

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 536/2019-T

**Tema: IRC – 2011, 2012 e 2013 * Gastos resultantes da aplicação do “justo valor”
a instrumentos financeiros – Artigo 45º-3, CIRC.**

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Juiz José Poças Falcão (árbitro presidente), Dr. Pedro Ramos Roque e Prof. Doutor Francisco Nicolau Domingos (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para formarem o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

I – RELATÓRIO

1. A..., Lda., contribuinte n.º ..., com sede em ..., ..., ..., doravante designada por Requerente, apresentou em 12/08/2019 pedido de constituição de tribunal e de pronúncia arbitral respeitante ao atos de indeferimento expreso do recurso hierárquico n.º ...2015... e do pedido de revisão oficiosa n.º ...2015... e, em termos finais, pedindo a anulação dos atos subjacentes de autoliquidação de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) relativos aos exercícios de 2010, 2011, 2012, por, no seu juízo, padecerem do vício de violação da lei no segmento dos gastos resultantes da aplicação do justo valor, na medida em que deviam concorrer para a formação do lucro tributável, sem reservas e limitações, dos rendimentos ou gastos que respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor, no montante de € 154 922,15.

2. No dia 21/10/2019 ficou constituído o tribunal arbitral.

3. Cumprindo a estatuição do artigo 17.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (RJAT) foi a Requerida em 24/10/2019 notificada para, querendo, apresentar resposta e solicitar a produção de prova adicional.

4. Em 27/11/2019 a Requerida apresentou a sua resposta, na qual defende a improcedência do pedido de pronúncia arbitral, pois propugna que, embora o artigo 45.º, n.º 3 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), na redação em vigor à data dos factos tributários, tenha sido criado com o propósito genérico de limitar a erosão da base tributável, é de aplicação automática às realidades nele previstas e independentemente da ponderação das concretas condições das operações que originam as menos-valias, ou as perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital, não sendo feita qualquer distinção sobre o modo ou o local onde as operações foram realizadas e sejam os preços formados, ou não, em mercados regulamentados.

5. Por despacho de 09/12/2019 foi dispensada a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT e notificadas as partes para, querendo, apresentarem alegações finais escritas.

6. A Requerente e a Requerida apresentaram as alegações finais escritas no dia 15/01/2020, tendo mantido as suas posições iniciais.

POSIÇÃO DAS PARTES

7. A Requerente sustenta que o indeferimento expresso da reclamação graciosa e do pedido de revisão oficiosa e, mediamente, as autoliquidações de IRC números 2013..., 2014 ... e 2013..., no segmento dos ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor a instrumentos do capital próprio, com preço formado em mercado regulamentado e representativos de participações inferiores a 5 % são ilegais, porquanto não atendem à *ratio* que está subjacente ao artigo 45.º,

n.º 3 do CIRC e não respeitam os princípios constitucionais da justiça, da igualdade, da capacidade contributiva e da tributação do lucro real das empresas.

Em abono de tal tese alega, em primeiro lugar, que o fundamento do referido normativo se encontra no combate à fraude e evasão fiscais e no alargamento da base tributável com vista à consolidação das contas públicas.

Em segundo lugar, observa quanto aos ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor: se o objetivo da solução consagrada no artigo 45.º, n.º 3 do CIRC visou alcançar a finalidade prevista no parágrafo anterior, não se pode deixar de a compaginar com os efeitos que decorrem da aplicação do justo valor.

Assim, no modelo prévio à adoção do justo valor para instrumentos financeiros, as variações patrimoniais eram irrelevantes de um ponto de vista do lucro tributável de cada período de tributação, pois só no momento da realização da mais ou menos-valia é que assumia relevância fiscal a variação patrimonial verificada. Com a adoção do justo valor inexistente qualquer margem de manipulação das variações patrimoniais ou de condicionamento decorrente da vontade do contribuinte em adotar o comportamento economicamente mais favorável. Ou, dito de outro modo, inexistente qualquer influência voluntária no apuramento do lucro tributável, seja ao nível da determinação do momento da relevância fiscal, seja da respetiva valorimetria.

Por isso defende que a “penalização” resultante da desconsideração de 50% da perda (artigo 45.º, n.º 3 do CIRC) deixou de ter razão de ser no caso de gastos/perdas resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros que relevem para a formação do lucro tributável nos termos previstos pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a) do CIRC.

Em resumo defende que, se na presente hipótese se discute se os gastos resultantes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros: o artigo 18.º, n.º 9, alínea a) do CIRC impõe a concorrência para a formação do lucro tributável, sem reservas e limitações dos “rendimentos ou gastos que “[r]espeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor”, quando: i) sejam reconhecidos através de resultados; ii) se tratem de instrumentos do capital próprio; iii) tenham um preço formado em mercado regulamentado e iv) o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação superior a 5% do capital social.

Termina solicitando o reembolso da parte correspondente do imposto pago e a condenação da AT (Autoridade Tributária e Aduaneira) no pagamento de juros indemnizatórios, pois entende que é manifesto o erro que subjaz aos atos tributários em crise.

8. A Requerida apresenta uma defesa com os seguintes fundamentos:

i) Ilegalidade do indeferimento expresso do recurso hierárquico e do pedido de revisão oficiosa, por refletir uma errônea interpretação do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC

Na sua defesa começa por referir que o resultado apurado de acordo com a normalização contabilística em vigor é o ponto de partida para o apuramento do lucro tributável, em decorrência da adoção em Portugal do regime da dependência parcial do resultado fiscal face ao contabilístico.

Seguidamente identifica da seguinte forma a questão que deve ser enfrentada pelo tribunal: tratamento fiscal de perdas por reduções de justo valor de partes de capital, pretensamente apuradas nos termos do artigo 18.º, n.º 9, al. a) do CIRC, pois entende que não foi carreada para os autos qualquer prova da verificação dos pressupostos exigidos pela norma, que ascendem a € 368 773,82 (2010) e € 597 016,31 (2011), consideradas pela Requerente em 50% para efeitos do apuramento do resultado tributável nas autoliquidações de IRC dos referidos períodos de tributação.

No seu juízo, o legislador, com a introdução do artigo 18.º, n.º 9, al. a) do CIRC terá afastado o princípio da realização, aproximando a regra fiscal à regra contabilística, conferindo relevância fiscal à variação anual do valor dos instrumentos financeiros, com preço formado em mercado regulamentado, quando aplicadas as regras do justo valor, mas optou 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 correspondem a mais de 5% do capital social, ainda que reconhecidas pelo justo valor através de resultados.

Acrescenta em defesa da sua interpretação normativa que, mesmo com adaptação do CIRC às normas internacionais de contabilidade adotadas pela União Europeia e ao acolhimento do

modelo do justo valor para os instrumentos financeiros referidos no artigo 18.º, n.º 9, al. a) do CIRC, o legislador optou por manter a disposição em causa, sem qualquer reserva; como também se verifica que muitas outras disposições sofreram alterações, como é disso exemplo, o aditamento da norma que atualmente consta no artigo 46.º, n.º 1, al. b) do CIRC, desconsiderando como mais ou menos-valias realizadas, aqueles ganhos obtidos ou as perdas sofridas mediante transmissão onerosa de instrumentos reconhecidos pelo justo valor, nos termos do artigo 18.º, n.º 9, al. a) e b) do CIRC.

