

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 360/2021-T

Tema: IRS - Interpretação dos artigos 49.º (direito de estabelecimento), 63.º e 65.º (livre circulação de capitais) do TFUE, e do *princípio da proibição de práticas abusivas* enquanto princípio geral de Direito da União Europeia.

DECISÃO ARBITRAL

REENVIO PREJUDICIAL

Os árbitros Professora Doutora Rita Correia da Cunha (presidente), Doutor Nuno Pombo e Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”) para formarem o presente Tribunal Arbitral Coletivo, acordam no seguinte:

I. IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES

1. Requerente: A..., de nacionalidade francesa, contribuinte n.º ..., residente nos ... Comporta, Portugal (doravante “**Requerente**”).
2. Requerida: Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “**AT**”).

II. LITÍGIO NO PROCESSO PRINCIPAL

§2.1. Questão decidenda

3. Em 17.6.2021, o Requerente requereu a constituição de Tribunal Arbitral Tributário e apresentou pedido de pronúncia arbitral com vista à declaração de ilegalidade e consequente anulação da liquidação de *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas*

- Singulares* (“IRS”) n.º 2020..., referente ao ano de 2019, no montante de € 141.460,02, na parte em que desconsidera o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, a que corresponde o valor de € 70.730,01, por violação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, dos artigos 49.º (direito de estabelecimento) e 63.º (livre circulação de capitais) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFEU”), e do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.
4. A referida liquidação de IRS foi emitida na sequência da transmissão de parte das participações sociais que o Requerente detinha numa sociedade de direito francês, que, à data da transmissão (23.4.2019), tinha “sede efetiva” em França, era residente para efeitos fiscais neste Estado-Membro, e não exercia atividade económica em território português.
 5. O litígio entre as partes surge por a AT (i) entender que esta transação não é elegível para o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, por efeito do qual apenas 50% do ganho decorrente da mesma seria tributado em sede de IRS, e (ii) ter emitido uma liquidação de IRS assente na tributação da totalidade do ganho derivado da referida transação.
 6. O artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS prevê que o ganho decorrente da transmissão de participações sociais em “micro e pequenas empresas” não cotadas nos mercados regulamentados e não regulamentado da bolsa de valores é considerado em apenas 50% do seu valor para efeitos de tributação em sede de IRS.
 7. Este benefício fiscal é automático, não se encontrando dependente do reconhecimento da autoridade tributária, e aplica-se quer as participações sociais transmitidas representem a maioria do capital social da sociedade, quer representem uma minoria do capital social da sociedade.
 8. Para efeitos deste benefício fiscal, o artigo 43.º, n.º 4, do Código do IRS remete para a definição de “micro e pequenas empresas” contida no anexo do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, que cria a certificação por via eletrónica do estatuto de micro, pequena

e médias empresas (PMEs), pelo Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação, I. P., para empresas que exerçam a sua atividade nas áreas sob tutela do Ministério da Economia e da Inovação, e que necessitem de apresentar e comprovar esse estatuto de PME no âmbito dos procedimentos administrativos para cuja instrução ou decisão final seja legalmente ou regulamentarmente exigido.

9. Não é controvertido o facto de que a sociedade cujas participações sociais foram transmitidas pelo Requerente preenchia, à data da transmissão, os requisitos da categoria de “pequena empresa” estabelecidos no artigo 2.º do anexo do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.
10. A questão principal a decidir pelo Tribunal Arbitral é a de saber se o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS é aplicável à transmissão de participações sociais de uma sociedade que não foi constituída de acordo com o direito português, que não tem “sede efetiva” em território português, que não é residente para efeitos fiscais em Portugal, e/ou que não exerce atividade económica em território português.

§2.2. Posição da Autoridade Tributária

11. O benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS está “*associado a empresa com sede efetiva em território português, na medida em que a avaliação de micro ou pequena empresa é feita pelo Estado Português, nomeadamente pelo Ministério da Economia e da Inovação*”.
12. O âmbito de aplicação deste benefício fiscal é limitado “*ao território português*”, tal como resulta da interpretação teleológica do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, cujo objetivo é apoiar empresas nacionais e estimular a atividade económica em Portugal.
13. A este propósito, a AT refere o preâmbulo do Projeto de Lei n.º 257/XI, que esteve na origem da alteração legislativa advinda da Lei n.º 15/2010, de 26 de junho, que por sua vez introduziu o artigo 43.º, n.ºs 3 e 4 do Código do IRS, no qual se pode ler:

“Finalmente, porque importa também nesta ocasião significar a urgência da recuperação financeira das empresas, em particular das pequenas e médias empresas nacionais, muitas delas de matriz familiar, preconiza-se um regime fiscal mais favorável às mais-valias geradas na alienação onerosa de partes sociais, nos termos definidos no artigo 10.º, n.º 1, alínea b) do Código do IRS.”
(sublinhado nosso).

14. Da letra do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS retira-se que este se aplica apenas a sociedades que exercem a respetiva atividade numa área sob a tutela do Ministro da Economia, o que não é o caso da sociedade de direito francês cujas participações sociais foram transmitidas pelo Requerente.
15. A interpretação do artigo 43.º, n.º 3, do Código que IRS sustentada pela AT não viola o Direito da União Europeia, designadamente a liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE, na medida em que o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), do TFUE permite aos Estado-Membros distinguir entre contribuintes que não se encontrem em situação idêntica no que se refere ao lugar em que o seu capital é investido.
16. Para este efeito, a comparabilidade da situação transfronteiriça com uma situação interna é examinada tendo em conta o objetivo das disposições nacionais em causa, e a questão de saber se a diferença de tratamento resultante da legislação nacional reflete uma diferença de situação objetiva é determinada à luz dos critérios de distinção estabelecidos na legislação nacional.
17. Sendo o objetivo do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS apoiar empresas portuguesas e estimular a atividade económica em Portugal, as transmissões de participações sociais em “*sociedades estabelecidas em Portugal*” não são comparáveis às transmissões de participações sociais em “*sociedades localizadas fora do território nacional*”, na medida em que as primeiras estimulam a atividade económica em Portugal e as segundas não terão esse efeito.

