A Requerente não procedeu à nomeação de árbitro, pelo que, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, o Senhor Presidente do Conselho Deontológico do CAAD designou os signatários como árbitros do tribunal arbitral colectivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.
5. Em 24-05-2019, as partes foram notificadas dessas designações, não tendo manifestado vontade de recusar qualquer delas.
6. Em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, o Tribunal Arbitral colectivo foi constituído em 14-06-2019.
7. No dia 06-09-2019, a Requerida, devidamente notificada para o efeito, apresentou a sua resposta defendendo-se por impugnação.
8. No dia 14-01-2020, realizou-se a reunião a que alude o artigo 18.º do RJAT, onde foram inquiridas as testemunhas, no acto apresentadas pela Requerente e pela Requerida.

9. Tendo sido concedido prazo para a apresentação de alegações escritas, foram as mesmas apresentadas pelas partes, pronunciando-se sobre a prova produzida e reiterando e desenvolvendo as respectivas posições jurídicas.
10. Foi indicado que a decisão final seria notificada até ao termo do prazo previsto no art.º 21.º/1 do RJAT, com a prorrogações necessárias.
11. O Tribunal Arbitral é materialmente competente e encontra-se regularmente constituído, nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 5.º e 6.º, n.º 2, alínea a), do RJAT. As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão legalmente representadas, nos termos dos artigos 4.º e 10.º do RJAT e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março.
O processo não enferma de nulidades.
Assim, não há qualquer obstáculo à apreciação da causa.

Tudo visto, cumpre proferir

II. DECISÃO

A. MATÉRIA DE FACTO

A.1. Factos dados como provados

- 1- O Requerente exerce a actividade de “*Outra Intermediação Monetária*” CAE 64190, encontrando-se nessa qualidade, sujeito à supervisão do Banco de Portugal e da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.
- 2- O Requerente estava, no exercício de 2010, enquadrado, em sede de IRC, no regime geral de tributação e no regime de isenção temporária aplicável em razão da existência de uma sucursal financeira exterior na Zona Franca da Madeira.
- 3- Em 2007, o Requerente constituiu uma provisão para fazer face a créditos concedidos por si, no âmbito de um sindicato bancário do qual faz parte, à sociedade de direito espanhol C..., S.A. (doravante, “C...”).

- 4- Ao longo dos anos 2007 a 2010, o Requerente foi cobrando juros sobre o financiamento concedido à “C...”, no montante total de € 1.702.666,39.
- 5- A situação económico financeira da “C...” tornou-se precária.
- 6- Em 2010, foi efectuada uma análise financeira da empresa, tendo sido traçado um cenário de não pagamento da sua dívida bancária num futuro próximo, pelo facto de, com elevado grau de probabilidade, a actividade desenvolvida não conseguir gerar *cash-flows* suficientes.
- 7- As probabilidades de recuperação total do crédito concedido pelo Requerente, atendendo às condições de viabilidade daquela entidade, eram reduzidas.
- 8- O Requerente renegociou os termos do contrato de financiamento à “C...” e a forma de reembolso do capital concedido.
- 9- Neste contexto, foram apresentadas pelos accionistas da “C...” duas alternativas: reestruturação da dívida, envolvendo perdões parciais, capitalização de juros e dilação de prazos, ou o pagamento, por parte da “C...” de um valor inferior ao capital do financiamento concedido, o que o Requerente aceitou, por forma a tentar minimizar as perdas no âmbito desse processo.
- 10- Neste contexto, os membros do sindicato bancário do qual o Requerente faz parte e a “C...” celebraram um contrato designado “*Contrato de amortización, cancelación, y extinción de contrato de financiación*”, nos termos do qual:
«(...) A resultas de los referidos pagos, (i) Las Entidades Acreditantes manifiestan no tener nada que reclamar frente a la sociedad, com causa u origen o por razón del Contrato de Financiación que se cancela por virtud del Contrato que por la presente se eleva a público, ya sea por principal, intereses ordinários, demora, comisiones y gastos así como por cualquier outro concepto, por lo que OTORGAN la presente CARTA DE PAGO a favor da sociedade (C...) por la total suma adeudada com cuasa en el referido Contrato de Financiación, (ii) las Partes dan por terminadas y extinguidas todas y caulesquieras relaciones existentes entre la Sociedad y las Entidades Acreditantes, com causa u origen en el Contrato de Financiación, declarando las Entidades Financieras estar saldadas e finiquitadas por todos los conceptos y renunciando las mismas a ejercitar cualquier tipo de acciones, de cualquier

naturaleza o reclamar cantidad alguna sobre la base de dicho Contrato de Financiación, o relaciones conexas al mismo, (iii) queda amortizado, cancelado y extinguido el Contrato de Financiación, y todo ello en los términos y condiciones que constan en el Contrato que por la presente se eleva a público, (iv) (...)».

- 11- Através da operação referida, o Requerente recuperou €5.004.836,53 e incorreu numa perda de €1.251.345,27.
- 12- A referida perda deu origem a que o Requerente utilizasse, no exercício de 2010, a provisão constituída para fazer face ao crédito concedido à “C...”, tendo deduzido o montante de €1.251.345,27 para efeitos do apuramento do lucro tributável.
- 13- Com o recebimento da quantia acordada, o Requerente renunciou à interposição de qualquer tipo de acção para reclamar o pagamento da parte restante ou de qualquer compensação ou remuneração conexas com o contrato de financiamento.
- 14- O Requerente na relevação contabilística da utilização da provisão para créditos de cobrança duvidosa/perdas por imparidade qualificou a parte não recuperada do crédito como incobrável, tendo considerado a perda como fiscalmente aceite, através da dedução efetuada no Quadro 07 da declaração de rendimentos modelo 22.
- 15- A “C...” acabou por ser dissolvida/liquidada no decorrer do exercício de 2012.
- 16- O Requerente detinha, em 31-12-2010, 19.269.697 ações da empresa espanhola D..., representativas de 0,53% do capital da empresa, que se encontravam qualificadas, para efeitos contabilísticos, como “*Ativos Financeiros Detidos para Negociação*” e apresentavam um valor de balanço de €1.213.991,00 (0,063€ por ação).
- 17- Estes instrumentos financeiros foram adquiridos pelo Requerente, no exercício de 2010, pelo montante de €1.926.969,70 (€0,10 por ação) e encontravam-se admitidos à negociação em mercado regulamentado, designadamente na Bolsa de Madrid.
- 18- Com referência a 31-12-2010, verificou-se que o justo valor de D... era inferior ao respectivo valor de aquisição.
- 19- O Requerente contabilizou como gastos do exercício de 2010, o montante de €712.978,70, respeitante à diferença entre o justo valor da participação nessa empresa àquela data e o seu valor de aquisição.

-
- 20- Em 31-12-2010, o Requerente detinha 1.600.000 de ações da empresa espanhola B..., representativa de 0,18% do capital da empresa, que se encontravam classificadas, para efeitos contabilísticos, como “Ativos Financeiros Disponíveis para Venda”.
- 21- Tendo o Requerente verificado, ao longo do exercício de 2010, que este activo evidenciava estar em imparidade, transferiu de capitais próprios para resultados do exercício, e enquanto perdas por imparidade, o montante de € 3.481,708,08.
- 22- Dado que em 31-12-2010 esta participação, por comparação com as perdas por imparidade registadas durante o ano, sofreu uma ligeira valorização, no montante de €299.200,00, este foi contabilizado em capitais próprios como variação positiva na “Reserva do justo valor”.
- 23- O Requerente, para efeitos de apuramento do resultado fiscal do ano de 2010, acresceu o montante de €299.200,00.
- 24- Da perda por imparidade contabilizada no montante de €3.481.708,08, o Requerente relevou o montante €3.182.508,08.
- 25- Em 31-05-2011, o Requerente submeteu a primeira declaração de rendimentos modelo 22 de IRC, relativa ao exercício de 2010, na qual se apurou um valor de IRC a reembolsar de €8.399.709,47.
- 26- Na sequência da entrega da referida declaração, foi emitida a liquidação de IRC n.º 2012..., na qual se apurou um valor a reembolsar de €8.535.945,87, sendo €8.399.709,47 a título de IRC e €136.236,39 a título de juros indemnizatórios.
- 27- Em 30-05-2012, o Requerente submeteu uma declaração de rendimentos modelo 22 de IRC de substituição por referência ao exercício de 2010, no âmbito da qual o montante de IRC a reembolsar foi atualizado para €8.791.953,59, resultando um reembolso adicional de imposto de €392.244,12.
- 28- O Requerente nunca chegou a ser reembolsado da totalidade do referido montante adicional de IRC de €392.244,12.
- 29- Em 13-08-2012, o Requerente foi notificado da demonstração de acerto de contas n.º 2012..., da qual resultou o valor adicional a reembolsar ao Requerente na sequência da entrega da declaração modelo 22 de substituição, de €256.007,73.

- 30- Na mesma data, o Requerente foi notificado da demonstração de aplicação de crédito n.º 2012..., que procedeu à compensação do montante de €256.007,73 com uma dívida tributária do Requerente, de Imposto do Selo do ano de 2006, no valor de €304.572,64.
- 31- A referida compensação foi anulada e o valor de €256.007,73 foi reembolsado ao Requerente no exercício de 2013.
- 32- O Requerente foi objecto de uma acção inspectiva de âmbito geral, credenciada pela Ordem de Serviço n.º OI2012..., efectuada pela Unidade dos Grandes Contribuintes, ao exercício de 2010.
- 33- Em 30-11-2012, através do Ofício n.º..., de 30-11-2012, o Requerente foi notificado do projecto de relatório de inspecção, no qual se propunha correcções à matéria colectável de IRC, no montante total de €3.777.521,01 e para, querendo, exercer direito de audição prévia.
- 34- O Requerente exerceu direito de audição.
- 35- Em 28-12-2012, o Requerente foi notificado do Relatório Final de Inspeção, tendo a Unidade dos Grandes Contribuintes mantido as correcções propostas no relatório de inspeção, designadamente:
- Gastos não dedutíveis – “Amortização” da contribuição efectuada para o ACE TEEM II, no valor de €166.786,76;
 - Depreciações e amortizações não aceites como gasto – Obras no Edifício-Sede, no montante de €248.531,06;
 - Crédito incobrável – utilização da provisão para cobrança duvidosa, no valor de €1.251.345,41;
 - Perdas relativas a partes de capital, no montante total de €1.947.743,79, sendo €356.489,35 referente à limitação a 50% do justo valor/valorização negativa do título “D...”, e €1.591.254,04 referente à limitação a 50% das perdas por imparidade constituídas para o título “B...”;
 - Menos-valia fiscal de viaturas alienadas no exercício de 2010, cujo valor de aquisição foi superior a €29.927,87, no montante de €31.641,67.