Assim, defende que as perdas por redução do justo valor de partes de capital fiscalmente relevantes, por aplicação do artigo 18.º, n.º 9, al. a) e al. i) do artigo 23.º, ambos do CIRC, são consideradas, para efeito do apuramento do lucro tributável, em metade do seu valor, por força do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC.

Em resumo, propugna que: embora o artigo 45.º, n.º 3 do CIRC tenha sido criado com o propósito genérico de limitar a erosão da base tributável, é de aplicação automática às realidades nele previstas e independentemente da ponderação das concretas condições das operações que originam as menos-valias, ou as outras perdas ou variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital, não sendo feita qualquer distinção sobre o modo ou o local onde as operações foram realizadas e sejam os preços formados, ou não, em mercados regulamentados.

QUESTÕES A DECIDIR

Nesta sequência, tendo em atenção as pretensões e posições da Requerente e da Requerida constantes das suas peças processuais, acima descritas, são as seguintes as questões que o tribunal deve apreciar (sem prejuízo da solução dada a certa questão poder prejudicar o conhecimento de outra ou outras questões – cfr. artigo 608.º, n.º 2 do Código de Processo Civil (CPC), aplicável *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, al. e) do RJAT):

- a) Se o ato de indeferimento expresso do recurso hierárquico n.º ...2015... e do ato de indeferimento do pedido de revisão do ato tributário n.º ...2015... e os atos de autoliquidação de IRC subjacentes, na parte respeitante aos gastos resultantes da aplicação do justo valor a

instrumentos financeiros aqui sindicados, são ilegais, pois deviam concorrer para a formação do lucro tributável, sem reservas ou limitações.

b) Se a Requerente tem direito ao reembolso e a juros indemnizatórios.

SANEAMENTO

O processo não enferma de nulidades, o tribunal arbitral encontra-se regularmente constituído e é materialmente competente para conhecer e decidir o pedido, verificando-se, conseqüentemente, as condições para ser proferida a decisão final.

II – FUNDAMENTAÇÃO

MATÉRIA DE FACTO

1. Factos com relevância para a apreciação da causa que se consideram provados

1.1. A Requerente submeteu eletronicamente as declarações modelo 22 de IRC, respeitantes aos períodos de tributação de 2010, 2011 e 2012, nas quais inscreveu os seguintes acréscimos ao resultado líquido (campo 737 do quadro 7), respeitantes a 50% de outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio:

Exercício	Valor Acrescido
2010	€ 184 386,91
2011	€ 298 508,16
2012	€ 50 449,44

1.2. A Requerente apresentou no dia 22/01/2015 pedido de revisão oficiosa das autoliquidações respeitantes aos exercícios de 2010 e 2011, por considerar indevida a desconsideração para efeitos do apuramento do lucro tributável de 50% das perdas por redução do justo valor relativas a partes de capital, apuradas nos termos do previsto no artigo 18.º, n.º 9, al. a) do CIRC, no montante de € 368 773,82 (exercício de 2010) e de € 597 016,31 (exercício de 2011).

1.3. A Requerente apresentou no dia 22/01/2015 reclamação graciosa da autoliquidação respeitante ao ano de 2012, por considerar indevida a desconsideração para efeitos do apuramento do lucro tributável de 50% das perdas por redução do justo valor relativas a partes de capital, apuradas nos termos do previsto no artigo 18.º, n.º 9, al. a) do CIRC, no montante de € 50 449,44.

1.4. O pedido de revisão oficiosa foi indeferido pela Diretora de Serviços de IRC, por despacho datado de 17/06/2019.

1.5. A reclamação graciosa foi expressamente indeferida por despacho do Chefe de Divisão de Justiça Tributária da Direção de Finanças de ..., datado de 17/04/2015.

1.6. A Requerente apresentou recurso hierárquico do indeferimento expresso da reclamação graciosa, no dia 30/04/2015.

1.7. O recurso hierárquico foi expressamente indeferido pela Diretora de Serviços de IRC, por despacho datado de 13/05/2019.

1.8. A Requerente defendeu na reclamação graciosa, pedido de revisão oficiosa e recurso hierárquico que deviam ter sido consideradas, na totalidade, as perdas registadas em 2010, 2011 e 2012 decorrentes da aplicação do método do justo valor a partes de capital, apresentando os seguintes dados:

Ano	Imparidades em Inventários Financeiros	Valor Acrescido ao Quadro 7 da modelo 22 de IRC	Coleta
2010	- € 368 733,82	- € 184 386,91	- € 53 472,50

2011	- € 597 016,31	- € 298 508,16	- € 86 567, 36
2012	- € 100 898,89	- € 50 449,44	- € 14 882, 59
Totais	- € 1 066 689,02	- € 533 344,51	- € 154 922,15

1.9. As autoliquidações de IRC apresentadas determinaram os seguintes reembolsos: i) € 285 365, 96 (2010); € 398 673, 57 (2011) e € 276 870, 69 (2012).

1.10. O pedido de pronúncia arbitral foi apresentado em 12/08/2019.

2. Factos que não se consideram provados

Não existem quaisquer outros factos com relevância para a decisão arbitral que não tenham sido dados como provados.

3. Fundamentação da matéria de facto que se considera provada

O Tribunal não tem que se pronunciar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, cabendo-lhe, sim, o dever de seleccionar os factos que importam para a decisão e discriminar a matéria provada da não provada (*cf.* 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 (*cf.* anterior artigo 511.º, n.º 1, do CPC, correspondente ao atual 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 n.º 7 do artigo 110.º do CPPT, a prova documental, o PA juntos aos autos, consideraram-se provados, com relevo para a decisão, os factos acima elencados.

O DIREITO

Thema decidendum

Este Tribunal foi convocado para essencialmente decidir as seguintes questões:

- a) Se o ato de indeferimento expresso do recurso hierárquico n.º ...2015... e do ato de indeferimento do pedido de revisão do ato tributário n.º ...2015... e os atos de autoliquidação de IRC subjacentes, na parte respeitante aos gastos resultantes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros sindicados, são ilegais, na medida em que alegadamente deveriam concorrer para a formação do lucro tributável, sem reservas ou limitações e
- b) Procedendo o pedido sobre a sobredita questão, se terá a Requerente direito a juros indemnizatórios.

Mais concretamente e no essencial: é objeto da controvérsia a repercussão fiscal das variações patrimoniais negativas, alegadamente apuradas em resultado da aplicação do regime transitório previsto nos n.ºs 1, 5 e 6 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho nos ajustamentos fiscais decorrentes da aplicação do modelo do justo valor e no enquadramento tributário de outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio.

Ou, dito doutro modo: está em causa determinar se pode ser aceite que as perdas resultantes da mensuração ao justo valor dos instrumentos de capital previstos na alínea a), n.º 9, do artigo 18º do CIRC e cuja variação deve ser reconhecida em resultados, concorrem em 50% para determinação do lucro tributável, nos termos da norma do n.º 3 do art.º 45.º do CIRC, na redação à data ou, pelo contrário, devem no caso concorrer pela totalidade.

Antes de mais, importa referir que há um amplo consenso na jurisprudência no sentido da inaplicabilidade do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, na redação e numeração em vigor até 2013, aos ajustamentos de justo valor, como de seguida mencionaremos.