18. A diferença de tratamento entre “*sociedades estabelecidas em Portugal*” e “*sociedades localizadas fora do território nacional*” reflete esta diferença objetiva de situação, pelo que o desagravamento fiscal do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS limitado às primeiras não viola o Direito da União Europeia

§2.3. Posição do Requerente

19. O Requerente defende que o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS aplica-se tanto aos ganhos decorrentes da transmissão de participações sociais em “*empresas residentes em território nacional*”, como aos ganhos decorrentes da transmissão de participações sociais em empresas residentes em outros Estados-Membros.
20. Alega o Requerente que o não reconhecimento deste benefício fiscal ao Requerido constitui uma discriminação entre “*sociedades residentes*” e “*sociedades não residentes*”, em violação da (1) liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º do TFEU, na medida em que esta, ao visar a remoção dos entraves jurídicos à atividade económica transnacional, à “*interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das atividades não assalariadas*”, veda tratamentos (fiscais) diferenciados conforme o Estado em que se pretenda investir, e da (2) liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE, na medida em que uma operação de liquidação de um investimento mobiliário, como a que está em causa no caso *sub judice*, constitui um movimento de capitais abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 63.º do TFUE.
21. Isto porque a situação dos contribuintes residentes em Portugal que recebem mais-valias da transmissão de participações sociais de sociedades com sede noutra Estado-Membro é objetivamente comparável à situação dos contribuintes residentes em Portugal que recebem mais-valias da transmissão de participações sociais de sociedades com sede em Portugal, sendo o único elemento distintivo entre as duas situações o Estado da fonte do rendimento.

22. Assim, o tratamento diferenciado das mais-valias torna menos atrativo o exercício do direito ao estabelecimento e da liberdade de circulação de capitais, e configura uma inadmissível restrição dos mesmos.
23. O Requerente não encontra qualquer justificação para a restrição aqui em causa – a saber, limitar o escopo de aplicação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS às mais-valias resultantes da transmissão de participações sociais de sociedades com sede em Portugal.
24. Não se colocando, no caso sob análise, uma situação passível de se enquadrar como adequada e proporcional à prossecução de objetivos admitidos pelo TFUE, nem tampouco necessária face à ausência de uma maior harmonização fiscal, e não se perspetivando qualquer razão imperiosa de interesse público que aqui possa ser prevacente, aquela restrição afigura-se incompatível com o direito e liberdade acima identificados.

III. PEDIDO DE DECISÃO PREJUDICIAL

§3.1. Objeto do pedido

25. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º (direito de estabelecimento), 63.º e 65.º do TFEU (livre circulação de capitais), bem como do *princípio de proibição de práticas abusivas* enquanto princípio geral de Direito da União Europeia, que o Tribunal Arbitral entende por relevante e necessária para a solução do litígio no processo principal.
26. No processo arbitral, as partes discutem se o artigo 49.º do TFEU, relativo ao direito de estabelecimento, e/ou o artigo 63.º do TFEU, relativo à livre circulação de capitais, opõem-se à interpretação do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS sustentada pela AT.
27. Da argumentação da AT não é claro para o Tribunal Arbitral se o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS foi negado ao Requerente por a sociedade cujas participações sociais foram transmitidas (a) constituir uma “sociedade de direito francês”,

- ou seja, constituída ao abrigo da lei francesa (por oposição a uma “sociedade de direito português”), (b) ter a sua “sede efetiva” em França (por oposição a uma sociedade com “sede efetiva” em território português), ou (c) exercer a sua atividade económica neste Estado-Membro (por oposição a uma sociedade que exerce a sua atividade económica em território português).
28. Já o Requerente assume que o critério de distinção adotado pela AT terá sido a residência fiscal, fazendo também referência à sede da sociedade.
29. Para efeitos do *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, uma sociedade é residente em Portugal quando tenha “sede social” ou “direção efetiva” em território português (cfr. artigo 2.º, n.º 3, do *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*).
30. O conceito de “sede efetiva” surge no direito comercial português como “sede efetiva da administração da sociedade” (i.e., o local onde os órgãos de direção da sociedade se reúnem para a tomada de decisões sobre a mesma, bem como o local onde são realizadas as assembleias de membros), por contraposição a “sede estatutária”, i.e., o local fixado nos estatutos da sociedade (cfr. artigos 3.º e 4.º do Código das Sociedades Comerciais).
31. Dada a falta de clareza da posição da AT a este respeito, afigura-se ao Tribunal Arbitral que importa assumir várias hipóteses: que a AT considera que o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS não se aplica ao Requerente por a sociedade cujas participações sociais foram transmitidas (a) não constituir uma sociedade de direito português, (b) não ter a sua sede efetiva em território português, (c) não ter residência fiscal em Portugal, (d) não exercer atividade económica em Portugal.
32. Não obstante a questão não ter sido suscitada pelas partes no processo principal, o presente Tribunal Arbitral considera que, para a decisão do litígio em apreço, é também relevante o *princípio da proibição de práticas abusivas* enquanto princípio geral de Direito da União Europeia, tendo dado às partes oportunidade de se pronunciar sobre o mesmo no decurso do processo arbitral.

33. Entende o Tribunal Arbitral que se trata de um quadro jurídico inédito quanto à interpretação do *princípio da proibição de práticas abusivas*, conjugado com os artigos 49.º, 63.º e 65.º do TFUE, havendo dúvida razoável quanto à respetiva interpretação no âmbito do processo principal.

§3.2. Outras considerações

34. O artigo 267.º do TFUE prevê que o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados, e estatui que sempre que uma questão de tal natureza seja suscitada perante (i) um órgão jurisdicional dos Estados-Membros cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao TJUE, ou (ii) qualquer órgão jurisdicional nacional, esse órgão pode proceder ao reenvio prejudicial se considerar que uma decisão sobre a interpretação dos Tratados é necessária ao julgamento da causa.

35. Quanto à natureza de órgão jurisdicional dos Tribunais Arbitrais Tributários a funcionar sob a égide do CAAD à luz do Direito da União Europeia, o TJUE reconheceu a mesma no Acórdão *Ascendi*, de 12 de junho de 2014, proferido no processo C-377/13, sendo, assim, pacífica a competência destes Tribunais Arbitrais para formular pedido de questão prejudicial nos termos do artigo 267.º do TFUE.

36. Interessa também notar que as decisões dos Tribunais Arbitrais a funcionar sob a égide do CAAD decidem sobre a interpretação do TFUE sem possibilidade de recurso ordinário, sendo excecionalmente admissível recurso nessa matéria para o Supremo Tribunal Administrativo quando se verifique oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, da decisão arbitral em crise com Acórdãos dos Tribunais Superiores, ou outras Decisões de Tribunais Arbitrais (cfr. artigo 25.º, n.º 2, do RJAT).

37. No que se refere à obrigatoriedade de um órgão jurisdicional nacional, cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial, de proceder a reenvio prejudicial, de acordo com as

Recomendações do Tribunal de Justiça da União Europeia à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, de 8.11.2019 (doravante “Recomendações aos OJN”), a mesma cessa “quando já existir uma jurisprudência bem assente na matéria ou quando a forma correcta de interpretar a regra de direito em causa não dê origem a nenhuma dúvida razoável” (parágrafo 6).

