

**CAAD: Arbitragem Tributária**

**Processo n.º: 407/2019-T**

**Tema: IRC – Dedutibilidade de gastos. Art.º 23.º CIRC; Encargos Financeiros.**

## **DECISÃO ARBITRAL**

Os árbitros Fernanda Maças (presidente), Diogo Feio e Fernando Araújo (vogais), acordam no seguinte:

### **1. RELATÓRIO**

A..., Sociedade Unipessoal, LDA, NIPC..., com sede na ... n.º..., ..., ...-... Lisboa, veio requerer, em 11 de Junho de 2019, a constituição de tribunal arbitral em matéria tributária nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 2.º, da al. a) do n.º 3 do artigo 5.º, da al. b) do n.º 2 do artigo 6.º e da al. a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 10.º, todos do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), e dos artigos 1.º e 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março, tendo em vista a anulação do acto de liquidação adicional de IRC n.º 2019..., incluindo juros compensatórios, bem como da respectiva demonstração de acerto de contas n.º 2019..., referentes ao exercício de 2014, nos termos dos quais se apurou imposto a pagar no valor de € 607.636,60, nomeando desde logo como árbitro o Prof. Doutor Diogo Feio.

Em 12 de Junho de 2019, o pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Senhor Presidente do CAAD e seguiu a sua normal tramitação, nomeadamente com a notificação à Autoridade Requerida (“AT”, ou “Requerida”), a qual declarou manter, nos seus precisos termos, o acto tributário objecto do pedido; e, face à opção da Requerente de designar árbitro, nomeou como árbitro o Prof. Doutor Fernando Araújo.

Em 30 de Agosto de 2019, o Conselho Deontológico do CAAD, respondendo a solicitação dos árbitros vogais, designou para presidir ao Tribunal a Conselheira Fernanda Maçãs, que aceitou a designação.

Notificadas as partes dessa designação, a Requerente apresentou a esse mesmo Conselho, em 16 de Setembro de 2019, um pedido de afastamento da Presidente designada, invocando que a sua participação nos presentes autos implicaria a reconstituição da maioria formada no processo n.º 690/2016-T, em que a Requerente fora vencida em litígio referente às mesmas questões de direito e de facto; e que, na impossibilidade de objectar ao árbitro nomeado pela AT, só poderia evitar uma presumível renovação da maioria que nele fora formada através do afastamento da sua Presidente.

Inteirada desse requerimento, a Presidente designada comunicou por escrito ao Conselho Deontológico do CAAD, em 18 de Setembro de 2019, a disponibilidade para o seu afastamento.

Em 27 de Setembro de 2019, o Conselho Deontológico proferiu decisão indeferindo o pedido de afastamento, por não fazer parte das situações previstas nem na lei nem no Código Deontológico do CAAD, quer para o afastamento, quer para a escusa – louvando-se na orientação consolidada pela jurisprudência dos tribunais superiores.

O Tribunal Arbitral Colectivo foi constituído em 3 de Outubro de 2019.

A Requerida apresentou a sua resposta em 11 de Novembro de 2019, acompanhada de cópia do processo administrativo, contendo o Relatório de Inspeção Tributária (RIT).

Por requerimento de 29 de Novembro de 2019, veio a Requerente, em exercício de contraditório, tomar posição sobre a resposta da autoridade Requerida no sentido de ser de indeferir a produção de prova testemunhal, reiterando a sua necessidade e pertinência. Subsidiariamente, veio a Requerente requerer o aproveitamento da prova produzida nos processos que correram termos no CAAD sob o n.º 614/2015-T e sob o n.º 680/2016-T.

Em requerimento de 23 de Janeiro de 2020, veio a Requerida solicitar o aproveitamento da prova produzida nos processos que correram termos no CAAD sob o n.º 614/2015-T e sob o n.º 690/2016-T, o que, nos termos do art. 421º do CPC, tornaria inútil a produção de nova prova testemunhal.

Em requerimento apresentado em 27 de Janeiro de 2020, a Requerente, instada a pronunciar-se sobre o requerimento de 23 de Janeiro de 2020 da Requerida, insistiu na necessidade de inquirição da testemunha arrolada, mas não se opôs ao aproveitamento da prova produzida nos processos n.º 614/2015-T e n.º 690/2016-T, conforme proposto pela Requerida.

No dia 19 de Fevereiro de 2020, pelas 10 horas, teve lugar no CAAD a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, tendo-se procedido à audiência das testemunhas arroladas pelas Partes, nos termos da Ata elaborada e que se dá por reproduzida para todos os efeitos legais. O Tribunal admitiu o aproveitamento da prova produzida nos processos n.ºs 614/2015-T e 690/2016-T solicitada pela Requerida.

As partes foram notificadas para produzirem alegações escritas, no prazo de quinze dias e concedendo à Requerida a faculdade de juntar as suas alegações com carácter sucessivo relativamente às produzidas pela Requerente.

O Tribunal designou, ao abrigo do artigo 18.º, n.º 2, do RJAT, o dia 3 de Junho de 2020 para a prolação da Decisão Arbitral. Este prazo foi objecto de prorrogação para o dia 3 de Agosto, pelas razões constantes do despacho de 1 de Junho, que se dá por reproduzido.

As partes proferiram alegações.

## **II. POSIÇÃO DAS PARTES**

### **A. POSIÇÃO DA REQUERENTE**

#### **A.1. A INTERPRETAÇÃO DOS FACTOS**

A leitura que a Requerente faz dos factos é a de que a Requerida labora num erro de percepção ao qualificar a aquisição de 70% do capital social da B... comandita como uma operação entre empresas do mesmo grupo (art. 10º PPA).

A Requerente lembra que foi constituída para “evitar que os riscos operacionais da gestão do imóvel / centro comercial pudessem ter impacto direto no valor económico do próprio imóvel” (arts. 19º, 156º PPA).

Assim, na sua leitura dos factos, a decisão teria sido tomada pelos investidores do fundo C... por entenderem que seria mais vantajoso adquirir parte do complexo comercial ..., incluindo 70% do capital social da B... comandita, através de recurso a financiamento, tendo especialmente em conta as condições do mercado em 2007 – que num cenário pré-crise teriam alegadamente a vantagem de permitirem aquisições “alavancadas” em crédito bancário acessível (arts. 25º a 27º PPA).

Por outro lado, a Requerente e a B... comandita teriam sido escolhidas para protagonistas dessa operação por serem elas já as detentoras dos activos com os quais se prestariam as garantias – nomeadamente os imóveis e lucros operacionais resultantes da exploração do ..., e geradores do “cash-flow” necessário, e o valor da participação social da Requerente na B... comandita – e também pela proximidade geográfica aos activos e fontes de rendimento, pelo facto de se tratar de sociedades residentes em Portugal (arts. 28º a 33º, 62º, 114º a 116º PPA).

Outro ponto fulcral na tese da Requerente é o de que, não obstante as sociedades gestoras G... e H... serem detidas pela F... AG e, nesta medida, serem entidades relacionadas para efeitos de preços de transferência, essas sociedades gestoras terem agido, no negócio em apreço, exclusivamente no interesse dos investidores dos fundos por elas representados, e não no interesse da F... AG, e não com qualquer “lógica de grupo”, até por se tratar de fundos de investimento com diversa localização geográfica, com diferente tipo de investidores, diferente *portfolio* de activos e diferente perfil de risco (arts. 35º a 39º, 59º, 60º, 62º, 108º a 113º PPA).

O sentido económico da operação (que a Requerente alega ter sido apreciado em 2007 pela própria AT) teria sido o de concentrar numa única entidade, a Requerente, os riscos e os fluxos de rendimento – através da obtenção de financiamento e da prestação de garantias, alcançando-se a constituição de uma “unidade de negócio” portuguesa centrada no ..., e logrando-se um maior controle do negócio, dada a aquisição da maioria da propriedade das instalações (arts. 45º a 48º, 61º, 117º e 118º PPA).

Não se trataria de obter uma poupança fiscal ao nível da Requerente, e especificamente não se tratou somente de colocar a Requerente na posição de devedora de uma renda à B...

comandita, permitindo a esta, por sua vez, imputar 70% da sua matéria colectável à Requerente, por aplicação do regime da transparência fiscal (arts. 46º, 51º e 52º, 120º PPA)

Por sua vez, a Requerente sustenta também que os dois empréstimos existentes foram contraídos por duas pessoas jurídicas distintas e para a aquisição de ativos diferentes: a Requerente comprou as participações sociais da B... comandita e esta comprou um imóvel, não havendo por isso qualquer duplicação de encargos (art. 53º PPA).

## **A.2. QUESTÃO PRÉVIA DE CASO JULGADO MATERIAL**

A Requerente recorda que, relativamente aos exercícios de 2010 e de 2012, foram julgados procedentes os seus pedidos de anulação das liquidações adicionais de IRC, nos Processos Arbitrais n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T, que correram os seus termos no CAAD – sem omitir as decisões proferidas nos Processos Arbitrais n.ºs 690/2016-T e 180/2018-T, respeitantes aos exercícios de 2011 e de 2013, que lhe foram desfavoráveis, mas que ela impugnou (arts. 63º a 67º PPA).

A Requerente alega que há factos alegados na presente acção que já foram dados como provados nos Processos n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T, alegando que neles a factualidade subjacente transitou materialmente em julgado por não ter sido contestada pela AT, apesar de esta ter tido toda a oportunidade de fazê-lo num contexto de garantias essenciais de defesa – pelo que recorre à alegação da eficácia extraprocessual das provas documentais e testemunhais (ou “provas emprestadas”, art. 421º CPC, *ex vi art. 29º, I, e) do RJAT*) (arts. 68º a 70º, e 94º PPA).

Alega ainda que a sentença transitada em julgado passa a ter força obrigatória dentro e fora do processo (arts. 619º e 621º CPC), em termos de caso julgado material que abarca não somente a decisão mas os respectivos fundamentos, pressupostos, questões preliminares e antecedentes lógicos, vedando o *bis in idem* entre as mesmas partes com o mesmo objecto – no sentido de precluir não somente a indagação ulterior de uma relação material controvertida que implicasse a reapreciação do já julgado (caso julgado *stricto sensu*) mas também uma decisão contrária ao decidido em causa anterior (a “autoridade de caso julgado”, conducente a uma “excepção de caso julgado”, eventualmente dispensando a tradicional exigência de tríplice

identidade contida no art. 581º CPC). A Requerente sustenta que a consagração desse efeito de “autoridade de caso julgado” no âmbito do direito tributário é plena, e tem que sê-lo como princípio jurídico-processual fundamental e corolário da segurança jurídica estruturante do Estado de Direito (arts. 71º a 93º PPA).

Reconhecendo embora a divergência de pedidos – já que o IRC correspondente ao exercício de 2014, ora em apreço, não é o IRC dos exercícios de 2010 e 2012, objectos das decisões nos Processos n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T, a Requerente sustenta que a solução a dar ao caso deverá sujeitar-se à autoridade de caso julgado e à consagração do valor da uniformidade na aplicação e interpretação do Direito, imposto pelo art. 8º do Código Civil, e do valor do processo equitativo como corolário da tutela jurisdicional efectiva, que se acolhe no art. 20º, 4 da Constituição (arts. 95º a 97º PPA).

### **A.3. IMPUGNAÇÃO DA CORRECÇÃO EFECTUADA À MATÉRIA COLECTÁVEL**

A Requerente contesta o entendimento da AT de que os juros suportados com empréstimos contratados não são indispensáveis para a realização de proveitos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, não sendo, portanto, atendíveis pelo critério de dedutibilidade do artigo 23.º do Código do IRC. E opõe-se aos três principais fundamentos usados para justificar essa não-dedutibilidade: a operação de aquisição de participação financeira; a “duplicação” dos encargos relativos a juros; o critério da indispensabilidade (arts. 98º a 100º PPA).

A Requerente insiste que a operação de aquisição da participação financeira não foi efetuada entre sociedades do mesmo grupo nem tão pouco teve o propósito de criar gastos dedutíveis fiscalmente para diluir os lucros da Requerente, pelo que não aceita o argumento de que não há benefícios decorrentes da aquisição de 70% do capital social da B... comandita (uma vez que tal sociedade já pertencia em 100% ao grupo), e que o objectivo foi o de, por decisão de grupo e com o financiamento intra-grupo, deduzir à matéria colectável os juros suportados pela Requerente e ainda não tributar a matéria colectável da B... comandita imputada à Requerente. Especificamente, nega que se tenha visado uma “duplicação de encargos financeiros em torno do imóvel locado – os que são deduzidos na determinação da matéria

colectável do sujeito passivo e aqueles que são registados e deduzidos na determinação da matéria colectável da sociedade transparente, na medida em que a Requerente ocupa simultaneamente a posição de locatária e de sócia da sociedade locadora abrangida pelo regime de transparência fiscal, o que subverteria os próprios objetivos prosseguidos pelo regime de transparência fiscal (arts. 101º a 104º, 124º e 125º, 140º a 142º, 154º a 167º PPA).

E a Requerente também desmente, segundo a sua interpretação dos factos, que o recurso ao financiamento para adquirir 70% da participação social na B... comandita tenha constituído uma duplicação de encargos, ou tenha acarretado “encargos desproporcionados” (arts. 126º a 139º PPA).

Em particular, a Requerente argumenta que o negócio não teria sido economicamente diferente se o edifício do centro comercial ... fosse arrendado pela B... comandita a uma entidade terceira (não relacionada), uma vez que também nesta situação a B... comandita receberia rendas do arrendatário, apurava a sua matéria coletável, a qual seria a imputada à Requerente (arts. 145º a 153º PPA).

Mais ainda, a Requerente insiste que a AT tinha conhecimento de toda a operação e que isso se traduziu no deferimento, logo em 2007, do pedido de manutenção dos prejuízos fiscais – no processo n.º 27664/07 (arts. 105º a 107º PPA).

Quanto ao critério da indispensabilidade dos gastos, para efeitos do regime de dedutibilidade previsto no art. 23º do CIRC, a Requerente insiste que a aquisição de 70% da participação social na B... comandita “*nunca visou a obtenção de prejuízos fiscais, pois, daí não adviria qualquer vantagem para a empresa, uma vez que não está inserida num grupo fiscal, nem tão pouco para o seu único sócio que, como é natural, pretende ser remunerado pela participação social que detém*” (art. 172º PPA), e alega que isso é demonstrado pelo facto de ter comprado a valor de mercado, com recurso a financiamento, num momento muito favorável, de um imóvel gerador de rendimento tributável e cuja alienação gerará mais-valias igualmente tributáveis – sem *participation exemption* dado o regime de transparência, nos termos dos arts. 51º e 51º-C do CIRC (arts. 168º a 183º PPA).

#### **A.4. O NOVO ART. 23º CIRC E O FIM DA INDISPENSABILIDADE**

A Requerente assinala que a exigência da “comprovada indispensabilidade” de custos, invocada pela AT para afastar a dedutibilidade no exercício de 2014, desapareceu entretanto como requisito na nova redacção do art. 23º do CIRC, introduzida pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro.

Mantém-se a exigência da conexão entre os gastos e o objetivo de obtenção de rendimentos sujeitos a imposto, mas suprimiu-se o requisito da “indispensabilidade”, que terá visado enfatizar, enquanto durou, a separação entre os interesses do sujeito passivo e interesses alheios, nomeadamente os dos sócios – o que a Requerente entende que subsiste demonstrado no exercício de 2014, ou seja que os custos incorridos o foram no interesse dela própria, e não por interesse alheio, e que potenciarem os seus lucros, e não lucros alheios, e não se tratou de actos desconformes com os fins da empresa (arts. 185º a 215º PPA).

A Requerente sustenta que o argumento da AT – de que nada mudou nas relações entre a Requerente e a B... comandita com a aquisição do complexo comercial ...– nada tem a ver com o art. 23º do CIRC na sua versão em vigor antes ou depois de 31 de Dezembro de 2013, e quando muito remeteria para outros fundamentos legais porventura para a aplicação da Cláusula Geral Anti-Abuso, o que por sua vez teria exigido a prévia instauração do procedimento previsto no art. 63º do CPPT, além de, no entender da própria Requerente, poder revelar desconhecimento quanto às soluções societárias e accionistas adoptadas, em especial no que respeita à B... comandita, e que corresponderam a exigências do ordenamento jurídico alemão (arts. 216º a 231º PPA).

Finalmente, sustenta a Requerente que, caso a interpretação efetuada pela AT seja considerada ilegal e venha a ser anulado o acto de liquidação adicional de IRC e respectivos juros compensatórios, bem como da respetiva demonstração de acerto de contas, referente ao exercício de 2014, deverá haver lugar a ressarcimento pelo período de tempo em que a Requerente se viu privada da quantia indevidamente paga, sendo pagos juros indemnizatórios, a calcular desde a data do pagamento até ao efectivo e integral reembolso, à taxa de 4% ao ano, nos termos do art. 24.º, 5 do RJAT, do art. 35.º, 10, e do art. 43.º, 4 da LGT, do art. 559.º do Código Civil, e da Portaria n.º 291/03, de 8 de Abril.

## **A.5. NAS ALEGAÇÕES**



Em Alegações, a Requerente retoma a sua interpretação dos factos e a sua argumentação de Direito, aditando passagens transcritas das inquirições das testemunhas arroladas.

De novo, salienta-se a ênfase no argumento de que a posição da Requerida – de que o reconhecimento de interesse económico na operação de aquisição da participação social da B... comandita, no processo n.º 27664/07 em 2007, não interfere com os juízos relativos à dedutibilidade dos gastos que posteriormente decorrem de tal operação, por estes juízos assentarem numa lógica diferente – configuraria aparentemente um *venire contra factum proprium* que viola o princípio da justiça e boa-fé a que a Requerida está vinculada nos termos do art. 55.º da LGT, e seria um atentado ao princípio da confiança legítima (arts. 181º a 198º das Alegações da Requerente).

## **B. POSIÇÃO DA REQUERIDA**

### **B.1. A INTERPRETAÇÃO DOS FACTOS**

A Requerida discorda dos diversos entendimentos veiculados pela Requerente no seu PPA, e recorda que na matéria de facto dada como provada no âmbito do Proc. n.º 690/2016-T, consta do ponto IV-A, art.º 25, que: “*A decisão de aquisição pela Requerente da parte social de €6.999.995,00 do capital social da “B... comandita” com recurso a financiamento junto de entidades do grupo foi tomada pelo grupo de empresas, dentro de uma estratégia de grupo (cfr. O Estudo de preços de transferência. Exercício fiscal de 2011, respectivas pp. 45 e 55, junto como Anexo 1 ao RIT, pp. 84 e 94 do Processo Administrativo, onde se pode ler o seguinte: “Em Outubro de 2007 o Grupo decidiu que a A... iria adquirir a participação na B... comandita detida pela G... GmbH. Para esse efeito, a A... recorreu a financiamento junto de entidades do Grupo”; “Conforme referido anteriormente, em Outubro de 2007 o Grupo decidiu que a A... iria adquirir a participação na B... comandita detida pela G... GmbH. Para esse efeito, a ... recorreu a financiamento junto de entidades do Grupo”)* (art. 26º Resposta AT).

E recorda ainda a Requerida que ficou provado no Proc. n.º 690/2016-T, ponto IV-A, art.º 27, que: “com a operação de 2007 “*nada mudou na estrutura do complexo Comercial...*”

e, no que respeita à Requerente e à B... comandita “*estas entidades continuam a desenvolver a mesma actividade*”, a “*B... comandita continua a explorar de forma passiva (paredes nuas) o imóvel, designadamente mantendo um contrato de arrendamento com a Requerente, e esta continua a gerir o complexo comercial ... através da celebração de contratos de uso de loja (...)*” (art. 38º Resposta AT).