Parece não haver divergência entre as partes quanto à sujeição das perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio ora em causa nos autos, ao sistema do justo valor previsto na alínea a) do n.º 9 do artigo 18.º do CIRC (redação à data).

A divergência fundamental recai antes e sobretudo sobre o exato âmbito material do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC.

Adiante-se que a temática deste litígio tem tido abundante tratamento jurisprudencial, como adiante se fará especial e mais concreta referência.

Entende-se que embora no sistema jurídico português não exista a questão do precedente judicial, não podemos deixar de considerar essas decisões, e analisar esta questão de direito atendendo a todas essas decisões, inclusive os poucos processos que decidiram de modo diferente, tomando em conta a tendencial uniformização e aplicação do direito, conforme disposto e imposto pelo artigo 8º-3, do Código Civil.

Seguir-se-ão de perto e, por vezes, mesmo muito de perto, a fundamentação em acórdãos proferidos por Tribunais constituídos no âmbito do CAAD.

Desde logo, queremos mencionar que uma relativa unanimidade jurisprudencial arbitral até então existente sobre este tema foi quebrada, tanto quanto nos apercebemos, pelas decisões arbitrais proferidas no processo n.º 25/2015-T e no processo n.º 87/2016-T e pelo Acórdão arbitral proferido no processo n.º 90/2016-T.

Vejamos então.

No caso *sub judicio*, a Requerente submeteu as declarações modelo 22 de IRC respeitantes aos períodos de tributação de 2010, 2011 e 2012, inscrevendo os acréscimos [cfr 1.1, dos factos provados] ao resultado líquido (campo 737 do quadro 7) respeitantes a 50% de outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio e, ulteriormente, por

considerar indevida a desconsideração de 50% das perdas por redução do justo valor relativas a partes do capital apuradas nos termos do artigo 18º-9/c), do CIRC, apresentou a Requerente pedido de revisão oficiosa (autoliquidações de 2010 e 2011) e reclamação graciosa (autoliquidação relativa a 2012), vindo as autoliquidações a ser mantidas em consequência do indeferimento da sobredita reclamação e de recurso hierárquico.

Na data dos factos agora em análise, o artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, dispunha:

“3 – 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.”

O artigo 17.º do CIRC dispõe sobre a determinação do lucro tributável de IRC:

“1 – O lucro tributável das pessoas coletivas 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 refletidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos deste Código.”

Relativamente aos ajustamentos decorrentes da aplicação do *justo valor*, dispunha o n.º 9 do artigo 18.º do mesmo Código que:

“9 - Os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável, sendo imputados como rendimentos ou gastos no período de tributação em que os elementos ou direitos que lhes deram origem sejam alienados, exercidos, extintos ou liquidados, exceto quando:

a) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos do capital próprio, tenham um preço

formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5 % do respetivo capital social; ou tal se encontre expressamente previsto neste Código.”

E continuando a seguir o disposto no CIRC, é de mencionar o artigo 20.º, n.º 1, que concretiza o conceito de “rendimentos” estabelecendo, para o que neste caso é relevante:

“Consideram-se rendimentos os resultantes de operações de qualquer natureza, em consequência de uma ação normal ou ocasional, básica ou meramente acessória, nomeadamente:

(...)

f) Rendimentos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros;

(...)

h) Mais-valias realizadas;”.

O artigo 23.º, n.º 1, do CIRC define o conceito de “gastos”, estabelecendo o seguinte:

“1 – Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente:

(...)

i) Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros;

(...)

l) Menos-valias realizadas;”.

Relativamente às variações patrimoniais positivas, dispõe o artigo 21.º, n.º 1, do CIRC:

“Concorrem ainda para a formação do lucro tributável as variações patrimoniais positivas não refletidas no resultado líquido do período de tributação, exceto:

(...)

b) As mais-valias potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade, incluindo as reservas de reavaliação ao abrigo de legislação de carácter fiscal;”.

No que concerne às variações patrimoniais negativas, o artigo 24.º, n.º 1 do CIRC refere que:

“Nas mesmas condições referidas para os gastos, concorrem ainda para a formação do lucro tributável as variações patrimoniais negativas não refletidas no resultado líquido do período de tributação, exceto:

(...)

b) As menos-valias potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade;”.

Relativamente às mais e menos-valias, dispõe o artigo 46.º, n.º 1 do mesmo Código que:

“1-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.º 9 do artigo 18.º;”

Das sucessivas alterações legislativas e o seu impacto nas normas em análise

O referido artigo 45.º, n.º 3 do CIRC decorre da renumeração do anterior artigo 42.º, n.º 3, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho.

O n.º 3 do artigo 42.º, foi introduzido pela Lei n.º 32-B/2002, de 30 de dezembro, com a seguinte redação:

“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.”

Refere-se, v. g., no Acórdão proferido no Proc do CAAD n.º 94/2019-T, que “*de acordo com o Relatório do Ministério das Finanças para o Orçamento de Estado de 2003 (p. 33), a intervenção legislativa na área em causa (IRC) guiou-se por duas prioridades, a saber, o combate à fraude e evasão fiscais e o alargamento da base tributável*”, enquadrando-se a alteração que aqui interessa no âmbito do “*Alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade*” (p. 51).

A redação final da norma em análise resultou já da alteração implementada pela Lei n.º 60-A/2005 de 30 de Dezembro, sendo que nos termos do correspondente Relatório do Ministério das Finanças (página 31), a medida em causa se enquadrou no âmbito do “*Combate À Evasão e Fraude Fiscais e Outras Medidas Direccionadas à Consolidação Orçamental*”.

Considera-se que o artigo 18.º, n.º 9 do CIRC tem a sua justificação direta no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, que o introduziu no referido Código, onde se pode ler:

“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, mantivesse 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. (...)

No mesmo sentido, identificam-se como ativos abrangidos pelo regime das mais-valias e menos-valias fiscais os ativos fixos tangíveis, os ativos intangíveis, as propriedades de investimento, os instrumentos financeiros, com exceção daqueles em que os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor concorrem para a formação do lucro tributável no período de tributação (...).”

Estas intenções expressas têm correspondência naquela norma do n.º 9 do artigo 18.º, bem como na introdução, pelo mesmo diploma legal, das alíneas f) e i) do n.º 1 dos artigos 20.º e 24.º do CIRC, bem como da alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º.

Dentro do conjunto de alterações introduzidas pelo referido Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, cumpre ainda salientar que onde até aí se falava de proveitos e ganhos (artigo 20.º), passou-se a falar de *rendimentos*, e onde antes se falava de custos ou perdas (artigo 23.º), passou-se a falar de *gastos*.