38. O presente Tribunal Arbitral não tem conhecimento de Acórdãos do TJUE relativamente à interpretação dos artigos 49.º, 63.º e 65.º do TFUE em conjugação com o *princípio da proibição de práticas abusivas*.
39. De acordo com as Recomendações aos OJN, a *“competência do Tribunal de Justiça para se pronunciar, a título prejudicial, sobre a interpretação ou a validade do direito da União é exercida por iniciativa exclusiva dos órgãos jurisdicionais nacionais, independentemente de as partes no processo principal terem ou não exprimido a intenção de submeterem uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Uma vez que é chamado a pronunciar-se sobre um litígio – e a ele apenas – que cabe apreciar, atendendo às particularidades de cada processo, tanto a necessidade de um pedido de decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça”* (parágrafo 1).
40. Não releva, assim, se o Requerente ou a AT se expressaram sobre o interesse de submeter questões prejudiciais ao TJEU.

IV. MATÉRIA DE FACTO RELEVANTE

41. O Requerente é um cidadão francês com residência fiscal em Portugal no ano de 2019.
42. Em 23.4.2019, o Requerente alienou à sociedade de direito francês B... (doravante “B...”), pelo valor de € 850.000,00, 29.222 ações da sociedade de direito francês C... SaRL (doravante “C... SaRL”), representativas de 47,5% do capital social desta sociedade, com o valor nominal total de € 155.057,78 e um valor contabilístico total de € 164.024,63 (cfr. balanço de 31.12.2018).

43. À data desta transação, a sociedade C... tinha como principal objeto social a “*criação de eventos, organização de congressos e de todas manifestações e encontros de carácter turístico, desportivo, cultural ou de lazer*”, e o capital social dividido em 61.520 ações, com o valor nominal de € 5,3062 cada, no montante total de € 326.437,42, e com o valor contabilístico global de € 345.315,00 (cfr. balanço de 31.12.2018).
44. Antes da transação em causa, as ações da sociedade C... eram detidas pelo Requerente e pela sociedade B..., na seguinte proporção:

Tabela 1 - Participação directa na sociedade C...				
	Número de ações	Valor nominal	Valor contabilístico (31.12.2018)	% do capital social
Requerente	60.260	€ 319.751,61	€ 338.242,55	97.95%
B...	1.260	€ 6.685,81	€ 7.072,45	2.05%
Total	61.520	€ 326.437,42	€ 345.315,00	100%

45. À data da transmissão, o Requerente detinha também 86% do capital social da sociedade B..., cujo principal objeto social era a “*detenção de participações de qualquer pessoa coletiva, com ou sem personalidade jurídica, por via da constituição de novas sociedades, ou de sociedades já constituídas, subscrição, aquisição de ações ou direitos, entradas de capital, fusão, aliança de participações ou outros, assim como a gestão e controlo das referidas participações*”, com o capital social de € 860.465,00, dividido em 860.465 ações, com o valor nominal de € 1 cada, e com o valor contabilístico global de € 386.418,00 (cfr. balanço de 31.12.2018).
46. Estas ações da sociedade B... eram detidas pelo Requerente e pela sociedade de direito suíço D... (doravante “**D...**”), com sede em Geneva, na seguinte proporção:

Tabela 2 - Participação direta na sociedade B...				
	Número de ações	Valor nominal	Valor contabilístico (31.12.2018)	% do capital social
Requerente	740.000	€ 740.000,00	€ 332.319,52	86%
D...	120.465	€ 120.465,00	€ 54.098,48	14%
Total	860.465	€ 860.465,00	€ 386.418,00	100%

47. Antes da transação em causa, o Requerente detinha, direta e indiretamente, 99.71% das participações sociais da sociedade C..., conforme resulta da seguinte tabela:

Tabela 3 - Participações directa e indirectamente detidas pelo Requerente na sociedade C... antes da transmissão de 29.222 ações em 23.4.2019		
	Número de ações	% do capital social
Participação direta	60.260	97.95%
Participação indireta	1.084 (1.260 x 86%)	1.76%
Total	61.344	99.71%

48. Entre 2016 e 2019, a sociedade C... teve o seguinte volume de negócios, resultado de exercício, ativo e capital próprio:

Tabela 4 – Informação contabilística da sociedade C...				
Ano	Volume de negócios	Resultado de exercício	Ativo	Capital próprio
2016	€ 1.386.827,00	€ 16.387,00	€ 1.184.678,00	€ 284.072,00
2017	€ 1.465.260,00	€ 17.896,00	€ 1.222.190,00	€ 296.676,00
2018	€ 1.506.385,00	€ 50.660,00	€ 1.192.065,00	€ 345.315,00
2019	€ 1.515.782,00	€ 43.094,00	€ 1.176.151,00	€ 423.054,00

49. Em 2019, a sociedade C... constituía uma pequena empresa nos termos do artigo 2.º do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, tendo (i) um efetivo de 15 pessoas e (ii) um volume de negócios anual ou balanço total anual que não excedia 10 milhões de euros.

50. As sociedades C... e B... não distribuíram dividendos entre 2013 e 2019.

51. Em Fevereiro de 2019, a sociedade B... realizou um empréstimo bancário no montante de € 850.000,00 para aquisição de participações sociais.

52. Após a transmissão de 29.222 ações em 23.4.2019, o Requerente permaneceu como gerente da sociedade C..., bem como o acionista maioritário desta sociedade, conforme resulta da seguinte tabela:

Tabela 5 – Alteração da posição acionista decorrente da transação de 23.4.2019				
	Antes da alienação das ações		Após a alienação das ações	
	Número de ações	% do capital social	Número de ações	% do capital social
Requerente	60.260	97,95%	31.038	50,45%
B...	1.260	2,05%	30.482	49,55%
Total	61.520	100%	61.520	100%

53. Após a transação em causa, o Requerente detinha, direta e indiretamente, 93.06% das participações sociais da sociedade C..., conforme resulta da seguinte tabela:

Tabela 6 - Participações directa e indirectamente detidas pelo Requerente na sociedade C... após a transmissão de 29.222 ações em 23.4.2019		
	Número de ações	% do capital social
Participação directa	31.038	50.45%
Participação indirecta	26.215 (30.482 x 86%)	42.61%
Total	57.253	93.06%

54. Na declaração de IRS referente ao ano 2019 que o Requerente apresentou em 5.11.2020, consta a alienação de partes sociais adquiridas pelo valor total de € 279.129,00 em 2011-2012 e transmitidas pelo valor de € 850.000,00 em 2019.