- 36- Na sequência das correcções efetuadas em sede inspectiva, o Requerente foi notificado da liquidação adicional de IRC n.º 2013..., da liquidação de juros compensatórios n.º 2013... e da demonstração de acerto de contas n.º 2013..., relativas ao exercício de 2010.
- 37- Por aceitar a validade da correcção proposta relacionada com as realizações de utilidade social, no montante de €131.472,82, o Requerente procedeu ao pagamento do IRC associado àquela correcção, no valor de €33.541,00.
- 38- O Requerente não procedeu ao pagamento do remanescente tendo, por forma a suspender o processo de execução fiscal, constituído garantia bancária no valor de €1.175.583,53.
- 39- Em Março de 2013, o Requerente foi notificado da demonstração de reacerto financeiro de liquidação de IRC n.º 2013... e da demonstração de acerto de contas n.º 2013... .
- 40- O Requerente apresentou em 26-06-2013, reclamação graciosa tendo por objecto os referidos actos de liquidação.
- 41- Em 31-12-2013, o Requerente procedeu ao pagamento do montante de €924.968,94, ao abrigo do Regime Excepcional de Regularização de Dívidas.
- 42- Através do Ofício n.º ... de 14 de Março de 2014, o Requerente foi notificado do projecto de decisão de reclamação graciosa e para, querendo, exercer direito de audição.
- 43- O Requerente não exerceu direito de audição.
- 44- Em 16-04-2014, o Requerente foi notificado da decisão de indeferimento da reclamação graciosa.
- 45- Em 16-05-2014, o Requerente apresentou recurso hierárquico tendo por objecto a decisão de indeferimento da reclamação graciosa.
- 46- Em 01-01-2019, o Requerente foi notificado da decisão de deferimento parcial do recurso hierárquico n.º ...2014..., nos termos da qual a AT rectificou a correcção efectuada referente às “Depreciações e amortizações relacionadas com obras efetuadas no Edifício-Sede”, tendo tal correcção passado de €248.531,06 para €231.006,51, mantendo as restantes correcções efectuadas em sede de IRC.
- 47- Da decisão de deferimento parcial do recurso hierárquico consta, além do mais, o seguinte:

IV – Análise do Recurso Hierárquico*

A Recorrente, A... SA, é uma sociedade anónima pertencente ao Grupo da E..., que exerce a atividade de "Outra Intermediação Monetária" CAE 64 190, especializada na banca de investimento, encontrando-se sujeita à supervisão do Banco de Portugal e da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Não se conformando, a Recorrente, com a decisão de indeferimento da reclamação graciosa apresentada, entendeu recorrer hierarquicamente no que concerne às seguintes correções:

- ✓ Gastos não dedutíveis
Amortização da contribuição efetuada para o ACE F...
- ✓ Depreciações e amortizações não aceites como gastos
Obras no edifício sede
- ✓ Crédito incobrável
Utilização da provisão para cobrança duvidosa
- ✓ Perdas relativas a partes de capital
Limitação de 50% do justo valor/ valorização negativa do título D...
Limitação de 50% das perdas por imparidade constituídas para o título B...
- ✓ Menos-valia fiscal de viaturas alienadas no exercício de 2010

3. Crédito Incobrável não dedutível nos termos do artigo 41º do CIRC

Correção no valor de 1.251.345,31 € referente a perdão de dívida imputado à Sucursal Financeira Exterior

• **Alegações da Recorrente**

Vem a Recorrente discordar da qualificação dada pelos serviços da inspeção, ao justificarem a não dedutibilidade do citado montante, alegando que não se encontram preenchidos os requisitos enunciados no artigo 41º do CIRC, para que seja considerado um crédito incobrável.

Em outubro de 2007, a Recorrente efetuou um contrato de financiamento ao seu cliente espanhol " C... SA".

No entanto, a situação financeira apresentada pela " C... " no exercício de 2010 e nos anos precedentes revelava-se de tal forma deficitária, que as probabilidades de recuperar o crédito concedido tornavam-se cada vez mais reduzidas. Esta situação acabou por culminar na dissolução da sociedade no período de 2012.

Perante tal situação a Recorrente viu-se obrigada a renegociar os termos do contrato de financiamento, com vista a recuperar o máximo do capital concedido, que ascendia a 6.256.181,80 €.

Neste âmbito, e atendendo às propostas apresentadas pelos acionistas da " C... " decidiu-se a Recorrente por realizar uma operação de venda abaixo do par, o que lhe permitiu arrecadar o valor de 5.004.836,53 €, em face do que incorreu numa inevitável perda de 1.251.345,27 €.

Referindo que através desta venda de créditos com desconto, conseguiu recuperar, no imediato, e sem correr riscos, grande parte da totalidade do crédito concedido.

No seguimento, insiste a Recorrente que independentemente da forma jurídica como a perda assumida foi realizada, a mesma não consubstancia um crédito incobrável, não tendo portanto enquadramento no artigo 41º do CIRC, mas sim um encargo/ gasto fiscalmente dedutível nos termos do artigo 23º do CIRC.

Concluindo que a perda assim incorrida, no montante de 1.251.345,31 € se mostra indispensável para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, conforme previsto no nº 1 do artigo 23º do CIRC,

na medida em que a atividade de concessão de crédito desempenha um papel fulcral no negócio por si devolvido.

• **Parecer**

Conforme relatado pelos serviços da inspeção tributária da UGC, a análise à informação disponível no dossier fiscal, elaborado nos termos do artigo 130º do CIRC, permitiu constatar que no mapa de provisões Modelo 30, a Recorrente utilizou uma provisão para cobrança duvidosa no montante de 1.251.345,31 € imputada à atividade da Sucursal Financeira Exterior.

No ano da constituição da referida provisão, que ocorreu no exercício económico de 2007 foi a mesma tributada, em virtude de ter sido acrescida ao resultado líquido da Recorrente por não ter enquadramento na disciplina imposta pelo Banco de Portugal.

Em causa está um empréstimo sindicado⁴ concedido ao cliente espanhol "C... SA".

Vem a Recorrente argumentar que em resultado de uma análise financeira efetuada ao referido cliente concluiu que o mesmo não apresentava capacidade financeira para fazer face ao pagamento da dívida junto da Recorrente no valor de 6.256.181,80 €, em face do que aceitou uma das propostas dos acionistas da "C..." que consistiu na "compra da dívida a desconto".

Assim, no exercício de 2010, e em resultado desta operação realizou o valor de 5.004.836,53 €, verificando-se uma perda de 1.251.345,27 €, valor que considerou como incobrável mediante inscrição no campo 762 da declaração de rendimentos Modelo 22.

Em face do exposto, e numa primeira abordagem, não se entende como pode a Recorrente vir colocar em causa os fundamentos da correção efetuada, ou seja o facto de não estarem reunidos os requisitos do artigo 41º do CIRC, defendendo que

estão em causa encargos/ gastos indispensáveis à formação do lucro tributável, tal como mencionado no nº 1 do artigo 23º do CIRC, quando foi a própria Recorrente a reconhecer a incobrável da perda no montante de 1.251.345,27 €.

Em segundo lugar, e conforme menciona a Recorrente, o reconhecimento da incobrável do valor não ressarcido, resultou de uma análise financeira ao cliente 'C...', que lhe permitiu concluir que a situação económica ou financeira desta empresa era extremamente precária, não lhe permitindo gerar cash-flow suficiente à satisfação dos seus compromissos.

Dispõe o artigo 41º do CIRC sob a epígrafe "Créditos Incobráveis" que: "*1 – Os créditos incobráveis podem ser diretamente considerados gastos ou perdas do período de tributação desde que: a) Tal resulte de processo de insolvência e de recuperação de empresas, de processo de execução, de procedimento extrajudicial de conciliação para viabilização de empresas em situação de insolvência ou em situação económica difícil mediado pelo IAPMEI – Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento, de decisão de tribunal arbitral no âmbito de litígios emergentes (...)*".

Foi também questionada a Recorrente se se encontrava a correr algum dos processos/ procedimentos enunciados no artigo 41º do CIRC, veio a mesma esclarecer que, naquela data, a empresa não se encontrava em processo de insolvência.

Em face do que, esta provisão não pode ser aceite fiscalmente, dado que não se encontram satisfeitas as condições previstas no artigo 41º do CIRC.

Assim, considera-se corretamente efetuada e devidamente fundamentada a correção promovida pelos serviços da inspeção tributária no valor de 1.251.345,31€.

4. Acréscimo de 50 % da variação de justo valor negativa por aplicação do nº 3 do artigo 45º do CIRC

Correção no valor de 356.489,35 € referente ao valor deduzido à matéria coletável como ajustamento negativo por aplicação do método do justo valor à participação detida na empresa espanhola " D... " registada na carteira de "Ativos Financeiros Detidos para Negociação"

• Alegações da Recorrente

Vem a Recorrente esclarecer que detinha 0,53 % do capital da empresa espanhola " D... ", participação que se encontrava classificada para efeitos contabilísticos como "Ativos Financeiros Detidos para Negociação" apresentado à data de 31.12.2010 um valor de balanço de 1.213.991,00 €.

Estes instrumentos financeiros tinham sido adquiridos no próprio exercício de 2010, pelo montante de 1.926.969,70 €, e encontravam-se admitidos à negociação num mercado regulamentado, designadamente na Bolsa de Madrid.