De referir que “ (...) *previamente à adoção do critério do justo valor para participações sociais, ações, com as características do caso sub judice, por efeito do início de vigência do SNC, as variações patrimoniais relativas aos instrumentos financeiros eram irrelevantes do ponto de vista da formação do lucro tributável de cada período, por efeito da norma do artigo 21.º, n.º 1, alínea b), do CIRC, que estabelecia que não concorriam para a formação do lucro tributável «as mais-valias potenciais ou latentes, ainda que expressas na contabilidade, incluindo as reservas de reabilitação legalmente autorizadas». Era no momento da realização da mais ou menos-valia que era assumida a sua relevância fiscal a variação patrimonial verificada.*”

E continua o citado acórdão a mencionar que “*Este enquadramento fiscal, que reconduzia a uma tributação única (que ocorria uma só vez ao longo de todo o período de detenção dos instrumentos financeiros), dependente de uma atuação voluntária do sujeito passivo (na medida em que a transação dos instrumentos geradores da variação patrimonial, condição da relevância tributária daquela, apenas se daria se e quando o sujeito passivo alienasse os ativos) e em que a valorimetria da variação patrimonial era fixada em função da concreta transação que desencadeava a sua relevância tributária propiciavam um terreno fértil para manipulações contabilísticas e fiscais, já que o sujeito passivo podia procurar desencadear a relevância tributária no momento e nos termos em que tal lhe fosse fiscalmente mais proveitoso.*

Por outro lado, e atenta a relevância da vontade do sujeito passivo no mecanismo de relevância tributária da variação patrimonial, o sistema estabelecido adequava-se à adoção de

mecanismos de condicionamento daquela vontade, no sentido de a conformar a comportamentos economicamente mais desejáveis, que, no caso, passam pela preferência de realização de mais-valias, em detrimento da realização de menos-valias.

É neste quadro que se explica o surgimento da norma do anterior artigo 42.º, n.º 3 do CIRC que precede o então artigo 45.º, n.º 3, do mesmo.

Tal norma, quer na sua redação primitiva, resultante da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, quer na que lhe foi dada pela Lei n.º 60-A/2005 de 30 de Dezembro, explica-se objetiva e subjetivamente (ou seja, face à motivação expressa pelo legislador) por necessidades ligadas ao combate à fraude e evasão fiscais e ao alargamento da base tributável, dirigidas à almejada consolidação orçamental das contas públicas.

A aceitação da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, operada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, veio introduzir, na parte abrangida, um modelo radicalmente diferente, quer de valorização quer de relevância tributária das variações patrimoniais relativas à detenção daqueles instrumentos.

Com efeito, a intenção do legislador aquando do acolhimento do modelo do justo valor, devidamente evidenciada, foi, assumida e expressamente, a de 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”.

No que se refere a “instrumentos financeiros” que correspondam a menos “de 5 % do capital social”, “cuja contrapartida seja reconhecida através de resultados, (...) nos casos em que a fiabilidade da determinação do justo valor esteja em princípio assegurada”, a intenção legislativa foi a de aceitar “a aplicação do modelo do justo valor”, excluindo o princípio da realização.

Em consonância com esta intenção legislativa, o artigo 18.º, n.º 9 do CIRC veio dispor que, por regra, “*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*”, o que consubstancia um afloramento evidente e deliberado do assumido princípio da realização.

Contudo, a mesma norma, na sua alínea a), estabelece a exceção a este regime, “*quando: a) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor através de resultados, desde que, tratando-se de instrumentos do capital próprio, tenham um preço formado num mercado regulamentado e o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5 % do respetivo capital social;*”.

Ou seja, quando os “*rendimentos ou gastos (...) Respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor*”, tais “*concorrem para a formação do lucro tributável*”, “*desde que*”:

- ✓ Sejam reconhecidos “através de resultados”;
- ✓ Se trate “de instrumentos do capital próprio”;
- ✓ “tenham um preço formado num mercado regulamentado”; e
- ✓ “o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5 % do respetivo capital social”.

Cumpridas estas condições:

- ✓ *consideram-se rendimentos os resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros [artigo 20.º, n.º 1, alínea f), do CIRC]; e*
- ✓ *consideram-se gastos os resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros [artigo 23.º, n.º 1, alínea i) do CIRC].*

Deste modo, onde antes tínhamos uma relevância tributária única, aquando da transação daqueles instrumentos, agora passamos a ter uma relevância tributária continuada. Ou seja, face

às novas normas integrantes do regime da relevância tributária da contabilização pelo justo valor de instrumentos financeiros, os rendimentos ou gastos resultantes da aplicação do justo valor passam a relevar diretamente para a formação do lucro tributável [artigo 20.º, n.º 1, alínea f), e artigo 23.º, n.º 1, alínea i), do CIRC] do próprio ano em que se verificam, cumpridas que sejam determinadas as condições atrás referidas a propósito do artigo 18.º, n.º 9, do CIRC.

E concorda-se com a afirmação de que neste quadro normativo, *“deixam de se verificar quaisquer necessidades relativas ao combate da fraude e evasão fiscais, não só porquanto a relevância tributária das variações patrimoniais deixa de estar condicionada por um ato de vontade do sujeito passivo, mas também porquanto a valorimetria é objetivamente fixada, havendo espaço para a concretização do comando constitucional da tributação empresarial fundamentalmente pelo seu lucro real”*.

Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, o anterior artigo 42.º, n.º 3, do CIRC, renumerado então para artigo 45.º, n.º 3, manteve a respetiva vigência, com a sua redação inalterada.

Daí que se questione se tal norma se aplicará, ou não, às depreciações relativas a instrumentos financeiros, que concorram para a formação do lucro tributável, nos termos do artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC.

A função e o valor da interpretação: da importância da hermenêutica, da interpretação sistemática e da interpretação teleológica das normas fiscais em análise

Atendendo ao conteúdo do artigo 45.º n.º 3 do CIRC, que por facilidade expositiva se cita:

“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." [sublinhado nosso]

E continuando a seguir a fundamentação, que se sufraga no essencial, do mencionado Acórdão proferido no processo arbitral n.º 94/2019-T do CAAD, aí se pondera, designadamente, que “*A análise do texto normativo revela com clareza, em função da presunção de boa técnica legislativa, que o legislador elegeu, para nele incluir, três tipos de situações que se deverão ter, por distintas, a saber:*

- a) A diferença negativa entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital;*
- b) outras perdas (...) relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio;*
- c) outras (...) variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio”.*

Vejamos, então, se a situação dos autos se reconduz a alguma das situações acima referidas.

A situação aludida sob a alínea a) *supra*, será manifestamente inaplicável, não só porque não houve qualquer realização operada mediante transmissão onerosa, mas também porque o artigo 46.º, n.º 1, alínea b), do CIRC exclui as situações descritas no artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do conceito de mais-valias realizadas.

Deste modo, restam as possibilidades de integração da situação dos autos em alguma das *supra* situações referidas nas alíneas b) e c).

A aparente abrangência indiscriminada das previsões em causa poderá, contudo, ser razoavelmente mitigada atentando que “*perdas*” e “*outras variações patrimoniais negativas*” serão conceitos, não redundantes, mas dotados de um sentido próprio e distinto.

Para compreender tal facto, será necessário recuar aos artigos 23.º e 24.º do mesmo Código, atentando na evolução terminológica operada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho.

Com efeito, antes da entrada em vigor deste último diploma, os artigos referidos do CIRC referiam, respetivamente, que:

- “*Consideram-se custos ou perdas os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente os seguintes: (...)*”;

- “*Nas mesmas condições referidas para os custos ou perdas, concorrem ainda para a formação do lucro tributável as variações patrimoniais negativas não refletidas no resultado líquido do exercício, exceto: (...)*”.

Verifica-se, deste modo, que aquando da consagração da redação do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC então vigente, este Código distinguiu expressamente, para o que aqui releva, três tipos de situações, a saber:

- a) Custos;
- b) Perdas;
- c) Variações patrimoniais negativas não refletidas no resultado líquido do exercício.