55. Na sequência da apresentação desta declaração de imposto, foi o Requerente notificado da liquidação de IRS n.º 2020..., referente ao ano de 2019, a qual procedeu ao apuramento da coleta incidente sobre a totalidade da mais-valia resultante da transmissão de participações sociais em análise (€ 141.460,02), desconsiderando, por conseguinte, a redução em 50% que resultaria da aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS, a que corresponde o valor de € 70.730,01.

V. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA RELEVANTE

56. São relevantes os artigos 49.º, 63.º e 65.º do TFUE.

57. É também relevante *princípio de proibição de práticas abusivas* decorrente da jurisprudência do TJUE.

VI. DISPOSIÇÕES DE DIREITO PORTUGUÊS RELEVANTES

58. As disposições referidas *infra* têm a redação em vigor à data da transmissão das participações sociais em apreço (23.4.2019).

§6.1. Tributação de mais-valias mobiliárias em sede de IRS

59. As mais-valias decorrentes da transmissão de participações sociais auferidas por indivíduos residentes em território português são tributadas em sede de IRS como “Categoria G - Incrementos patrimoniais”, conforme resulta dos artigos 1.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1, alínea b), do *Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de novembro (também designado por “**Código do IRS**”).

60. O ganho sujeito a IRS corresponde à diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição, conforme resulta do artigo 10.º, n.ºs 1, alínea b), e 4, do Código do IRS:

Artigo 10.º – Mais-valias

1 – Constituem mais-valias os ganhos obtidos que, não sendo considerados rendimentos empresariais ou profissionais, de capitais ou prediais, resultem de:

(...)

b) Alienação onerosa de partes sociais e de outros valores mobiliários

(...);

(...)

4 - O ganho sujeito a IRS é constituído:

a) Pela diferença entre o valor de realização e o valor de aquisição, líquidos da parte qualificada como rendimento de capitais, sendo caso disso, nos casos previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 1;

61. O valor de realização é determinado nos termos do artigo 44.º do Código do IRS, no qual se pode ler, na parte relevante:

Artigo 44.º – Valor de realização

1 - Para a determinação dos ganhos sujeitos a IRS, considera-se valor de realização:

(...)

f) Nos demais casos, o valor da respetiva contraprestação.

62. O valor de aquisição é determinado nos termos do artigo 48.º do Código do IRS, no qual se pode ler, na parte relevante:

Artigo 48.º - Valor de aquisição a título oneroso de partes sociais e de outros valores mobiliários

No caso da alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º, o valor de aquisição, quando esta haja sido efetuada a título oneroso, é o seguinte:

(...)

b) Tratando-se de quotas, outras partes sociais, warrants autónomos, certificados referidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 10.º ou de outros valores mobiliários não cotados em mercado regulamentado, o custo documentalmente provado ou, na sua falta, o respetivo valor nominal;

63. No artigo 43.º do Código do IRS, na parte relevante, pode ler-se:

Artigo 43.º – Mais-valias

1 - O valor dos rendimentos qualificados como mais-valias é o correspondente ao saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias realizadas no mesmo ano, determinadas nos termos dos artigos seguintes.

(...)

3 - O saldo referido no n.º 1, respeitante às operações previstas na alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º, relativo a micro e pequenas empresas não cotadas nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores, quando positivo, é igualmente considerado em 50 % do seu valor.

4 – Para efeitos do número anterior entende-se por micro e pequenas empresas as entidades definidas, nos termos do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.

64. No anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, as micro e pequenas empresas são definidas nos seguintes termos:

Artigo 2.º

Efectivos e limiares financeiros que definem as categorias de empresas

1 - A categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros.

2 - Na categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de

negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros.

3 - Na categoria das PME, uma micro empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros.

65. Quando o contribuinte não opta pelo englobamento das mais-valias (como no caso *sub judice*), estas são tributadas à taxa de 28%, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRS, no qual se pode ler:

Artigo 72.º - Taxas especiais

1 - São tributados à taxa autónoma de 28 %:

(...)

c) O saldo positivo entre as mais-valias e menos-valias, resultante das operações previstas nas alíneas b), c), e), f), g) e h) do n.º 1 do artigo 10.º;

§6.2. Tributação de dividendos e lucros distribuídos por sociedades em sede de IRS

66. Os dividendos e outras distribuições de lucros auferidas por indivíduos residentes em território português são tributadas em sede de IRS como “Categoria E – Rendimentos de capitais”, nos termos dos artigos 1.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, alínea h), do Código do IRS.
67. Se o contribuinte que auferir de dividendos ou distribuições de lucros de sociedade residente noutro Estado-Membro optar pelo englobamento deste rendimento (nos termos

do artigo 72.º, n.º 13, do Código do IRS), o respetivo montante é considerado em 50% e sujeito às taxas gerais (progressivas) de IRS, conforme resulta dos artigos 40.ºA, n.ºs 1 e 4, e 68.º do Código do IRS:

Artigo 40.º-A - Dupla tributação económica

1 - Os lucros devidos por pessoas coletivas sujeitas e não isentas do IRC são, no caso de opção pelo englobamento, considerados em apenas 50 % do seu valor.

(...)

4 - O disposto no n.º 1 é igualmente aplicável aos lucros distribuídos por entidade residente noutra Estado membro da União Europeia ou num Estado membro do Espaço Económico Europeu que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia, desde que tal entidade preencha os requisitos e condições estabelecidos no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados membros diferentes.

Artigo 68.º - Taxas gerais

1 - As taxas do imposto são as constantes da tabela seguinte:

Rendimento coletável	Taxas
----------------------	-------

(euros)	(percentagem)	
	Normal (A)	Média (B)
Até 7091	14,50	14,500
De mais de 7091 até 10700	23,00	17,367
De mais de 10700 até 20261	28,50	22,621
De mais de 20261 até 25000	35,00	24,967
De mais de 25000 até 36856	37,00	28,838
De mais de 36856 até 80640	45,00	37,613
Superior a 80640	48,00	-

2 - O quantitativo do rendimento coletável, quando superior a € 7000, é dividido em duas partes: uma, igual ao limite do maior dos escalões que nele couber, à qual se aplica a taxa da coluna (B) correspondente a esse escalão; outra, igual ao excedente, a que se aplica a taxa da coluna (A) respeitante ao escalão imediatamente superior.