Verificando-se que o justo valor da " D... ", com referência a 31.12.2010 era inferior ao valor de aquisição, a Recorrente contabilizou como gasto do exercício de 2010, o montante de 712.978,70 € em resultado do reconhecimento ao justo valor da participação detida, decorrente da aplicação das Normas Contabilísticas Ajustadas aplicáveis ao setor bancário.

Pelo efeito, o resultado contabilístico e fiscal do exercício de 2010 foi, afetado negativamente por este montante.

No seguimento, os serviços da inspeção tributária da UGC consideraram que os gastos referentes à variação negativa do justo valor da participação detida na "La Seda" só concorrem em 50% para efeitos fiscais, pelo que deve a Recorrente acrescer no Quadro 07 do seu Modelo 22 o valor de 356.489,35 €.

Vem a inspeção alegar que este ajustamento ao justo valor se enquadra no conceito de "outras perdas (...) relativas a partes de capital", de acordo com o

previsto no n.º 3 do artigo 45.º do CIRC, pelo que concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor.

Confrontado com esta posição, a Recorrente defende que as Normas Contabilísticas Ajustadas aplicadas às instituições de crédito nacionais determina que quando estas adquiram participações financeiras e as classifiquem como "Ativos Financeiros Disponíveis para Negociação" deverão evidenciar os mesmos no seu balanço pelo correspondente justo valor, devendo estas variações ser registadas em resultados do exercício.

Defende ainda que, quer os ganhos quer os gastos contabilizados num determinado exercício, que se encontrem valorizados ao justo valor, tem uma natureza meramente potencial.

Reafirmando que estes ganhos ou gastos não correspondem a quaisquer vantagens ou prejuízos económicos efetivamente realizados, pois decorrem de condições de mercado aplicáveis em cada momento e não de qualquer decisão de gestão.

Em suma, é convicção da Recorrente que o n.º 3 do artigo 45.º do CIRC se aplica apenas às perdas ou variações patrimoniais que se demonstrem definitivas e não meramente potenciais, como é o caso da situação em apreço.

Reforça, ainda, a Recorrente, que o regime fiscal aplicável aos gastos decorrentes da aplicação do justo valor já se encontra previsto, do ponto de vista geral e abstrato, na norma geral e comum da alínea i) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC, bem como, do ponto de vista concreto, na norma excecional que é o n.º 9 do artigo 18.º desse Código.

• **Parecer**

A partir do Inventário de Títulos constante do processo de documentação fiscal previsto no artigo 130.º do CIRC, os serviços da inspeção tributária verificaram que a Recorrente detinha, em 31.12.2010, 19.269.697 ações da empresa espanhola "D... ", representativas de 0,53 % do capital da empresa e admitidos à

negociação em mercado regulamentado, designadamente na Bolsa de Madrid, classificados na contabilidade da Recorrente em *“Ativos financeiros detidos para negociação”*.

Com referência a 31.12.2010 verificou-se que o justo valor da “ D... ” era inferior ao valor de aquisição, de onde resultou o apuramento de perdas em partes de capital que ascenderam a 712.978,70 € influenciando na sua totalidade a formação do lucro tributável, pois não foi registado qualquer acréscimo ao lucro tributável relativamente às mesmas.

A Recorrente não aceita que, com referência às perdas supra referidas, tenha sido aplicado o normativo legal estabelecido no n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC, dando origem à correção fiscal no montante de 356.489,35 €, correspondente a 50% do montante apurado (712.978,70 € x 0,5).

Uma vez que os ativos financeiros de negociação são adquiridos com um propósito de venda num futuro muito próximo e valorizados ao justo valor através de resultados, importa saber se as perdas relevadas na contabilidade referentes a reduções do justo valor apuradas na carteira referente a esses ativos caem no âmbito da aplicação do n.º3 do artigo 45.º do Código do IRC.

A estrutura concetual do Sistema de Normalização Contabilística – SNC no seu &.98 define *“justo valor”* como *“a quantia pelo qual um ativo poderá ser trocado ou um passivo liquidado, entre partes conhecedoras e dispostas a isso, numa transação em que não exista relacionamento entre elas”*.

O modelo do justo valor contém um risco de subjetividade, quando comparado com a objetividade do modelo do custo, podendo a fiabilidade das mensurações ao justo valor ser significativamente afetada quando não existam mercados ativos. No entanto, o justo valor revela-se um critério particularmente adequado para alguns instrumentos financeiros transacionados em mercados ativos.

Contabilisticamente, a aplicação do justo valor traduz-se no reconhecimento de gastos e rendimentos não realizados na demonstração de resultados. A utilização

deste método é admitida sempre que os bens/direitos sejam negociados em mercados regulamentados, ou quando o justo valor possa ser obtido de forma fiável nos casos especificamente contemplados nas normas contabilísticas.

No âmbito fiscal, dispõe o nº9 do artigo 18º do Código do IRC, que *“os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos do período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados, exceto quando: a) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos de capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5% do respetivo capital social; ou b) Tal se encontre expressamente previsto neste Código.”*

Ainda, em termos fiscais, a adaptação do Código do IRC, às normas internacionais de contabilidade adotadas pela União Europeia e ao Sistema de Normalização Contabilística (SNC), relativamente à adoção do modelo do justo valor, implicou, para além do aditamento do nº9 do artigo 18º do CIRC, alterações na redação do nº1 do artigo 20º, do nº1 do artigo 23º, bem como do nº1 do artigo 46º, todos do CIRC.

Assim, a partir de 01.01.2010⁵ até 2013 (inclusive), passaram-se a qualificar como rendimentos os resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros, conforme estabelece a alínea f) do nº1 do artigo 20º do CIRC, ao mesmo tempo que passaram a considerar-se gastos os resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros de acordo com o prescrito na alínea i) do nº1 do artigo 23º do CIRC.

Quanto ao conceito de mais-valias e de menos-valias previsto no nº1 do artigo 46º do CIRC o mesmo sofreu uma alteração substancial, afastando taxativamente

daquela definição os instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor nos termos das alíneas a) e b) do n.º9 do artigo 18.º do CIRC.

Com efeito, dispõe a alínea b) do n.º1 do artigo 46.º do CIRC, desde 2010 que *"Consideram-se mais-valias ou menos-valias realizadas os ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere e, bem assim, os decorrentes de sinistros ou os resultantes da afetação permanente a fins alheios à atividade exercida, respeitantes a: (...) b) Instrumentos financeiros, com exceção dos reconhecidos pelo justo valor nos termos das alíneas a) e b) do n.º9 do artigo 18.º"*.

Por seu turno, na redação à data dos factos (2010), o artigo 45.º do Código do IRC, sob a epígrafe *"Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais"*, dispõe no seu n.º3 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, 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."*

Relativamente a esta norma a AT divulgou em ficha doutrinária o entendimento de que *"(...) no caso de ser apurada uma perda por redução do justo valor, o artigo 45.º, n.º3, do CIRC, estabelece que «...outras perdas...relativas a partes de capital,...concorrem para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor»(...) sendo as reduções de justo valor destas partes de capital, qualificadas como perdas deverão ser consideradas, nos termos do referido artigo 45.º, n.º3 do CIRC, em 50% do seu valor"*.

Não obstante e em face de opiniões e de decisões jurisprudenciais do CAAD contrárias à posição da AT, foi novamente objeto de estudo e de debate neste serviço da Administração Direta do Estado, a questão relacionada com o sentido e alcance do n.º3 do art.º 45.º do Código do IRC, no tocante aos ajustamentos

resultantes do justo valor em investimentos financeiros designadamente no que respeita às perdas resultantes da mensuração ao justo valor dos instrumentos de capital previstos na alínea a) do nº9 do artigo 18º do Código do IRC, com a finalidade de reponderar se as mesmas concorrem em apenas 50% para a determinação do lucro tributável, nos termos do nº3 do artigo 45º do Código do IRC, ou se pelo contrário devem concorrer pela totalidade.

Após análise de todos os aspetos e opiniões sobre a matéria *sub judice*, mantêm-se as instruções constantes na ficha doutrinária nº 39/2011, aplicável à generalidades dos sujeitos passivos.

Com efeito, por Despacho da Diretora Geral da AT, de 14.11.2018 foi emitido entendimento no sentido da permanência da aplicação da doutrina, segundo a qual às perdas de justo valor previstas na alínea a) do nº 9 do artigo 18º do CIRC se aplica a limitação da dedutibilidade em 50% prevista no anterior nº3 do artigo 45º do CIRC.

Este entendimento teve por base:

- ✓ Que a alteração efetuada ao nº 9 do artigo 18º do CIRC veio permitir que alguns rendimentos ou gastos, ainda não realizados, possam concorrer para a formação do lucro tributável, nomeadamente os previstos nas alíneas a) e b) daquele preceito, importando perceber nomeadamente, que tipo de investimentos o legislador visou abranger pela referida disposição.
- ✓ Nesse sentido, verifica-se que a ração do legislador fiscal no que respeita à valorização dos instrumentos financeiros ao justo valor envolve apenas os casos em que a verificabilidade e fiabilidade na sua determinação esteja em princípio assegurada e, de cumulativamente, esses investimentos não ultrapassem 5% do capital da entidade. Chamando-se a atenção para o surgimento de muitas outras questões relativas a esses instrumentos com um preço formado num mercado regulamentado, nomeadamente, o objetivo associado à detenção desses instrumentos pelo sujeito passivo e o período de permanência que os caracteriza.