A previsão do então artigo 42.º, n.º 3 do CIRC (predecessor do artigo 45.º, n.º 3, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho), dever-se-á considerar, assim, por reportada a estes conceitos, definidos nos artigos 23.º e 24.º, nas redações anteriores a este Decreto-Lei.

Deste modo, e por razões óbvias, da previsão daquela norma dever-se-ão ter por excluídos os custos relativos “*a partes de capital ou outras componentes do capital próprio*”, incluindo-se ali, unicamente, as perdas (tal como definidas no artigo 23.º) e variações patrimoniais negativas (tal como definidas no artigo 24.º), relativas àquelas partes.

E que assim é, ou seja, que a expressão “*outras perdas ou variações patrimoniais negativas*” utilizada no artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, na redação vigente em 2010, 2011 e 2012, não tem um sentido indiscriminadamente abrangente, mas antes um sentido preciso, definido nos artigos 23.º e 24.º, decorre desde logo do facto de o legislador ter empregado a mesma distinção.

Para além disso, a inclusão no âmbito da norma em causa não só das perdas (tal como definidas no artigo 23.º) e variações patrimoniais negativas (tal como definidas no artigo 24.º), mas também dos custos (tal como definidos no artigo 23.º na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho), levaria a que, por exemplo, o custo de aquisição de partes de capital apenas concorresse em metade do respetivo valor para o apuramento do lucro tributável, o que seria, obviamente, inconcebível num legislador minimamente razoável e, conseqüentemente, trata-se de uma interpretação a rejeitar, por força da regra do artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil, que impõe que se presuma que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

A alteração normativa implementada pelo Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, não terá alterado nada de relevante na matéria em causa. Com efeito, não obstante o corpo do artigo 23.º ter passado a referir-se unicamente a gastos, o certo é que o CIRC, inclusivamente na sua versão atual, continua a utilizar a expressão “*perdas*”, incluindo no próprio artigo 23.º (cfr. n.º 1, alínea h)). Tal ocorre em coerência, aliás, com o SNC, que nos termos do ponto 2.1.3.e) do anexo ao Decreto-Lei n.º 158/2009, de 12 de julho, mantém a distinção entre “*gastos*” e “*perdas*”.

Deste modo, conclui-se que o artigo 45.º, n.º 3, do CIRC se reportará a:

- a) diferenças negativas entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de partes de capital;
- b) outras perdas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio; e
- c) outras variações patrimoniais negativas relativas a partes de capital ou outras componentes do capital próprio.

Sendo que por “*perdas*” se deve entender os factos qualificáveis como tal à luz do CIRC, e por “*variações patrimoniais negativas*” se deverá entender variações patrimoniais negativas não refletidas no resultado líquido do exercício, tal como definidas no artigo 24.º.

Atendendo a este retrato fiel das normas e sua evolução, não se incluirão, deste modo, no âmbito da norma em causa, os factos qualificáveis como “*gastos*”, à luz do CIRC, ainda que relativos a partes de capital ou outras componentes do capital próprio.

A própria AT parece reconhecer isto mesmo, já que no “Manual de Preenchimento do Quadro 07, Modelo 22” (¹), a propósito do campo 737, refere que “Neste campo são inscritas, em 50%, as importâncias relativas a outras perdas (que não sejam menos-valias, dado que estas obedecem ao “mecanismo” das mais-valias e menos-valias) relativas a partes de capital ou outras componentes de capital próprio. São, por exemplo, acrescidas neste campo 737 as importâncias correspondentes a 50% das perdas por reduções de justo valor, quando estas se enquadrem no âmbito do artigo 23.º, n.º 1, alínea i), por força do disposto no art.º 18.º, n.º 9, alínea a)”. Não surge a invocação da expressão “gastos”. E atenda-se que o artigo 23.º, n.º 1, alínea i), do CIRC não se refere às importâncias em causa como “perdas”, mas como “gastos”, pelo que será incorreta a sua inscrição no campo em causa.

De resto, e se dúvidas houvesse, caso o legislador, aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, pretendesse incluir, no âmbito do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC, as situações referidas no artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC, teria tido o cuidado de incluir expressamente a terminologia “gastos”, i.e., teria introduzido uma alínea específica, contendo “Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros”, não no artigo 23.º, mas no artigo 24.º do CIRC.

Adentro deste enquadramento, deve-se então considerar que o Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, veio introduzir, no que respeita à parte abrangida pela aceitação da aplicação do modelo do justo valor em instrumentos financeiros, um regime especial de relevância para o cômputo do lucro tributável, justificado quer pela sua objetividade própria quer pela confessada intenção de aproximação da contabilidade à fiscalidade.

Esta circunstância não é, face à redação do CIRC, resultante do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de Julho, suscetível de gerar qualquer tipo de dúvidas, como se verifica, designadamente,

¹Disponível em <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BAFFC60A-E1B8-4217-89E1http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/BAFFC60A-E1B8-4217-89E1-17440629A6BA/0/17440629A6BA/0/ManualQ07201104052V.pdf>, p. 31.

pela redação dos artigos 20.º, n.º 1, alíneas f) e h), 23.º, n.º 1, alíneas i) e l), e, em especial 46.º, n.º 1, alínea b), todos do CIRC. Esses artigos evidenciam, de uma forma clara, a intenção de o legislador afastar os ajustamentos decorrentes da aplicação do critério do justo valor em instrumentos financeiros, nos termos reconhecidos pelo CIRC, do regime das mais-valias e menos-valias.

Já o regime resultante da conjugação dos artigos 45.º, n.º 3, e 46.º do CIRC, apenas faz sentido na perspetiva da atendibilidade das variações patrimoniais em causa sob o prisma do referido princípio da realização. É que, estando em causa, face a tal princípio, a aferição da variação patrimonial em função de uma transação, haverá sempre um fator voluntário em relação àquela.

Ou seja, no regime para o qual foi pensada e instituída a norma do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC, a realização de menos-valias, e demais situações elencadas estava dependente de uma atuação voluntária correspondente à realização das mesmas. Ora, neste quadro, será compreensível que o legislador institua mecanismos de desincentivo a uma atuação suscetível de ser considerada como desvaliosa, no caso a realização de menos-valias ou outras variações patrimoniais negativas.

Ao dispor que tais situações apenas relevarão em 50% do montante contabilizado, o legislador fiscal está, objetivamente, a condicionar as atuações abrangidas pela previsão legal, impondo um incentivo negativo às mesmas.

Por outro lado, e estando em causa instrumentos financeiros de valor não objetivamente quantificável, a desconsideração em 50% das variações patrimoniais negativas verificadas, teria também uma função de “*compensar*” a natural tendência dos operadores económicos para, ao nível fiscal, inflacionarem os prejuízos.

Contudo, aqueles aspetos não se verificarão já nas situações abrangidas pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a). Aqui, estando-se perante ajustes decorrentes da contabilização do justo valor, determinado por critérios objetivos (com “*um preço formado num mercado regulamentado*”), não há qualquer dúvida ou intervenção da vontade do sujeito passivo na verificação do

ajustamento patrimonial negativo ou positivo. Ou seja, estes ocorrerão, ou não, independentemente da atuação e da vontade do sujeito passivo, passando a ser relevantes fiscalmente no momento em que realmente ocorrem.