68. Se o contribuinte que auferir de dividendos ou distribuições de lucros de sociedade residente noutro Estado-Membro não optar pelo englobamento deste rendimento, este é considerado em 100% do seu valor e sujeito à taxa especial de 28%, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea d), do Código do IRS, no qual se pode ler:

Artigo 72.º - Taxas especiais

1 - São tributados à taxa autónoma de 28 %:

(...)

d) Os rendimentos de capitais, tal como são definidos no artigo 5.º; quando não sujeitos a retenção na fonte, nos termos do artigo anterior;

§6.3. Norma geral anti-abuso e respetivo procedimento

69. A norma geral anti-abuso está prevista no artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária (“LGT”), o qual, à data da transmissão de participações sociais, tinha a redação dada pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro:

Artigo 38.º - Ineficácia de actos e negócios jurídicos

2 - São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.

70. O procedimento obrigatório para a aplicação desta norma geral anti-abuso encontra-se previsto no artigo 63.º do Código de Procedimento e Processo Tributário (“CPPT”), que, na redação em vigor à data dos factos, dispunha o seguinte:

Artigo 63.º - Aplicação de disposição antiabuso

1 - A liquidação de tributos com base na disposição antiabuso constante do n.º 2 do artigo 38.º da lei geral tributária segue os termos previstos neste artigo.

2 - (Revogado.)

3 - A fundamentação do projecto e da decisão de aplicação da disposição antiabuso referida no n.º 1 contém necessariamente:

a) A descrição do negócio jurídico celebrado ou do acto jurídico realizado e dos negócios ou actos de idêntico fim económico, bem como a indicação das normas de incidência que se lhes aplicam;

b) A demonstração de que a celebração do negócio jurídico ou prática do acto jurídico foi essencial ou principalmente dirigida à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em caso de negócio ou acto com idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais.

4 - A aplicação da disposição antiabuso referida no n.º 1 depende da audição prévia do contribuinte, nos termos da lei.

5 - O direito de audição prévia é exercido no prazo de 30 dias a contar da notificação do projecto de aplicação da disposição antiabuso ao contribuinte.

6 - No prazo referido no número anterior, poderá o contribuinte apresentar as provas que entender pertinentes.

7 - A aplicação da disposição antiabuso referida no n.º 1 é prévia e obrigatoriamente autorizada, após a audição prévia do contribuinte prevista no n.º 5, pelo dirigente máximo do serviço ou pelo funcionário em quem ele tiver delegado essa competência.

8 - A disposição antiabuso referida no n.º 1 não é aplicável se o contribuinte tiver solicitado à administração tributária informação vinculativa sobre os factos que a tiverem fundamentado e a administração tributária não responder no prazo de 150 dias.

9 - (Revogado.)

10 - (Revogado.)

VII. QUESTÕES PREJUDICIAS RELATIVAS À INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA RELEVANTE PARA O LITÍGIO PRINCIPAL

71. Descrita a matéria de facto e o quadro legal relevantes, interessa enunciar as questões relativas à interpretação do Direito da União Europeia necessárias à decisão do litígio principal que o presente Tribunal Arbitral entende por relevante submeter, a título

prejudicial, à apreciação do TJUE, bem como as razões que conduziram o Tribunal Arbitral a interrogar-se sobre as mesmas.

§7.1. Interpretação dos artigos 49.º, 63.º e 65.º do TFUE

72. O Tribunal Arbitral entende que o tratamento menos favorável dos ganhos decorrentes da transmissão de participações sociais em sociedades formadas noutros Estados-Membros em comparação com os ganhos decorrentes da transmissão de participações sociais em sociedades de direito português, que resulta da interpretação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS subscrita pela AT, poderá constituir uma restrição injustificada ao direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE, por ter o efeito de dissuadir residentes em território português de participarem, de modo estável e contínuo, na vida económica de um outro Estado-Membro, e à liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE, por ter o efeito de dissuadir residentes em território português de investir os seus capitais noutro Estado-Membro.
73. Tal como referido *supra*, da argumentação da AT não é claro para o Tribunal Arbitral o critério que a AT adotou para negar ao Requerente o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, pelo que é relevante também considerar os critérios da localização da “sede efetiva”, da residência fiscal e do território em que a sociedade exerce atividade económica.
74. Da leitura conjugada dos artigos 63.º e 65.º do TFEU interessa distinguir as diferenças de tratamento autorizadas pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE das discriminações proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE, sendo necessário apurar se a diferença de tratamento respeita a situações que sejam comparáveis objetivamente, ou se se justifica por uma razão imperiosa de interesse geral.
75. A AT alega que as situações não são comparáveis tendo em vista o objetivo prosseguido pelo artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS (“*estimular a atividade económica em Portugal*”), que, assim, não viola o Direito da União Europeia.

76. O Tribunal Arbitral questiona-se se assiste razão à AT.

77. À luz destas considerações, o Tribunal formula as seguintes questões prejudiciais para apreciação do TJUE:

Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades de direito nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades formadas noutro Estado-Membro?

Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades com sede efetiva no território nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades com sede efetiva no território de outro Estado-Membro?

Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades com residência fiscal no território nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades com residência fiscal no território de outro Estado-Membro?

Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades que exercem atividade no território nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades que exercem atividade no território de outro Estado-Membro?

§7.2. Interpretação do princípio da proibição de práticas abusivas

78. O Tribunal Arbitral questiona-se sobre (i) o conceito de “prática abusiva” enquanto pressuposto de aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas*, (ii) a relevância deste princípio no âmbito do direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFEU, (iii) as condições de aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas*, e (iv) os respetivos efeitos práticos na decisão a proferir no processo principal, em que o contribuinte terá formalizado uma transmissão de participações sociais artificial, com o objetivo essencial de obter um benefício fiscal decorrente do direito nacional e, para o efeito de aceder a esse benefício fiscal, invoca o direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e a liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFEU.

§7.2.1. O princípio da proibição de práticas abusivas enquanto princípio geral de Direito da União Europeia

79. O TJUE reconheceu o *princípio da proibição de práticas abusivas*, segundo o qual “*os particulares não podem abusiva ou fraudulentamente prevalecer-se das normas comunitárias*” (Acórdão de 21 de fevereiro de 2006, *Halifax*, C-255/02, n.º 68), e que