Contra a alegação da Requerente de que a operação de aquisição de 70% no capital da sociedade B... comandita não foi uma operação realizada entre sociedades do mesmo grupo, mas sim entre fundos de investimento com diferentes investidores não relacionados entre si, a Requerida sublinha que ambas as sociedades incluídas na operação são detidas a 100% indirectamente pelo fundo C..., e dependem deste e da sociedade gestora do mesmo, a H... SARL, que se integra num grupo maior, o do F... AG, que domina a 100% as sociedades detidas pela sua participada H... SARL – sendo a F... é uma sociedade residente na Alemanha que detém a 100% também a G... MBH. Tendo o capital social da A... Unipessoal sido detido inicialmente pela G... MBH, em 31 de Outubro de 2007 esta vende a totalidade do capital social da A... e da B... comandita ao fundo de investimento C..., o qual tem como entidade gestora a H..., SARL; logo, as entidades gestoras dos dois fundos eram, reconhecidamente, ambas detidas pela F... e, das três entidades concedentes do empréstimo, a I... e a J..., SARL dependem em 100% do fundo C... e da sociedade gestora H... (H...), sendo que o banco K... também pertence ao grupo da L..., tal como a F... . Assim sendo, sublinha a Requerida que não colhe a argumentação de que as entidades G... mbH e H... SARL não são mais do que as sociedades gestoras de dois fundos independentes entre si, questionando-se onde está a independência entre dois fundos de investimento que são geridos por sociedades que eram dominadas a 100% pela mesma sociedade que se situa no topo do grupo (arts. 45º a 49º Resposta AT).

Por outro lado, sustenta a Requerida que é transparente que os motivos que determinaram a alocação à Requerente da participação no capital da B... comandita, relevam de um processo de decisão, imputado aos “*investidores do fundo C...*” mas que na realidade passou pela sociedade gestora desse fundo e pelas suas controladoras, que entenderam ser vantajoso incumbir a Requerente de adquirir parte do complexo comercial ..., incluindo 70% do capital social da B... comandita, através de recurso a financiamento, no contexto de uma estratégia de grupo e através de uma decisão de grupo, como resulta do dossier de preços de transferência,

desmentindo a alegação de que se trataria de um negócio consumado entre entidades gestoras que representam fundos de investimento totalmente independentes entre si, agindo exclusivamente no interesse dos participantes nesses fundos, sem qualquer subordinação aos interesses do grupo em que as próprias entidades gestoras estão integradas (arts. 50º a 54º Resposta AT).

Sublinha ainda a Requerida que a operação de 2007 foi financiada exclusivamente por instituições participantes do grupo em que se integram a Requerente e a B... comandita, a própria sociedade-mãe (J..., detida pela D...), no valor de €96,84M, a sociedade I..., detida a 100% pela E..., no montante de €42,6M, cuja sociedade mãe é a D..., e o banco K..., que efectuou um empréstimo de €35,8M e participa na Sociedade F...: de onde retira a conclusão de que com a contracção do empréstimo pela Requerente se gerou dívida intra-grupo (arts. 55º e 56º Resposta AT).

Argumenta a Requerida que não se vislumbra, desse modo, que vantagem possa ter resultado para a Requerente dessa operação intra-grupo, para lá de vantagens financeiras do próprio grupo, proeminente entre elas a evidente vantagem fiscal propiciada pela redução do lucro tributável da Requerente à custa da dedução dos encargos financeiros – impondo à Requerente o suporte de gastos financeiros que não eram necessários para a sua actividade, que decorria nos mesmos termos antes de tais gastos terem sido assumidos (arts. 57º a 63º Resposta AT).

A Requerida chama a atenção para a cumulação de deduções a título de encargos financeiros, que resultam da transparência fiscal da B... comandita— já que também esta contraiu empréstimos bancários, e contabilizou os encargos financeiros com os empréstimos como gastos, ao mesmo tempo que o valor das rendas pagas pela Requerente, para cálculo da matéria colectável da B... comandita, é parcialmente anulado pelos gastos que a Requerente regista a título de pagamento dessas mesmas rendas. O que é efeito directo da coincidência, na Requerente, das posições de locatária e de sócia da locadora, com esta última sujeita ao regime da transparência fiscal – tornando irrelevante, para a constatação de que a duplicação existe, que ela resulte, ou não, de uma operação referida a preços de mercado, quando a verdade é que está documentado que tanto a Requerente como a B... comandita continuam a suportar elevados

encargos financeiros com dois empréstimos contraídos para a aquisição do mesmo imóvel (arts. 64º a 71º Resposta AT).

A Requerida lembra que, dada a transparência fiscal na sociedade em comandita, os resultados obtidos apenas são tributados na esfera dos sócios – sendo que, por isso, 70% dos encargos registados pela B... comandita, a título de amortizações do imóvel, juros e outros encargos inerentes, bem como 70% dos rendimentos provenientes das rendas, passam a ser assumidos como gastos e rendimentos próprios da Requerente, o que torna inegável que o lucro tributável da Requerente é influenciado pela dupla dedução de encargos financeiros, que têm em comum o facto de respeitarem directa e indirectamente ao mesmo bem – o imóvel do A... . Uma única realidade económica (arts. 72º a 75º Resposta AT).

## **B.2. QUESTÃO PRÉVIA DE CASO JULGADO MATERIAL**

Em oposição ao entendimento da Requerente, a Requerida sustenta não ser verdade que exista matéria de facto admitida por acordo por ela nos Processos arbitrais n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T – sendo prova disso a impugnação que corre termos no TCA Sul sob o n.º 91/17.5BCLSB em reacção à decisão arbitral proferida no Processo n.º 680/2016-T, por causa de divergências no enquadramento jurídico da relevância das relações de grupo nas operações geradoras dos encargos financeiros desconsiderados para efeitos do art. 23º do CIRC (arts. 76º a 80º Resposta AT).

A Requerida assinala que foram omitidas as decisões favoráveis à AT nos Processos n.ºs 690/2016-T e 180/2018-T, não obstante em qualquer delas a posição da AT ter sido sempre a mesma – e que por isso a única posição defensável será a de se aproveitar prova de processos anteriores se esse aproveitamento estiver sujeito ao princípio do contraditório, sem que isso signifique qualquer interferência no princípio de livre apreciação da prova pelo julgador, nos termos do art. 421º do CPC (arts. 81º a 83º Resposta AT).

Quanto à excepção de caso julgado, a Requerida invoca os arts. 580º e 581º do CPC para afastá-la, por não-preenchimento dos requisitos legais; e quanto à autoridade de caso julgado, a Requerida contesta a dualidade que se abrigaria na admissão da fundamentação dos Processos n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T, por um lado, mas com a não-admissão dos Processos

n.<sup>os</sup> 690/2016-T e 180/2018-T, por outro lado – além de defender que as decisões dos Processos n.<sup>os</sup> 690/2016-T e 180/2018-T foram no sentido favorável à AT porque consideraram factos que não foram devidamente ponderados nas decisões dos Processos n.<sup>os</sup> 614/2015-T e 680/2016-T (arts. 84º a 93º Resposta AT).

### **B.3. O ART. 23º CIRC E A INDISPENSABILIDADE**

A Requerida recorda que a liquidação adicional de IRC assentou na constatação de que alguns gastos apresentados pela Requerente não foram incorridos ou suportados para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto, não podendo, portanto, beneficiar do regime do art. 23º do CIRC. Por isso nada se altera, no seu entendimento, por via da nova redacção do art. 23º e da eliminação da referência a “indispensabilidade”, porque a relevância de um gasto para efeitos fiscais continua a depender da prova da sua necessidade, adequação, normalidade ou da produção de resultado, sendo que a falta dessas características poderá gerar a dúvida sobre se a causa é ou não empresarial, se é um gasto efectivamente incorrido no interesse da empresa, ou se respeita a um outro interesse, mormente interesses dos sócios. Logo, as correcções levadas a cabo pela AT não estão assentes numa versão ultrapassada do art. 23º do CIRC (arts. 94º a 99º Resposta AT).

Alega a Requerida que o gasto inscrito pela requerente decorrente dos empréstimos contraídos para a aquisição de 70% da participação social da B... comandita não resiste a um juízo que teste a prova da sua necessidade, adequação, normalidade ou a ligação a um negócio lucrativo – e isto porque, depois desse gasto, a Requerente continua a arrendar o mesmo espaço à B... comandita, tal como o fazia antes; e porque as relações comerciais entre as duas entidades se mantêm, havendo até uma duplicação de encargos: pelo que manifestamente a aquisição da participação social não é uma operação potencialmente geradora de proveitos na esfera da Requerente. Aliás, acrescenta, a aquisição de uma participação social foge até ao escopo social da Requerente, só se explicando como uma instrumentalização a interesses que não são os da Requerente, mas sim, e eventualmente, os do grupo com relações especiais em que a Requerente se insere. Ora, nos termos do art. 23º, 1, c) do CIRC, pressupõe-se que os capitais alheios cedidos por terceiros sejam aplicados na exploração da empresa, o que aponta para a existência

de um nexo de causalidade económica entre os custos em causa e a sua realização no interesse da empresa – devendo portanto a análise centrar-se exclusivamente na entidade que suporta os gastos financeiros e na actividade empresarial que ela desenvolve, o que faz com que um “interesse de grupo” tenha que entender-se, para efeito de consideração dos custos, como um interesse estranho ao interesse empresarial da própria Requerente. E, remata a Requerida, foi no “interesse do grupo” que os empréstimos de 2007 foram contraídos (arts. 100º a 115º Resposta AT).

A Requerida assinala ainda que o interesse próprio da Requerente não é a gestão de participações sociais, e que o seu interesse próprio é um corolário da sua personalidade jurídica e tributária. Além disso, ao argumento da Requerente, que remete para a susceptibilidade de tributação de dividendos e mais-valias, contrapõe a Requerida o facto de, no contexto do regime da transparência fiscal, os lucros distribuídos pelas sociedades transparentes aos seus sócios não serem tratados fiscalmente como rendimentos de capitais (art. 5.º, 2, h) do CIRS), e também o facto de, no cálculo de futuras mais-valias resultantes da alienação, para evitar a ocorrência de dupla tributação, deverem ser expurgados os lucros imputados aos sócios e ainda não distribuídos (art.º 20.º, 5 do CIRS). Acresce ainda que o contrato de arrendamento entre a Requerente e a B... comandita faz com que as rendas sejam proveitos obtidos pela sociedade transparente, o que acaba por redundar num efeito de “compensação” parcial (a 70%) entre os valores que contribuíram para a formação da matéria colectável imputada e os gastos com as rendas pagas e registadas pela Requerente: o que faz com que o efeito final no lucro tributável da Requerente da imputação da matéria colectável vai consubstanciar-se apenas nos gastos suportados pela entidade transparente, onde se incluem os encargos financeiros suportados com a aquisição do imóvel: aos encargos financeiros suportados pela Requerente adicionam-se os encargos financeiros suportados pela B... comandita e não têm contraponto na obtenção de proveitos fiscais presentes ou futuros gerados por esta entidade, sob a forma de dividendos ou de eventuais mais-valias – e daí a oneração excessiva (arts. 116º a 126º Resposta AT).

A Requerida louva-se na decisão proferida no Processos n.º 690/2016-T, na conclusão que ali se contém de que, dada a subtracção da matéria colectável e dos resultados pelo serviço da dívida em benefício do próprio sócio e de outras entidades do Grupo nas vestes de credores dos empréstimos incorridos, não está comprovada a motivação de retorno económico futuro,

em ordem à manutenção e desenvolvimento da actividade empresarial da Requerente na prossecução do lucro, designadamente para atribuição de dividendos ao sócio, nem sequer em termos de uma potencialidade abstracta de incremento de proveitos com os gastos de financiamento incorridos com a aquisição da participação social na B... comandita. Assim, os encargos financeiros assumidos pela Requerente com as operações de financiamento realizadas para a aquisição da parte social na B... comandita não são enquadráveis na actividade desenvolvida pela própria Requerente e na realização dos seus próprios interesses e fito lucrativo, apenas se podendo compreender para realização dos interesses e conveniências específicas atinentes à situação do sócio único e das demais entidades do Grupo não-residentes, enquanto beneficiários dos juros incorridos pela Requerente, portanto, apenas em razão de uma **estratégia do Grupo – ou seja, a redução do lucro tributável é o resultado do benefício** das demais sociedades do grupo, designadamente das sociedades domiciliadas no Luxemburgo, que auferem por via da percepção de juros o que, em atenção ao **status socii**, seria suposto auferir por via de dividendos resultantes do lucro objectivo conseguido: em suma, uma “neutralização” dos resultados positivos por via dos encargos financeiros assumidos com os empréstimos, mas para satisfação dos interesses individuais dos beneficiários dos juros incorridos, em atenção a uma estratégia global do Grupo. Há, portanto, um desvio em relação ao fim lucrativo que justifica a constituição das sociedades (art. 127º Resposta AT).

No que respeita ao argumento de que houve, em 2007, uma decisão de reconhecimento da racionalidade económica da operação, a Requerida lembra que não é admissível a inferência segundo a qual aquele reconhecimento vedaria todos os juízos futuros relativos à dedutibilidade dos gastos que decorrem de tal operação, nomeadamente para efeitos da aplicação do regime do art. 23º do CIRC, e que evidentemente segue uma lógica distinta e assenta em pressupostos autónomos (arts. 128º a 132º Resposta AT).

#### **B.4. NAS ALEGAÇÕES**

Em Alegações, a Requerida retoma a sua interpretação dos factos e a sua argumentação de Direito. Apenas há a salientar o argumento de que, a aceitar-se o entendimento de que o art. 23º do CIRC permitiria que fossem aceites como custos juros contraídos por uma sociedade

inserida num grupo que se tivesse financiado, por imposição do grupo, junto de entidades do mesmo grupo para adquirir a participação de uma sociedade que já fazia parte do grupo, com isso potenciando rendimento para essas outras empresas situadas muito provavelmente num regime fiscal mais privilegiado, e diminuindo substancialmente a sua base tributária, estaria a violar-se os princípios da capacidade contributiva e da tributação segundo o lucro real, uma vez que uma tal tributação seria viciada pelo comportamento artificioso da empresa – implicando-se nisso, portanto, uma consequência de inconstitucionalidade (arts. LXXVIII a LXXXIII das Alegações da Requerida).

### III. SANEAMENTO

O Tribunal foi regularmente constituído e é competente em razão da matéria, atenta a conformação do objeto do processo (cf. artigos 2.º, n.º 1, alínea a) e 5.º do RJAT).

O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo, porque apresentado no prazo previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, têm legitimidade e encontram-se regularmente representadas (cf. artigos 4.º e 10.º, n.º 2 do RJAT e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

Questão prévia do caso julgado material.

Como vimos, a Requerente suscitou, preliminarmente, a violação de caso julgado material, caso o presente Tribunal Arbitral se afaste do decidido quanto à prova nos anteriores processos arbitrais n.º 614/2015-T, e n.º 680/2016-T (“este porque, embora pendente de recurso, não foi impugnado pela AT em matéria de facto”)<sup>1</sup>.

Em suma, reconhecendo embora a divergência de pedidos – já que o IRC correspondente ao exercício de 2014, ora em apreço, não é o IRC dos exercícios de 2010 e 2012, objectos das decisões nos Processos n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T, a Requerente sustenta que a solução a dar ao caso deverá sujeitar-se à autoridade de caso julgado e à consagração do valor da

---

<sup>1</sup> Entretanto transitado em julgado.



---

uniformidade na aplicação e interpretação do Direito, imposto pelo art. 8º do Código Civil, e do valor do processo equitativo como corolário da tutela jurisdicional efectiva, que se acolhe no art. 20.º, 4 da Constituição (arts. 95º a 97º PPA).

Em primeiro lugar, não pode deixar de se registar que esta abordagem é totalmente contraditória com o facto de a Requerente não se ter oposto ao pedido deduzido pela Requerida de aproveitamento da prova produzida no processo n.º 690/2016-T, Decisão arbitral que lhe foi desfavorável. Com efeito, como vimos, a Requerida pediu o aproveitamento da prova testemunhal produzida nos processos arbitrais n.º 614/2015-T e n.º 690/2016-T, o que veio a ser deferido na reunião prevista no artigo 18.º do RJAT.

De qualquer modo, quanto ao caso julgado material, importa sublinhar que existem decisões arbitrais desfavoráveis à Requerente, tais como as proferidas nos processos n.ºs. 690/2016-T e 180/2018-T. Por outro lado, a Decisão arbitral proferida no processo n.º 680/2016-T deu como assente facticidade relevante para a decisão da causa, em sentido favorável à Requerente, com base na prova produzida pela testemunha X... . Acontece que, na Decisão arbitral proferida no processo n.º 690/2016-T, tal prova testemunhal foi valorada precisamente em sentido contrário à Requerente, atendendo às consequências que o Tribunal extraiu da apreciação que fez da documentação junta aos autos e da posição das partes, no âmbito da sua livre convicção.

Segundo o princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação às provas produzidas, na sua íntima convicção, formada a partir do exame e avaliação que faz dos meios de prova trazidos ao processo e de acordo com a sua experiência de vida e conhecimento das pessoas, conforme n.º 5 do artigo 607.º do CPC. Somente quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (*e.g.* força probatória plena dos documentos autênticos, conforme artigo 371.º do Código Civil) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação.

Assim sendo, estando em causa Decisões arbitrais contraditórias porque assentes em diferente valoração da prova sobretudo testemunhal pelos respetivos tribunais colectivos, e tendo havido igualmente lugar a produção de prova testemunhal, no presente caso, uma vez que a Requerente não prescindiu da mesma, nunca poderá o caso julgado material prevalecer ou sobrepor-se ao princípio da livre apreciação da prova pelo Tribunal, nos termos

mencionados. É neste sentido que vai, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça proferida no Acórdão, de 12 de Fevereiro de 2019, no processo n.º 654/13.8TBPTL.G1.S1., onde ficou consignado que *“Tendo as instâncias considerado um quadro factual em parte diverso daquele que foi fixado na precedente causa (...) é de concluir que não se verifica a ofensa do caso julgado ...”*.

Termos em que, pelas razões expostas, não há qualquer violação das regras do caso julgado material e dos princípios subjacentes ao mesmo, nem qualquer violação do princípio do processo equitativo, como corolário da tutela jurisdicional efectiva, cuja invocação se afigura, aliás, puramente abstracta e desprovida de argumentos substanciais.

## **IV. DO MÉRITO**

### **IV. 1. MATÉRIA DE FACTO**

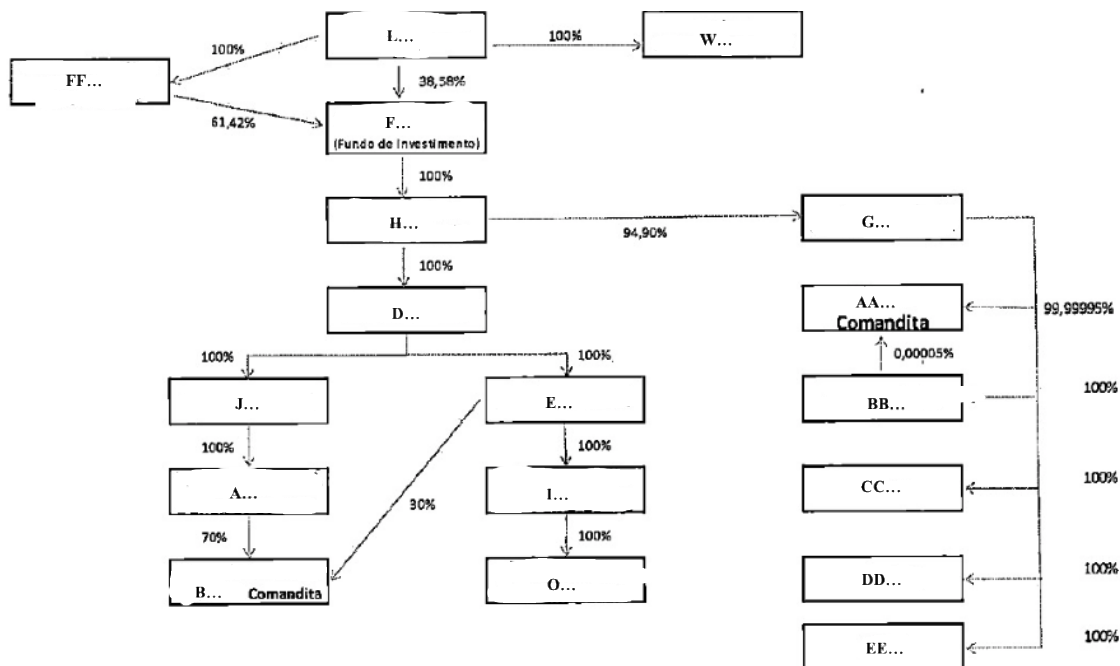
#### **A. FACTOS PROVADOS**

Com relevo para a decisão da causa, importa atender aos seguintes factos que se julgam provados:

1. A Requerente é uma sociedade por quotas unipessoal, com um capital social de €5.000,00, constituída por escritura pública no dia 29 de Maio de 2000, cujo objeto social é a compra e venda do imóvel do centro comercial designado como ..., bem como o seu arrendamento, exploração e gestão, bem como quaisquer outros actos ou transacções directamente relacionados com a dita actividade.
2. A Requerente é uma sociedade que se insere num grupo de empresas do universo da F... .
3. Na data da constituição da Requerente, o respetivo capital social (€5.000,00) era detido a 100% pela sociedade “M... mbH”, com sede na Alemanha (actualmente G... mbH), sendo que em 31 de Outubro de 2007 o capital social da Requerente passou a ser detido em 100% pela sociedade “J...” – sociedade que em Julho de 2015 mudou a

sua designação social para N... S.A.R.L. .

4. A B..., comandita, é uma sociedade em comandita simples, com um capital social de 10.000.000,00€, cujo objecto social é *“a compra e venda de imóveis, bem como a simples ou mera administração do seu imóvel próprio mantido para fruição e destinado ao Centro Comercial “...”, neste se incluindo designadamente o seu arrendamento”*.
5. Por isso, para prossecução do seu objecto social a Requerente tomou de arrendamento em 1 de Novembro de 2002 à B... comandita o “Complexo Comercial” constituído pelo Centro Comercial ... e pelo ... .
6. Como sócio comanditado, a Requerente foi constituída com o propósito de gerir o ..., *“de modo a evitar que os riscos operacionais da gestão do imóvel / centro comercial pudessem ter impacto direto no valor económico do próprio imóvel”* [Art. 19º PPA].
7. Como a única atividade da B... comandita é o de mera administração de imóveis, aquela ficou abrangida pelo regime de transparência fiscal previsto no artigo 6.º do Código do IRC, e como o sócio da B... comandita era uma entidade não residente para efeitos fiscais em Portugal – G.../P... – a Requerente foi criada como estabelecimento estável em Portugal desta entidade para o efeito de imputação do rendimento da B... comandita (nos termos do n.º 9 artigo 5.º do Código do IRC), de modo a assegurar que tal rendimento fosse tributado em Portugal [Art. 22º PPA].
8. Em 31 de Outubro de 2007, o “G... mbH”, sócio comanditário da “B...”, procedeu à divisão da sua parte social de €9.999.995,00 nesta sociedade em duas partes sociais, uma no valor nominal de €6.999.995,00, que transmitiu à Requerente, sócio comanditado, e outra no valor nominal de €3.000.000,00, que transmitiu à “E...”.
9. Por isso, a 31 de Dezembro de 2014 a Requerente detinha uma participação de 70% na sociedade “B... comandita”.
10. O capital da Requerente, à data a que se referem os factos do procedimento inspectivo (2014), era detido em 100% pela empresa J... SARL (tendo esta, desde Julho de 2015, mudado de designação social para N... S.A.R.L.).
11. Como resulta do seguinte organograma, que consta do anexo ao relatório de contas da empresa,

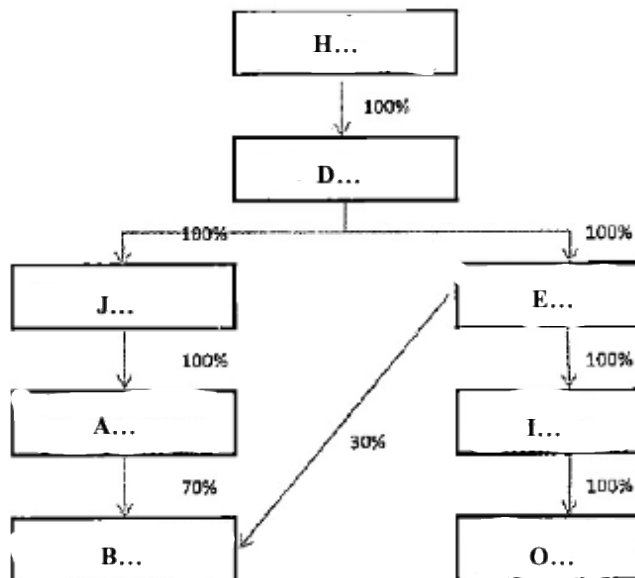


12. Actualmente, o único sub-fundo existente é, pois, o C..., o qual investiu em imóveis, em Espanha e em Portugal, através das suas subsidiárias que são:

- D..., SARL (sociedade que detém em 100% as sociedades posteriores);
- J... SARL;
- E... SARL.

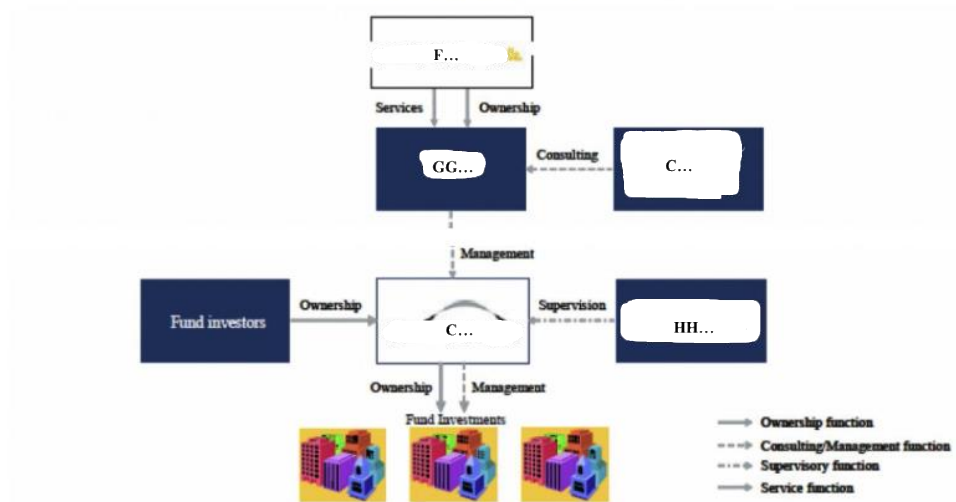
13. A partir da H... SARL, empresa gestora de fundos, os investimentos organizam-se da seguinte forma: a H..., SARL, detém a 100% a D... SARL, que por seu turno detém a 100% as J... e a E... . A J... detém a 100% a A... Unipessoal, que por seu turno detém a 70% a B... comandita, e a E... detém a 30% a B... comandita e a 100% a I..., que, por seu turno, detém a 100% a O... .

14. Graficamente é este o fluxo dos investimentos no grupo:

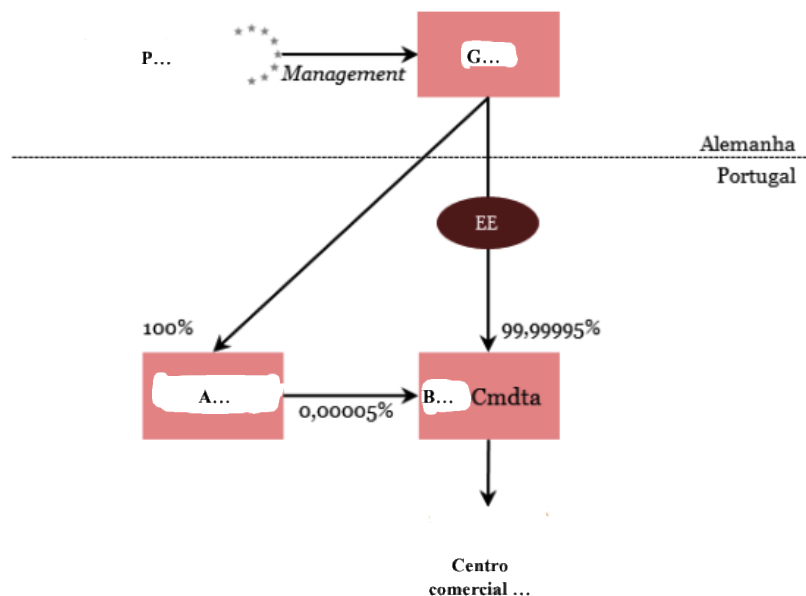


15. Assim, a Requerente é uma sociedade que se insere num grupo de empresas do universo da F..., a qual é uma sociedade residente para efeitos fiscais na Alemanha e que, por seu turno, detém a 100% a G... mbH (ou “G...”) e a H... S.A.R.L (ou “H...”), sendo estas as sociedades gestoras de dois fundos de investimento independentes entre si.
16. Esses dois fundos, o P... e o C..., patrimónios autónomos desprovidos de personalidade jurídica, tinham diferentes investidores: o primeiro era um fundo imobiliário aberto destinado ao público em geral e o segundo era um fundo destinado a investidores institucionais.
17. Segundo o dossier de preços de transferência, o C... é “*uma forma contratual de investimento coletivo que opera sob as leis do Grão-Ducado do Luxemburgo e que aprovou uma estrutura umbrella destinada a gerir conjuntos diferentes de ativos e passivos, no interesse dos seus co-proprietários, por uma empresa gestora comum, a H... S.A.R.L.*”, de acordo com a seguinte estrutura:

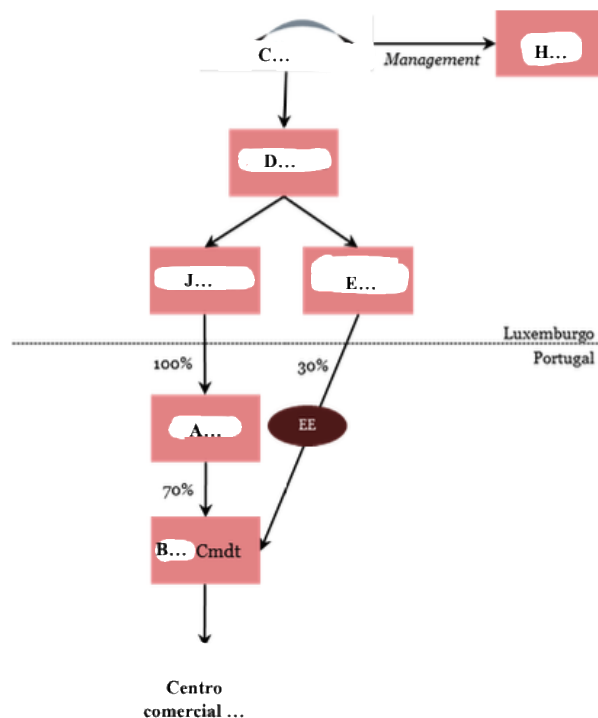
Esquema 1 – Organograma do Grupo



18. O C... investe em *shopping centers*, tendo na sua carteira de imóveis dois centros comerciais em Lisboa e um em León (Espanha).
19. Um desses centros comerciais é o ..., constituído por um centro comercial com 216 lojas e 34 restaurantes, um complexo de cinemas e um espaço de lazer, e um “*retail park*” com três lojas, um armazém, um centro de controlo e estacionamento, que era propriedade da B... comandita .
20. A B...comandita é uma sociedade de simples administração de bens sujeita ao regime da transparência fiscal, imputando aos seus sócios a matéria colectável que apura anualmente, sendo assim 70% da sua matéria tributável imputada à Requerente (e os outros 30% à E...– tendo esta, desde Julho de 2015, mudado de designação social para N... S.A.R.L.).
21. O capital social da B... comandita era, antes de Novembro de 2007, detido pela G..., entidade residente para efeitos fiscais na Alemanha, por conta dos investidores no fundo de investimento imobiliário alemão P..., de acordo com o seguinte organograma:



22. Em 31 de Outubro de 2007, a G... vendeu, na qualidade de sociedade gestora do fundo de investimento imobiliário alemão P..., a totalidade do capital social da Requerente e da B... comandita, ao fundo de investimento imobiliário C..., o qual tem como sociedade gestora a H..., entidade residente para efeitos fiscais no Luxemburgo.
23. Tratara-se inicialmente de adquirir à G..., na sua qualidade de gestora do P..., uma parte do complexo comercial ..., incluindo 70% do capital social da B..., através de recurso a financiamento.
24. Desde 1 de Novembro de 2002 está em vigor um contrato de arrendamento de “paredes nuas” do ..., entre a B... comandita e a Requerente, ficando a Requerente a gerir o negócio para que o imóvel estava vocacionado (centro comercial) através da celebração de contratos de uso de loja com os lojistas.
25. De acordo com o dossier de preços de transferência, “*Em Outubro de 2007, o Grupo decidiu que a A... (a Requerente) iria adquirir a participação na B...comandita detida pela G... GmbH por cerca de 175,3 milhões de euros.*”
26. Com a mudança de titularidade entre os fundos de investimento imobiliário, P... e C..., o negócio passou a fazer-se com este segundo fundo e a respectiva sociedade gestora, H..., ficando a estrutura a ser a seguinte:



27. Na aquisição de Outubro de 2007, a concessão do financiamento ficou dependente de esse financiamento ficar alocado à Requerente ou à B..., na sua qualidade de sociedades residentes em Portugal, e de detentoras dos activos do complexo comercial ... : a Requerente porque adquiria directamente as participações na B..., e indirectamente, através destas, o imóvel.
28. Dada a venda da participação, desde 31 de Outubro de 2007, 7.000.000,00€ (70% da B... comandita ) estão na posse da Requerente, sendo esta, como comanditado, o sócio com responsabilidade ilimitada.
29. Não obstante a venda dessa participação, a “casa mãe” F... continua a ser a detentora do controlo da sociedade B... comandita, de forma indirecta.
30. A C..., com efeito, “*é um sub-fundo da Q..., um fundo comum aberto especializado na colocação de investimentos em fundos, lançado pela R... em 4 de junho de 2007*” [Anexo 1 do RIT].
31. Como a Requerente reconheceu, “*Para além da alteração de estrutura das entidades residentes em Portugal, nada mais mudou na estrutura do complexo Comercial ...,*



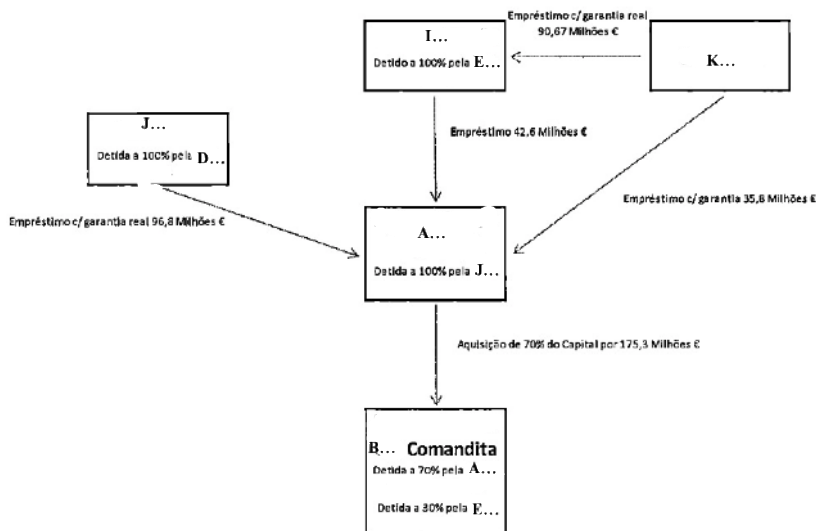
*com aquisição deste por parte do C...” e a “B... comandita continuou a explorar de forma passiva (“paredes nuas”) o imóvel, designadamente mantendo um contrato de arrendamento com a Requerente, e esta continuou a gerir o complexo comercial ... através da celebração de contratos de uso de loja.” [Arts. 41º e 42º PPA, 2.(dd) Alegações da Requerente].*

32. Em consequência, o enquadramento fiscal de ambas as entidades residentes em Portugal também não sofreu qualquer alteração, na medida em que estas entidades continuaram a desenvolver a mesma atividade; a B... comandita, designadamente, permaneceu no regime da transparência fiscal (no qual já se encontrava enquadrada desde 2001).
33. A aquisição foi financiada com fundos disponibilizados por outras empresas do grupo, a saber:
- i. O K... AG, que é um Banco Internacional participado/detido a 100% pela F... AG;
  - ii. A sociedade I... Unipessoal, que é detida a 100% pela E... SARL (que, por sua vez, é detida a 100% pela D...);
  - iii. A sociedade J..., que detém a 100% a Requerente, (sendo aquela primeira detida a 100% pela D...).
34. O empréstimo obtido pela Requerente junto da J... para o efeito foi no valor de cerca de 96,8 milhões de euros. O contrato de financiamento foi celebrado em 31 de Outubro de 2007 com um prazo de 10 anos, tendo as partes acordado uma taxa de juro anual fixa de 7,25%. Em 2013 a J... e a Requerente acordaram uma redução de taxa de juro fixando-a em 0,5% ao ano, com efeitos a partir de 01 de Janeiro de 2013 e até o acordo atingir a sua maturidade, sendo os juros devidos trimestralmente.
35. O empréstimo obtido pela Requerente junto da I... para o efeito foi de 42,6 milhões de euros. O contrato de financiamento foi celebrado em 31 de Outubro de 2007 com um prazo de 10 anos. As condições de financiamento que vigoram até ao final do 1.º semestre de 2009 previam o pagamento de uma taxa de juro variável determinada com base na taxa Euribor a 6 meses, acrescida de um spread de 0,15%; a partir do 2.º semestre de 2009, a taxa de juro passou a ser fixa, tendo sido estabelecido entre as

partes que a taxa de juro seria determinada com base na taxa (fixa) swap a 8 anos, do dia 01.07.2009, publicada pela Bloomberg, que se situou no 3,40%, acrescida de um spread de 1,6%, ou seja, uma taxa de 5% ao ano, com cálculo diário e pagamento mensal.

36. O empréstimo contraído pela Requerente junto do K... AG, que é um banco internacional que actua nos sectores de imóveis comerciais e das finanças públicas, foi no montante de 35,8 milhões de euros. O financiamento foi realizado em 25 de Outubro de 2007 com um prazo de 10 anos, tendo as partes acordado uma taxa de juro correspondente à Euro *swap rate* a 7 anos, acrescida de um spread de 50 pontos base. No ano de 2014 o empréstimo venceu juros à taxa de 5,078%, com cálculo diário e pagamento trimestral.

37. Esquematizando os financiamentos envolvidos:



38. A partir do ano de 2007 a Requerente passou a suportar elevados encargos financeiros, registados nas suas demonstrações financeiras na rubrica de juros suportados, resultantes do financiamento contraído para a compra de (cerca de) 70% da participação no capital social da B... comandita.

39. Assim, os resultados fiscais da Requerente passaram dum lucro tributável bastante significativo em 2007, ano em que os encargos financeiros foram referentes apenas a

cerca de 2 meses, para uma situação de prejuízo fiscal, em virtude do peso financeiro dos juros.

40. Em resultado, a Requerente apresentava em 2014 um capital próprio negativo de - 71.643.153,00€.
41. Por outro lado, a B... comandita apresenta também elevados encargos financeiros, resultantes de financiamentos contraídos (empréstimo no montante de 135,175 milhões de euros) para a construção/aquisição do Complexo Comercial designado por “...”, da qual é detentora.
42. O empréstimo obtido pela Requerente junto da J... foi celebrado entre duas sociedades com uma relação de dependência de 100%.
43. Não obstante, tal financiamento teve, até 1 de Janeiro de 2013, uma taxa de juro anual fixa de 7,25%, calculados de forma diária e numa base de 360 dias/ano (superior à dos demais, que rondavam os 5%), tendo baixado para 0,5% a partir dessa mesma data.
44. Os encargos financeiros (juros e imposto de selo) resultantes destes empréstimos foram contabilizados nas contas de gastos, mais propriamente nas contas “681291 Imposto de Selo Suportado – Juros de Empréstimos”, “681292 Imposto de Selo Suportado – Comissões Bancárias”, “6911 – Juros de financiamento obtidos” (empréstimo da K...), “691391 - Outros juros -S..., Lda.” (empréstimo do I...), “691392 – Outros Juros - Lux 2 (empréstimo da J...) e “688804 - financing fees”.
45. No exercício de 2014 os juros suportados pela A... com os empréstimos de financiamento à aquisição da participação no capital na B... comandita, no montante de 4.500.467,20€, são decompostos por empréstimo/conta da seguinte forma:

6911	Juros de financiamento obtidos	1.846.703,99€
691391	Outros juros- I...	2.162.817,64€
691392	Outros juros – J...	490.945,57€
TOTAL		4.500.467,20€

46. Embora a propriedade económica da B... comandita pertencesse aos participantes do fundo, pois eram estes os titulares dos valores que constituíam o património do fundo e que serviram para adquirir a B... comandita, a G..., na qualidade de sociedade

- gestora, teve de intervir na sua compra, ficando com a propriedade legal da sociedade, uma vez que o fundo não tinha personalidade, nem capacidade jurídica, para a prática de quaisquer atos, incluindo a aquisição de participações sociais/imóveis.
47. De acordo com a lei alemã, a G... detinha a propriedade legal da B... comandita, sendo os investidores, através do fundo, que detinham a respetiva propriedade económica.
48. Os fundos de investimento imobiliários constituídos de acordo com a lei alemã são semelhantes aos constituídos segundo a lei portuguesa, sendo ambos patrimónios autónomos desprovidos de personalidade jurídica e sujeitos a regulação por parte de entidades independentes.
49. O património dos fundos encontra-se representado por títulos, unidades de participação, os quais são detidos por uma pluralidade de pessoas singulares ou coletivas (participantes do fundo), cabendo, em todo o caso, a administração e gestão dos fundos de investimento imobiliário na Alemanha (bem como em Portugal) a uma sociedade gestora (sendo os valores que constituem o património do fundo confiados a uma entidade depositária, distinta da sociedade gestora do fundo).
50. Com a aquisição de Outubro de 2007 nada mudou na estrutura do complexo Comercial ..., e tanto a Requerente como a B... comandita continuam a desenvolver a mesma actividade que era desenvolvida antes daquela operação [matéria de facto estabelecida no Proc. n.º 690/2016-T].
51. Durante o exercício de 2014 a renda mensal para as 35 fracções autónomas arrendadas no Centro Comercial foi de 830.000,00€, enquanto que para o T... a renda foi de 40.000,00€.
52. Encontra-se registado na conta de gastos “626111 – Rendas A...” o montante de 9.960.000,00€, de rendas do Centro Comercial, e na conta “626112 – Rendas Stand Alone” o montante de 480.000,00€, relativos às rendas do T... . O valor das rendas pago, no ano de 2014, à B... comandita, pelo arrendamento do Complexo Comercial, totalizou assim o montante de 10.440.000,00€.
53. Por referência ao exercício de 2014, a Requerente foi alvo de uma inspecção fiscal, em cumprimento da Ordem de Serviço n.º OI2017..., de 15 de Março de 2017, no âmbito da qual a Autoridade Tributária veio a alterar a matéria colectável declarada

pela Requerente, alterando o lucro tributável declarado de EUR 5.051.782,88 para EUR 6.983.095,48, e o imposto consequentemente liquidado.

54. Os Serviços de Inspeção Tributária constatarem a seguinte evolução na situação da Requerente entre 2007 e 2014, no que respeita à sua actividade, aos empréstimos concedidos e obtidos e aos resultados líquido e fiscal:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Vendas e serviços prestados	29.673.629,16 €	30.277.027,63 €	30.371.911,35 €	29.927.043,86 €	30.089.110,53	28.229.256,83 €	26.607.167,41 €	25.506.464,65 €
Juros Obtidos	93.327,69 €	95.027,29 €	7.109,82 €	42.291,08 €	107.134,97	197.831,13 €	20.155,61 €	10.655,41 €
Juros Suportados	1.852.649,55 €	11.103.095,30 €	10.690.479,62 €	11.194.291,77 €	11.158.728,06	11.155.180,93 €	4.496.936,21 €	4.500.467,20 €
Financiamentos obtidos	175.307.869,50 €	175.307.869,50 €	175.307.869,52 €	175.015.158,15 €	175.058.082,87	175.101.125,09 €	175.144.049,81 €	175.190.505,53 €
Resultado líquido do período	- 170.193,18 €	- 3.070.090,40 €	- 2.570.850,22 €	698.714,93 €	- 28.974.496,88	- 3.585.723,73 €	- 5.572.737,80 €	2.994.875,36 €
Capital próprio	- 1.118.187,43 €	- 19.187.576,68 €	- 37.138.696,30 €	- 36.505.069,95 €	- 65.479.566,83	- 69.065.290,56 €	- 74.638.028,36 €	- 71.643.153,00 €
Lucro tributável/Prejuízo fiscal	7.396.228,35 €	- 2.980.406,18 €	- 2.114.503,94 €	- 463.269,39 €	108.487,85	349.087,43 €	5.023.646,20 €	5.051.782,88 €

55. A referida liquidação adicional de imposto resultou de uma correcção à matéria tributável de IRC efectuada pelos Serviços de Inspeção Tributária da Autoridade Tributária, no valor de 1.931.312,60€, respeitante à desconsideração, para efeitos de apuramento do lucro tributável em sede de IRC, do gasto correspondente aos juros suportados pela Requerente com empréstimos contratados, considerando, no essencial, que tais encargos não são indispensáveis para a realização de proveitos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nos termos do artigo 23.º do Código do IRC, na redacção à data dos factos.
56. O RIT assentou as suas conclusões na análise do organograma do grupo de empresas em que se integra a Requerente, tendo concluído que os empréstimos contratados em razão da aquisição de Outubro de 2007 o foram entre entidades relacionadas, tornando desde logo incompreensível o contraste entre os juros cobrados e o risco de incumprimento representado por essas operações intra-grupo.
57. Mais especificamente, do RIT consta que *"No caso em apreço, da análise objectiva do impacto dos gastos resultantes da operação de financiamento para adquirir 70% do capital da B... comandita, concluiu-se que para além da mesma não ter capacidade para potenciar os resultados do sujeito passivo, ainda colocou em causa o seu propósito – o lucro. [...] O elevado peso que os gastos financeiros representam na estrutura financeira da empresa, apenas é atenuada com a revisão das taxas de juro*

*do contrato de financiamento que ocorreu no exercício de 2013, o que por si só, vem comprovar que, não tendo este financiamento permitido potenciar a actividade da empresa, revelou-se uma decisão de gestão desprovida de motivação económica. [...] Efectivamente, se não tivesse ocorrido esta alteração na taxa de juro, e a empresa mantivesse o mesmo nível de encargos financeiros que vinha suportando, face às novas regras teria que corrigir fiscalmente o seu resultado contabilístico, através de um acréscimo no quadro 07 da declaração mod 22, num montante de €9.196.920€ (anexo 5) que corresponderia a uma percentagem muito relevante dos encargos suportados. [§] Conforme foi anteriormente amplamente demonstrado, coloca-se em causa a motivação económica que subjaz à operação de financiamento destinada à aquisição de uma sociedade por outra do mesmo Grupo, quando a mesma já era detida a 100% pelo Grupo. Não há qualquer tipo de vantagem para a prossecução da actividade, ou manutenção da fonte produtora da A..., visto que a sociedade adquirida já se encontrava em situação de domínio do Grupo ( as operações entre ambas já eram decididas no seio do grupo) antes pelo contrário, pois ao suportar elevados encargos com os empréstimos a empresa passou a uma situação económica /financeira delicada, conforme o demonstram os prejuízos acumulados, os capitais próprios negativos e a falta de liquidez, falta de liquidez essa traduzida na impossibilidade de pagamento da totalidade dos juros devidos no exercício em análise. [...] Realça-se que esta abordagem não poderá ser condicionada por aquilo que se considera poder ser uma estratégia de grupo, segundo a qual se “sacrificariam” os interesses individuais de cada sociedade (obtenção de lucro) a favor de políticas de grupo com motivações que vão para além daquelas”.*

58. Da parte conclusiva do RIT, destaca-se:

*“No que aos empréstimos diz respeito, será de salientar que as empresas contraentes, são entidades relacionadas, a saber:*

- a) O K... AG é um Banco Internacional, que é participado/detido pela F...;*
- b) A sociedade I..., pertence ao Grupo, sendo detida a 100% pela E... SARL, que, por sua vez, é detida a 100% pela D...;*
- c) A sociedade J..., detêm em 100% a A..., sendo aquela, detida a 100% pela D...,*

*Não menos importante, há a observar que o empréstimo obtido junto da J... é celebrado e concedido entre duas sociedades, em que a montante detêm 100% do capital da mutuante, ou seja, e de uma forma simplista, sempre se afirmará que o risco de incumprimento associado a este empréstimo, será nulo.*

*Conforme facilmente se infere do quadro 3, apresentado anteriormente, a rubrica de juros suportados, tem um peso muito significativo na estrutura de custos da empresa, sendo responsável em grande parte pelos prejuízos que esta apresenta ao longo dos anos, não se vislumbrando quais os benefícios imediatos e/ou mediatos, que lhe advém, decorrentes da operação praticada.*

*Refira-se que sendo a B... comandita sujeita ao regime da transparência fiscal, imputa aos seus sócios a sua matéria coletável (70% à A... Unipessoal e 30 % à E...) Decorrendo daqui que, a sócia E..., sociedade não residente, tenha apresentado declaração e pago o respectivo imposto a que estava sujeito, e que a sócia A... Unipessoal, decorrente dos empréstimos obtidos e seus inerentes custos, dilui por completo a matéria coletável imputada pela sociedade de que detêm a participação.*

*Em resumo:*

- a) A sociedade A... Unipessoal obtém de sociedades relacionadas, empréstimos para adquirir 69,99995% da sociedade B... comandita;*
- b) Sociedade esta que já pertencia ao Grupo;*
- c) Existe um contrato de arrendamento para exploração de lojas, entre as mesmas, pelo que a A... paga á B... comandita uma renda mensal;*
- d) Os valores das rendas são efetivamente pagos.*

## *2) "Duplicação" dos encargos relativos a juros*

*Tal como já foi referido anteriormente a sociedade A... Unipessoal contraiu os três financiamentos para adquirir cerca de 70% da participação financeira na B... comandita, Verificou-se ainda que contabiliza como gasto os encargos financeiros resultantes destes empréstimos, que no exercício de 2014 atingiram o montante de 4.500.467,20€, em juros, e de 142.780,35€, em imposto de selo.*

*Por outro lado, e num momento anterior, a B... comandita, sociedade*

*detentora do Complexo Comercial denominado "...", recorreu a um empréstimo bancário no montante de 135.175 milhões de euros para aquisição/construção do imóvel, contabilizando os encargos financeiros como gasto e conseqüentemente, afetando o resultado apurado em cada exercício.*

*Os efeitos das duas operações de financiamento em termos da sua repercussão nos resultados, após a integração da matéria coletável da sociedade transparente, traduzem-se numa duplicação de encargos financeiros na esfera da A... Unipessoal.*

*As características singulares da situação tributária da A... Unipessoal residem da conjugação dos seguintes factos: (i) detenção de uma participação representativa de 70% do capital de uma sociedade abrangida pelo regime da transparência fiscal – a B... comandita; (ii) tal participação ter sido adquirida a entidade do Grupo com recurso a endividamento junto de entidade do Grupo; e (iii) ser a única "cliente" da sociedade transparente, enquanto parte locatária no contrato de locação/exploração do imóvel da sociedade B... comandita, donde decorre que os rendimentos desta entidade têm origem nos gastos daquela sociedade, ou seja, a atividade da sociedade participada depende exclusivamente do contrato celebrado com a sociedade mãe.*

*Neste contexto, cabe então saber qual a base legal que legitima a dedutibilidade fiscal dos encargos financeiros suportados pelo sujeito passivo com os empréstimos contraídos para financiar a aquisição da participação no capital da sociedade transparente.*

*A luz do artigo 23.o do CIRC consideram-se como gastos dedutíveis os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos rendimentos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora.*

*Todavia, com o intuito de melhor dirimir esta questão importa estabelecer um confronto entre duas situações que configuram diferentes formas de exercício da mesma atividade mas que, por força da transparência fiscal, devem alcançar*



*resultados fiscais equivalentes de modo a serem fiscalmente neutras<sup>2</sup>: por um lado, uma, em que o imóvel (locado) é propriedade da sociedade locatária, por efeito de um ato aquisitivo ou de autoconstrução; e por outro lado, a situação em apreço, em que o imóvel locado é propriedade de uma sociedade participada (locador) qualificada fiscalmente como "sociedades de simples administração de bens" e, portanto, abrangida pelo regime da transparência fiscal.*

*É de concluir, então, que na primeira das situações prefiguradas, a sociedade que utiliza o imóvel, como se fosse proprietária do mesmo, apenas teria de suportar os encargos financeiros inerentes aos empréstimos contraídos para financiar a aquisição/construção do imóvel e os demais encargos associados.*

*No segundo caso, ora sub judice, a mesma sociedade (locatária) está a suportar não só a sua quota parte dos encargos com o imóvel, que incluem também encargos financeiros, incorporados quer no valor da renda quer no resultado imputado através da transparência fiscal, como ainda os encargos financeiros associados aos empréstimos contraídos para financiar a aquisição da participação no capital da sociedade participada.*

*Em última instância, a situação em presença acaba por conduzir a que, para efeitos de determinação do lucro tributável, os encargos efetivamente considerados pelo sujeito passivo, correspondam aos associados ao imóvel (juros, depreciações, impostos e taxas, etc) registados pela sociedade participada, e repercutidos nesta por via da transparência fiscal e ainda os encargos financeiros suportados com os empréstimos contraídos para financiar a aquisição da participação no capital da sociedade transparente, sendo que o valor desta entidade se reconduz unicamente ao imóvel.*

*Estamos, portanto, perante uma "duplicação" de encargos financeiros que em última instância, têm como causa o imóvel locado: os que são deduzidos na determinação da matéria coletável do sujeito passivo e aqueles que são registados*

---

<sup>2</sup> Cfr, é referido no ponto 3 do Preambulo (versão originária) do Código do JRC o regime de transparência fiscal foi criado "com objectivos de neutralidade, combate à evasão fiscal e eliminação da denominada dupla tributação económica".

e deduzidos na determinação da matéria coletável da sociedade transparente"<sup>3</sup>.

Ora, o elemento singular que caracteriza a situação sob análise e que propicia a "dupla" dedução de encargos financeiros tem a ver com a concentração, na mesma sociedade - o sujeito passivo - da posição de locatária e de sócia da sociedade locadora abrangida pelo regime da transparência fiscal, que faz cumular, na primeira sociedade, um conjunto de gastos desproporcionados e que, em certa medida, subverte os objetivos, da neutralidade e do combate à evasão fiscal, prosseguidos pelo regime de transparência fiscal.

### 3) Critério de indispensabilidade

O critério da indispensabilidade, determinante na avaliação da dedutibilidade dos encargos para efeitos fiscais, encontra-se previsto no artigo 23º do CIRC que dispõe:

"Artigo 230

Gastos

1- Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.

2 - Consideram-se abrangidos pelo número anterior, nomeadamente, os seguintes gastos e perdas:

*E que a alínea c) do mesmo número concretiza, ao estabelecer que o requisito da indispensabilidade é preenchido quando se trate de*

c) ..... juros de capitais alheios aplicados na exploração, .....

*Importa assim, atento o disposto no artigo 23o do CIRC, verificar em concreto, se os gastos financeiros relativos aos juros incorridos com os empréstimos que permitiram a aquisição de cerca de 70% da B... comandita, são comprovadamente indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora.*

<sup>3</sup> Cfe. Referido no Parecer do CEF n.º 18/89, citado na nota anterior, "Com efeito, as sociedades e outras entidades transparentes sdo <centros unitarios de referências para calcular os valores de base que devendo ser imputados aos seus socios ou membros, cálculo que se faz observando as disposições do Código do IRC (...)".

*Da leitura do referido artigo, não se retira objectivamente uma definição do conceito de indispensabilidade, tendo o mesmo vindo a ser definido pela jurisprudência e doutrina, como um dos requisitos fundamentais para que os gastos sejam aceites fiscalmente. A avaliação de dedutibilidade dos gastos para efeitos fiscais, atendendo ao critério de indispensabilidade, que opera como uma cláusula geral, implica uma análise concreta da situação em apreço em função dos factos concretos e das circunstâncias empresariais do sujeito passivo.*

*Assim, no caso em apreço deve-se questionar qual a motivação económica que conduziu ao endividamento do sujeito passivo para a aquisição de 70% do capital da B... comandita, face aos elevados encargos que dela advém e que afetam muito negativamente os seus resultados, conforme consta evidenciado no quadro no 3 deste relatório.*

*A operação de financiamento em causa compromete os níveis de rentibilidade da empresa, que apenas encontra motivação num propósito de evitar a tributação em território nacional da atividade exercida pelo sujeito passivo através da "drenagem" de resultados subjacente ao pagamento de juros.*

*Da análise efetuada decorre que, ainda que o sujeito passivo por via da aquisição de 70% do capital social da B... comandita esteja a imputar uma parte da matéria colectável desta sociedade (influenciada pelos encargos financeiros que esta suporta relativo ao empréstimo para construção do imóvel cuja exploração constitui a sua única atividade) por aplicação do regime da transparência fiscal prevista no artigo 6o do CIRC, esta é absorvida pelos prejuízos que o sujeito passivo apura na sua atividade.*

*A este respeito veja-se o sentido dos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo Sul, «o requisito de indispensabilidade de um custo tem de ser interpretado como um conceito indeterminado de necessário preenchimento casuístico, em resultado de uma análise de perspectiva económica empresarial, na percepção de uma relação de causalidade económica entre a assunção de um custo e a sua realização no*

*interesse da empresa, atento o objecto societário do ente comercial em causa"<sup>4</sup>».*

*Vislumbrando o caso em apreço e, confrontando-o com o exposto, conclui-se pela não verificação dos elementos exigidos.*

*Assim, devemos ter presente que, o critério da indispensabilidade foi criado para impedir que "certos" gastos contabilizados pelas empresas, que sejam considerados inapropriados ou excessivos, sejam dedutíveis fiscalmente.*

*Daqui decorre que são aceites os gastos essenciais ao processo produtivo e à obtenção de proveitos, sendo considerados gastos indispensáveis os que são realizados no interesse da empresa e que contribuem para obtenção do lucro de forma direta ou indireta"<sup>5</sup>, contudo, não deverá este requisito ser visto de "per si", mas sim coadjuvado com critérios de motivação económica, ou seja, deve o mesmo ser interpretado de acordo com critérios essencialmente económicos.*

*Não basta considerar certo gasto indispensável, é necessário que os sujeitos passivos promovam a prova da indispensabilidade do gasto incorrido e a sua ligação com os proveitos obtidos<sup>6</sup>, sendo afastada a dedutibilidade fiscal dos gastos que não estejam relacionados com o negócio da empresa ou o fim económico da mesma, ainda que registados na contabilidade.*

*Ou seja, é para definir o grupo dos elementos negativos que o art.º 23º do CIRC enuncia, a título exemplificativo, as situações que os podem integrar consagrando um critério geral definidor face ao qual se considerarão como custos ou perdas, aqueles que devidamente comprovados, sejam indispensáveis para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto e para a manutenção da respectiva fonte produtora.*

*Neste mesmo sentido vai o acórdão TCA do Sul, ao referir que a indispensabilidade de um gasto depende da sua comprovação e da prova da sua necessidade, adequação, normalidade ou da produção do resultado (ligação a um negócio lucrativo), sendo que a falta dessas características coloca a questão sobre*

<sup>4</sup> STA, 15 de Junho de 2011, processo n.º 049/11, n.º III e de 29 de Março de 2006, proc. N.º 01236/05, n.º 3,4 e o acórdão do TCA Sul de 16 de Outubro de 2014

<sup>5</sup> Tomás Tavares, A Dedutibilidade (...), vide pág. 167

<sup>6</sup> STA, 02/02/2000, recurso n. 18092

*se a motivação é ou não empresarial.*

*Este entendimento encontra total acolhimento no acórdão do TCA Sul de 24 de Fevereiro de 2012, processo n.º 05251/11, onde se questiona a indispensabilidade dos custos para efeitos fiscais referindo que "(...) Inexiste, pois, aqui o "balanceamento ou matching" entre os custos suportados com os encargos financeiros e os respetivos proveitos (...)"*

*No caso em apreço, sempre se poderá questionar qual o interesse económico da operação de aquisição da participação de cerca de 70% do capital da B..., pois a mera possibilidade de poderem vir a ocorrer no futuro ganhos resultantes da aplicação desses capitais, não determina só por si que os encargos financeiros, que lhe estão subjacentes, possam enquadrar-se no conceito de gastos fiscais.*

*A manifesta verificação da inexistência do interesse económico da operação, é patente no facto de nada se ter alterado no que diz respeito às relações comerciais estabelecidas entre as duas empresas, ou no que à atividade exercida por cada uma, diz respeito.*

*Ou seja, a A... Unipessoal pagava (e continua a pagar) uma renda pela exploração do Complexo Comercial "...", à B..., cuja atividade consiste exclusivamente na cedência deste espaço, que constitui o seu único património.*

*Face ao exposto, não decorre dos factos apurados qualquer acréscimo de valor, decorrente da operação, no seio da sociedade A... Unipessoal;*

*E aqui refira-se que, a sociedade tem como objeto social" a compra e venda de imóveis, bem como a simples ou mera administração do seu imóvel próprio mantido para fruição e destinado ao Centro Comercial "...", neste se incluindo designadamente o seu arrendamento, bem como quaisquer outros atos ou transações diretamente relacionados com a supra mencionada atividade", ou seja, não se vislumbra a razão do negócio da compra da participação social na B... nem a ligação com o seu objeto social, fugindo ao seu "escopo", pois a atividade do sujeito passivo não corresponde à compra e venda de participações sociais.*

*Neste sentido, veja-se também o recente, Acórdão do Supremo Tribunal*

---

*Administrativo, processo 0164/12, de 04/09/2013, especificamente, "na verdade, após um amplo e participado debate, podemos hoje considerar aceite pela doutrina e pela jurisprudência um conceito de indispensabilidade que, afastando-se definitivamente da ideia de causalidade entre gastos e rendimentos, põe a tónica na relação dos gastos com a actividade prosseguida pelo sujeito passivo, ou seja, considerando que o referido conceito de indispensabilidade se verifica sempre que os gastos sejam incorridos no interesse da empresa, na prossecução das respectivas actividades".<sup>7</sup>*

*Ora, não podendo descurar que é às empresas que cabe decidir quais as opções negociais que consideram preferíveis para assegurar os seus interesses, a noção legal de indispensabilidade reprime qualquer acto de gestão que seja desconforme com o interesse social da empresa, sobretudo quando não visa o lucro, neste sentido veja-se TOMÁS TAVARES, Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas colectivas: algumas reflexões ao nível dos custos, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 396, 1999, páginas 136-137,*

*Importa referir, que de acordo com a informação retirada do dossier de preços de transferência, o negócio de compra de participação social na B... detida pela G... MBH apenas teve como fundamento a "estratégia do grupo".*

*Na apreciação dos factos e circunstâncias relevantes sobre a indispensabilidade dos gastos, o critério fulcral a ter em atenção respeita ao interesse da própria empresa que o suporta e não as motivações e operações destinadas à satisfação de interesses alheios. Como se escreve no acórdão do TCA Sul de 02/02/2010, processo no 03669/09 é "no conceito de indispensabilidade insito no artigo 23º do CIRC que radica a questão essencial de consideração fiscal dos custos empresariais e que assenta a distinção fundamental entre o custo efectivamente incorrido no interesse coletivo de empresa e o que pode resultar apenas no interesse individual do sócio, de um grupo de sócios, de terceiros ou do*

---

<sup>7</sup> Sublinhado nosso

*seu conjunto e que não pode, por isso, ser considerado custo”. Dal que em sede de apreciação de dedutibilidade fiscal dos custos assumidos por uma sociedade em relação de grupo, de acordo com uma "lógica de grupo" não pode ser atendida para a justificação de indispensabilidade de um gasto, o qual conforme já comprovado, nem direta ou indirectamente, contribuiu para a obtenção de lucros para o sujeito passivo.*

*No caso em apreço, da análise objectiva do impacto dos gastos resultantes da operação de financiamento para adquirir 70% do capital da B..., concluiu-se que para além da mesma não ter capacidade para potenciar os resultados do sujeito passivo, ainda colocou em causa o seu propósito - O lucro.*

*O elevado peso que os gastos financeiros representam na estrutura financeira da empresa, apenas é atenuada com a revisão das taxas de juro do contrato de financiamento que ocorreu no exercício de 2013, o que por si só, vem comprovar que, não tendo este financiamento permitido potenciar a actividade da empresa, revelou-se uma decisão de gestão desprovida de motivação económica.*

*Não podemos deixar de realçar a "coincidência" de a revisão em baixa da taxa de juro relativa ao empréstimo contraído junto da J... (a partir de 1/1/2013, a taxa contratualizada passou de 7,25%, para 0,5%, por acordo entre as partes) ter ocorrido no exercício em que entrou em vigor a alteração ao artigo 67º do CIRC, que introduz uma limitação à dedutibilidade para efeitos fiscais dos encargos de financiamento líquidos, funcionando como uma norma que pretende atingir objetivos de co eventuais situações de abuso na utilização deste tipo de encargos, para fins que não os inerentes à sua natureza. Efetivamente, se não tivesse ocorrido esta alteração na taxa de juro, e a empresa mantivesse o mesmo nível de encargos financeiros que vinha suportando, face às novas regras teria que corrigir fiscalmente o seu resultado contabilístico, através de um acréscimo no quadro 07 da declaração mod 22, num montante de 9.196.920€ (anexo 5), que corresponderia a uma percentagem muito relevante dos encargos suportados.*

*Conforme foi anteriormente amplamente demonstrado, coloca-se em causa a motivação económica que subjaz à operação de financiamento destinada a*

*aquisição de uma sociedade por outra do mesmo Grupo, quando a mesma já era detida a 100% pelo Grupo. Não há qualquer tipo de vantagem para a prossecução da atividade, ou manutenção da fonte produtora da A... Unipessoal, visto que a sociedade adquirida já se encontrava em situação de domínio do Grupo (as operações entre ambas já eram decididas no seio do grupo), antes pelo contrário, pois ao suportar elevados encargos com os empréstimos a empresa passou a uma situação económica/financeira delicada, conforme o demonstram os prejuízos acumulados, os capitais próprios negativos e a falta de liquidez, falta de liquidez essa traduzida na impossibilidade de pagamento da totalidade dos juros devidos no exercício em análise.*

*A influência negativa dos encargos financeiros decorrentes dos referidos empréstimos contraídos junto da J..., K... AG e I... Unipessoal, está bem patente na posição financeira da empresa a 31/12/2014. O sujeito passivo apresenta uma situação líquida negativa que ascende a 71.643.153,00€ e que apenas apresenta uma ligeira recuperação com a revisão da taxa de juro referida anteriormente, o que demonstra o impacto que estes encargos têm na estrutura de custos desta empresa.*

*Em resultado dos prejuízos consecutivos o sujeito passivo apresenta Resultados Transitados negativos, no montante de 74.644.028,36€. E por fim, para além de um passivo de médio e longo prazo no montante de 175.190,505,53€ acresce um passivo corrente de 17.981.803,55€, maioritariamente resultante da falta de liquidez do sujeito passivo para fazer face aos encargos financeiros gerados por tal endividamento.*

*Salienta-se ainda o facto de a sociedade adquirida ter como única atividade o arrendamento à sociedade adquirente, de um imóvel de que é proprietária, ficando a A... Unipessoal, a pagar renda de um imóvel de que (embora por via indireta) é proprietária em 70%. Ou seja, a situação do arrendamento não se alterou por via da aquisição. Nem seria previsível que tal viesse a acontecer, visto que as operações entre ambas já eram decididas no seio do Grupo, isto é, objectivamente não existiu qualquer vantagem nesta operação financeira.*



*Não poderão assim estes pontos, ser vistos de per si, mas como um todo, devendo ser aferido, o caso em concreto, com critérios rigorosos que impeçam um planeamento fiscal, que colocará em causa o princípio da igualdade entre contribuintes.*

*O requisito da indispensabilidade dos custos, para avaliação da sua dedutibilidade para efeitos fiscais, assume aqui especial relevância, pelo que não pode cingir-se a uma causalidade simplista de tipo "(...) são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC (...)". Deverá antes, ser aqui aferido por critérios de motivação económica, isto é, deverá ser determinado de acordo com aquilo que é considerado útil e inevitável para a realização dos proveitos ou manutenção da fonte produtora da empresa, ou seja, numa perspetiva essencialmente económica, que acarreta uma definição clara e objetiva dos princípios que norteiam as decisões de gestão e as linhas mestras subjacentes aos negócios desenvolvidos pelas empresas, no âmbito da sua atividade, de modo a aferir do seu correto enquadramento para efeitos fiscais.*

*Realça-se que esta abordagem não poderá ser condicionada por aquilo que se considera poder ser uma estratégia de grupo, segundo a qual se "sacrificariam" os interesses individuais de cada sociedade (obtenção de lucro) a favor de políticas de grupo com motivações que vão para além daquelas.*

#### 4) Conclusões

*Conforme referido nos pontos anteriores, resulta da análise efetuada, que os encargos financeiros (juros e imposto do selo) suportados com a operação de financiamento para a aquisição da participação de cerca de 70% no capital da sociedade B..., não preenchem os requisitos legais enunciados no artigo 23º do CIRC, para que se aceite a sua dedutibilidade para efeitos fiscais, nomeadamente no que se refere à sua indispensabilidade, em virtude de não se considerar comprovado o interesse económico, ou a necessidade para o desenvolvimento da atividade ou manutenção da fonte produtora da empresa, da operação que lhes está subjacente. Efetivamente, os gastos financeiros incorridos, não geram diretamente*

*quaisquer rendimentos, nem deles sai beneficiada a prossecução da atividade da empresa, como se comprova pela sua posição financeira a 31/12/2014.*

*Estamos na presença de aquisições e operações de financiamento que ocorrem no "seio" do próprio grupo, motivo pelo qual são merecedoras de uma especial atenção, no sentido de afastar eventuais situações de planeamento fiscal, que desvirtua as normais relações entre os contribuintes e a igualdade de tratamento, situação que o legislador pretendeu acautelar ao conferir ao artigo 23o do CIRC, a natureza de cláusula geral.*

*Por fim uma vez mais se salienta que a sociedade A... Unipessoal contraiu um financiamento, a título do qual suporta elevados encargos financeiros, para adquirir uma participação no capital da sociedade B... . Por sua vez, a sociedade B... suporta encargos financeiros do financiamento obtido para a construção do "Complexo Comercial", dedutíveis no apuramento do lucro tributável desta sociedade, gerando conseqüentemente uma diminuição na matéria colectável a imputar por via da transparência fiscal.*

*Atendendo a que a sociedade B... está abrangida pelo regime da Transparência Fiscal, e que como tal imputa o resultado apurado, aos respetivos associados na percentagem correspondente a cada um, este facto dá origem a que ocorra uma duplicação de encargos no seio da sociedade A... Unipessoal, o que subverte os princípios subjacentes à criação deste regime, nomeadamente o da neutralidade e do combate à evasão fiscal. Efetivamente, um dos objetivos prosseguidos pelo regime da transparência fiscal é o de evitar que possam ocorrer duplas deduções de encargos com idêntica natureza, na esfera da sociedade transparente e ao nível dos associados, tal como se provou ter ocorrido no caso em apreço."*

59. Em consequência das conclusões retiradas pelos Serviços de Inspeção Tributária da Autoridade Tributária, a Requerente foi notificada do ato de liquidação adicional de IRC n.º 2019..., da demonstração de liquidação de juros e, bem assim, da demonstração de acerto de contas n.º 2019..., na qual se apurou o valor de 607.636,60€

a pagar (depois de liquidados juros compensatórios, anulado um estorno de liquidação e realizado um acerto de liquidação referente ao exercício de 2014).

60. Em 17 de Maio de 2012 fora proferido Despacho da Subdiretora-Geral do IR, cujo teor, descontando as fórmulas de cortesia, é o seguinte:

*“Assunto: Dedução de prejuízos – Pedido de Autorização – Art.º 52.º n.º 9 do CIRC  
Relativamente ao assunto em referência, informa-se que, por Despacho de 2012.05.17 da Subdirectora-Geral do IR, proferido por subdelegação de competências, exarado na informação n.º .../2012 desta Direção de Serviços, foi deferido o v/pedido de dedução dos prejuízos fiscais, não devendo ser aplicada a limitação prevista no n.º 8 do artigo 52.º do Código do IRC”.*

61. As questões suscitadas no Relatório de Inspeção Tributária quanto à não aceitação da dedutibilidade para efeitos fiscais dos encargos suportados com gastos de financiamento de empréstimos contraídos em 2007 eram idênticas às que foram anteriormente suscitadas em relação aos exercícios de 2010, 2011, 2012 e 2013.

62. A Requerente apresentou um Pedido de Constituição de Tribunal Arbitral para apreciação da liquidação adicional de IRC referente ao exercício de 2010, que correu os seus termos sob o n.º 614/2015-T, e foi julgada totalmente procedente, tendo transitado em julgado;

63. A Requerente apresentou um Pedido de Constituição de Tribunal Arbitral para apreciação da liquidação adicional de IRC referente ao exercício de 2012, que correu os seus termos sob o n.º 680/2016-T, a qual foi julgada totalmente procedente, mas está pendente de recurso;

64. A Requerente também contestou, junto do CAAD, as liquidações de IRC referentes aos exercícios de 2011 e 2013 – que correram termos, respetivamente, sob os n.ºs 690/2016-T e 180/2018-T –, tendo as decisões sido favoráveis à AT, mas estando pendentes de recurso;

65. No que diz respeito ao aproveitamento da prova produzida no processo 614/2015-T nenhum facto ficou estabelecido com base numa atribuição directa à prova testemunhal.

66. No que diz respeito ao aproveitamento da prova testemunhal produzida no processo n.º 690/2016-T ficaram consignados os seguintes factos:

*18) O V... AG (antes, W...) e a “F... AG” são ambos partes relacionadas com a Requerente, dado que ambos são detidos pelo F... AG (... depoimento da testemunha X...).*

...

*20) O activo “A...” foi avaliado em 15 de Setembro de 2007, por uma entidade independente, no montante de €381.297.000,00 (... depoimento da testemunha X...).*

67. No que se refere ao aproveitamento da prova testemunhal no processo n.º 680/2016-T, ficaram consignados os seguintes factos:

*GG) Eram condições essenciais para a concessão do financiamento nas condições que foram acordadas que este estivesse o mais próximo possível do activo e da fonte de rendimento (libertação de cash-flow necessário ao cumprimento das obrigações financeiras), pelo que o mesmo teria de ser concretizado através das sociedades residentes em Portugal, ou seja, a Requerente ou a B... comandita (depoimento da testemunha X...);*

*JJ) A compra foi efectuada em condições normais de mercado (depoimento da testemunha X...)*

68. Ficou provado, no Proc. 690/2016, que o Estudo de Preços de Transferência elaborado pela própria Requerente para o Exercício Fiscal de 2011 anunciava, para os devidos efeitos, que as operações de Outubro de 2007 eram resultado de uma decisão do “Grupo” (pp. 45, 46 e 55 – sublinhados nossos):

A...

Lda.

## Estudo de preços de transferência

### Exercício fiscal de 2011

*Este documento contém 86 páginas incluindo esta*

39

#### 3.3.2.2 Financiamento dos ativos adquiridos

Em outubro de 2007 o Grupo decidiu que a A... iria adquirir a participação na B... Comandita detida pela C... GmbH. Para esse efeito, a A... recorreu a financiamento junto de entidades do Grupo.

Considerando os montantes de financiamento necessários à realização desta operação (cerca de 175,3 milhões de euros) a solução adoptada passou pelo recurso a três operações de financiamento, nomeadamente:

- Financiamento obtido junto da J... , S.A.R.L.;
- Empréstimo obtido junto do K... , e
- Financiamento obtido junto da I... Lda

A...

| Relatório de preços de transferência | 2011 | 46

84

É de salientar que também a I... pretendia obter fundos para a aquisição de uma participação numa outra entidade, a O... (entidade proprietária do Complexo Comercial do ...).

A conjugação das necessidades de financiamento das duas entidades permitiu que atuassem numa lógica de Grupo, tendo as entidades decidido entrar numa operação de apresentação de garantias cruzadas nas operações de financiamento a realizarem com o K...

Neste âmbito, a A... apresentou como garantia real o Complexo Comercial I..., que lhe permitia obter um financiamento máximo de 171,7 milhões de euros, correspondente ao valor atribuído à data àquele ativo imobiliário.

De ressaltar no entanto que este limite teórico se encontrava condicionado pelos financiamentos detidos pela B... Comandita. Assim, dado que esta entidade possuía à data de aquisição financiamentos junto de outras entidades que ascendiam a 135,2 milhões de euros, o montante máximo de crédito que o K... estava disposto a conceder à A... considerando a garantia apresentada, ascendia a 36,5 milhões de euros. Neste contexto, a A... decidiu obter junto do K... um crédito de 35,8 milhões de euros.

Como os financiamentos anteriores de 96,8 e 35,8 milhões de euros obtidos não eram suficientes para realizar o valor de aquisição da B... Comandita, a A... optou por recorrer à I... para obter um financiamento adicional de 42,7 milhões de euros.

A... | Relatório de preços de transferência | 2011 | 46

85

#### **Financiamentos obtidos junto de entidades relacionadas para a aquisição do B... Comandita**

Conforme referido anteriormente, em outubro de 2007 o Grupo decidiu que a A... iria adquirir a participação na B... Comandita detida pela G... GmbH. Para esse efeito, a A... recorreu a financiamento junto de entidades do Grupo.

Considerando os montantes de financiamento necessários à realização desta operação (cerca de 175,3 milhões de euros) a solução adoptada passou pelo recurso a três operações de financiamento, nomeadamente:

- Financiamento obtido junto da J..., S.A.R.L.;
- Financiamento obtido junto da I... Unipessoal, Lda; e
- Empréstimo de longo prazo obtido junto do K...

Descrevem-se de seguida as condições acordadas nas operações de financiamento acima mencionadas.

A... | Relatório de preços de transferência | 2011 | 35

94

69. No referido *Estudo de preços de transferência. Exercício fiscal de 2011*, junto como Anexo 1 ao RIT, esclarece-se a motivação dos financiamentos relacionados com a aquisição pela Requerente da participação na B... comandita (pp. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 37, 45, 46, 47, 56, 57, 72 a 85 do referido *Estudo*), em termos que foram dados como provados no Proc. 690/2016 (sublinhados nossos):

- ***“Financiamento obtido junto de entidades relacionadas para aquisição da B... Em Outubro de 2007, a A... adquiriu a participação detida pela G... GmbH na B... comandita, tendo, para esse efeito, recorrido a financiamento junto de entidades do Grupo.***

*Considerando os montantes de financiamento necessários à realização desta operação (cerca de 175,3 milhões de euros) a solução adoptada passou pelo recurso a três operações de financiamento, nomeadamente:*

*. Financiamento obtido junto da J...;*

*. Financiamento obtido junto da I... Unipessoal, Lda;*

*. Financiamento de longo prazo obtido junto do K...”.*

- ***“Financiamento obtido junto da J...***

*Durante o exercício de 2007, a A... obteve um financiamento de cerca de 96,8 milhões de euros, por um prazo de 10 anos, junto da J... relativamente ao qual se vencem juros calculados a uma taxa anual fixa de 7,25%.*

*Um estudo preparado por uma entidade independente (anexo ao presente relatório) concluiu, através da utilização do método do preço comparável de mercado, que a referida taxa de juro fixa de 7,25% é consistente com o princípio de plena concorrência”.*

- ***“Financiamento obtido junto da I...***

*Para além da operação supra descrita, a A... obteve junto do I... um empréstimo no valor de 42,6 milhões de euros, por um prazo de 10 anos.*

*Por seu lado, a I... financiou-se junto do K... pelo montante de cerca de 90,67 milhões de euros, por igual prazo, retendo parte deste empréstimo para a aquisição de uma participação na O... .*

*Foi acordado entre as partes, por aditamento ao contrato assinado em 2009, que a taxa de juro deste empréstimo seria determinada com base na taxa (fixa) swap a 8 anos, reportada à data de 01 de Julho de 2009 e divulgada pela Bloomberg, a qual se situou nos 3,40%, acrescida de um spread de 1,6% (160 p.b.).*

*No sentido de viabilizar a I... a obtenção os fundos necessários para financiar a referida operação, bem com para financiar os seus investimentos próprios a um custo baixo, foi decisão do Grupo a apresentação de garantias reais junto do K... . Para esse efeito foi decido utilizar um imóvel já detido por uma empresa do Grupo, a B... comandita.*

*Com o objectivo de verificar a observância do princípio de plena concorrência no que respeita às condições de remuneração da operação de financiamento em análise, foi escolhido como método mais apropriado, o método do preço comparável de mercado.*

*Considerando o contexto em que este financiamento foi concedido pelo I... ao A..., considerou-se que as condições de remuneração estabelecidas deveriam reflectir o benefício obtido com a garantia apresentada pelo I... junto do K... .*

*Conforme previsto no contrato, as condições de taxa de juros deste empréstimo não mudaram ao longo de 2011. Assim, entendeu-se adequado para efeitos de determinação do intervalo de plena concorrência utilizar as condições acordadas em operações de financiamento com a apresentação de garantias no momento em que esta operação foi acordada. Uma vez que as condições de remuneração foram revistas em 2009, foi entendido que o intervalo de plena concorrência se deveria reportar a esse ano.*

*De referir que esta operação foi contratada com a apresentação de uma garantia real, pelo que o referencial de mercado também reflecte essa circunstância”.*

**“Financiamento obtido junto do K...**

*Conforme já mencionado, no exercício de 2007 a A... obteve um empréstimo junto do K... no montante de 35,8 milhões de euros, o qual vence juros por referência à Euro swap rate a sete anos acrescida de um spread de 50 p.b. (pontos base).*



*Com o objectivo de verificar a observância do princípio de plena concorrência no que respeita às condições de remuneração deste empréstimo, foi escolhido como mais apropriado o método do preço comparável de mercado.*

*Conforme previsto no contrato, as condições de taxa de juro deste empréstimo não foram alteradas durante o exercício de 2011. Assim, entendeu-se apropriado considerar na determinação do referencial de plena concorrência as condições praticadas por entidades independentes à data da realização desta operação.*

*Por outro lado, e uma vez que foi prestada uma garantia por parte da A..., também se considerou adequado que o referencial de mercado incidisse sobre operações de financiamento entre entidades independentes com apresentação de garantias.  
(...)*

*Com base no referencial de mercado supra, para operações com a apresentação de garantias, foi possível concluir que o spread de 50 p.b. praticado na operação de financiamento em análise, não coloca em causa o princípio de plena concorrência”.*

*- “Para efeitos do presente relatório, entende-se que a A... se encontra em situação de relações especiais com as entidades abaixo indicadas, com as quais realizou operações vinculadas durante o exercício de 2011, por força das relações de capital existentes directa e indirectamente com as mesmas:*

- J..., S.A.R.L.;*
- B... comandita;*
- I..., Lda.; e*
- W... - Sucursal em Portugal”.*

*- “Em Outubro de 2007 o Grupo decidiu que a A... iria adquirir a participação na B...comnadita detida pela G... GmbH. Para esse efeito, a A... recorreu a financiamento junto de entidades do Grupo.*

*Considerando os montantes de financiamento necessários à realização desta operação (cerca de 175,3 milhões de euros) a solução adoptada passou pelo recurso a três operações de financiamento, nomeadamente:*

- Financiamento obtido junto da J..., S.A.R.L.;*

- *Empréstimo obtido junto do K...; e*
- *Financiamento obtido junto da I... Unipessoal, Lda.*

*A A... obteve junto da sua casa-mãe um empréstimo de 96,8 milhões de euros o qual foi insuficiente para financiar a totalidade da operação de aquisição da B... comandita .*

*A opção seguinte recaiu na obtenção de fundos junto do K... . Considerando os montantes de financiamento necessários à realização da operação de aquisição da B... comandita (cujo montante total se estimou [à] data ascender a 175,3 milhões de euros) bem como as limitações ao nível das regras sobre assistência financeira em vigor, não foi possível à A... apresentar o Complexo Comercial ... como colateral.*

*É de salientar que também a I... pretendia obter fundos para a aquisição de uma participação numa outra entidade, a O... (entidade proprietária do Complexo Comercial do ...).*

*A conjugação das necessidades de financiamento das duas entidades permitiu que actuassem numa lógica de Grupo, tendo as entidades decidido entrar numa operação de apresentação de garantias cruzadas nas operações de financiamento a realizarem com o K... .*

*Neste âmbito, a A... apresentou como garantia real o Complexo Comercial I..., que lhe permitia obter um financiamento máximo de 171,7 milhões de euros, correspondente ao valor atribuído à data àquele activo imobiliário.*

*De ressaltar no entanto que este limite teórico se encontrava condicionado pelos financiamentos detidos pela B... comandita . Assim, dado que esta entidade possuía à data de aquisição financiamentos junto de outras entidades que ascendiam a 135,2 milhões de euros, o montante máximo de crédito que o K... estava disposto a conceder à A..., considerando a garantia apresentada, ascendia a 36,5 milhões de euros. Neste contexto, a A... decidiu obter junto do K... um crédito de 35,8 milhões de euros.*

*Como os financiamentos anteriores de 96,8 e 35,8 milhões de euros obtidos não eram suficientes para realizar o valor de aquisição da B... comandita, a A... optou por recorrer à I... para obter um financiamento adicional de 42,7 milhões de euros. No sentido de obter os fundos em falta para a aquisição da O... bem como conceder o financiamento à A..., a I... apresentou o Complexo Comercial ... como garantia para obter um financiamento junto do K... .*

*Com a apresentação desta garantia, a I... conseguiu obter junto da K... um empréstimo de 90,7 milhões de euros.*

*De notar que a decisão do Grupo apresentar garantias reais reduziu significativamente o risco da operação e, em consequência, o spread praticado”.*

**- “Financiamento obtido junto da J..., S,A.R.L.**

*Com vista a reunir os recursos financeiros adequados para realizar a aquisição da B... comandita, o A... solicitou à J... um empréstimo no montante de 96,8 milhões de euros.*

*Este financiamento foi obtido em 31 de Outubro de 2007 e acordado por um período de 10 anos, ou seja, com vencimento em 31 de Outubro de 2017.*

*A fim de remunerar o capital concedido pela J..., as partes acordaram no pagamento de uma taxa fixa de juros anual de 7,25%.*

**Financiamento obtido junto da I...**

*Em 31 de Outubro de 2007, a A... obteve um empréstimo de 42,6 milhões de euros junto do I... no sentido de complementar os capitais necessários ao seu dispor para adquirir a B... comandita .*

*As condições de financiamento que vigoraram até ao final do primeiro semestre de 2009 previam o pagamento de uma taxa de juro variável determinada com base na taxa Euribor a 6 meses acrescida de um spread de 0,15% (15 p.b.).*

*A partir do segundo semestre de 2009 a taxa de juro passou a ser fixa. Foi estabelecido entre as partes que a taxa de juro seria determinada com base na taxa swap a 8 anos do dia 1 de Julho de 2009 publicada pela Bloomberg, que se situou nos 3,40%, acrescida de um spread de 1,6%, destinado a compensar o risco de se tratar de empréstimo sem garantia associada.*

***Financiamento de longo prazo obtido junto do K...***

*Como anteriormente mencionado, a apresentação de uma garantia cruzada, que incluía o centro comercial localizado no ..., permitiu à A... obter financiamento a um custo relativamente baixo, no entanto, limitado ao valor atribuído a esse activo imobiliário, ou seja, de 171,7 milhões de euros. De notar que, como o B... comandita obteve um financiamento no montante de 135,2 milhões de euros, pelo que a garantia apresentada ao K... só poderia cobrir um financiamento máximo de 36,5 milhões de euros.*

*A A... contratou assim com o K... um empréstimo no montante de 35,8 milhões de euros, que vence juros à Euro swap rate a 7 anos acrescida de um spread de 50 b.p.”.*

## **B. FACTOS NÃO PROVADOS**

Ainda com relevo para a decisão da causa, o Tribunal julga como não provados os seguintes factos:

1. A Autoridade Tributária já havia reconhecido o interesse económico da operação com o deferimento do pedido de manutenção de prejuízos fiscais, apresentado pela Requerente ao abrigo do artigo 47.º do Código do IRC (à data dos factos), no âmbito do processo n.º .../07.
2. A Autoridade Tributária teve acesso, aquando do pedido de manutenção de prejuízos fiscais em virtude da transmissão do capital social da Requerente, aos factos e à documentação subjacente à operação de aquisição com financiamento de entidades do grupo da participação social na B... comandita.

## **C. FUNDAMENTAÇÃO SOBRE A MATÉRIA DE FACTO PROVADA E NÃO PROVADA**

A convicção do Tribunal sobre os factos dados como provados resultou do exame dos documentos carreados para os autos pelas partes, designadamente dos documentos juntos com a PI e dos documentos constantes do PA juntos ao RIT, das informações oficiais constantes do RIT não impugnadas, ou confirmadas por outros elementos probatórios, da posição assumida pelas partes e livremente apreciados pelo tribunal, bem como da valoração da prova testemunhal. Quanto a esta, teve-se em conta que a testemunha indicada pela Requerente (X...) esteve envolvida na assessoria prestada pela Y... à aquisição controvertida, e que a indicada pela AT (Z...), teve participação activa no enquadramento jurídico realizado pela AT da referida operação.

Nessa medida, ambas as testemunhas estavam empenhadas na prevalência dessas respectivas posições (a testemunha indicada pela Requerente abordando o negócio na sua perspectiva mais global – referindo, por exemplo, que *“as duas sociedades eram detidas por um fundo de investimento alemão, chamado P..., que era gerido por uma sociedade gestora que é a G... . Nessa altura, os beneficiários efetivos, no sentido dos detentores das unidades de participação, seriam, essencialmente pessoas individuais, porque o P... é um fundo de retalho que era vendido aos balcões do L...”*, e que *“A lógica foi: conseguir fazer um acordo de compra e venda, em que o P... fosse vendido a outro fundo de investimento, detido por investidores institucionais, que estabeleceram um fundo de acordo com a lei luxemburguesa.”* –, e a testemunha indicada pela AT centrando a questão na perspectiva da sociedade – afirmando, por exemplo, que *“Os bancos financiaram, mas isto é um gasto desproporcionado para o grupo, porque, com a operação, a A... Unipessoal não ganhou nada”*).

É de sublinhar, além do mais, que a testemunha indicada pela Requerente, na qualidade de consultor envolvido na assessoria acima referenciada, se limitou a descrever em abstracto o racional do negócio em causa e a bondade do mesmo, segundo a sua convicção, sem consubstanciação particular. Nesta sequência, o Tribunal apenas atribuiu relevo ao depoimento desta testemunha na medida em que as respectivas declarações foram corroboradas por outros dados resultantes de elementos constantes dos autos.

Quanto ao pedido de aproveitamento da prova deduzido pela Requerente, impõe-se recordar que, durante o desenrolar do processo, tendo a Requerida se pronunciado contra a produção de prova testemunhal, veio a Requerente, em requerimento autónomo, de 29 de

Novembro de 2019, que se dá por reproduzido, para os devidos efeitos legais, dizer que mantinha interesse na inquirição da testemunha X... ou, subsidiariamente, solicitar o aproveitamento da prova produzida nos processos que correram termos no CAAD sob os n.ºs 614/2014-T e 680/2016-T. Sobre este requerimento foi proferido despacho de admissão da prova testemunhal. De qualquer modo, tendo em atenção o regime de aproveitamento da prova testemunhal e o pedido da Requerente nesse sentido, por igualdade de razão em relação ao decidido quanto aos processos n.º 614/2015-T e n.º 690/2016-T, por parte da Requerida, admite-se também a prova testemunhal produzida no processo n.º 680/2016-T, em tudo o que não for contrário à convicção firmada pelo Tribunal em resultado da apreciação da prova documental e testemunhal feita em audiência de julgamento.

Nesta sequência, em relação ao aproveitamento dos factos dados como provados no processo n.º 680/2016-T, o Tribunal, pelas razões mencionadas, apenas se admitiu como provados neste processo os factos atrás mencionados, neles não se incluindo os seguintes: i) **“FF.** *O recurso a financiamento para realizar aquela operação foi decidido pelos investidores do fundo “F...” que entenderam que seria a decisão mais vantajosa e racional (depoimento da testemunha Q...);* ii) **HH.** *A J... já tinha um financiamento garantido com hipoteca do sobredito imóvel de que é proprietária, pelo que apenas a Requerente se encontrava em condições de contrair tal financiamento, uma vez que podia prestar garantias adicionais, designadamente o penhor das acções da J... e os lucros operacionais resultantes da exploração do Centro Comercial A... (depoimento da testemunha Q...);* iv) **II.** *A Requerente tinha interesse em concentrar a propriedade a gestão e a propriedade do A... (depoimento da testemunha Q...);*v) **KK.** *Foi um bom negócio a aquisição da participação social em termos das rendas, que se mantiveram estabilizadas apesar da crise e depois recuperaram; foi desvalorizado o activo como da sequência da crise económica, mas, como não foi vendido essa desvalorização não se materializou (depoimento da testemunha Q...);*vi) **MM.** *Não houve duplicação de encargos financeiros pagos pela Requerente e pela J..., pois ao valor de aquisição da participação social foi deduzido o valor da dívida desta (depoimento da testemunha Q..., valor referido na alínea anterior e valor dos financiamentos);”.* Trata-se de factualidade valorada e fixada em sentido oposto pelo Tribunal, por contrária, por exemplo; ao estabelecido na lei, quanto à gestão dos fundos, como acontece com o fixado no ponto “FF”, uma vez que cabe às respectivas entidades

gestoras decidir sobre os investimentos que realizam por conta dos fundos de investimento imobiliário cuja gestão asseguram; por se revelar puramente opinativa, sem suporte em prova documental ou em razão de ciência, como acontece, entre outros, nos pontos “HH”, “MM”; ou, ainda, por se traduzir em valorações genéricas e indeterminadas, de natureza meramente opinativa da testemunha, como acontece, por exemplo, em relação ao vazado nos pontos “II” e “KK. E, neste último caso, também desconforme com a alteração da taxa de juro fixada, que passou de valores muito acima do mercado para valores muito abaixo dele. Repete-se, tal factualidade, dada como provada no processo n.º 680/2016-T, por ser oposta e incompatível, não pode influenciar o ora decidido, por ir contra a livre convicção do Tribunal.

Não foi admitida prova relativa ao processo 614/2015-T por ausência de indicação nele de quaisquer factos estabelecidos por recurso a essa prova testemunhal.

Por outro lado, não se julgou demonstrada a alegação da Requerente de que, aquando do pedido de manutenção de prejuízos fiscais em virtude da transmissão de mais de 50% do capital social da B... comandita, a AT teve acesso à totalidade dos factos e à documentação subjacente à própria operação de aquisição da participação social nessa sociedade, designadamente o recurso a financiamentos de entidades do grupo, e aos documentos a eles relativos que constam do Processo Administrativo que está na origem dos presentes autos.

A própria testemunha indicada pela Requerente, quando inquirida sobre o assunto na reunião do Tribunal Arbitral realizada em 19 de Fevereiro, limitou-se a dizer que “*Foi respondido tudo aquilo que foi perguntado.*” – o que nada elucida quanto ao que foi perguntado, nem aos elementos que foram fornecidos para basear as perguntas – e que “*Julgo que houve, depois, perguntas subsequentes de clarificação e foi dada a informação.*” – o que nem sequer aponta para um conhecimento directo dos factos.

## **IV. 2. MATÉRIA DE DIREITO**

### **A. QUESTÕES A DECIDIR**

A questão *decidenda* básica no presente processo consiste na verificação (ou não) do preenchimento, por parte dos encargos suportados pela Requerente com os créditos obtidos para a aquisição de 70% do capital da B... comandita, dos requisitos estabelecidos no art. 23º, 1 do CIRC, na redacção em vigor no exercício de 2014, para efeitos da respectiva dedução na determinação do lucro tributável: especificamente, na verificação da circunstância de esses gastos terem sido (ou não) suportados pela Requerente para obter ou garantir os seus rendimentos sujeitos a IRC.

## 1. A NOVA REDACÇÃO DO ART. 23.º DO CIRC, E O NOVO ART. 23.º-A

Recordemos que a redacção em vigor no exercício de 2014 era a introduzida pela Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que republicou o CIRC:

*Artigo 23.º*

*Gastos e perdas*

*1 - Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.*

O abandono da referência expressa à indispensabilidade dos gastos, que constava da redacção em vigor até final de 2013 (“*Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora [...]*”) satisfaz um entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, o de que a dedutibilidade das “*business expenses*” deve abarcar gastos e perdas, e não apenas gastos, e reportar-se às despesas ordinárias, que são comumente realizadas e geralmente aceites como úteis, e apropriadas, pelos padrões de um sector de actividade, deixando somente de fora:

- 1) aqueles gastos que, de acordo com padrões objectivos, sejam inapropriados, inúteis, inadequados para promoverem rendimentos do sujeito passivo que estejam sujeitos a tributação;



- 2) aqueles gastos que, embora fossem abstractamente apropriados, úteis, adequados, não se demonstra que efectivamente o tenham sido – não havendo prova de que, no período de tributação de referência, foram “*gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo*”;
- 3) aqueles gastos e perdas que são enumerados, ainda que de forma não-exaustiva (“*nomeadamente*”), pela própria lei, como sendo indedutíveis – não sendo indiferente, neste âmbito, que a mesma Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que republicou o CIRC e que alterou a redacção do art. 23º, 1, tenha introduzido um novo art. 23º-A (“***Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais***”) que amplia drasticamente o número desses gastos e perdas enumerados como expressamente indedutíveis (art. 23º-A, 1: “*Não são dedutíveis para efeitos da determinação do lucro tributável os seguintes encargos, mesmo quando contabilizados como gastos do período de tributação*”)

Embora sem a ênfase da “indispensabilidade comprovada”, o regime mantém-se basicamente inalterado, no sentido de que continua a ter de existir uma relação entre os encargos financeiros suportados pelo sujeito passivo, por um lado, e a realização dos rendimentos ou ganhos sujeitos a imposto, por outro lado – significando isso, na prática, que, no respeito embora de uma latitude razoável na gestão das empresas, a AT não tem que aceitar como dedutíveis todos e quaisquer encargos suportados pelas empresas e por elas apresentados, mesmo aqueles que tenham sido efectivamente incorridos e estejam devidamente documentados.

E isto porque, em síntese:

- 1) Nem todos os gastos ou perdas “*incorridos ou suportados pelo sujeito passivo*” o foram, ou o são, com o objectivo ou a idoneidade de “*obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC*”.
- 2) Mesmo alguns encargos, gastos e perdas que satisfazem o critério do nº 1 do art. 23º são afastados pela própria lei, por não satisfazerem os requisitos dos n.os 2 e seguintes do art. 23º, ou por estarem abarcados na enumeração do art. 23º-A do CIRC.

A restrição que subsiste na aceitação de encargos dedutíveis, no art. 23º, reforçado pelo art. 23º-A do CIRC, faz todo o sentido como salvaguarda dos princípios constitucionais de “*repartição justa dos rendimentos e da riqueza*” (art. 103º, 1 da CRP) e de tributação do rendimento real das empresas (art. 104º, 2 da CRP): pois se trata de evitar que artifícios contabilísticos, jurídico-formais, interfiram no apuramento da realidade económica de que dependem a defesa e consagração efectivas daqueles princípios constitucionais, prevenindo a erosão da base tributável.

Devendo notar-se que, no novo art. 23º-A do CIRC já se abrigam expressamente algumas “*thin-capitalization rules*”, regras de “*safe haven*” ou de “*earnings stripping*”, com as quais se busca contrariar o uso do “*endividamento intra-grupo*” como técnica de “*planeamento fiscal*” (“*One of the main channels of profit shifting is the use of internal debt to channel funds from low-tax to high-tax jurisdictions. Governments can restrict this behavior by the use of thin-capitalization rules (TCRs), which limit either directly or indirectly the internal or total debt-to-capital ratio of [...] subsidiaries*”)<sup>8</sup>.

Quando se trata de ponderar os objectivos fiscais da informação contabilística, de imediato avultam os da obtenção de informação idónea à colecta equitativa de receita para o erário público, evitando perdas ou desigualdades que resultassem, ou resultem, de operações aptas a operar transferências de lucros, conversões contabilísticas de lucros em encargos, e outras formas de instrumentalização da substância económica em prejuízo tanto da receita como da igualdade tributária.

Novamente em síntese, as alterações ao art. 23º do CIRC não significam um enfraquecimento dos objectivos de fiscalização das condições e limites dentro dos quais os encargos de um sujeito passivo podem ser apresentados, considerados, aceites ou rejeitados:

- 1) Seja porque, muito simplesmente, o art. 23º não foi revogado, e continua a desempenhar a mesma função que anteriormente;
- 2) Seja porque a sua posição, dentro do CIRC, passou a estar, a partir de 2014, reforçada com a adição do art. 23º-A.

---

<sup>8</sup> Kalamov, Zarko Y. (2019), “Safe Haven or Earnings Stripping Rules: A Prisoner’s Dilemma?”, *International Tax and Public Finance*, 2019, 1.

---

Em suma, como ficou consignado na Decisão Arbitral, proferida no processo n.º 45/2019-T, “Em rigor, o que importa averiguar é se os gastos *sub judice* ocorreram “*no âmbito e por força da (...) atividade empresarial [da Requerente], a qual por definição terá como escopo a obtenção do lucro.*”

## **2. A DECISÃO DE GRUPO**

Ficou provado que os três empréstimos que financiaram a operação de 2007 foram contraídos pela Requerente junto de entidades do mesmo grupo (da Requerente), para adquirir 70% do capital social de uma sociedade do mesmo grupo a outra sociedade do mesmo grupo.

Nem uma única entidade de fora do grupo teve qualquer intervenção no conjunto de negócios que compôs a operação de 2007.

E decerto não podem contabilizar-se como estando “fora do grupo” os fundos de investimento “P...” e “C...”, porque eram, ou são, patrimónios autónomos desprovidos de personalidade jurídica, que nada decidiam, ou decidem, por si mesmos e eram, ou são, representados, para todos os efeitos, pelas entidades gestoras “G... mbH”(ou “G...”) e “H... S.A.R.L” (ou “H...”), que ambas eram entidades do mesmo grupo da Requerente à data da operação de 2007.

Tratou-se, portanto, inequívoca e comprovadamente, de empréstimos intra-grupo, decididos entre entidades relacionadas, e para financiar transacções entre sociedades relacionadas, tendo as decisões de financiamento sido tomadas pelo grupo, dentro de uma estratégia de grupo – como já demos por provado como matéria de facto.

Não obstante a prova, note-se que a Requerente, na medida em que se esforça por remeter a decisão da operação de 2007 para os titulares das unidades de participação no fundo “C...”, para alegar a subtracção da decisão ao perímetro do grupo em que se integra a própria Requerente, não só escamoteia a falta de personalidade jurídica do fundo – tornando material e formalmente inevitável a ilação de que a decisão foi tomada pela sociedade gestora –, como implicitamente reconhece que se tratou de uma decisão do grupo e não da Requerente, porque esta foi puramente instrumental numa estratégia em cujo desenho não participou. A aceitarmos

a leitura dos factos subscrita pela Requerente, mesmo que desconsiderássemos a prova em contrário, isso significaria que a Requerente adquiriu 70% do capital social de uma sociedade do mesmo grupo que o seu, a outra sociedade do mesmo grupo, por decisão unilateral desta última, da vendedora!

Na verdade, a prova de que as decisões de financiamento foram tomadas em 2007 pelo grupo, dentro de uma lógica de grupo, remete para uma taxonomia – bem conhecida na lei, na jurisprudência e na doutrina – de estratégia típica de “planeamento fiscal agressivo”, o “*earnings stripping*”, na modalidade sub-capitalizadora de “*interest stripping*”.

No caso, dentro de uma óptica integrada de gestão de activos e passivos a partir de uma central de participações sediada na Alemanha (a “F...”), a operação de 2007 permitia gerar encargos em entidades portuguesas e proveitos em entidades luxemburguesas (que auferem por via da percepção de juros o que, em atenção ao *status socii*, seria suposto auferirem por via de dividendos resultantes do lucro objectivo conseguido), com expectáveis diferenças de níveis de tributação dos proveitos nas duas ordens jurídicas envolvidas: a conhecida “*base erosion and profit shifting (BEPS)*” que, na sua vertente de “*tendência dos grupos multinacionais para transferirem a dívida para países em que as tributações são mais altas*”, tem merecido tanta atenção internacional, mormente no quadro da OCDE<sup>9</sup>.

A respeito de tal *estratégia de Grupo*, a fundamentação do acórdão proferido no Proc. n.º 690/2016-T já chamava a atenção para o procedimento comum pelo qual os grupos multinacionais subordinam as suas subsidiárias sedeadas em jurisdições sujeitas a tributação elevada a financiamento significativo mediante dívida obtida de subsidiárias localizadas em jurisdições com tributação nula ou reduzida sobre juros, de modo a procurar aproveitar deduções fiscais com gastos em empréstimos intra-grupo para evitar ou reduzir o pagamento do imposto sobre os lucros locais daquelas primeiras subsidiárias.

Este método popular de erosão das bases tributáveis, e de transferência de lucros, encontra-se perfeitamente sinalizado nos documentos oficiais e estudos da especialidade – vd., por exemplo, na Exposição de Motivos da *Proposta de Directiva do Conselho que estabelece*

---

<sup>9</sup> Buettner, T., M. Overesch & G. Wamser (2017), “Anti Profit-Shifting Rules and Foreign Direct Investment”, *Int Tax Public Finance*, 2017. Uma abordagem pioneira em MacKie-Mason, Jeffrey K. (1990), “Do Taxes Affect Corporate Financing Decisions?”, *Journal of Finance*, 45/5, 1471-1493

*regras contra as práticas de elisão fiscal que afectam directamente o funcionamento do mercado interno (COM(2016) 26 final - 2016/0011 (CNS), p. 7), sobre a dedutibilidade dos juros: “Muitas vezes, os grupos multinacionais financiam empresas do grupo estabelecidas em jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado através da dívida e asseguram que estas empresas reembolsam juros «inflacionados» às filiais com sede em jurisdições de baixa tributação. Deste modo, a base tributável do grupo (ou, mais precisamente, das empresas que pagam juros «inflacionados») diminui nas jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado, aumentando no Estado de baixa tributação onde são pagos os juros. De um modo geral, o resultado é uma redução da base tributável para o grupo multinacional no seu conjunto”.*

Ou, então, em OCDE, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 11: *“The influence of tax rules on the location of debt within multinational groups has been established in a number of academic studies and it is well known that groups can easily multiply the level of debt at the level of individual group entities via intra-group financing. (...) Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) risks in this area may arise in three basic scenarios: - Groups placing higher levels of third party debt in high tax countries. - Groups using intragroup loans to generate interest deductions in excess of the group’s actual third party interest expense. - Groups using third party or intragroup financing to fund the generation of tax exempt income”.*

Invoke-se também a referência expressiva no estudo, hoje famoso, do economista francês GABRIEL ZUCMAN, *A riqueza oculta das nações*, Lisboa, 2014, trad. portuguesa, pp. 131-132, à técnica (“manipulação muito popular”) dos empréstimos intra-grupos que “consiste em crivar de dívidas as filiais situadas nos países que tributam fortemente os lucros” cujo “objectivo é reduzir os proventos onde eles são taxados para os fazer aparecer no Luxemburgo ou nas Bermudas, onde não são tributados”.

Note-se ainda que, no que respeita a “lógicas de grupo” face ao disposto no art. 23º do CIRC, a jurisprudência nacional também tem sido eloquente: “os custos ali previstos não podem deixar de respeitar, desde logo, à própria sociedade contribuinte./ Ou seja, para que determinada verba seja considerada custo daquela é necessário que a actividade respectiva

*seja por ela própria desenvolvida, que não por outras sociedades./ A não ser desta forma, como que podia ser imputada a uma sociedade o exercício da actividade de outra com a qual ela tivesse alguma relação”* (vd. acórdãos do STA de 07-02-07, proc. n.º 01046/05, de 20-05-2009, proc. n.º 1077/08 e de 30-5-2012, proc. n.º 0171/11). Em termos particularmente claros e significativos, vd. o acórdão do TCA Sul de 16-10-2007, proc. n.º 01276/06: “*É pressuposto desta norma [art. 23.º do CIRC] a consideração individualizada de cada empresa ou instituição pelo que não podem interferir aqui raciocínios do tipo daqueles em que se faz apelo a critérios de gestão do “grupo” ou mesmo dos financiamentos - ainda que gratuitos - dos seus sócios ou mesmo a vontade destes que nessa matéria é irrelevante, visto que se trata de um critério legal, sendo unicamente relevante a pessoa colectiva cujos custos estão em apreciação”*”.

Exige-se, assim, para dedução de custos nos termos do art. 23º do CIRC, que estejam em acção opções concretizadas pelo sujeito passivo em ordem à manutenção e desenvolvimento da sua actividade empresarial própria, e não motivações e operações destinadas à satisfação de interesses alheios, designadamente de estratégias de grupo, que economicamente apenas se entendem em termos de benefício global do grupo.

### **3. O ENDIVIDAMENTO E A SUB-CAPITALIZAÇÃO**

Pode ter sido essa, a “lógica de grupo”, a verdadeira motivação, pode não ter sido, mas decerto que não foi a motivação de preservar o nível de proveitos que advinham à Requerente da sua actividade tal como ela era desenvolvida antes da operação de 2007, e que ela não tinha razão económica para alterar – certamente não tinha para alterar de uma forma que lhe destruísse a maior parte dos proveitos e a onerasse com encargos elevados, sem que sequer isso significasse qualquer alteração discernível na sua rotina de exploração do “Complexo Comercial” constituído pelo Centro Comercial ... e pelo T..., e de interacção com a B... comandita.

A actividade da Requerente não se alterou com a operação de 2007; apenas passou a contabilizar, ano após ano, os pesados encargos do “serviço da dívida” contraída por causa daquela operação, acrescidos de juros nominais elevados e desproporcionados dos riscos

envolvidos; e da sua contabilidade eclipsaram-se, na mesma medida, a maior parte dos seus proveitos anteriores ao exercício de 2007.

Nesse aspecto, o grupo de empresas em que se integra a Requerente terá seguido a lógica pioneiramente enunciada, em 1963, por Modigliani e Miller<sup>10</sup>, um estudo em que se enuncia a vantagem fiscal do endividamento face à detenção de capital próprio – por mera comparação entre a dedutibilidade dos gastos de financiamento, por um lado, e a relativa indedutibilidade dos dividendos, por outro, o que determinará que o endividamento possa ser um recurso de “protecção fiscal” de grupos de empresas – o célebre “Teorema Modigliani-Miller” sobre a *debt-equity ratio*<sup>11</sup>.

Impõe-se concluir que a operação de 2007, e os encargos dela decorrentes – entre eles os que foram apresentados no exercício de 2014 e são objecto do presente litígio – não produziram efeitos económicos racionalmente justificáveis na Requerente, constituindo gastos que não foram, nem são, suportados “*para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC*”, como se exigiria para que eles fossem dedutíveis nos termos do art. 23º, 1 do CIRC.

A operação de 2007, tal como está documentada e provada, não apresenta qualquer racionalidade económica do ponto de vista da actividade estatutária da requerente e do seu interesse empresarial próprio e exclusivo – apenas remetendo, quando muito, e como referimos, para ganhos fiscais do grupo de empresas em que a Requerente se integra, o que explicaria a decisão de grupo que se provou ter presidido àquela operação.

A motivação, no momento da concretização da operação, de uma perspectiva, directa ou indirecta, imediata ou mediata, de *retorno económico futuro*, em ordem à manutenção e desenvolvimento da actividade empresarial da Requerente na prossecução do lucro, designadamente para atribuição de dividendos ao sócio, não se mostra, assim, comprovada, mesmo nos moldes de uma potencialidade abstracta de incremento de proveitos com os gastos de financiamento incorridos com a aquisição da participação social na B... comandita, dada a subtracção da matéria colectável e dos resultados pelo serviço da dívida em benefício do próprio sócio e de outras entidades do Grupo nas vestes de credores dos empréstimos incorridos.

<sup>10</sup> Modigliani, F. & M.H. Miller (1963), “Corporate Tax Planning and the Cost of Capital: A Correlation”, *American Economic Review*, 53/3, 433-443.

<sup>11</sup> Araújo, F. (2005), *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, Cap. 7 – h) “As Opções de Financiamento das Empresas”.

Mas qual tenha sido a motivação para lá da aparência é secundário para o caso, insiste-se: porque o que releva é que, como está provado, a operação não foi decidida pela Requerente e não foi decidida no seu interesse, não contribuindo para a obtenção de rendimentos por parte da Requerente – antes o contrário.

Com juros muito elevados face ao risco quase nulo de incumprimento num negócio envolvendo exclusivamente entidades de um mesmo grupo de empresas, e dadas as garantias especiais concedidas nalguns dos empréstimos – e que por isso fazem imaginar que haja uma componente de “renda” insinuada no cálculo do juro nominal, o que, na ausência de estatuição de uma amortização rápida do capital (“*principal*”) perpetuária, ou perpetuará, a transferência de proveitos em favor dos mutuantes –, a Requerente passou a encontrar-se numa situação cronicamente frágil do ponto de vista económico, conforme o demonstram os prejuízos acumulados, os capitais próprios negativos (de €71.643.153,00 em 2014) e a falta de liquidez, falta de liquidez essa traduzida na impossibilidade de pagamento da totalidade dos juros devidos em cada exercício desde 2007.

Não se vislumbra que interesse teria uma empresa de transitar de uma situação de desafogamento para uma situação de crónico afogamento financeiro em resultado da subcapitalização, como sucedeu com a Requerente. Não seria descabido, a propósito, interrogarmo-nos sobre a pertinência, nesta sede, das limitações gerais que o próprio CIRC, no seu art. 67º, estabelece aos gastos de financiamento – para não regressarmos a um âmbito mais amplo ainda<sup>12</sup>.

Nem se alegue que o fez por causa da titularidade mais próxima sobre o “Complexo Comercial” constituído pelo Centro Comercial ... e pelo T... – porque esses activos, pertencendo a entidades do mesmo grupo de empresas em que se integrava, e integra, a Requerente, já estavam irrestritamente disponibilizados à Requerente, tanto que, se assim não fosse, a própria Requerente não teria sido criada, em 2000, com o objecto social com que o foi.

Além disso, na medida em que a B... comandita já havia contraído um empréstimo de 135,175 milhões de euros para construção/aquisição do Complexo Comercial, e a Requerente adquiriu, por 175,3 milhões de euros, 70% do capital social da B... comandita, uma sociedade

---

<sup>12</sup> Dourado, Ana Paula & Rita De la Feria (2008), “Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB” (paper).



em regime de transparência fiscal, aos encargos directos da aquisição de parte da B... comandita passam a acrescer, para efeitos fiscais, mais 70% dos encargos suportados pela B... comandita – o que é inequivocamente uma duplicação de encargos, e portanto uma distorção adicional à lógica das deduções elegíveis pelo regime do art. 23º do CIRC, enfatizando, quando muito, a preponderância do objectivo de redução da “exposição fiscal” do grupo de sociedades em que a Requerente se integra.

## **B. CONCLUSÃO**

Em suma, compreende-se que, prestando atenção, como é devido, à substância económica da operação de 2007, e aos encargos dela resultantes, mais do que à forma que assumiram, rapidamente se imponha a conclusão de que um conjunto de negócios intra-grupo de mera reafecção de titularidades e de redistribuição de encargos, sem modificação de participações sociais já anteriormente pertencentes ao grupo, dificilmente se aceitará como uma actividade económica digna de consideração pelo direito fiscal.

Para o caso *sub iudice*, e sem mais considerações laterais (por mais interessantes que elas se apresentem do ponto de vista teórico), concentremo-nos no ponto a decidir, insistindo que a operação de 2007, e os encargos dela decorrentes – entre eles os que foram apresentados no exercício de 2014 e que são objecto do presente litígio –, não produziram efeitos económicos justificáveis na Requerente, constituindo, portanto, gastos que não foram, nem são, suportados “*para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC*”, como se exigiria que fossem, para serem dedutíveis nos termos do art. 23º, 1 do CIRC.

Cabe recordar, ainda, que, em sede de dedutibilidade de gastos e perdas, o respectivo ónus da prova incumbe ao sujeito passivo, por estar em causa um facto constitutivo da dedução invocada (art. 74.º, 1 da LGT). A este respeito, constitui pertinente orientação jurisprudencial que: “*Se a contabilidade organizada goza da presunção de veracidade e, por isso, cabe à AT o ónus de ilidir essa presunção, demonstrando que os factos contabilizados não são verdadeiros, já no que respeita à qualificação das verbas contabilizadas como custos dedutíveis, cabe ao contribuinte o ónus da prova da sua indispensabilidade para a obtenção dos proveitos ou para a manutenção da força produtora, se a AT questionar essa indispensabilidade*” (cfr. os

acórdãos do TCA Norte de 11-02-2016, proc. n.º 00080/03 e do TCA Sul de 02-02-2010, proc. n.º 03669/09 e de 16-10-2012, proc. n.º 05014/11). Nestes termos, os gastos contabilizados fundamentamente questionados pela AT, para serem fiscalmente dedutíveis, teriam que ser objecto de comprovação objectiva por parte do sujeito passivo que os contabilizou.

Nestes termos, em face da não demonstração, cujo ónus incumbia à Requerente, dos factos necessários à percepção de uma relação de causalidade económica entre a assunção dos encargos financeiros em presença e a sua realização no interesse próprio da empresa, de prossecução do seu lucro (ainda que em moldes de uma potencialidade abstracta), atento o objecto societário da Requerente, afigura-se fundada a não dedutibilidade fiscal dos juros incorridos no exercício de 2014 por ausência do requisitos estabelecidos pelo art. 23.º, 1 do CIRC, conforme fundamentação constante do RIT em sustentação da correcção à matéria tributável realizada, que está na base do acto tributário de liquidação adicional de IRC aqui sindicado.

Como o art. 23.º do CIRC constitui o único fundamento legal em que a AT sustenta a correcção resultante da não aceitação da dedutibilidade para efeitos fiscais de encargos financeiros respeitantes ao exercício de 2014, é unicamente à luz daquela disposição legal que deve ser apreciada a legalidade da correcção e consequente liquidação aqui em causa.

A essa luz, impõe-se a conclusão, por tudo o que precede, de que os referidos encargos não são dedutíveis nos termos do art. 23º do CIRC – e que, portanto, não há ilegalidade no correspondente acréscimo à matéria colectável, que conduziu à liquidação adicional sindicada.

## **5. JUROS INDEMNIZATÓRIOS**

Não havendo violação de lei, por erro nos pressupostos de direito e de facto, não há lugar a declaração da ilegalidade da liquidação adicional sindicada, não havendo também lugar, em consequência, à restituição do imposto pago e ao pagamento de juros indemnizatórios.

## **IV. DECISÃO**

Termos em que se decide neste Tribunal:

- a) julgar improcedente o pedido de pronúncia arbitral, mantendo os actos tributários de liquidação adicional de IRC relativa ao exercício de 2014 n.º 2019 ..., incluindo juros compensatórios, e respectiva demonstração de acerto de contas n.º 2019 ... impugnados nos autos, absolvendo do pedido a Autoridade Tributária e Aduaneira;
  
- b) julgar improcedente o pedido de reembolso da quantia paga e de juros indemnizatórios, absolvendo a Requerida dos mesmos.

## **V. VALOR DO PROCESSO**

De harmonia com o disposto nos artigos 306.º, n.º 2, e 297.º, n.º 2 do C.P.C., do artigo 97.º-A, n.º 1, al. a) do C.P.P.T. e do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de €607.636,60 (seiscentos e sete mil, seiscentos e trinta e seis euros e sessenta cêntimos)

Notifique-se.

Lisboa, 24 de Julho de 2020

Os árbitros,

Fernanda Maçãs (árbitro presidente)

Diogo Feio (árbitro vogal), vencido, conforme declaração de voto anexa.

Fernando Araújo (árbitro vogal)

## Declaração de Voto

Votei vencido por entender que os encargos financeiros suportados pela Requerente e em causa no caso *sub judice* devem ser considerados gastos dedutíveis de acordo com o artigo 23.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), nos seguintes termos:

1. A consideração dos gastos em causa como enquadráveis ou não no artigo 23.º do CIRC é a única questão que tem de ser analisada. Nesse sentido pode-se ler na decisão arbitral que “A questão *decidenda* no presente processo consiste apenas na verificação (ou não) do preenchimento, por parte dos encargos suportados pela Requerente com os créditos obtidos para aquisição de 70% do capital da B..., dos requisitos estabelecidos no artigo 23.º n.º 1 do CIRC, na redação em vigor no exercício de 2014, para efeitos da respetiva dedução da determinação do lucro tributável: especificamente, na determinação de esses gastos terem sido (ou não) suportados pela Requerente para obter ou garantir os seus rendimentos sujeitos a IRC”. É esta e apenas esta em todo o procedimento e processo a questão que se se coloca. Logo, a decisão tem de se circunscrever a observar se a operação em causa se enquadra na previsão do número 1 do artigo 23.º do CIRC. Nada mais do que isso - estando perante um contencioso de mera anulação relativo ao ato tributário - é tarefa deste coletivo.

Saliento desde já que a eficiência ou mesmo a racionalidade com critérios económicos do gasto é algo que não se enquadra no objeto deste processo. Assim acontece também com pressupostos de intervenção perante uma potencial situação de planeamento fiscal que pudesse ser resolvida pela aplicação das regras relativas aos preços de transferência ou da norma geral anti-abuso. Todos estes elementos estão fora da revisão que em concreto foi produzida quanto a alteração da liquidação inicial. Assim, o objeto da análise em causa é simplesmente o de considerar ou não o gasto em concreto como enquadrado no artigo 23.º do CIRC. De uma forma mais precisa se é um gasto para “...obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC”.

Sem qualquer espécie de dúvida que considero que este gasto se enquadra nos pressupostos da lei. Tudo o resto é irrelevante para a decisão.

Relembro então para o efeito que por imperativos da Constituição da República Portuguesa, desde logo os derivados da capacidade contributiva e das regras gerais tributárias, a consideração de gastos fiscais deve ser ampla, sendo a dedução dos mesmos a regra. Nesse sentido, o legislador fiscal, na sequência da Reforma de 2014, retirou do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC o requisito da comprovação da indispensabilidade do gasto para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora e previu de forma sistematizada um novo artigo 23.º-A em que prevê (não utilizando a técnica exemplificativa) os encargos não dedutíveis para efeitos fiscais. Assim, o legislador previu uma cláusula geral que de forma ampla (“...são dedutíveis **todos** os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC”) estabelece a admissibilidade dos gastos como fiscais.

É, quanto a esta matéria, essa a inovação que a reforma do IRC trouxe, terminando-se com toda a discussão doutrinal e jurisprudencial à volta do critério de indispensabilidade como elemento de aceitação ou não de um gasto como fiscalmente dedutível. O legislador pretendeu, partindo de uma regra de admissibilidade dos gastos, dar maior segurança aos contribuintes e ao sistema em geral.

Hoje o critério da lei é o da exigência de uma relação entre o gasto e a atividade societária, determinada no objeto social dos sujeitos passivos, retirando-se os juízos de mérito relativamente à relação entre o gasto e a atividade social. Com a nova redação é irrelevante se os gastos são excessivos, irrazoáveis ou improdutivos, apenas releva se os mesmos estão enquadrados no fim empresarial.

Cumpram então analisar se o gasto em concreto se destina a obter ou garantir rendimentos sujeitos a IRC, percebendo-se, desde logo que a lei não prevê que para se atribuir relevância fiscal aos encargos financeiros seja necessário demonstrar que os mesmos produziram um resultado positivo. Basta que sejam atos de gestão relacionados com a atividade do sujeito passivo. Têm de ter um *business propose* relacionado com a sua atividade, ou de uma forma mais direta com o objeto social do sujeito passivo.

Aliás sobre essa matéria não há qualquer suporte para a Administração Tributária e Aduaneira, ou mesmo um órgão de natureza jurisdicional, estabelecer um afastamento da dedutibilidade de um gasto por entender que o ato de gestão não é o preferível. No limite o que se poderá fazer é colocar em causa a possibilidade de um qualquer planeamento fiscal através da aplicação das normas anti abuso ou as relativas aos preços de transferência mas que no caso em concreto não estão em causa (nem no procedimento nem no processo) na questão colocada, que relembro que é apenas o enquadramento ou não do gasto como fiscalmente dedutível à luz do numero 1 do artigo 23.º CIRC.

Até a possibilidade (que no caso em concreto está bem longe de estar demonstrada) de atos de gestão ruinosos foge ao critério da admissibilidade de um gasto como fiscalmente dedutível. Ainda para mais numa situação em que a Requerente contraiu crédito, para adquirir uma participação de 70% do capital de uma sociedade, que se enquadra no seu objeto social (como se refere no ponto 1 dos factos provados é a compra e venda do imóvel do centro comercial designado como ..., bem como o seu arrendamento, exploração e gestão, bem como quaisquer outros actos ou transações diretamente relacionadas com a dita atividade) e que no futuro lhe pode vir a gerar uma mais-valia.

De todo o modo não me pretendo desviar da única questão em causa: o enquadramento do gasto no numero 1 do artigo 23.º do CIRC e numa lógica empresarial que a leitura do objeto social da Requerente demonstra.

Apenas uma motivação relacionada exclusivamente com o interesse de terceiros, ou o enquadramento nas situações previstas no artigo 23.º-A do CIRC poderiam levar a que o gasto fosse fiscalmente relevante. Nada na prova produzida leva a que se possa retirar essa conclusão, pelo contrário o primeiro ponto da prova produzida e a descrição da operação (crédito e aquisição da participação social por parte da Requerente) demonstram o enquadramento do gasto no objeto social da requerente e logo a sua consequente admissibilidade como gasto fiscal. Descrita a posição geral convém salientar alguns aspetos em especial.

2. Como é largamente referido no presente acórdão, a dedutibilidade dos encargos financeiros contraídos pela Requerente com a finalidade de adquirir 70% do capital

social da B... já foi objeto de apreciação em quatro decisões arbitrais anteriores, relativamente aos períodos de tributação de 2010, 2011, 2012 e 2013.

Ao passo que os encargos financeiros em causa foram qualificados como gastos dedutíveis, concorrendo assim para a determinação do lucro tributável da Requerente quanto aos exercícios de 2010 e 2012, nos acórdãos proferidos no âmbito dos processos n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T, os mesmos encargos financeiros foram qualificados como gastos não dedutíveis relativamente aos períodos de tributação de 2011 e 2013, de acordo com os acórdãos proferidos no âmbito dos processos n.ºs 690/2016-T e 180/2018-T.

Deste modo, podemos ver que este, ainda sob a anterior reda ao do artigo 23.º do CIRC, tem sido um caso controvertido no seio da jurisprudência do CAAD. Neste contexto, importa ainda ter presente que o acórdão proferido no âmbito do processo n.º 680/2016-T, em que se considerou os encargos financeiros em causa como gastos fiscalmente dedutíveis, foi objeto de apreciação pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no seu acórdão de 17- 10-2019 processo n.º 9 1/ 17.5BCLSB,. O Tribunal, na sequência de um recurso considerou que a decisão arbitral não incorreu em omissão de pronúncia:

A Recorrente considerava que existia uma omissão de pronúncia designadamente por não ter dado a relevância pretendida pela administração fiscal à possibilidade de a Requerente possivelmente se integrar no seio de um grupo. O Tribunal veio afirmar que tal não sucedeu sublinhando que “...o Tribunal Arbitral Coletivo analisou a questão inerente à estratégia empresarial e suas implicações, ainda que não lhe tenha atribuído o relevo por si almejado”. Salaria também o referido Tribunal que a análise sobre as questões de mérito está bem sintetizada na seguinte frase “[a] circunstância de a obtenção dos empréstimos se inserir na estratégia empresarial de entidades relacionadas e poder ter em vista a obtenção de vantagens fiscais não afecta o juízo sobre a dedutibilidade dos encargos à face do artigo 23.º, n. 1, do CIRC, sendo certo que o eventual planeamento fiscal não foi censurado no procedimento tributário pela Autoridade Tributária e Aduaneira por qualquer das vias procedimentalmente adequadas, designadamente demonstração de violação de regras sobre preços de transferência ou de verificação dos requisitos de aplicação da cláusula geral antiabuso.” assim se relembrando a consideração

da estratégia empresarial e a inexistência de qualquer forma de censura procedimental de uma putativa situação de planeamento fiscal.

3. Por outro lado e de novo quanto à questão em concreto diz respeito e como aliás já foi assumido anteriormente, sigo de perto os fundamentos acolhidos nos acórdãos proferidos no âmbito dos processos n.ºs 614/2015-T e 680/2016-T que, tal como é referido na presente decisão, procedem a uma distinta valoração da prova produzida, que aliás acompanho, e qualificação jurídica dos encargos financeiros suportados pela Requerente. Em primeiro lugar, por considerar que o financiamento contraído - e todos os gastos que lhe estão naturalmente associados - para a aquisição de um ativo, no caso as participações sociais da B..., constitui um ato normal de gestão de uma sociedade cujo objeto social, tal como consta no Relatório de Inspeção Tributária (p. 8), é a “(...) a compra e venda do Imóvel do centro comercial designado como ..., bem como o arrendamento, exploração e gestão do ..., bem como quaisquer outros atos ou transações diretamente relacionados com a supra mencionada atividade”.

Nesta senda, é possível estabelecer um nexo de causalidade económica entre, por um lado, a atividade da Requerente e, por outro, o encargo por si suportado para a aquisição de 70% do capital social da B... . Recorde-se que a B... era proprietária do “Imóvel do centro comercial designado como ...”, tendo assim a Requerente por via das aquisições sociais adquirido o imóvel. Esta relação com a atividade do sujeito passivo não pode ter outro resultado que não seja a consideração desse gasto como fiscalmente relevante.

4. Ainda, quanto à consideração que o gasto concreto configura um negócio intra-grupo sem que gere uma atividade económica digna de consideração pelo Direito Fiscal convém notar, na senda de anteriores tomadas de posição assumidas no CAAD, no seguinte: independentemente de a B... pertencer ou não ao mesmo grupo de sociedades, o que no plano formal fiscal nem sequer sucede, a Requerente passou a dispor de um ativo que anteriormente não detinha e, conseqüentemente, a poder gerar benefícios económicos futuros, seja através de potenciais lucros ou mediante a realização de mais valias. Verifica-se assim que os encargos tinham a “potencialidade para gerar incrementos patrimoniais na esfera jurídica desta, que não seriam gerados sem a aquisição da participação social em causa”, conforme afirmado no acórdão proferido no âmbito do



processo n.º 680/2016-T. Deste modo, os encargos financeiros em crise inserem-se tanto no objeto social como no escopo lucrativo da Requerente, constituindo assim um gasto incorrido no interesse próprio e individual da entidade que o suportou.

Esta posição encontra-se também alinhada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, de acordo com a qual “um custo ou perda será aceite fiscalmente caso, num juízo reportado ao momento em que for efectuado, seja adequado à estrutura produtiva da empresa e à obtenção de lucros, ainda que se venha a revelar uma operação económica infrutífera ou economicamente ruinosa, e a AT apenas pode desconsiderar os que não se inscrevem no âmbito da actividade do contribuinte e foram contraídos, não no interesse deste, mas para a prossecução de objetivos alheios (quando for de concluir, à face das regras da experiência comum que não tinha potencialidade para gerar proveitos)” (cfr. Acórdão do STA de 28-06-2017, processo n.º 0627/16).

Interpretação semelhante resultava já das reconhecidas obras de TOMÁS CANTISTA TAVARES e ANTONIO MOURA PORTUGAL, onde a questão que ora nos ocupa foi analisada de forma exaustiva. De acordo com o primeiro autor, “os custos indispensáveis equivalem aos gastos contraídos no interesse da empresa ou, por outras palavras, em todos os actos abstractamente subsumíveis num perfil lucrativo” (cfr. Da relação de dependência parcial entre a contabilidade e o direito fiscal na determinação do rendimento tributável das pessoas coletivas: algumas reflexões ao nível dos custos, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 396, 1999, p. 136), ao passo que o segundo autor considera que “a indispensabilidade deve assim ser aferida a partir de um juízo positivo da subsunção na actividade societária, o qual, por natureza, não deve ser sindicado pelo Direito Fiscal” (cfr. *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 115).

5. Considero que os juízos de conveniência, bondade ou eficiência económica não devem interferir na qualificação jurídica dos gastos incorridos pela Requerente ainda que os mesmos se revelem excessivos. Conforme aponta GUSTAVO LOPES COURINHA, “a generalidade dos gastos, ainda que não obrigatórios, excessivos, desrazoáveis e improdutivos podem ser fiscalmente aceites, desde que motivados pela prossecução do

fim empresarial” (cfr Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, Almedina, Coimbra, 2019, p. 114, sublinhado nosso).

Neste contexto, subscrevo integralmente o entendimento presente no acórdão proferido no âmbito do processo n.º 680/2016-T, onde se esclarece que “a circunstância de a obtenção dos empréstimos se inserir na estratégia empresarial de entidades relacionadas e poder ter em vista a obtenção de vantagens fiscais não afecta o juízo sobre a dedutibilidade dos encargos à face do artigo 23.º, n.º 1, do CIRC, sendo certo que o eventual planeamento fiscal não foi censurado no procedimento tributário pela Autoridade Tributária e Aduaneira por qualquer das vias procedimentalmente adequadas, designadamente demonstrarão de violação de regras sobre preços de transferência ou de verificação dos requisitos de aplicação da cláusula geral antiabuso”.

De facto, uma vez estabelecido um nexo de causalidade económica entre o encargo financeiro suportado e a atividade e interesse individual da Requerente, esse gasto deve concorrer para a determinação do seu lucro tributável independentemente de beneficiar ou não, de forma reflexa, outras entidades relacionadas com a Requerente.

Neste caso, ainda que a operação atribuisse às entidades relacionadas com a Requerente uma vantagem fiscal contrária aos princípios e regras que regem o sistema tributário, importa ter presente que o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas e a Lei Geral Tributaria contém normas especificamente direccionadas a impedir praticas abusivas, sendo, aliás, nesse contexto que se inserem os relatórios do projeto BEPS e a Diretiva (UE) 2016/1164.

Todavia, a Autoridade Tributaria e Aduaneira não censurou qualquer prática abusiva no caso concreto nem fundamentou a aplicação dos meios legais para limitar essa possibilidade, não podendo o presente tribunal desenvolver um raciocínio semelhante ao que seria tomado caso estivessemos perante a aplicação da cláusula geral anti-abuso ou as regras relativas aos preços de transferência quando o que esta em causa é saber se o encargo foi suportado no interesse da Requerente. Acresce que não se pode descurar que essas normas conferem especiais garantias aos contribuintes, devendo a Autoridade Tributária e Aduaneira observar as regras procedimentais especialmente previstas para o efeito.

6. Cumpre ainda assinalar que qualquer operação realizada por uma sociedade em relação de grupo terá, inevitavelmente, repercussões financeiras nas restantes entidades que integram o perímetro do grupo. É precisamente a finalidade de aproveitamento das sinergias geradas por várias entidades que motiva a constituição de uma estrutura de grupo.

Ademais, qualquer sociedade em relação de grupo vê a sua liberdade de decisão condicionada pelo poder decisório das sociedades dominantes, o que não quer dizer que todos os gastos por si incorridos não sejam dedutíveis. Em todo o caso, a decisão será sempre tomada pelos sócios da entidade que suporta o encargo como é natural que assim seja.

Também por esta razão, considero que a análise da dedutibilidade dos encargos financeiros da Requerente deve ser realizada no plano individual, com o objetivo de escrutinar se o gasto foi incorrido no seu interesse ou no exclusivo interesse de terceiros, caso não implique qualquer vantagem económica.

7. Por fim, no que concerne à duplicação de encargos financeiros, cumpre assinalar que a Requerente logrou demonstrar que adquiriu a participação social a um valor de mercado, *i.e.*, um valor que já refletia o passivo da entidade cujo capital foi adquirido e, conseqüentemente, os respetivos financiamentos contraídos por esta, não existindo assim qualquer relação entre os juros desses financiamentos e os juros suportados pela Requerente.

Em face do exposto e com o devido respeito, considero que os encargos financeiros subjacentes ao pedido de pronuncia arbitral devem concorrer para a determina ao da matéria coletável da Requerente, uma vez que foram contraídos no âmbito do exercício da sua atividade e de acordo com o seu interesse próprio e individual, estando assim preenchidos os pressupostos do n.º 1 e n.º 2, alínea c) do artigo 23.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

(Diogo Feio)