Ora, penalizar, nestes casos, o sujeito passivo com uma desconsideração de 50% do gasto incorrido, seria de todo injustificado, quer de um ponto de vista económico, quer de um ponto de vista jurídico (sublinhado nosso).

É que, recorde-se, esta situação de penalização contingente injustificada, só se daria por força da exceção das situações abrangidas pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a), do CIRC ao regime do princípio da realização. Ou seja, se relativamente a essas situações se aplicasse o regime geral do corpo do artigo 18.º, n.º 9, segundo o qual as mesmas não concorreriam “*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*”, a apontada incoerência não se verificaria, já que o facto que desencadearia a concorrência para a formação do lucro tributável apenas se daria por vontade do sujeito passivo, pelo que caberia a este optar por realizar a variação patrimonial negativa, com a consequente penalização fiscal, ou diferir esta para um momento em que fosse menos volumosa ou, até positiva, diminuindo ou eliminando a penalização decorrente da operação para si e para o Erário Público.

Da necessidade da análise do impacto efetivo das normas no exercício da interpretação. O dever de exigir a qualidade da norma fiscal

O juiz, em nome da efetiva proteção dos interesses trazidos a juízo, não se pode limitar a uma interpretação meramente literal, desprendida do elemento sistemático e, muito relevante, igualmente, o teleológico. Ou seja, é competência do juiz, através do seu olhar, garantir uma análise completa da situação. Garantindo a proteção prática e efetiva do direito de propriedade individual, não assumindo tal proteção uma componente meramente teórica e ilusória.

Por forma a conseguir este tipo de proteção, equilibrada e efetiva dos dois interesses em presença, é fundamental o juiz atender a interpretação e a aplicação integradas. Ou seja, há que ter em consideração a interpretação sistemática e a teleológica. Tal implica que as questões devem ser analisadas em todas as suas vertentes, por forma a garantir que o impacto real da aplicação da norma fiscal é considerado, tanto para o contribuinte como para a Administração Tributária. A consistência da intervenção pública é exigida e essa é devida, tanto pela via administrativa como pela via judicial.

A este propósito, tenha-se em atenção que a qualidade da norma fiscal é exigência determinante para garantir quer uma proteção adequada do contribuinte quer uma aplicação correta da norma. Por isso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em múltipla jurisprudência persistente ao longo do tempo ⁽²⁾, a propósito da análise da legalidade das normas fiscais, afirma a necessidade de a norma fiscal ter qualidade. Este conceito é aferido, no TEDH, considerando a acessibilidade, a precisão e a previsibilidade, promovendo a inexistência de inconsistências. O objetivo é não resultar da norma fiscal a possibilidade de interpretação ambígua, mas antes gerar-se interpretação una.

Com base nesta construção, o tribunal deve ter em consideração que o legislador buscou a qualidade da norma fiscal. Ou seja, o tribunal tem de ter em consideração que a letra da lei é efetivamente o que o legislador pretendeu, promovendo uma interação equilibrada entre a letra da lei e o seu espírito.

Importante forma de concretizar tal desígnio, após leitura integrada dos normativos em causa é a averiguar qual o impacto da aplicação da norma na esfera dos envolvidos na aplicação.

Este exercício necessário e garante da adequada proteção jurídica é ainda mais necessário no caso de serem invocadas divergências interpretativas pelos sujeitos envolvidos na relação

² A título de exemplo, ainda que atendendo a questões fiscais diferentes da que aqui se trabalha, mas a propósito do que significa qualidade da norma fiscal, tenha-se em consideração, *Hentrich c. França* [C], no. 13616/88, 22 de setembro de 1994; *Špaček, s.r.o. c. República Checa*, no. 26449/95, 9 de novembro de 1999 e *Shchokin c. Ucrânia*, no. 23759/03 e 37943/06, 14 de outubro de 2010)

jurídica fiscal, como no caso em apreço. Deve, então, o Tribunal proceder a análise comparada entre a aplicação da norma do artigo 18.º, n.º 9, alínea a) isoladamente e a aplicação da norma do artigo 18.º, n.º 9, alínea a) em conjugação com o artigo 45.º, n.º 3, por forma a apurar, em termos de resultado, se ocorre algum dado novo que possa fazer modificar a construção interpretativa até agora apresentada.

Decorrente do exposto, tenha-se em atenção os dados apresentados no quadro seguinte - e que tem sido recorrentemente utilizado pela jurisprudência do CAAD nesta matéria ³:

<i>Ano</i>	<i>Valor Inv. Financeiro</i>	<i>Variação anual de justo valor</i>	<i>Aplicação do artigo 45.º/3 do CIRC</i>
<i>0</i>	<i>Valor de aquisição (V.A.)</i>	<i>0</i>	<i>0</i>
<i>1</i>	<i>V.A. + 40</i>	<i>+ 40</i>	<i>+40</i>
<i>2</i>	<i>V.A. + 20</i>	<i>-20</i>	<i>-10</i>
<i>3</i>	<i>V.A.</i>	<i>-20</i>	<i>-10</i>
<i>4</i>	<i>V.A. -40</i>	<i>-40</i>	<i>-20</i>
<i>5</i>	<i>V.A.</i>	<i>+40</i>	<i>+40</i>
<i>6</i>	<i>V.A. -20</i>	<i>-20</i>	<i>-10</i>

Analisando este quadro, não será difícil perceber ou concluir que a não aplicação da norma do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC aos gastos, e concretamente aos “*Gastos resultantes da aplicação do justo valor em instrumentos financeiros*”, com a consideração plena das repercussões patrimoniais verificadas, sejam positivas ou negativas, - valores contidos na coluna intermédia “*variação anual do justo valor*” – implica uma coerência da tributação, qualquer que seja a

³ Cfr, v. g., os acórdãos proferidos nos processos CAAD n.ºs 94/2019-T e 452/2019-T, publicados em www.caad.org.pt

altura em que se verifique a alienação do instrumento financeiro. Ou seja, em qualquer altura que se escolha para proceder à alienação do instrumento financeiro, as alterações patrimoniais positivas e negativas compensam-se, de modo que, a final, o sujeito passivo apenas tenha acrescentado ou diminuído ao seu lucro tributável a diferença entre o valor de aquisição e o valor de alienação.

Todavia, se se aplicasse a norma do artigo 45.º, n.º 3, do CIRC, a partir do momento em que se verificasse uma alteração patrimonial negativa, haveria uma discrepância entre a relevância fiscal das variações patrimoniais negativas e positivas, sem qualquer justificação, como se disse, uma vez que aquelas variações ocorrem de forma objetiva e independente da atuação ou vontade do sujeito passivo. Assim, se, ao fim do segundo ano, o sujeito passivo do exemplo supra procedesse à realização do instrumento financeiro em causa, não obstante ter realizado uma mais-valia de apenas 20 (que seria tributada como tal ao abrigo do princípio da realização), teria, afinal, pago imposto sobre 30 (40-10). Do mesmo modo, se procedesse àquela realização ao fim do terceiro ano, teria pagado imposto sobre 20, não obstante não ter tido qualquer acréscimo patrimonial com a operação. E se procedesse à mesma realização ao fim do sexto ano, teria pago imposto como se tivesse tido um acréscimo patrimonial de 30 (80-50), não obstante ter tido uma variação patrimonial efetiva de -20 (menos 20), que, ao abrigo do princípio da realização consagrado no CIRC, seria dedutível, ainda que em apenas 50% do respetivo valor (-10). Ora, tais resultados, além de injustos afastar-se-iam do imperativo constitucional do artigo 104.º, n.º 2, da CRP, que promove a tributação das empresas fundamentalmente sobre o seu rendimento real.

Do exposto ou nessa dimensão interpretativa resulta a irrazoabilidade ou irracionalidade/desproporcionalidade da aplicação da norma do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC às situações abrangidas pelo artigo 18.º, n.º 9, alínea a) do mesmo Código.

Ora o desacerto de uma hipotética solução legislativa a que conduz uma determinada interpretação é, seguramente, um argumento decisivo para rejeitar essa interpretação, pois, em boa hermenêutica, tem de se presumir que o legislador consagrou a solução mais acertada para uma determinada situação jurídica e não uma solução insensata e sem fundamento lógico, como

aliás determina o artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil, sendo que os Tribunais, ao analisarem os casos, também têm de atender ao impacto efetivo das normas que aplicam, pelo menos, na consideração de que:

- Não podem ser aceites interpretações que conduzam a soluções desacertadas, por que a tal se opõe o artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil;

- nem são admissíveis interpretações que se reconduzam à tributação de rendimentos inexistentes ou que façam prevalecer a forma sobre a substância ou que violem os princípios da justiça material, da igualdade e da tributação com base na capacidade contributiva – Cfr., nesta linha, os artigos 4º-1, 5º-2 e 11º-3, da LGT e 2º, 13º e 104º, da Constituição da República.

E, nesta mesma linha se assegura, por um lado, o que é comumente reconhecido, ou seja, que a contabilização pelo justo valor é mais conforme à aproximação entre a contabilidade e a fiscalidade, finalidade confessadamente prosseguida pelo legislador do CIRC e do Decreto-Lei n.º 159/2009, de 13 de julho, e, por outro lado, a avaliação objetiva de realidades fiscalmente relevantes sem que haja margem significativa para manipulações fiscalmente convenientes.

Em face do exposto, tem de se concluir que devem afastar-se do campo de aplicação deste artigo 45.º, n.º 3 do CIRC, as situações em que não vale a sua razão de ser, em sintonia com a velha máxima *“cessante ratione legis cessat eius dispositivo”* (onde termina a razão de ser da lei termina o seu alcance). A necessidade de equilíbrio entre a letra da lei e o espírito do legislador criador é imprescindível e deve ocorrer de forma adequada e motivada por uma aplicação racional e objetiva da norma. Por isso, há muito se afirmou que *“o método teleológico tem-se vindo a deslocar cada vez mais para um primeiro plano em relação à interpretação literal. Segundo o princípio de há longa data conhecido: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, deve importar mais o fim e a razão de ser que o respetivo sentido literal. A ratio deve impor-se, não apenas dentro dos limites de um teor literal muitas vezes equívoco, mas ainda rompendo as amarras desse teor literal ou restringindo uma fórmula legal com alcance demasiado amplo”*.

Haverá assim que concluir que o artigo 18.º, n.º 9, alínea a) do CIRC, impõe a concorrência *“para a formação do lucro tributável”*, sem reservas ou limitações, dos *“rendimentos ou gastos”*

que “(...) *respeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor*”, “desde que” sejam reconhecidos “*através de resultados*”; se tratem “*de instrumentos do capital próprio*”; “*tenham um preço formado num mercado regulamentado*”; e “*o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação no capital superior a 5 % do respetivo capital social*”, não se aplicando, nestes casos, o artigo 45.º, n.º 3, do referido Código, na medida em que não estão abrangidos pela previsão normativa do mesmo.

Dá que as correções efetuadas quanto aos ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor sejam ilegais, bem como igualmente o sejam os atos de indeferimento da reclamação graciosa e recurso hierárquico sub judicio, justificando-se a anulação de harmonia com o artigo 163.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, subsidiariamente aplicável, nos termos do artigo 2.º, alínea c), da LGT.

Aplicação Uniforme do Direito

Não existe em Portugal a regra do precedente vigente no sistema da *Common Law*. Contudo, merece ser tido em consideração o exposto pelo legislador no artigo 8.º, n.º 3 do Código Civil. Aí é expresso que “*nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito*”. Assim, em nome da certeza e da segurança jurídicas, bem como em nome da unidade do sistema jurídico e, igualmente, e não de menos importância, em nome da equidade fiscal, devem ser consideradas as decisões existentes sobre os factos em causa, a sua argumentação e a fundamentação.

Neste domínio, tenha-se em atenção que, para além das decisões citadas proferidas nos relativamente recuados anos de 2015 e 2016 (Processos CAAD n.ºs 25/2015 e 90/2016), não se conhece na Jurisprudência mais recente e que ora se seguiu muito de perto [Acórdãos proferidos nos Processos do CAAD n.ºs 94/2019 e 452/2019⁴], para além do acórdão proferido no processo n.º 108/2013-T desde a já citada Decisão Arbitral de 25-11-2013, proferida no Processo n.º 108/2013-T.

⁴ Acórdão proferido por unanimidade por Coletivo presidido pelo mesmo árbitro que preside a este Tribunal.

E, tal como refere o Supremo Tribunal Administrativo (STA)⁵, existe jurisprudência arbitral firme quanto a esta matéria. A título de exemplo refiram-se entre outras e para além das citadas, as proferidas nos processos do CAAD n.ºs 208/2015-T, 59/2015-T, 231/2015-T, 396/2015-T, 126/2015-T, 563/2015-T, 738/2015-T, 89/2016-T, 393/2016-T, 556/2016-T, 437/2016-T, 155/2017-T, 525/2019-T, 491/2019-T e 419/2019-T, publicadas no site www.caad.org.pt.

Refira-se ainda que também o STA expressamente se pronunciou sobre a matéria, considerando designadamente que *“a norma do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC não é aplicável quando ocorre a determinação – ao Justo Valor – do valor dos ativos sujeitos a mercado regulado por entidades oficiais, porque a razão da sua existência, combate à evasão e elisão fiscal, não tem justificação, o valor dos ativos – a posição financeira – acaba por ser “estranho” e alheio à vontade do contribuinte que, em última instância, nada releva para a valorização ou desvalorização do respetivo ativo”* (Acórdão de 06-06-2018, Processo n.º 0582/17).

E, no mesmo sentido, sobre o alcance do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC, ainda que a propósito de outra questão, pronunciou-se ainda o acórdão do STA de 17-02-2016, proferido no Processo n.º 01401/14.

Assim é que, em sintonia com a jurisprudência largamente maioritária, quer do STA quer de vários tribunais arbitrais tributários, o pedido formulado pela requerente terá de proceder totalmente.

Juros indemnizatórios

No que concerne ao pedido de juros indemnizatórios, temos de atender ao disposto no artigo 24.º n.º 1 b) do RJAT que estabelece que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a Administração Tributária a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta - nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários - restabelecer a situação que existiria

⁵ Cfr. Acórdão de 06-06-2018, no âmbito do Processo n.º 0582/17

se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito.

Esta norma está em plena sintonia com o disposto no artigo 100.º da Lei Geral Tributária (LGT), que é aplicável neste caso por força do disposto no artigo 29º, no n.º 1, a) do RJAT, que dispõe: “A administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamações ou recursos administrativos, ou de processo judicial a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da situação que existiria se não tivesse sido cometida a ilegalidade, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, nos termos e condições previstos na lei.”

Temos de atender ainda ao artigo 43.º nº 1 da LGT que estabelece que “*são devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido.*”

Analisando o caso *sub judice* é patente que a Requerente, ao proceder à autoliquidação aqui questionada, e que a Requerida, indeferindo reclamação graciosa e denegando provimento ao recurso hierárquico, a Requerida incorreu, por razões que lhe são exclusivamente imputáveis, em erro sobre os pressupostos de facto e de direito.

Considerando o disposto no artigo 61.º do CPPT e que se encontram preenchidos os pressupostos do direito a juros indemnizatórios, ou seja, verificada a existência de erro imputável aos serviços de que resultou pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido, tal como previsto no nº 1 do artigo 43º da LGT, a Requerente tem direito a juros indemnizatórios, à taxa legal, calculados sobre as quantias que, indevidamente, pagou, a contar da data em que o fez, até ao seu integral reembolso.

Demais questões suscitadas nos autos

As Demais questões suscitadas incidentalmente nos autos pela Requerente ficam prejudicadas pelo mérito do pedido.

III - Decisão

De harmonia com o exposto, acordam neste Tribunal Arbitral em considerar que os atos objeto de pronúncia arbitral são anuláveis por vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de direito, em conformidade com o disposto no artigo 163.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), aplicável por remissão do artigo 29.º, n.º 1, alínea d) do RJAT e assim:

- a) Julga-se totalmente procedente o pedido de pronúncia arbitral;
- b) Anulam-se, em consequência, por ilegalidade o ato de indeferimento expresso do recurso hierárquico n.º ...2015... e o ato de indeferimento do pedido de revisão do ato tributário n.º ...2015... e ainda os atos de autoliquidação de IRC subjacentes, na parte respeitante aos gastos resultantes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros sindicados;
- c) Condena-se a Requerida no reembolso à Requerente das quantias pagas na sequência e em consequência dos atos ora declarados ilegais, acrescidas de juros indemnizatórios à taxa legal, contados desde o pagamento até integral reembolso e
- d) Fica prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas pela Requerente.

Valor do processo

De harmonia com o disposto no artigo 306.º, n.º 1, do CPC e 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € 154.922,15

Custas

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € 3 672.00 €, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Autoridade Tributária e Aduaneira (Requerida).

Lisboa, 26 de junho de 2020

O Tribunal Arbitral Coletivo,

José Poças Falcão
(Presidente)

Francisco Nicolau Domingos
(Árbitro Adjunto)

Pedro Roque
(Árbitro Adjunto)

Declaração de voto

A - Posição das partes

Para a Requerente o artigo 18.º, n.º 9, alínea a) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“CIRC”) impõe a concorrência para a formação do lucro tributável, sem reservas e limitações dos rendimentos ou gastos que “[r]espeitem a instrumentos financeiros reconhecidos pelo justo valor”, quando: i) sejam reconhecidos através de resultados; ii) se tratem de instrumentos de capital próprio; iii) tenham um preço formado em mercado regulamentado e iv) o sujeito passivo não detenha, direta ou indiretamente, uma participação superior a 5% do capital social. Para a Requerida, as perdas por redução do justo valor de partes de capital fiscalmente relevantes, por aplicação do artigo 18.º, n.º 9, al. a) e al. i) do artigo 23.º, ambos do CIRC [na redação em vigor à data dos factos tributários], são consideradas, para efeito do apuramento do lucro tributável, em metade do seu valor, por força do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC.

B – Fundamentos do voto de vencido

Voto vencido a decisão adotada neste tribunal, porquanto acompanho o sentido decisório vertido na decisão arbitral n.º 90/2016-T, de 26/10/2016.

Na verdade, a questão não é nova, existindo jurisprudência contraditória, mormente, a título de exemplo, a decisão arbitral n.º 84/2018-T, de 25/09/2018.

Adiantamos que, a linha jurisprudencial que deve ser aplicada aos autos é, repete-se, a primeira, pois assegura-se: “[a] necessidade de se tomar a escrita e a contabilidade com o carácter circunstancial de registo e apuramento operacional correspondente à sua natureza, sem o mito do seu domínio substitutivo da realidade tributária, e sem o abandono ou repúdio do efeito que o legislador fiscal procurou na sua avocação[...]”, VÍTOR FAVEIRO, O Estatuto do Contribuinte. A pessoa do contribuinte no Estado social de direito, Coimbra Editora, 2002, p. 501. Ou seja, perante o tributo aqui concretamente em causa – IRC, impõe-se, nestas hipóteses

de jurisprudência contraditória, não olvidar a finalidade da contabilidade na tributação do rendimento das pessoas coletivas.

Deste modo, o artigo 18.º, n.º 9 do CIRC, na redação em vigor à data dos factos, dispunha que: “[o]s 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 [...]” – *sublinhado nosso*.

Ora, o conceito de gasto relevante para a aplicação desta norma subsume-se à totalidade das rubricas contabilísticas, que podem ou não ter relevância fiscal, consideradas como afetando negativamente o resultado líquido de uma sociedade, nas quais se incluem, mormente, as perdas, as menos-valias e as depreciações. Em resumo, a perda é uma tipologia de gasto.

Por conseguinte, a dedutibilidade da perda, que é um gasto, deverá ser analisada à luz do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC, com vista a determinar se preenche a previsão da norma.

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

Se assim é, as perdas decorrentes da redução do justo valor de instrumentos financeiros, designadamente partes de capital, e as perdas associadas à alienação de partes de capital valorizadas ao justo valor incluem-se na previsão do artigo 45.º, n.º 3 do CIRC. Ou seja, devem ser consideradas para apuramento do lucro tributável em metade do seu valor, alcançando-se um resultado interpretativo com refração no elemento literal. Em resumo, a pretensão da Requerente deveria improceder *in totum*.

Ainda assim poder-se-ia questionar que o substrato do presente voto de vencido se encontra abalado, perante a existência de decisões judiciais em sentido contrário.

Em primeiro lugar, não se conhece a existência de acórdão de uniformização da jurisprudência respeitante à questão que se discute neste processo arbitral. E a propósito dos acórdãos de uniformização da jurisprudência sustenta a doutrina⁶: “[n]ão vincula as instâncias, por força

⁶ José de Oliveira Ascensão, O Direito. Introdução e Teoria Geral, 9.ª edição, Almedina, 1995, p. 308.

do princípio da independência; e não vincula o próprio STJ porque teria de ser a lei a estabelecer esse efeito auto-vinculativo,[...]”. Ou, dito de outro modo, a jurisprudência uniformizada favorece a existência de orientações comuns, mas não tem um efeito de auto-vinculação.

Ora, na presente hipótese, nem sequer existe essa jurisprudência uniformizada, por isso, a posição que aqui se defende traduz uma interpretação conscienciosa do quadro normativo aplicável, aquela a que cada tribunal está obrigado.

Lisboa, 26 de junho de 2020

Francisco Nicolau Domingos