- este princípio “*tem (...) o caráter geral que é, por natureza, inerente aos princípios gerais do direito da União*” (Acórdão de 22 de novembro de 2019, *Cussens*, C-251/16, n.º 31; no mesmo sentido, Acórdão de 29 de fevereiro de 2019, *N Luxembourg*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, n.º 96).
80. Quanto à natureza e âmbito de aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas*, o TJUE reconheceu que “*a aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas aos direitos e vantagens previstos no direito da União é feita independentemente da questão de saber se esses direitos e vantagens se baseiam nos Tratados (...), num regulamento, ou numa diretiva. Conclui-se assim que este princípio não tem a mesma natureza dos direitos e vantagens aos quais se aplica.*” (Acórdão de 22 de novembro de 2019, *Cussens*, C-251/16, n.º 30; no mesmo sentido, Acórdão de 29 de fevereiro de 2019, *N Luxembourg*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, n.º 101).
81. Da jurisprudência do TJUE, o Tribunal Arbitral retira que o *princípio da proibição de práticas abusivas* tem aplicação no âmbito do direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e da livre de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE.
82. No Acórdão de 22 de novembro de 2019, *Cussens*, C-251/16 pode ler-se que “*segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a negação de um direito ou vantagem devido à prática de factos abusivos ou fraudulentos não é mais do que a simples consequência da constatação de que, em caso de fraude ou de abuso de direito, as condições objetivas necessárias para a obtenção da vantagem pretendida não estão realmente satisfeitas e, assim, essa recusa não carece de base legal específica*” (n.º 32).
83. Tendo em conta a factualidade subjacente ao litígio principal, o Tribunal questiona-se se uma transação artificial efetuada com o objetivo essencial de obter um benefício fiscal decorrente do direito nacional poderá constituir uma “prática abusiva” para efeitos do *princípio da proibição de práticas abusivas*, quando, para efeitos de obter esse benefício fiscal, o contribuinte invoque o direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e a liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFEU.

§7.2.2. A transmissão de participações sociais em apreço enquanto transação artificial efetuada com o objetivo de obter um benefício fiscal, e enquanto “prática abusiva” para efeitos de aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas*

84. Considerando todos os factos e circunstâncias relevantes, nomeadamente as relações de natureza jurídica e económica entre as partes da transação em apreço, o Tribunal Arbitral conclui que existem indícios sérios e objetivos de que a transmissão das participações sociais da sociedade C... pelo Requerente para a sociedade B... poderá constituir uma transação artificial, ou uma transação “não genuína” (i.e., uma transação cuja forma não reflete a realidade económica, ou o resultado efetivamente produzido), e que a mesma poderá ter sido estruturada de forma e com o objetivo essencial de obter uma vantagem fiscal.
85. Por um lado, a transmissão de 29.222 ações da C..., com um valor nominal de € 155.057,78 e um valor contabilístico de € 164.024,63, foi realizada pelo montante de € 850.000,00.
86. Não obstante muitas vezes o mercado reconhecer valor a participações sociais que não se encontra refletido na contabilidade da sociedade e, assim, o “valor de mercado” de participações sociais poder não corresponder ao valor contabilístico das mesmas (que não tem em conta o *goodwill*, i.e., o acréscimo de preço pago nas aquisições de participações sociais devido a fatores não materiais), a verdade é que, geralmente, o valor contabilístico das participações sociais (determinado com referência aos capitais próprios da sociedade) é um elemento essencial na negociação que antecede a transmissão das mesmas quanto a transmissão ocorre entre partes não relacionadas e sem relações especiais, agindo de forma independente e no interesse próprio.
87. No caso em análise, o facto de o Requerente ter alienado, por € 850.000,00, ações com o valor contabilístico de € 164.024,63 a uma entidade por si controlada (B...) indicia que (i) as ações foram transmitidas por um valor substancialmente superior ao que seria pago caso a transação ocorresse entre partes não relacionadas ou sem relações especiais, e que

- (ii) o valor da transação foi fixado de forma artificial (e não em condições substancialmente idênticas às que normalmente seriam acordadas entre entidades independentes em operações comparáveis).
88. Por outro lado, a transmissão de 29.222 ações da sociedade C... (correspondentes a 47,5% do respetivo capital social) pelo Requerente não alterou significativamente a posição do Requerente enquanto acionista maioritário e entidade que controla efetivamente a sociedade C... (antes da transação, o Requerente detinha 97.95% diretamente e 1.76% indiretamente das participações da sociedade C...– 99.71% no total); após a transação, o Requerente passou deter 50.45% diretamente e 42.61% indiretamente das participações da sociedade C...– 93.06% no total), o que indicia que a transação em causa tem uma natureza artificial.
89. Entende o Tribunal Arbitral que o facto de a transmissão das participações em causa não alterar significativamente a posição do Requerente enquanto acionista maioritário e entidade que controla efetivamente a sociedade C... significa que o resultado da transação foi, em termos substantivos, o Requerente ficar mais dinheiro e a sociedade B... ficar com menos dinheiro, representado uma verdadeira extração de ativos (dinheiro) da sociedade B... .
90. Da matéria de facto assente resulta claro que não está em causa uma “permuta de ações” no âmbito de um plano de reorganização empresarial (através da qual a sociedade B... adquiriria ações na sociedade C... para efeitos de adquirir a maioria de votos nesta sociedade, e o Requerente receberia ações da B... em contrapartida), ou seja, uma transação suscetível de beneficiar de um eventual adiamento da tributação das mais-valias até à sua realização efetiva.
91. À luz destas considerações, e tendo em conta os efeitos produzidos na esfera do Requerente e das sociedades, a questão que se levanta é a de saber se a transação em causa, em substância e vista de forma realista, consiste (a) no retorno do capital investido pelo Requerente na sociedade C..., que deveria beneficiar do regime de tributação mais benéfico das mais-valias, ou (b) numa distribuição de dinheiro que não altera de forma

- significativa a posição acionista do Requerente na sociedade C..., um pagamento com o resultado equivalente ao pagamento de dividendos, que não deveria beneficiar do regime de tributação mais benéfico das mais-valias.
92. A este respeito, relevam também as seguintes observações: (i) as sociedades em causa não distribuíram dividendos entre 2013 e 2019; e (ii) não está em causa a validade e eficácia da transmissão das participações sociais em casa à luz do direito comercial e societário, mas apenas as suas consequências fiscais.
93. A questão coloca-se no caso em análise porque a aplicação do regime fiscal das mais-valias (contido nos artigos referidos em 6.1 *supra*) ao pagamento de € 850.000,00 resulta efetivamente num montante de imposto substancialmente inferior do que resultaria da aplicação do regime fiscal dos dividendos (contido nos artigos referidos em 6.2 *supra*).¹
94. Acresce que, tratando-se de uma transmissão de participações sociais, o valor de aquisição das mesmas a considerar numa transmissão futura é de € 850.000, enquanto que se estiver em causa um pagamento com um resultado equivalente a um pagamento de dividendos / distribuição de lucros, o valor de aquisição das participações sociais transmitidas a considerar numa transmissão futura permanece o mesmo (ou seja, cerca de € 279.129).
95. Quando ao Requerente foi dada oportunidade para alegar um motivo de natureza comercial ou de natureza não fiscal que justificasse os termos em que a transação em causa foi efetuada, o Requerente limitou-se a responder que não existem quaisquer elementos que apontem no sentido de que a operação sob análise tenha tido como objetivo (único ou predominante) a obtenção abusiva de uma vantagem de natureza

¹ Da aplicação do regime das mais-valias resulta um montante de imposto a pagar pelo Requerente de € **70.730,01**. A mais-valia sujeita a tributação (e sobre a qual incide uma taxa de 28%, caso o sujeito passivo não opte pelo englobamento) corresponde à diferença entre o valor de realização (no caso, € 850.000) e o valor de aquisição (no caso, € 279.129), sendo esta diferença considerada em 50%, por força do benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS.