- ✓ Consequentemente, mantendo-se reservas quanto à interpretação que exclui a limitação da dedutibilidade prevista no revogado n.º 3 do artigo 45.º do CIRC, uma vez que entendemos que não será óbvia a demonstração de que o legislador tenha pretendido pôr fim ao tratamento desigual das variações positivas e negativas, mediante a adoção do modelo do justo valor na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do CIRC.
- ✓ Atualmente a contabilidade está orientada para o valor atual dos ativos (não para o custo histórico) dando-se importância à informação fornecida para entidades externas à empresa, no sentido de as mesmas conhecerem a noção real e atual dos seus ativos. Por esse facto, a consideração do Justo Valor para efeitos fiscais tem uma ligação imediata à cotação oficial dos títulos, encontrando-se sujeita a um mercado regulado por entidades oficiais. O facto tributário deixa de se associar à venda de títulos – realização das mais ou menos valias - passando a estar associado à oscilação da cotação oficial entre o início e o fim do período de tributação, estando estas mais-valias ou menos-valias assim determinadas pelo justo valor abrangidas por uma natureza meramente potencial ou provisória, porque o valor dos ativos consubstancia-se numa posição financeira, sendo que não existe uma efetiva entrada de capital ou perda de capital face ao custo histórico.
- ✓ Assim, parece evidente que o legislador aquando do acolhimento do modelo do justo valor, terá optado por manter a aplicação do princípio da realização relativamente aos instrumentos financeiros mensurados ao justo valor cuja contrapartida seja reconhecida em capitais próprios, bem como as partes de capital que correspondam a mais de 5% do capital social, ainda que reconhecidas pelo justo valor através de resultados.
- ✓ Já, de maneira oposta, quando estejam em causa instrumentos financeiros que correspondam a menos de 5% do capital social cuja contrapartida seja reconhecida através de resultados e naqueles casos em que a fiabilidade da determinação do justo valor esteja em princípio assegurada, o legislador terá

optado por aceitar a aplicação do modelo do justo valor, excluindo o princípio da realização.

- ✓ Afigura-se que o legislador pretendeu garantir que os ajustamentos associados ao justo valor dos instrumentos financeiros previstos na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do Código do IRC, fossem imediatamente tributados no período de tributação em que se verificam.
- ✓ De notar que, uma interpretação diferente implicaria um tratamento mais favorável para os gastos ou perdas de justo valor relativos a partes de capitais face às menos-valias ou variações patrimoniais negativas de instrumentos da mesma natureza, conduzindo a discrepâncias no tratamento fiscal consoante se verificassem ou não os requisitos na alínea a) n.º 9 do artigo 18.º do CIRC, entre os quais avulta designadamente no caso de sujeitos passivos que aplicassem as normas internacionais de contabilidade a opção pela sua contabilização pelo justo valor através de resultados ou através de capitais próprios por razões exclusivamente fiscais.
- ✓ Não pode o intérprete conceber um resultado que o legislador manifesta e expressamente não só não previu como não é seguro concluir que seja contrário à sua intenção.
- ✓ Assim é de considerar que, por força da conjugação da alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º com o disposto na alínea f) do n.º 1 do artigo 20.º e na alínea i) do n.º 1 do artigo 23.º todos do CIRC, os ganhos e perdas decorrentes da aplicação do critério do justo valor por resultados, concorrem para o lucro tributável de cada período de tributação, sendo que a coexistência destes normativos com a redação do n.º 3 do artigo 45.º do CIRC, leva a concluir que, ao introduzi-los no Código do IRC, se o legislador tivesse pretendido dar um tratamento diferente às perdas resultantes da aplicação do justo valor teria alterado a redação da norma em conformidade, vincando expressamente a sua intenção, como aliás também não o fez ao tempo da criação de idênticos regimes para as empresas do setor bancário e segurador.

- ✓ Parece adequado que o legislador tenha pretendido manter um tratamento uniforme das perdas ou variações patrimoniais associadas às partes de capital, independentemente do nível de participação que aquelas partes representassem no capital e do critério de mensuração adotado, já que, como referido, permaneciam casos em que à perda de valor, apesar de verificada em instrumentos de capital próprio com preço formado em mercado regulamentado (como sejam as situações em que o sujeito passivo detém mais de 5% do capital ou em que detém menos de 5% mas opta pela contabilização dos ajustamentos resultantes das alterações no justo valor em contas de capital próprio) se continuava a aplicar a limitação em 50% de dedutibilidade das perdas.
- ✓ Entende-se que o legislador optou por dar prevalência ao princípio da neutralidade no tratamento fiscal das perdas ou variações patrimoniais associadas a partes de capital, independentemente do método de mensuração, salvaguardando em simultâneo, a imprevisibilidade de eventuais efeitos negativos nas receitas fiscais, decorrente das flutuações das cotações do mercado.

Concluindo

A norma prevista no n.º 3 do artigo 45.º do CIRC reporta-se a diferenças negativas entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio, e a outras variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio.

Face ao exposto mantem-se a interpretação de que as perdas decorrentes da redução do justo valor de instrumentos financeiros, designadamente partes de capital, e, bem assim, as perdas associadas à alienação de partes de capital valorizadas ao justo valor, caem no âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 45.º do CIRC, pelo que, nesse sentido, só deverão ser consideradas, para efeitos do apuramento do lucro tributável, em metade do seu valor.

Este entendimento converge com o sentido do n.º 3 do artigo 45.º do Código do IRC, evitando comportamentos fiscalmente abusivos, que poderiam ser alcançados através da percentagem de detenções das participações sociais com preço formado em mercado regulamentado.

Por último, é de referir que a decisão jurisprudencial do CAAD referida pela Recorrente para sustentar a sua posição é contrariada em outras decisões do mesmo tribunal arbitral, veja-se as decisões proferidas nos Processos n.º 25/2015-T de 24.09.2015, n.º 90/2016-T, de 26.10.2016, bem como a declaração de voto vencido junta à decisão do CAAD proferida no Processo n.º 351/2016-T, de 30.05.2017.

Face ao exposto, propõe-se a manutenção da correção fiscal contestada, no montante 356.489,35 €, por se considerar que os ajustamentos provenientes de reduções de justo valor de "ativos financeiros detidos para negociação" estão contemplados na norma prevista no n.º3 do art.º 45.º do Código do IRC.

5. Acréscimo de 50 % das perdas por imparidade constituídas, por aplicação do n.º 3 do artigo 45.º do CIRC

Correção no valor de 1.591.254,04 € ao valor deduzido à matéria coletável, a título de perdas por imparidade constituídas por referência à participação detida na empresa espanhola " B... " registada na carteira de "Ativos Financeiros Disponíveis para Venda"

• **Alegações da Recorrente**

Vem a Recorrente esclarecer que detinha 0,18 % do capital da empresa espanhola " B.. ", participação que se encontrava classificada como "Ativos Financeiros Disponíveis para Venda".

Acrescentando que, de acordo com as Normas Contabilísticas Ajustadas estes ativos foram mensurados ao justo valor por capitais próprios, devendo os

cumprimento das normas prudenciais e à supervisão do Banco de Portugal estabelecidas naquele diploma e à adoção das Normas Internacionais de Contabilidade conforme estabelece o Aviso nº 1/2005 de 28 de fevereiro articulado com a Instrução nº 23/2004, com as exceções aí identificadas, as quais não contemplam os instrumentos financeiros sob apreciação.

Já, a Norma Internacional de Contabilidade 39 (IAS 39) trata da mensuração dos ativos financeiros e dos passivos financeiros, sendo que as perdas por imparidade das instituições financeiras estão reguladas nos parágrafos 58 a 70. Dispõe o parágrafo 58 da IAS 39 que *“uma entidade deve avaliar à data de cada balanço se existe ou não qualquer prova objetiva de um ativo financeiro ou um grupo de ativos financeiros esteja com imparidade. Se tal prova existir a entidade deve aplicar o parágrafo 63 (para ativos financeiros escriturados pelo custo amortizado), o parágrafo 66 (para ativos financeiros escriturados pelo custo) ou o parágrafo 67 (para ativos financeiros disponíveis para venda) para determinar a quantia de qualquer perda por imparidade”*.

Por outro lado, a divulgação e apresentação dos instrumentos financeiros é tratada na IAS 32 e os princípios aí estabelecidos complementam os princípios enunciados na IAS 39, conforme se encontra expresso no parágrafo 3 da IAS 32.

Nos termos do parágrafo 9 da IAS 39 designam-se *“ativos financeiros disponíveis para venda”* os ativos financeiros não derivados que sejam designados como disponíveis para venda ou que não sejam classificados como:

- ✓ empréstimos concedidos ou contas a receber;
- ✓ investimentos detidos até à maturidade, ou;
- ✓ ativos financeiros pelo justo valor por via dos resultados.

No tocante à definição de perda por imparidade, a mesma encontra-se vertida no parágrafo 4 da NCRF 12 – Imparidade de Ativos e representa *“o excedente da*

quantia escriturada de um ativo, ou de uma unidade geradora de caixa, em relação à sua quantia recuperável."

Por quantia escriturada, entende-se a quantia pela qual o ativo se encontra registado na contabilidade, após a dedução de qualquer depreciação/amortização acumulada e de perdas por imparidade acumuladas inerentes. (conforme parágrafo 4 da NCRF 12).

A quantia recuperável corresponde à quantia mais alta de entre o justo valor de um ativo ou unidade geradora de caixa menos os custos de vender e o seu valor de uso (conforme parágrafo 4 da NCRF 12). Ou seja, é a quantia que representa os benefícios económicos futuros que potencialmente o ativo está em condições de gerar.

O conceito de provisão para efeitos de aplicação do Aviso n.º3/2005, de 21 de fevereiro, do Banco de Portugal refere-se: a) às correções de valor; e b) à imparidade a definir por aquela entidade supervisora. (conforme nº1 do artigo 1º do citado Aviso).

As instituições de crédito são obrigadas a constituir provisões para menos-valias de títulos e imobilizações financeiras nas condições indicadas no Aviso 3/2005, devendo corresponder ao total das menos-valias latentes dos respetivos ativos, conforme determina a alínea d) do nº 2 do artigo 1º e nº 1 do artigo 10º do citado Aviso.

Ou seja, a contabilidade das instituições de crédito tem de obrigatoriamente refletir as provisões para perdas verificadas por imparidade em títulos e em participações financeiras.

Considera-se que existem menos-valias latentes quando *"o preço de mercado ou em condições específicas a definir pelo Banco de Portugal, o valor de referência de um ativo, forem inferiores ao seu valor de inscrição"* e que *"na ausência de preço de mercado, será considerado o valor presumível de transação em função, nomeadamente das características do ativo e da situação financeira da entidade*

emite, com base em critérios prudentes de avaliação. (conforme nº4 do artigo 10º do Aviso 3/2005).

No âmbito fiscal no nº2 do artigo 35º do Código do IRC permite a dedutibilidade das *"perdas por imparidade e outras correções de valor contabilizadas no mesmo período de tributação ou em períodos de tributação anteriores, quando constituídas obrigatoriamente, por força de normas emanadas pelo Banco de Portugal, de caráter genérico e abstrato, pelas entidades sujeitas à sua supervisão e pelas sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras, com sede em outro Estado membro da União Europeia, destinadas à cobertura de risco específico de crédito e de risco-país e para menos valias de títulos e de outras aplicações"*.

Os limites e os pressupostos para a aceitação fiscal das perdas por imparidade nas empresas do setor bancário estão estabelecidos no artigo 37º do Código do IRC.

Aqui chegados, refra-se que nem no relatório elaborado pelos serviços de inspeção da UGC, nem no recurso hierárquico apresentado pela Recorrente é colocado em causa os valores pelos quais foi a imparidade constituída, concluindo-se que as mesmas estão contempladas no nº2 do artigo 35º e no artigo 37º, ambos do Código do IRC.

Importa então apurar se o tratamento fiscal a dar às perdas por imparidade decorrentes de títulos e de partes de capital se limita ao cumprimento das regras estabelecidas na Subsecção IV do Código do IRC, no caso específico ao disposto no n.º2 do artigo 35º e ao artigo 37º do mesmo diploma legal ou se estas provisões estão ainda sujeitas a limites acrescidos, isto é, se estão abrangidas pela disposição legal constante no nº3 do artigo 45º do Código do IRC.

Sobre este mesmo assunto foi por despacho de 12.10.2012, do Substituto Legal do Director-Geral, emitido o entendimento de que *"parece ser aplicável a limitação prevista no nº3 do artigo 45º do Código do IRC a quaisquer perdas relativas a partes de capital (...) o legislador, ao referir-se genericamente a "outras perdas ou variações patrimoniais", sem as tipificar, parece ter pretendido abarcar na norma*

em causa todas as perdas, incluindo as "perdas por imparidades quando constituídas obrigatoriamente, por força das normas emanadas pelo Banco de Portugal".

Este entendimento vai de encontro ao sentido do nº3 do artigo 45º do Código do IRC, o qual está direcionado para o apuramento de um resultado fiscal associado aos ativos relativos a partes de capital ou outras componentes do capital próprio e também está em concordância com o Despacho da Diretora Geral da AT, de 14.11.2018, cujos fundamentos referidos no item anterior se dão por integralmente reproduzidos.

Deste modo, as perdas por imparidade de ativos financeiros em apreço caem no âmbito de aplicação do nº3 do artigo 45º do Código do IRC, concorrendo para a formação do lucro tributável apenas em metade do seu valor, desde que estejam cumpridos os requisitos do artigo 37º do Código do IRC, em face do que se propõe a manutenção da correção fiscal controvertida.

V – Conclusão

Tendo em conta o exposto nos pontos anteriores, será de deferir parcialmente o presente recurso, propondo-se:

- A retificação da correção efetuada pelos serviços da inspeção tributária da UGC, referente às depreciações e amortizações relacionadas com obras efetuadas no edifício-sede consideradas "grandes reparações e beneficiações", com os fundamentos expressos no ponto 2 do capítulo IV do presente parecer.
- A manutenção das restantes correções.

48- Na sequência do deferimento parcial do recurso hierárquico, o Requerente foi notificado da demonstração de liquidação de IRC n.º 2019..., da demonstração de liquidação de juros n.º 2019... e da demonstração de acerto de contas n.º 2019..., da qual resultou um montante em dívida de € 920.498,12.

A.2. Factos dados como não provados

Com relevo para a decisão, não existem factos que devam considerar-se como não provados.

A.3. Fundamentação da matéria de facto provada e não provada

Relativamente à matéria de facto o Tribunal não tem que se pronunciar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, cabendo-lhe, sim, o dever de selecionar os factos que importam para a decisão e discriminar a matéria provada da não provada (cfr. art.º 123.º, n.º 2, do CPPT e artigo 607.º, n.º 3 do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT).

Deste modo, os factos pertinentes para o julgamento da causa são escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, a qual é estabelecida em atenção às várias soluções plausíveis da(s) questão(ões) de Direito (cfr. anterior artigo 511.º, n.º 1, do CPC, correspondente ao actual artigo 596.º, aplicável *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT).

Assim, tendo em consideração as posições assumidas pelas partes, à luz do artigo 110.º/7 do CPPT, a prova documental e o PA juntos aos autos, consideraram-se provados, com relevo para a decisão, os factos acima elencados, tendo em conta que, como se escreveu no Ac. do TCA-

Sul de 26-06-2014, proferido no processo 07148/13¹, “o valor probatório do relatório da inspeção tributária (...) poderá ter força probatória se as asserções que do mesmo constem não forem impugnadas”.

Em especial, os factos dados como provados nos pontos 5 a 9, e 15, tiveram em conta a prova testemunhal produzida, que os relatou de forma coerente e convincente.

Não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insusceptíveis de prova e cuja veracidade se terá de aferir em relação à concreta matéria de facto acima consolidada.

B. DO DIREITO

Nos presentes autos de processo arbitral, o Requerente coloca em causa três correcções distintas, operadas pela Autoridade Tributária em procedimento inspectivo, a saber:

- i) A desconsideração da dedução ao lucro tributável do montante de € 1.251.345,31, relativo à alienação do crédito sobre a sociedade espanhola C..., por um valor inferior ao seu valor nominal;
- ii) A desconsideração da perda de € 782.978,70, correspondente à variação negativa do justo valor apurada no exercício, relativa à participação social do Requerente na sociedade D...;
- iii) A desconsideração das perdas por imparidade da participação do Requerente na B..., no montante de € 3.182.508,08.

Vejamos cada uma das referidas situações.

*

i.

Relativamente à primeira das referidas correcções, conforme resulta do RIT, e é afirmado na Resposta da Requerida, considerou a AT que não se tratou de uma venda ou cessão de créditos, tal como definida no n.º 1 do art.º 577.º do Código Civil, como afirma o Requerente,

¹ Disponível em www.dgsi.pt, tal como a restante jurisprudência citada sem menção de proveniência.

mas de um reembolso parcial do montante em dívida com perda do remanescente, já que o devedor ficou exonerado perante o credor de qualquer responsabilidade, pelo que a operação realizada pelo Requerente não integra a previsão dos normativos que regulam a aceitação fiscal das perdas por imparidade em créditos (artigos 35.º e 37.º) ou dos créditos incobráveis (art.º 41.º).

Situação análoga à dos presentes autos, foi já apreciada pelo STA, no processo 0963/13, por acórdão de 04-11-2015, onde se concluiu que:

“I - O CIRC acolheu o modelo de dependência parcial entre a fiscalidade e a contabilidade para efeitos de apuramento do lucro tributável, como resulta do seu art. 17.º (na redacção em vigor à data).

II - O perdão de um crédito no âmbito de um acordo particular não permite à sociedade que o concedeu relevar o montante que deixou de receber como custo para efeitos fiscais, a menos que respeite as regras fiscais, seja pela constituição de provisões para créditos de cobrança duvidosa (arts. 34.º e 35.º do CIRC, na redacção em vigor à data), seja pelo regime dos créditos incobráveis (art. 39.º do mesmo Código).”

Como se explica no aresto em referido:

“Os créditos de cobrança duvidosa e os créditos incobráveis são realidades com as quais se confrontam frequentemente as sociedades, sobretudo em tempos de crise económica.

Essas realidades devem ser relevadas na contabilidade, de modo a poderem também ser relevadas para efeitos fiscais, designadamente para efeitos de tributação em IRC, tanto mais que o CIRC acolheu o modelo de dependência parcial entre a fiscalidade e a contabilidade para efeitos de apuramento do lucro tributável, como o legislador teve o cuidado de deixar registado no n.º 10 do Preâmbulo daquele Código, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, onde ficou dito: «Dado que a tributação incide sobre a realidade económica constituída pelo lucro, é natural que a contabilidade, como instrumento de medida e informação dessa realidade, desempenhe um papel essencial como suporte da determinação do lucro tributável».

Este modelo, denominado da dependência parcial, está consagrado no art. 17.º do CIRC:

«1 - O lucro tributável das pessoas colectivas e outras entidades mencionadas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das

variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código.

[...]

3 - De modo a permitir o apuramento referido no n.º 1, a contabilidade deve:

- a) Estar organizada de acordo com a normalização contabilística e outras disposições legais em vigor para o respectivo sector de actividade, sem prejuízo da observância das disposições previstas neste Código;
- b) Reflectir todas as operações realizadas pelo sujeito passivo e ser organizada de modo que os resultados das operações e variações patrimoniais sujeitas ao regime geral do IRC possam claramente distinguir-se das restantes».

O princípio é, pois, o de que o resultado contabilístico é tomado como ponto de partida para a determinação do lucro tributável, mas sujeito a ajustamentos contabilísticos.

No que se refere aos créditos incobráveis, a possibilidade de serem directamente considerados custos (note-se que utilizamos a terminologia própria do art. 23.º do CIRC na versão aplicável) estava prevista no art. 39.º do CIRC (que corresponde ao art. 37.º, na redacção anterior à revisão do articulado efectuada pelo Decreto-Lei n.º 198/2001, 3 de Julho), que dispunha:

«Os créditos incobráveis podem ser directamente considerados custos ou perdas do exercício na medida em que tal resulte de processo especial de recuperação de empresa e protecção de credores ou de processo de execução, falência ou insolvência, quando relativamente aos mesmos não seja admitida a constituição de provisão ou, sendo-o, esta se mostre insuficiente».

Ou seja, à luz do disposto no art. 39.º do CIRC, na referida versão (A que, hoje, i.e., a partir de 1 de Janeiro de 2010, data em que entrou em vigor a versão do CIRC aprovada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, corresponde o art. 41.º), para que um crédito seja considerado incobrável, permitindo dessa forma o seu reconhecimento directo como custo fiscal do exercício, é necessário que essa incobrabilidade resulte de um processo especial de recuperação de empresa e protecção de credores ou de processo de execução, falência ou insolvência (Quanto ao meio de prova da incobrabilidade, vide o acórdão desta Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo de 10 de Outubro de 2012, proferido no

processo n.º 782/12, publicado no Apêndice ao Diário da República de 8 de Novembro de 2013 (<http://www.dre.pt/pdfgratisac/2012/32240.pdf>), págs. 2910 a 2916, também disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/cf3f75be6d1b8be880257aa000331c64>.) e é ainda necessário que, relativamente a esses créditos, não seja possível constituir provisão, ou sendo possível constituí-la, esta não se mostre suficiente.

E bem se compreende a teleologia desta norma: admitindo que não devem deixar de relevar negativamente na formação do lucro tributável os créditos que comprovadamente as empresas têm dificuldades ou não conseguem cobrar, o legislador criou um regime de constituição de provisões para créditos de cobrança duvidosa, bem como um regime de custos por créditos incobráveis; mas, sendo certo que entre as finalidades prosseguidas pelas empresas não está a concessão de perdões de dívidas ou outras liberalidades, procurou evitar-se que as sociedades criem custos fora do âmbito daqueles regimes, prevenindo quer a ilegítima manipulação do lucro tributável, quer eventuais fraudes à lei.”.

Também no caso *sub iudice* está em causa, como afirma a Requerida, um perdão de dívida, e não uma cessão ou venda de créditos, já que tais figuras apenas são possíveis quando o adquirente é um terceiro em relação à relação obrigacional, e já não quando o interveniente é o próprio devedor, situação em que qualquer pagamento que este faça, corresponde à satisfação, ainda que parcial, do direito do credor, e não ao pagamento de um preço pela aquisição do direito daquele.

Verificando-se assim uma identidade quanto à mesma questão de direito, entre os presentes autos e o julgado no referido acórdão do STA, tendo presente o disposto no art.º 25.º/2 do RJAT, e no art.º 8.º/3 do Código Civil, não se poderá aqui concluir de maneira diferente, pelo que deverá improceder, nesta parte, o pedido arbitral.

Não obstará ao decidido pelo STA os possíveis cenários alternativos, desenhados pelo Requerente, já que o Direito tem de ser aplicado aos factos que se verificaram, e não a situações hipotéticas que não ocorreram.

Do mesmo modo, não se considera que o decidido pelo STA, e ora acatado, viole a obrigação constitucional de tributação das empresas pelo lucro real, nos termos alegados pelo Requerente, na medida em que, como aponta a Requerida na sua Resposta, o Tribunal Constitucional tem reiteradamente entendido, que:

“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 do 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’. (...)

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” (...)

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.

(...) 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 45.º do CIRC, como já tem sido objecto de recurso para este Tribunal (...) os quais [acórdãos] não julgaram inconstitucional a solução encontrada. Jurisprudência que se entende dever agora igualmente reiterar.”².

Assim, e face ao exposto, deverá improceder, nesta parte, o pedido arbitral.

ii.

² Ac. do Tribunal Constitucional n.º 85/2010, citado pela Requerida.

Quanto à segunda questão a apreciar no presente processo arbitral, está em causa uma variação negativa decorrente da aplicação do critério do justo valor apurada no exercício, à luz do disposto na alínea a) do n.º 9 do art.º 18.º do mesmo Código.

Nesta matéria está formada uma corrente jurisprudencial arbitral na matéria, com algumas exceções, tendo o STA tomado posição expressa na matéria, no âmbito do Acórdão de 06-06-2018, proferido no processo 0582/17.

Assim, sendo seguir-se-á aqui de perto a argumentação clara e precisa do Ilm.º Senhor Juiz Conselheiro Carlos Cadilha, vertida no processo arbitral 345-2018T do CAAD³, onde se pode ler:

“4. A questão que vem colocada prende-se com a dedutibilidade como gasto fiscal das variações patrimoniais negativas resultantes dos ajustamentos que decorram da aplicação do justo valor a participações sociais detidas pelo contribuinte.

A Requerente considera que, por efeito da exceção contida na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do Código de IRC, os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor concorrem na íntegra para a formação do lucro tributável desde que se verifiquem os pressupostos definidos nessa norma, ou seja, quando respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados e, tratando-se de instrumentos de capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital igual ou superior a 5% do respetivo capital social. Encontrando-se esses ajustamentos excluídos, consequentemente, da limitação constante do n.º 3 do artigo 45.º desse Código.

A Administração Tributária defende, por sua vez, que, não obstante um determinado ajustamento pelo justo valor em resultados fosse enquadrável na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do Código de IRC, se o ajustamento fosse negativo, ainda que aceite nos termos da citada disposição, só seria dedutível em 50% do seu valor em aplicação do disposto no artigo 45.º, n.º 3, que, sendo uma norma de carácter geral, se aplica a todas as variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio.

³ Disponível para consulta em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>.

Deve começar por dizer-se que a questão não tem sido objecto de entendimento uniforme quer na jurisprudência dos tribunais tributários de instância quer na jurisprudência do CAAD.

No sentido da inaplicabilidade do artigo 45.º, n.º 3, do Código de IRC a ajustamentos decorrentes do justo valor pronunciaram-se, entre outras, as decisões arbitrais proferidas nos Processos n.ºs 108/2013-T, 58/2015-T, 208/2015-T, 473/2015-T, 393/2016-T, 155/2017-T e 30/2015-T. As decisões arbitrais proferidas nos Processos n.ºs 25/2015-T e 90/2016/T formularam o entendimento contrário, considerando que o gasto para efeito do disposto no artigo 18.º, n.º 9, do Código de IRC corresponde a qualquer das rubricas contabilísticas que possam afectar negativamente o resultado líquido de uma sociedade, aí se incluindo as menos valias decorrentes da redução do justo valor de instrumentos financeiros e estas cabem no âmbito de aplicação do artigo 45.º, n.º 3.

A questão surge entretanto clarificada pelo acórdão do STA de 17 de fevereiro de 2016 (Processo n.º 01401/14), cuja doutrina foi mais recentemente reafirmada pelo acórdão do STA de 6 de junho de 2018 (Processo n.º 0582/17), com referência específica aos ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor, e que não se vê agora motivo para dissentir.

As normas de enquadramento geral que mais interessa considerar são as dos artigos 20.º, n.º 1, alínea f), e 23.º, n.º 1, alínea i), do Código de IRC. A primeira dessas disposições, na redacção vigente à data dos factos, define exemplificativamente como rendimentos os “resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros”, enquanto que a segunda, paralelamente, caracteriza como gastos que poderão ser tidos como indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora os “resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros”.

Por sua vez, o artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do Código de IRC – que aqui está particularmente em foco - determina que “os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados”, excepto quando “respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, quando se trate de instrumentos do capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo

não detenha, directa ou indirectamente, uma participação no capital superior a 5% do respectivo capital social”.

Qualquer destas disposições foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, que, na sequência da aprovação do Sistema de Normalização Contabilística, pretendeu proceder às alterações necessárias à adaptação do Código de IRC às regras emergentes do novo enquadramento contabilístico.

Nesse sentido, a nota preambular do referido diploma refere o seguinte:

“Ainda no domínio da aproximação entre contabilidade e fiscalidade, é aceite a aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, cuja contrapartida seja reconhecida através de resultados, mas apenas nos casos em que a fiabilidade da determinação do justo valor esteja em princípio assegurada. Assim, excluem-se os instrumentos de capital próprio que não tenham um preço formado num mercado regulamentado. Além disso, manteve-se a aplicação do princípio da realização relativamente aos instrumentos financeiros mensurados ao justo valor cuja contrapartida seja reconhecida em capitais próprios, bem como as partes de capital que correspondam a mais de 5 % do capital social, ainda que reconhecidas pelo justo valor através de resultados”.

Nestes termos, o proémio do n.º 9 do artigo 18.º manteve como regra o princípio da realização para os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor, afastando-se do critério geral que resulta do n.º 1 desse artigo, que consigna o princípio contabilístico da especialização económica dos exercícios, que consiste em incluir nos resultados fiscais os proveitos e custos correspondentes a cada ano económico, independentemente do seu efectivo recebimento ou pagamento. Excepcionam-se apenas os instrumentos de capitais próprios que preencham as características definidas na sobredita alínea a) desse n.º 9, o que significa que, para esses casos, o legislador aproximou a regra fiscal à regra contabilística, atribuindo relevância fiscal à variação anual do valor dos instrumentos financeiros, com preço formado em mercado regulamentado, quando aplicadas as regras do justo valor.

5. No caso vertente e face à matéria dada como assente, não pode deixar de entender-se que a Requerente preenche os requisitos da referida disposição do artigo 18º, n.º 9, alínea a), colocando-se apenas a questão de saber se é aplicável a limitação que consta do artigo 45.º, n.º 3.

Esta norma começou por ser aditada pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2003), correspondendo então ao artigo 42.º, n.º 3, que ostentava 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 remissão e amortização com redução de capital, concorre para a formação do lucro tributável em apenas metade do seu valor”.

Por outro lado, o Relatório do Ministério das Finanças para o Orçamento do Estado de 2003 enquadrou essa medida de “exclusão parcial (50%) das menos-valias registadas na alienação de partes sociais pela generalidade das empresas” no âmbito das alterações em sede de IRC destinadas a implementar o “alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade” (pág. 53), o que se mostra em consonância com as prioridades que o legislador pretendeu estabelecer, no âmbito das receitas, e que são identificadas como consistindo “no combate à fraude e evasão fiscais e alargamento da base tributável” (pág. 34).

Entretanto, a Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2006), alterou a redacção desse artigo 42.º (que foi depois renumerado como artigo 45.º), passando o seu n.º 3 a dispor do seguinte modo: “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, 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”.

Deste modo, o legislador alargou a limitação à dedutibilidade das perdas resultantes de menos-valias, passando a considerar, para esse efeito, não apenas as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital, como também as que resultem da transmissão onerosa de “outras componentes do capital próprio”.

No entanto, o Relatório do Ministério das Finanças para o Orçamento de 2006 continuou a justificar a alteração legislativa no quadro das medidas tendentes ao “combate à fraude e evasão fiscais e outras medidas direccionadas à consolidação orçamental” (pág. 31). O que levou o citado acórdão do STA de 17 de fevereiro de 2016 a concluir que a norma, em qualquer das

suas versões, integra uma medida anti-abuso, no ponto em que o legislador terá pretendido (para além do alargamento da base tributável) evitar a manipulação do resultado fiscal.

E assim, conforme também se reconhece no acórdão do STA de 6 de junho de 2018, a norma terá visado “de forma imediata combater a fraude e a evasão fiscal, evitar a manipulação dos resultados fiscais, e de forma mediata obter um alargamento da base tributável resultante da redução significativa daqueles mecanismos usados pelos contribuintes para reduzir ou anular o montante do imposto a pagar”.

6. Resta agora verificar em que medida a mensuração dos instrumentos financeiros cotados em mercados regulamentados ao justo valor pode ser compatibilizada com a limitação que resulta do artigo 45.º, n.º 3.

O acórdão ultimamente citado responde a esta questão nos seguintes termos.

“O conceito de *justo valor* resultante das regras contabilísticas, quer nacionais (Sistema de Normalização Contabilística, quer internacionais (Normas Internacionais de Contabilidade), quando incorporado no sistema fiscal, consubstancia-se, no essencial, na *quantia pela qual um ativo pode ser trocado, ou um passivo liquidado, entre partes conhecedoras e dispostas a isso, numa transação em que não existe relacionamento entre as partes*. Refere José de Campos Amorim que, “As IAS/IFRS [International Accounting Standard/[International Financial Reporting Standards](#)] e o SNC [Sistema de Normalização Contabilística] com as alterações das normas de relato financeiro, introduziram uma maior justiça na valorização dos bens da sociedade com vista aos utentes da situação económica, financeira e patrimonial da sociedade. Esta abertura da contabilidade ao justo valor vai ao encontro dos investidores que desejam obter uma informação real e fidedigna antes de decidir investir na empresa.

Não é uma informação que pode condicionar determinadas operações económicas ou financeiras, como, por exemplo, o aumento ou a diminuição de *capital*, mas que é de uma grande relevância para o investidor que pretende ter uma noção real e atual dos ativos da empresa. É por esse motivo que a contabilidade está orientada não para o custo histórico mas para o valor atual dos ativos.”, cfr. *O justo valor e as suas implicações fiscais*, IV Congresso de Direito Fiscal, Vida Económica, pág. 168.

Portanto, a consideração do *justo valor*, no que aqui nos interessa (...) e para efeitos fiscais (que, nos termos do artigo 17º, n.º 1, do Código de IRC se encontra directamente ligado com a

própria contabilidade da empresa), tem uma ligação imediata à cotação oficial dos títulos, e no caso dos autos encontra-se sujeita a um mercado regulado por entidades oficiais, deixando o facto tributário de se associar à venda dos títulos - realização das mais ou menos valias - passando a estar associada à oscilação da cotação oficial entre o início e o fim do período de tributação, cfr. Tomás Castro Tavares, *Justo valor e tributação de mais valias de acções de sociedades cotadas*, Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, vol. IV, págs. 1137 e 1138.

Estas “*mais valias ou menos valias*” assim determinadas pelo *justo valor* são meramente potenciais ou provisórias - o valor dos activos consubstancia-se numa posição financeira - porque não há uma efectiva entrada de capital ou perda de capital face ao custo histórico, tal como é reconhecido pelo próprio legislador nacional no artigo 32º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

Não há, assim, qualquer dúvida que (...) à posição financeira negativa resultante do *justo valor*, não lhe “*subjaz uma motivação de evasão fiscal, por arbitrariedade valorimétrica, pela razão simples de que a tributação do fair value se cinge aos activos transaccionados em mercado organizado, onde a cotação do activo (valorização e desvalorização) se desenraíza, totalmente, da vontade fiscal do contribuinte... A vontade do contribuinte nunca molda o facto tributário assente no fair value: desaparece o óbice económico do lock-in (o facto tributário dissocia-se da decisão de venda); se os proveitos do justo valor são totalmente tributados (nunca se lhes aplica o regime das mais e menos valias), os gastos também devem ser aceites na totalidade; e não há, por fim uma assimétrica inclinação para a realização do custo de justo valor, por comparação com o ganho - pela razão simples de que o facto tributário do justo valor (positivo e negativo) dissocia-se, totalmente, da vontade do sujeito passivo*” (cfr. Tomás Castro Tavares, *idem*, págs. 1143 e 1144).”

Nota-se ainda que a norma do artigo 45.º/3 do Código de IRC tem uma relação teleológica com a norma do art.º 48.º do mesmo Código, em especial, no que para o caso releva, com o seu n.º 4, na medida em que a concorrência negativa em metade do valor para a formação do lucro tributável imposta pela primeira das referidas normas é, *compensada*, pela concorrência positiva em igual medida (metade do valor), prevista pela segunda.

Contudo, nesta última norma, o legislador impôs condições, sendo que uma delas é a de que o beneficiário dessa redução da base tributável ter de reinvestir o valor que realizou com a venda dos bens que geraram o saldo positivo entre as mais-valias e as menos valias.

Sucedendo que, em relação aos ganhos relativos à contabilização das partes de capital pelo modelo do justo valor, emerge uma impossibilidade, já que quando a entidade que obtém um rendimento (ganho) resultante da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros, fica impossibilitada de aproveitar a redução do valor sujeito a imposto a metade do seu valor.

Efectivamente, para que isso fosse possível, a sociedade teria de reinvestir o valor de realização dos bens que geraram a “mais-valia” (ganho/rendimento) em causa, sendo que, no modelo do justo valor não há um valor de realização a reinvestir, pelo que não é possível cumprir a obrigação de reinvestimento.

Por não existir valor de realização no modelo do justo valor, nem de facto nem de direito (p. ex. o legislador podia ter equiparado a utilização do justo valor ao valor de realização ou ter estabelecido uma presunção de venda e compra sucessiva) o reinvestimento do valor de realização torna-se impossível de cumprir, no caso de o saldo dos ganhos e das perdas geradas com a utilização do modelo do justo valor na contabilização dos instrumentos financeiros

Tal impossibilidade, que determina a não aplicação do benefício da tributação da “mais-valia” gerada pelo justo valor, em metade do seu saldo positivo, também deve determinar que a “menos-valia” gerada com a aplicação do modelo do justo valor aos investimentos financeiros, não possa ser deduzida em metade do seu valor, pelo que ambos – rendimento e gasto – deverão integrar o lucro tributável pela totalidade.

Acresce ainda que a parte do nº 3 do artigo 45º - à data artigo 42º - que refere “...*bem como outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio...*” foi acrescentada ao respectivo nº 3 pela Lei nº 60-A/2005 de 30 de Dezembro, sendo que o modelo do justo valor só apareceu pela primeira vez no código do IRC com Decreto-Lei nº 159/2009 de 13 de Julho, que procedeu à adaptação do código do IRC às Normas Internacionais de Contabilidade, motivo pelo qual não se poderá sustentar que o legislador, com o aditamento feito em 2005, teria querido enquadrar na lei os ganhos ou perdas relativos a uma realidade que só viria a nascer em 2009, muitos anos depois, dado que o modelo do justo valor não fazia parte dos normativos contabilísticos nem das leis fiscais.

Tendo por base todos estes considerandos, torna-se possível concluir que a norma do artigo 45.º, n.º 3 do Código de IRC, interpretada de acordo com o fim visado pelo legislador e tendo presente a conjuntura que determinou a decisão legislativa, não pode ser entendida como abrangendo os gastos resultantes da aplicação do justo valor num mercado regulado, caso em que a vontade do contribuinte não releva para a valorização ou desvalorização dos activos financeiros, e nenhuma razão subsiste para a penalização desses gastos para efeitos fiscais.

Entende-se, em conformidade, e na linha do julgado no acórdão do STA de 6 de junho de 2018, que a diferença negativa releva na totalidade para a formação do lucro tributável, e não apenas em metade do seu valor, pelo que se mostra ser ilegal a correcção efectuada em IRC pela Autoridade Tributária.

Por fim, resta considerar que não tem qualquer relevo para o caso o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/2010, que vem invocado pela Requerida. O aresto limitou-se a julgar não inconstitucional a norma do artigo 45.º, n.º 3, do Código de IRC no confronto com os princípios da proibição da retroactividade da lei fiscal, da protecção da confiança e da tributação segundo o rendimento real. No caso vertente, não vem suscitada, porém, qualquer questão de constitucionalidade e tudo se reconduz à interpretação da norma no plano do direito infraconstitucional.”.

Dando o Acórdão transcrito resposta cabal a todas as questões pertinentes que se apresentam a elucidar na matéria, em termos que se subscrevem plenamente, poucas considerações haverá a acrescentar.

Não obstante, a respeito da questão ligada ao elemento literal da norma do art.º 45.º/3 do CIRC aplicável, questão não abordada no aresto supracitado, e suscitada nos presentes autos (estando também, tanto quanto se compreende, na base da declaração de voto lavrada no processo arbitral n.º 351/2016-Tdo CAAD⁴), sempre se remeterá para o quanto foi escrito a este propósito, na decisão do processo arbitral 77/2016T do CAAD, referindo-se unicamente que a AT pretende enquadrar na letra do art.º 45.º/3 do CIRC aplicável, alargando sem qualquer argumento teleologicamente fundado o conceito de “perdas”, uma realidade que aquela não

⁴ Disponível para consulta em <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/>.

abrange que são os **gastos** resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros, que relevem para a formação do lucro tributável nos termos da alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º.

Ou seja: a interpretação sustentada pela Requerida, pressupõe que se leia no art.º 45.º/3 um coisa que não está lá escrita, designadamente que se leia como referindo-se a “**gastos/perdas**”, quando a letra da lei refere, apenas a “**perdas**”. Daí que seja, crê-se, ilegítima a invocação do argumento literal da interpretação da lei para sustentar a posição defendida pela Requerida nos autos.

Por outro lado a argumentação da Requerida nesta matéria leva à conclusão que o conceito de perdas deverá ser entendido como incluindo gastos e perdas, sem nunca justificar, em momento algum, que na situação dos autos estamos perante um situação qualificável, à luz do CIRC, como de perda, antes pelo contrário, aceitando, ao pretender equiparar aquele conceito ao de gasto, que se está perante um gasto, e não uma perda.

Acresce ainda que os tribunais em geral, e também os tribunais arbitrais, julga-se, estão vinculados ao dever de ter “*em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.*” (art.º 8.º/3 do Código Civil).

Por outro lado, e nos termos do art.º 25.º/2 do RJAT, “*A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda susceptível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.*”.

Daí que uma decisão, na matéria *sub iudice*, que vá contra a jurisprudência firmada pelo STA na matéria, verificando-se, como se verifica, identidade fundamental dos factos e do direito a aplicar a este, entre o presente caso, e o já julgado pelo STA, seria, não só susceptível de recurso nos termos do referido art.º 25.º/2 do RJAT, como, com um elevado grau de probabilidade, passível de ser revogada por aquele Alto Tribunal.

Assim, e em suma, não se crê que tivesse qualquer utilidade, pelo contrário (daria azo a tramitação processual adicional inútil e desnecessária), este Tribunal concluir de outra forma, na matéria ora em apreço.

Deste modo, e face a todo o exposto, deverá proceder nesta parte o pedido arbitral.

iii.

Relativamente à terceira, e última, questão que se apresenta a decidir, confirmou a AT que o Requerente deu cumprimento aos normativos contabilísticos aplicáveis às imparidades, bem como à disciplina emanada do Banco de Portugal sobre esta matéria, mas, não obstante, procedeu à correcção positiva ao lucro tributável, no montante de €1.591.254,04 (50% x € 3.182.508,08), por integrar as perdas por imparidade ora em causa na expressão “*outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital*” contida no n.º 3 do art.º 45.º do Código do IRC.

Nesta matéria, é consensual que as perdas em questão são qualificáveis como perdas por imparidade em partes sociais.

O dissídio a decidir assenta, essencialmente, na circunstância de a Requerida entender que as perdas em causa são enquadráveis no art.º 45.º/3 do CIRC aplicável, enquanto que o Requerente, por várias ordens de argumentos, entende que aquele normativo não é aplicável.

Aquela referida norma, dispunha o seguinte:

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

Esta norma, integra a Subsecção V, da Secção II, do Capítulo III do CIRC, sobre a epígrafe “*Regime de outros encargos*”.

Na Subsecção precedente (Subsecção IV, da Secção II, do Capítulo III do CIRC), que tem a epígrafe Imparidades e Provisões, o art.º 35.º do CIRC aplicável, que se refere a perdas por imparidade fiscalmente dedutíveis, dispunha que:

“Podem também ser deduzidas para efeitos fiscais as perdas por imparidade e outras correções de valor contabilizadas no mesmo período de tributação ou em períodos de tributação anteriores, quando constituídas obrigatoriamente, por força de normas emanadas pelo Banco de Portugal, de carácter genérico e abstrato, pelas entidades sujeitas à sua supervisão e pelas

sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras com sede em outro Estado membro da União Europeia, destinadas à cobertura de risco específico de crédito e de risco-país e para menos-valias de títulos e de outras aplicações.”.

Na mesma Subsecção, o art.º 37.º do CIRC aplicável, que se reporta a empresas do sector bancário, referia que:

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

Neste contexto, e como sustenta o Requerente, dever-se-á concluir que o regime dos artigos 35.º/2 e 37.º/4 do CIRC aplicável, é especial em relação ao regime do art.º 45.º/3 do mesmo Código.

Com efeito, e desde logo, tal conclusão é induzida pelo elemento sistemático, que aponta no sentido de o regime da Subsecção V, da Secção II, do Capítulo III do CIRC aplicável ser residual em relação aos encargos abrangidos pelas Subsecções precedentes.

Por outro lado, a aplicação cumulativa dos artigos 35.º/2, 37.º/4 e 45.º/3 daquele CIRC, nos termos em que foi efectuada pela Autoridade Tributária, é susceptível de gerar situações de penalização agravada para as entidades bancárias, na medida em que as respectivas perdas por imparidade relativas a partes sociais seriam objecto de uma dupla limitação fiscal na sua dedutibilidade, sendo reduzidas, por um lado, nos termos do art.º 37.º/4, ou seja, aos valores mínimos que resultem da aplicação das normas emanadas da entidade de supervisão, e, seguidamente, consideradas em apenas metade do seu valor, nos termos do art.º 45.º/3.

Ora, nada indicia que tenha sido intenção do legislador penalizar duplamente as entidades do sector bancário nesta matéria.

Pelo contrário, sendo que, nas palavras do STA, a *“existência desta norma visou, portanto, de forma imediata combater a fraude e a evasão fiscal, evitar a manipulação dos resultados fiscais, e de forma mediata obter um alargamento da base tributável resultante da redução significativa daqueles mecanismos usados pelos contribuintes para reduzir ou anular o montante do imposto a pagar”*⁵, a circunstância de as entidades bancárias estarem sob

⁵ Cfr. Ac. de 06-06-2018, proferido no processo 0582/17.

supervisão especializada, que lhe impõe o dever de contabilizar as perdas por imparidade em questão, e os termos de o fazer, não se poderá concluir de outra forma que não seja a de que será frontalmente oposto à presunção do legislador razoável, consagrada no art.º 9.º, n.º 3, do Código Civil, o entendimento de se visou a dupla penalização das entidades do sector bancário, no que diz respeito ao tratamento fiscal das perdas por imparidade em participações sociais, impostas pela entidade de supervisão, nos termos antes expostos.

Deste modo, dever-se-á concluir que as perdas por imparidade em participações sociais, abrangidas pelos artigos 35.º/2 e 37.º/4 do CIRC aplicável não são abrangidas pela previsão legal do art.º 45.º, n.º 3 do mesmo Código, pelo que, ao entender de outra maneira, enferma a correcção ora em apreço de erro nos pressupostos de direito, devendo como tal ser anulada, procedendo, na mesma medida, o pedido arbitral.

Quanto ao pedido acessório de juros indemnizatórios formulado pela Requerente, o artigo 43.º, n.º 1, da LGT estabelece que são devidos juros indemnizatórios quando se determine, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido.

No caso, o erro que afecta a liquidação adicional parcialmente anulada é de considerar imputável à Autoridade Tributária e Aduaneira, que a praticou sem o necessário suporte factual e legal.

Tem, pois, direito a Requerente a ser reembolsada da quantia que pagou indevidamente (nos termos do disposto nos artigos 100.º da LGT e 24.º, n.º 1, do RJAT) por força do acto tributário parcialmente anulado e, ainda, a ser indemnizada do pagamento indevido através de juros indemnizatórios, desde a data do correspondente pagamento, até ao seu reembolso, à taxa legal supletiva, nos termos dos artigos 43.º, n.ºs 1 e 4, e 35.º, n.º 10, da LGT, artigo 559.º do Código Civil e Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril.

*

C. DECISÃO

Termos em que se decide neste Tribunal Arbitral julgar parcialmente procedente o pedido arbitral formulado e, em consequência:

- a) Anular o acto de liquidação de IRC n.º 2013 ... e respectiva liquidação de juros compensatórios n.º 2013 ... e demonstração de acerto de contas n.º..., de reacerto de liquidação de IRC n.º 2013 ... e respectiva liquidação de juros compensatórios n.º 2013 ... e demonstração de acerto de contas n.º 2013 ..., e de liquidação de IRC n.º 2019 ... e respectiva liquidação de juros n.º 2019 ... e demonstração de acerto de contas n.º 2019..., assim como da decisão de indeferimento da reclamação graciosa e da decisão de deferimento parcial do recurso hierárquico n.º ...2014..., que tiveram aqueles actos por objecto, na parte relativa à desconsideração da perda de € 782.978,70, correspondente à variação negativa do justo valor apurada no exercício, relativa à participação social do Requerente na sociedade D... e na parte relativa à desconsideração das perdas por imparidade da participação do Requerente na B..., no montante de € 3.182.508,08.
- b) Julgar improcedente a restante parte do pedido arbitral;
- c) Condenar a Requerida no pagamento de juros indemnizatórios, nos termos acima determinados;
- d) Condenar as partes nas custas do processo, na proporção do respectivo decaimento, fixando-se o montante de € 3.305,00, a cargo do Requerente, e de € 10.465,00, a cargo da Requerida.

D. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em € 980.525,59, nos termos do artigo 97.º-A, n.º 1, a), do Código de Procedimento e de Processo Tributário, aplicável por força das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 29.º do RJAT e do n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

E. Custas

Fixa-se o valor da taxa de arbitragem em € 13.770,00, nos termos da Tabela I do Regulamento das Custas dos Processos de Arbitragem Tributária, a pagar pelas partes na proporção do

respectivo decaimento, acima fixada, uma vez que o pedido foi parcialmente procedente, nos termos dos artigos 12.º, n.º 2, e 22.º, n.º 4, ambos do RJAT, e artigo 4.º, n.º 5, do citado Regulamento.

Notifique-se.

Lisboa, 18 de Maio de 2020

O Árbitro Presidente

(José Pedro Carvalho)

O Árbitro Vogal

(Cristiana Maria Leitão Campos)

O Árbitro Vogal

(Victor Calvete)