Da aplicação do regime dos dividendos e dos lucros distribuídos resultaria um montante de imposto a pagar pelo Requerente de € **238.000** (€ 850.000,00 x 28%), caso o Requerente não optasse pelo englobamento deste rendimento. As distribuições de lucros podem ser tributadas a uma taxa de 28% (se o sujeito passivo não optar pelo englobamento), mas a referida taxa incide sobre 100% do valor dos dividendos / lucros distribuídos.

fiscal, nem tampouco que o preço recebido pelo Requerente tenha tido outra natureza que não a contraprestação devida pela cessão das participações alienadas.

96. Considerando os factos e circunstâncias relevantes de forma objetiva, o Tribunal entende que a transmissão de participações sociais em análise terá tido como objetivo essencial a tributação do montante recebido pelo Requerente (€ 850.000,00) de acordo com o regime fiscal das mais-valias, assente no benefício fiscal previsto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS, consideravelmente mais vantajoso do que o regime fiscal aplicável a dividendos / distribuições de lucros.
97. Pelas razões expostas, considerada a matéria de facto assente e o conteúdo e significado real da transação em causa, nomeadamente que (i) o montante de € 850.000,00 recebido pelo Requerente representa um pagamento com o resultado equivalente a um pagamento de dividendos (ao invés de um retorno do capital investido na sociedade C...), e (ii) a transação terá como tido por objetivo essencial ou predominante a obtenção de uma vantagem fiscal, o Tribunal questiona-se se não estarão reunidos os elementos constitutivos de uma “prática abusiva” para efeitos de aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas*.
98. À luz destas considerações, o Tribunal formula a seguinte questão prejudicial para apreciação do TJUE:

Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que se aplica a uma transmissão de participações sociais como a do caso vertente, que, em substância, tem um resultado equivalente a um pagamento de dividendos, e cuja forma legal foi selecionada pelo contribuinte tendo em vista essencialmente a obtenção de um benefício fiscal derivado do direito nacional e aplicável estritamente a mais-valias mobiliárias, em circunstâncias como as do caso vertente, em que o reconhecimento ao contribuinte do benefício fiscal em causa depende da possibilidade de o contribuinte invocar e exercer o direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e/ou da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE?

§7.2.3. A relevância do *princípio da proibição de práticas abusivas* no âmbito do direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFEU

99. O Tribunal questiona-se se um contribuinte poderá fazer prevalecer-se do direito ao estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFEU e/ou da livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFEU para beneficiar de um benefício fiscal previsto na legislação nacional para mais-valias decorrentes de transmissão de participações sociais, quando, com o objetivo principal de beneficiar desse benefício fiscal, formalizou a transação como uma transmissão de ações quando, em substância, recebeu um pagamento com um resultado equivalente a um pagamento de dividendos.
100. Considerando que o direito ao estabelecimento e a liberdade de circulação capitais visam o estabelecimento e adequado funcionamento do mercado interno e, respetivamente, assegurar que indivíduos e empresas se estabeleçam noutros Estados-Membros nas mesmas condições que os nacionais desses Estados-Membros, e a liberalização de movimentos de capital e pagamentos, o Tribunal questiona-se se poderá um contribuinte prevalecer-se dos direitos decorrentes dos artigos 49.º e 63.º do TFUE quando realiza uma operação artificial (“não genuína”) com o objetivo essencial de obter um benefício fiscal previsto do direito nacional, ou se o Estado-Membro deverá recusar um tal exercício dos referidos direitos por contrário aos objetivos dos mesmos.
101. Mais especificamente: Poderá um contribuinte legitimamente invocar o direito ao estabelecimento e a liberdade de circulação capitais em tais circunstâncias? Configura uma tal invocação do Direito da União Europeia uma utilização abusiva do mesmo?
102. À luz destas considerações, o Tribunal formula as seguintes questões prejudiciais para apreciação do TJUE:

Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que previne um contribuinte de invocar e exercer o direito de estabelecimento (nos termos do

artigo 49.º do TFUE) e/ou a liberdade de circulação capitais (nos termos do artigo 63.º do TFUE) para beneficiar de um benefício fiscal previsto na legislação nacional para mais-valias decorrentes de transmissão de participações sociais, quando, com o objetivo principal de beneficiar desse benefício fiscal, formalizou uma transação, que, em substância, tem um resultado equivalente a um pagamento de dividendos, como uma transmissão de ações?

Caso a resposta à questão anterior seja afirmativa, pode um contribuinte invocar a segurança jurídica ou a confiança legítima para se opor à recusa do reconhecimento do direito de estabelecimento e/ou da liberdade de circulação de capitais em aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas e, dessa forma, legitimar essa prática abusiva?

§7.2.4. Condições de aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas

103. O princípio do abuso de direito não é de conhecimento oficioso pelos tribunais portugueses, pelo que a aplicação da norma geral anti-abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2, da LGT pelo Tribunal Arbitral depende da respetiva invocação pelas autoridades fiscais.
104. O artigo 63.º do CPPT regula o procedimento que a administração fiscal deverá observar na aplicação da norma geral anti-abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2, da LGT.
105. Ao invés, o Direito da União Europeia é de conhecimento oficioso pelo Tribunal Arbitral, não dependendo a respetiva aplicação de invocação pelas autoridades fiscais.
106. No processo principal, a relevância do *princípio da proibição de práticas abusivas* foi levantada pelo Tribunal Arbitral já no decorrer do processo arbitral, à luz dos factos e dos elementos de prova juntos aos autos, tendo o Tribunal dado oportunidade ao contribuinte e à administração fiscal para se pronunciarem sobre o mesmo.
107. O Tribunal Arbitral questiona-se quanto à possível interação do *princípio da proibição de práticas abusivas*, enquanto princípio geral de Direito da União Europeia, com a

norma geral anti-abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2, da LGT, designadamente: Se a aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas* depende da verificação das condições de aplicação da norma geral anti-abuso nacional, ou se se trata de um princípio com autonomia em relação às normas gerais anti-abuso adoptadas pelos Estados-Membros? Se a aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas* depende de invocação pelas autoridades nacionais, ou da aplicação do procedimento previsto para a aplicação da norma geral anti-abuso nacional, ou se este princípio é de conhecimento oficioso e opera de forma autónoma em relação a procedimentos de direito nacional?

108. À luz destas considerações, o Tribunal formula as seguintes questões prejudiciais para apreciação do TJUE:

Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende da verificação das condições de aplicação da norma geral anti-abuso nacional?

Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende de invocação pelas autoridades nacionais?

Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende da observação pelas autoridades tributárias nacionais do procedimento previsto para a aplicação da norma geral anti-abuso nacional?

§7.2.5. Consequências da aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas* para a decisão do litígio principal

109. Decorre da jurisprudência do TJUE que, no caso de o *princípio da proibição de práticas abusivas* ser aplicável ao caso, deve o órgão jurisdicional nacional reclassificar / redefinir / requalificar a transação de forma a estabelecer a situação tal como ela existia na ausência da transação constitutiva de abuso em aplicação do *princípio da proibição de*

-
- práticas abusivas*, e aplicar a legislação nacional pertinente à transação que existiria no seu lugar (Acórdão de 22 de novembro de 2019, *Cussens*, C-251/16, n.ºs 46, 48, 49, 51).
110. Contudo, o processo arbitral situa-se no domínio do contencioso de legalidade, e os Tribunais Arbitrais que funcionam sobre a égide do CAAD têm a sua competência limitada à apreciação da legalidade de atos tributários e a decidir pela sua anulação ou manutenção na ordem jurídica, sem se substituir à administração fiscal.
111. Nestes termos, caso de verificarem os pressupostos e condições de aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas* no caso *sub judice*, o Tribunal questiona-se (1) se será competente para reclassificar / redefinir / requalificar a transação abusiva e determinar as respetivas consequências fiscais (o que significaria ordenar à administração fiscal que emita uma nova liquidação de imposto assente na qualificação do rendimento auferido pelo contribuinte como dividendos), ou (2) se o Tribunal permanece limitado a negar o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS em aplicação do *princípio da proibição de práticas abusivas*, e manter na ordem uma liquidação de imposto assente na qualificação do rendimento auferido pelo contribuinte como mais-valia mobiliária (quando, na realidade, se trataria de um pagamento com um resultado equivalente a um pagamento de dividendos).
112. À luz destas considerações, o Tribunal formula a seguinte questão prejudicial para apreciação do TJUE:
- Tendo o órgão jurisdicional nacional uma competência limitada à apreciação da legalidade de atos tributários e a decidir pela respetiva anulação ou manutenção na ordem jurídica, sem se substituir à administração fiscal, deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que o Tribunal Arbitral tem competência para reclassificar / redefinir / requalificar a transação abusiva e aplicar a legislação nacional pertinente à transação que existiria no seu lugar?*

VIII. DECISÃO DE REENVIO PREJUDICIAL

Decide o Tribunal Arbitral:

a) Ao abrigo do artigo 267.º do TFUE, submeter as seguintes questões prejudiciais à apreciação do TJUE:

1. Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades de direito nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades formadas noutro Estado-Membro?
2. Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades com sede efetiva no território nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades com sede efetiva no território de outro Estado-Membro?
3. Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades com residência fiscal no território nacional,

mas não a transmissões de participações sociais em sociedades com residência fiscal no território de outro Estado-Membro?

4. Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFEU ser interpretados no sentido de que se opõem a uma norma legal ou prática fiscal de um Estado-Membro, segundo a qual, para efeitos da tributação sobre o rendimento de uma pessoa singular nesse Estado-Membro, um benefício fiscal, que consiste na tributação de 50% do ganho decorrente da transmissão de participações sociais, é aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades que exercem atividade no território nacional, mas não a transmissões de participações sociais em sociedades que exercem atividade no território de outro Estado-Membro?
5. Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que se aplica a uma transmissão de participações sociais como a do caso vertente, que, em substância, tem um resultado equivalente a um pagamento de dividendos, e cuja forma legal foi selecionada pelo contribuinte tendo em vista essencialmente a obtenção de um benefício fiscal derivado do direito nacional e aplicável estritamente a mais-valias mobiliárias, em circunstâncias como as do caso vertente, em que o reconhecimento ao contribuinte do benefício fiscal em causa depende da possibilidade de o contribuinte invocar e exercer o direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE e/ou da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE?
6. Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que previne um contribuinte de invocar e exercer o direito de estabelecimento (nos termos do artigo 49.º do TFUE) e/ou a liberdade de circulação capitais (nos termos do artigo 63.º do TFUE) para beneficiar de um benefício fiscal previsto na legislação nacional para mais-valias decorrentes de transmissão de participações sociais, quando, com o objetivo principal de beneficiar desse benefício fiscal,

formalizou uma transação, que, em substância, tem um resultado equivalente a um pagamento de dividendos, como uma transmissão de ações?

7. Caso a resposta à questão anterior seja afirmativa, pode um contribuinte invocar a segurança jurídica ou a confiança legítima para se opor à recusa do reconhecimento do direito de estabelecimento e/ou da liberdade de circulação de capitais em aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas e, dessa forma, legitimar essa prática abusiva?
8. Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende da verificação das condições de aplicação da norma geral anti-abuso nacional?
9. Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende de invocação pelas autoridades nacionais?
10. Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende da observação pelas autoridades tributárias nacionais do procedimento previsto para a aplicação da norma geral anti-abuso nacional?
11. Tendo o órgão jurisdicional nacional uma competência limitada à apreciação da legalidade de atos tributários e a decidir pela respetiva anulação ou manutenção na ordem jurídica, sem se substituir à administração fiscal, deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que o Tribunal Arbitral tem competência para reclassificar / redefinir / requalificar a transação abusiva e aplicar a legislação nacional pertinente à transação que existiria no seu lugar?

b) Ordenar a passagem de carta, a dirigir pela secretaria do CAAD à secretaria do TJUE, com pedido de decisão prejudicial, acompanhado de traslado do processo, incluindo cópias da presente decisão, do pedido de pronúncia arbitral e

documentos juntos, da resposta da AT, do requerimento apresentado pelo Requerente em 9.12.2021, e do requerimento apresentado pela AT em 20.1.2022.

- c) Suspender a instância até à comunicação da decisão a proferir pelo TJUE ao Tribunal Arbitral e às partes.**

Lisboa, 9 de julho de 2022

Os Árbitros,

Professora Doutora Rita Correia da Cunha

Doutor Nuno Pombo

Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia