

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 360/2021-T

Tema: IRS – Aplicação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS a transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros. Reenvio prejudicial – artigo 63.º do TFUE (livre circulação de capitais). – Decisão de reenvio (anexa à decisão).

SUMÁRIO

- I. Do Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-472/22, em 16-12-2023, resulta que o artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (livre circulação de capitais) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma prática fiscal de um Estado-Membro, em matéria de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, que reserva um benefício fiscal, que consiste na redução para metade da tributação das mais-valias geradas pela transmissão de participações sociais, apenas às transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas nesse Estado-Membro, com exclusão das transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros.**

- II. Deste Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, retira-se que a interpretação subscrita pela Autoridade Tributária, segundo a qual a redução para metade da tributação das mais-valias geradas pela transmissão de participações sociais prevista no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS apenas se aplica quando as participações sociais digam respeito a sociedades estabelecidas em território português, representa uma restrição injustificada à livre circulação de capitais estatuída no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.**

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Professora Doutora Rita Correia da Cunha (presidente), Dr. Nuno Pombo e Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”) para formarem o Tribunal Arbitral constituído em 24-08-2021, acordam no seguinte:

I. RELATÓRIO

A..., de nacionalidade francesa, contribuinte n.º..., residente em ..., ..., ...-... Comporta (doravante designado por “**Requerente**”), veio, em 17-06-2021, ao abrigo do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (“**RJAT**”), requerer a constituição de tribunal arbitral, com designação de árbitros pelo Conselho Deontológico do CAAD, e apresentar pedido de pronúncia arbitral (“**PPA**”), em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (adiante “**AT**” ou “**Requerida**”), com vista **(1)** à declaração de ilegalidade da liquidação de IRS n.º 2020..., de 13-11-2020, no montante de € 141.460,02, referente ao período de tributação de 2019, 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 referido preceito 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, **(2)** ao reembolso do montante global de € 75.776,05, pago em 28-07-2022 no âmbito do processo de execução fiscal n.º ...2021..., o qual visa a cobrança coerciva da referida liquidação de IRS, correspondendo o valor de € 70.730,01 a imposto em falta, o valor de € 4.089,16 a juros, e o valor de € 956,88 a encargos, e **(3)** à condenação da AT no pagamento de juros indemnizatórios, nos termos e com fundamento no artigo 100.º, n.º 1, da LGT.

O PPA foi fundamentado, em síntese, nos seguintes termos:

- Em 23-04-2019, o Requerente, um cidadão francês com residência fiscal em Portugal, alienou pelo valor de € 850.000,00, 29.222 partes de capital da sociedade B... SaRL (adiante designada por “**sociedade B...**”), uma sociedade de direito francês, com sede em França, que se qualifica, para efeitos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 43.º do Código do IRS, como pequena empresa por se verificarem os pressupostos exigidos pelo Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.

- Não conseguindo inscrever, na sua declaração Modelo 3 do IRS relativa ao ano de 2019, a mais-valia decorrente da referida alienação de partes de capital, de forma a beneficiar do disposto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS, por se tratar de um rendimento obtido no estrangeiro, e por a sociedade B... não dispor de um NIPC português, o Requerente suscitou no “e-balcão” a questão de saber como enquadrar esta mais-valia na sua declaração de imposto. A AT respondeu o seguinte: *“O benefício fiscal em causa 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”*.

- Em face desta resposta, e da necessidade de cumprir atempadamente com a sua obrigação declarativa, o Requerente optou por apresentar, em 11-11-2020, a declaração periódica referente ao ano de 2019, inscrevendo a mais-valia em causa no anexo J. Posteriormente, foi o Requerente notificado da liquidação impugnada, a qual procedeu ao apuramento da coleta incidente sobre a totalidade da mais-valia resultante da transmissão operada, desconsiderando, por conseguinte, a redução em 50% resultante da aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS.

- Ao contrário do que entende a AT, o benefício de redução em 50% do saldo das mais-valias decorrentes da transmissão onerosa de partes sociais relativas a micro e pequenas empresas não cotadas nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores, previsto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS, abrange não só os ganhos decorrentes da venda de participações em empresas residentes em território nacional, como também os ganhos decorrentes da venda de participações em empresas residentes

em outros Estados Membros da União Europeia (que satisfaçam os requisitos para a qualificação como micro ou pequena empresa).

- Aliás, em parte alguma o legislador limitou a aplicação do regime contido no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS a mais-valias decorrentes da venda de participações sociais em sociedades de direito nacional. Nem se diga que esta conclusão sairia prejudicada pela referência feita no n.º 4 do mesmo artigo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, pois é evidente que tal preceito tem uma função meramente remissiva, cometendo à legislação competente a definição da dimensão das sociedades que o legislador fiscal pretendeu abranger no benefício em causa (evitando, desta forma, a repetição de normas jurídicas).

- Acresce que a posição adotada pela Requerida na informação veiculada ao Requerente via “e-balcão” constitui uma discriminação intolerável entre sociedades residentes e não residentes, em clara violação do Direito Comunitário.

O pedido de constituição de tribunal arbitral foi aceite pelo Exmo. Senhor Presidente do CAAD em 21-06-2021 e automaticamente notificado à AT. Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o Conselho Deontológico do CAAD designou os signatários como árbitros, tendo estes comunicado a aceitação do encargo no prazo aplicável, sem oposição das Partes.

O Tribunal Arbitral foi constituído em 24-08-2021.

Notificada para o efeito, a Requerida veio, em 08-10-2021, remeter cópia do processo administrativo e apresentar resposta, tendo alegado, em síntese, o seguinte:

- A sociedade B... não é subsumível aos ditames enunciados nas normas do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, que pressupõem a qualificação de micro e pequena empresa à luz dos requisitos enunciados pelo Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro. Isto porque, atendendo ao contexto daquele diploma, resulta à evidência que o respetivo

âmbito de aplicação se limita ao território português. Veja-se 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 julho, que por sua vez introduziu o artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, e que refere: *“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 10º, nº 1, alínea b) do Código do IRS.”*

- Não sendo controvertida a possibilidade se sindicar a qualidade de pequena e média empresa fora do âmbito da certificação do IAPMEI, não é posto em crise o facto de a sociedade B... não exercer a respetiva atividade numa área sob a tutela do Ministério da Economia visto que constitui uma sociedade de direto francês.

- Relativamente à alegada violação do Direito da União Europeia, o recente Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJUE**”), proferido no processo C-480/19, de 29 de abril de 2021 (*Veronsaajien*), denota a sensibilidade do Tribunal de Justiça tendente à distinção entre o país de residência quando comparado com o Estado onde é realizado o investimento.

- Tendo em conta que o desagravamento fiscal inserto no artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS antevê a diferenciação entre sociedades estabelecidas em Portugal, de outras, localizadas fora do território nacional, as mencionadas normas são finalisticamente ordenadas com o fim de favorecer as entidades que mais necessitam desse benefício, sendo estas as micro e pequenas empresas, sendo igualmente necessário considerar que aqueles preceitos visam estimular a atividade económica em Portugal. Sendo a mais-valia realizada fora do território nacional, é evidente o reduzido impacto económico, particularmente quando confrontado com uma operação idêntica que se venha a efetuar com sociedades sediadas em Portugal, pelo que se afigura manifesto que a aplicação às mais-valias ora em questão do preceituado no artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, não poderá ser atentatória ao ordenamento da União Europeia.

Em 05-11-2021, tendo em vista a adequada instrução do processo e o apuramento da verdade material, bem como o respeito pelo princípio do contraditório (cf. artigo 16.º, alínea a), do RJAT, e artigo 267.º, n.º 5, da CRP), o Tribunal Arbitral proferiu o seguinte despacho:

1. Ao abrigo do disposto no artigo 16º, al.e), do RJAT, artigo 99º, nº1, da LGT, e artigos 13º e 114º do CPPT, notifique-se o Requerente para, no prazo de 30 dias, juntar ao processo os seguintes elementos de prova:
 - 1.1. Relativamente à sociedade B... SaRL:
 - 1.1.1. Cópia dos Estatutos da Sociedade;
 - 1.1.2. Cópia das Actas de deliberação de distribuição de dividendos desde 2015 (se efectivamente houve distribuição de dividendos);
 - 1.2. Relativamente à sociedade C... (cuja maioria do capital social é também detido pelo Requerente):
 - 1.2.1. Cópia dos Estatutos da Sociedade;
 - 1.2.2. Cópia das Actas de deliberação de distribuição de dividendos desde 2015 (se efectivamente houve distribuição de dividendos);
 - 1.2.3. Cópia das declarações de impostos dos anos de 2017, 2018 e 2019 (*Impôt sur les Sociétés*);

- 1.2.4. Cópia de documentos comprovativos do montante de dividendos distribuídos pela sociedade B... SaRL, desde o momento em que a sociedade C... detém participações sociais na mesma;
 - 1.2.5. Cópia do(s) contrato(s) de aquisição de 1260 participações sociais na sociedade B... SaRL pela sociedade C...;
 - 1.2.6. Cópia de contrato(s) de aquisição de participações sociais noutras sociedades pela sociedade C...;
 - 1.2.7. Cópia de documentos comprovativos do montante de dividendos distribuídos por tais sociedades;
 - 1.3. Relativamente ao contrato de cessão de participações sociais de 23 de Abril de 2019:
 - 1.3.1. Cópia do documento comprovativo da transferência bancária da sociedade C... para o Requerente (€850.000);
 - 1.3.2. Cópia de documentos comprovativos da origem dos fundos (e.g., empréstimo bancário, empréstimo dos titulares das participações sociais na sociedade C...);
 - 1.4. Relativamente às relações entre o Requerente e ambas as sociedades por ele detidas: Cópia de documentos relativos à existência de empréstimos de qualquer natureza entre o Requerente, a sociedade B... SaRL e a sociedade C...;
 - 1.5. Outros documentos que o Requerente entenda relevantes para determinar se, para efeitos de IRS, o valor de €850.000 deverá ser tratado como (i) uma mais-valia apurada aquando da referida cessão de participações sociais (com uma tributação mais benéfica em sede de IRS aquando da cessão de participações sociais a 23.4.2019, e aquando transmissões futuras das mesmas participações sociais, com valor de aquisição de €850.000), ou (ii) uma verdadeira distribuição de lucros, um caso de “dividendos disfarçados” (com uma tributação menos benéfica aquando da cessão de participações sociais a 23.4.2019, e aquando transmissões futuras das mesmas participações sociais, com valor de aquisição de €279.129).
2. Nos termos do artigo 134º, nº1, do CPC, notifique-se o Requerente para, no mesmo prazo de 30 dias referido no número anterior, juntar ao processo a tradução portuguesa de todos

os documentos em língua estrangeira juntos ao processo (com excepção de documentos contabilísticos e de declarações de impostos em língua estrangeira).

3. Considerando o Princípio do Primado do Direito da União Europeia e o Princípio da Interpretação do Direito Nacional em conformidade com o Direito da União Europeia, que o Direito da União Europeia é de conhecimento oficioso, que o Tribunal Arbitral tem o dever de pronúncia sobre questões de conhecimento oficioso não suscitadas pelas partes (artigo 608º, nº2, do CPC), e de forma a permitir ao Requerente o exercício do seu direito ao contraditório, notifique-se o Requerente para se pronunciar, e juntar todas as referências jurisprudenciais e doutrinárias que entenda por conveniente, no mesmo prazo de 30 dias referido nos números anteriores, relativamente às seguintes questões:
 - 3.1. Quanto à interpretação do artigo 43º, nº3, do CIRS feita pela AT, que subjaz a liquidação em crise (segundo a qual o benefício fiscal previsto na disposição referida apenas abrange as mais-valias apuradas na transmissão de participações sociais em sociedades com sede efectiva em Portugal, que satisfaçam os requisitos para a qualificação como micro ou pequena empresa nos termos do anexo ao Decreto-Lei nº372/2007, de 6 de Novembro):
 - 3.1.1. As liberdades fundamentais em causa (nomeadamente, o direito/liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais previstos nos artigos 49º e 63º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU), respectivamente);
 - 3.1.2. A existência de uma restrição às liberdades em causa (nomeadamente, quanto à questão de saber se, para efeitos do artigo 43º, nº3, do CIRS, a situação dos contribuintes residentes em Portugal que recebem mais-valias da transmissão de participações sociais de sociedades com sede noutro Estado-Membro da União Europeia é objectivamente comparável à situação dos contribuintes residentes em Portugal que recebem mais-valias da transmissão de participações sociais de sociedades com sede em Portugal);
 - 3.1.3. A existência de uma justificação para a mesma restrição (nomeadamente, a restrição à liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 65º, nº1,

- al.a), do TFEU, justificada pela necessidade de promover investimento em empresas portuguesas);
- 3.2. Quanto ao Princípio da Proibição de Práticas Abusivas (princípio geral de direito da União Europeia segundo a qual os particulares não podem invocar fraudulenta ou abusivamente o Direito da União Europeia):
- 3.2.1. A relevância do Princípio da Proibição de Práticas Abusivas no presente processo e da noção de Abuso de Direito perfilhada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na sua jurisprudência mais recente;
- 3.2.2. O objectivo essencial da cessão de participações sociais da sociedade B... SaRL do Requerente para a sociedade C... em 23.4.2019, e a existência de outros objectivos não fiscais subjacentes à mesma transacção;
- 3.2.3. A natureza da quantia de €850.000 para efeitos da tributação em sede de IRS, nomeadamente se se trata de (i) uma mais-valia apuradas aquando da referida cessão de participações sociais, ou (ii) uma verdadeira distribuição de lucros, um caso de “dividendos disfarçados”;
- 3.3. Quanto a outras questões que o Requerente entenda por necessário ou conveniente suscitar no presente processo.
- l. No intuito de permitir à Requerida o exercício do seu direito ao contraditório, notifique-se a Autoridade Tributária e Aduaneira para, no prazo de 30 dias a contar da resposta do Requerente ao presente Despacho (ou, supletivamente, do término do prazo fixado para a mesma), se pronunciar sobre:
- 4.1. A prova adicional junta pelo Requerente na sequência do presente Despacho;
- 4.2. As questões de facto e de direito suscitadas pelo Requerente em resposta ao presente Despacho;
- 4.3. As questões suscitadas por este Tribunal Arbitral no presente Despacho (designadamente no ponto 3 *supra*), juntando todas as referências jurisprudenciais e doutrinárias que entender por conveniente;
- 4.4. Outras questões que a Requerida entenda por necessário ou conveniente suscitar no presente processo.

Sublinhe-se que, ao contrário do que o Requerente veio mais tarde alegar, o Tribunal Arbitral deu um prazo alargado de 30 dias para o Requerente se pronunciar sobre a relevância do princípio da proibição de práticas abusivas (enquanto princípio geral de direito da União Europeia), e para juntar os documentos que entendesse relevantes, para se determinar “*se, para efeitos de IRS, o valor de €850.000 deverá ser tratado como (i) uma mais-valia apurada aquando da referida cessão de participações sociais (com uma tributação mais benéfica em sede de IRS aquando da cessão de participações sociais a 23.4.2019, e aquando transmissões futuras das mesmas participações sociais, com valor de aquisição de €850.000), ou (ii) uma verdadeira distribuição de lucros, um caso de “dividendos disfarçados” (com uma tributação menos benéfica aquando da cessão de participações sociais a 23.4.2019, e aquando transmissões futuras das mesmas participações sociais, com valor de aquisição de €279.129)*”.

Em resposta a este despacho arbitral, o Requerente apresentou um requerimento em 07-12-2021, no qual defendeu o seguinte:

- A interpretação feita pela Requerida do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, sem respaldo na letra da lei, contende com a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, previstas respetivamente nos artigos 49.º e 63.º do TFUE. A situação dos contribuintes residentes em Portugal que recebem mais-valias da transmissão de participações sociais de sociedades com sede noutro Estado-Membro é objetivamente comparável à dos contribuintes residentes em Portugal que recebem mais-valias da transmissão de participações sociais de sociedades com sede em Portugal, e o seu tratamento diferenciado configura uma (injustificada) restrição das referidas liberdades, porquanto, embora não corporize uma discriminação *qua tale*, perturba ou no mínimo torna menos atrativo o exercício das mesmas.

- Se de facto uma interpretação (exclusivamente) com base no elemento histórico poderá, efetivamente, apontar no sentido de que a aplicação dos n.ºs 3 e 4 do artigo 43.º do Código do IRS se restrinja às mais-valias emergentes da alienação de participações em micro e pequenas empresas com sede ou direção efetiva em território português, certo é que tal

interpretação não é, de forma alguma, critério absoluto a considerar, nem pode proceder por consubstanciar uma violação do Direito da União Europeia.

- Quanto ao Princípio da Proibição de Práticas Abusivas (segundo o qual os particulares não podem invocar fraudulenta ou abusivamente o Direito da União Europeia):

“In casu, 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 fiscal, nem tampouco que o preço recebido pelo Requerente tenha tido outra natureza que não a contraprestação devida pela cessão das participações alienadas, concluindo-se assim, com o devido respeito, que o princípio da proibição de práticas abusivas não será relevante à apreciação do thema decidendum destes autos.”

No requerimento em 09-12-2021, o Requerente apresentou os seguintes esclarecimentos:

- A sociedade C... participa no capital social da sociedade B... desde a sua constituição, pelo que não houve aquisição de participação posterior à subscrição inicial.
- Como resulta das atas de aprovação de contas carreadas aos autos, não houve distribuição de dividendos nestas sociedades.
- Os relatórios anuais das sociedades em causa, relativos aos anos de 2015 a 2018, não mencionam qualquer empréstimo entre as sociedades, sendo por concluir que tais empréstimos não existem.

Juntamente com estes dois requerimentos, o Requerente juntou os seguintes documentos:

- Tradução do contrato de cessão de quotas de 23-04-2019 (originalmente em francês);
- Estatutos da sociedade B... e respetiva tradução;
- Atas da assembleia de acionistas da sociedade B... (2015-2020);
- Estatutos da sociedade C... e respetiva tradução;

-
- Atas da assembleia de acionistas da sociedade C... (2015-2020);
 - Cópia das declarações de *Impôt sur les Sociétés* apresentadas pela sociedade C... com referência aos anos de 2017, 2018 e 2019;
 - Comprovativo do financiamento obtido pela sociedade C... junto do banco D... para a aquisição das participações em causa (documento comprovativo da origem dos fundos).

Com referência ao despacho arbitral de 05-11-2021, o Requerente não juntou, nem justificou a não junção dos seguintes documentos:

- Cópia do documento comprovativo da transferência bancária da sociedade C... para o Requerente (€850.000);
- Cópia de contrato(s) de aquisição de participações sociais noutras sociedades pela sociedade C... .

Em 19-01-2022, a Requerida, no exercício do seu direito ao contraditório, veio dizer o seguinte:

- No que respeita ao Princípio da Proibição de Práticas Abusivas, é mister realçar que a noção do mesmo estriba a respetiva conceptualização a partir das diretrizes ordenadas nos Acórdãos paradigmáticos do TJUE, Halifax e Cadbury SchWeppes (Processos C-255/02 e C-196/04, respetivamente, que foram retirados em Decisões do Tribunal subsequentes, como, a título de exemplo, o Acórdão Oy AA, Processo C-231/05 ou Truck Center, Processo C-282/07, ou ainda National Grid Indus, Processo C-371/10).
- Em suma, o TJUE pugna que a verificação da existência de uma prática abusiva tenha por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal, cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido pelas disposições nacionais ou comunitárias, ultrapassando, portanto, a mera verificação da legalidade formal. Por outro lado, deve igualmente emergir de um conjunto de elementos objetivos que a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal, competindo ao órgão jurisdicional nacional, verificar, em conformidade com as regras de prova do direito nacional, contanto

que a eficácia do direito comunitário não seja posta em causa, se os elementos constitutivos de uma prática abusiva estão preenchidos no litígio no processo principal.

- Pelo que, tendo em conta o *supra* exposto, verifica-se, agora no caso em concreto, que o cerne do diferendo se centra na qualificação dos movimentos financeiros encetados entre as sociedades B... e C..., que serão tidos como mais-valias ou dividendos.

- Ora, o Requerente não logra prover ao enquadramento pretendido, porquanto nem no pedido de constituição de tribunal arbitral, nem nos elementos juntos por requerimento de 2021-12-10, é possível aferir que os montantes contestados não se trataram, verdadeiramente, de dividendos distribuídos.

Por Despachos Arbitrais de 19-02-2022, 22-04-2022, e 23-06-2022, o Tribunal Arbitral prorrogou o prazo do artigo 21.º, n.º 1, do RJAT, com fundamento na complexidade da matéria de facto e de direito relevante para a decisão do presente processo arbitral.

Em 09-07-2022, com base na informação a que teve acesso até essa data, o Tribunal Arbitral submeteu, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE, as seguintes questões prejudiciais à apreciação do TJEU, dando origem ao processo prejudicial C-472/22 (cf. Decisão de Reenvio Prejudicial reproduzida no Apêndice 1 em anexo):

- 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?

Na mesma decisão, o Tribunal Arbitral determinou a suspensão da instância até à comunicação da decisão a proferir pelo TJUE ao Tribunal Arbitral e às Partes.

Em 28-07-2022, o Requerente veio juntar aos autos a guia e comprovativo de pagamento integral voluntário no processo de execução fiscal n.º ...2021... o qual visa a cobrança coerciva da liquidação impugnada e objeto destes autos, peticionando também o alargamento do PPA à condenação da Requerida na restituição do montante indevidamente pago, acrescido de juros indemnizatórios, nos termos e com fundamento no artigo 100.º, n.º 1, da LGT.

No âmbito do processo prejudicial, a Comissão Europeia, o Estado Português e a República Italiana submeteram as suas observações escritas (cujo texto encontra-se transcrito integralmente nos Apêndices 2, 3 e 4 em anexo, respetivamente), havendo concordância entre os três intervenientes quanto à aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas no caso *sub judice* (tendo os três intervenientes assumido a factualidade descrita pelo Tribunal Arbitral na decisão de reenvio prejudicial).

Em 27-01-2023, o Requerente apresentou também observações escritas, alegando novos factos (que o Tribunal Arbitral desconhecia até então):

Da inexistência de transação artificial ou transação “não genuína”

- No processo principal, o Requerente foi notificado para que se pronunciasse sobre o princípio da proibição de práticas abusivas (princípio geral de direito da União Europeia segundo a qual os particulares não podem invocar fraudulenta ou abusivamente o Direito da União Europeia), quanto (i) à relevância deste princípio para os autos, (ii) ao objetivo essencial da transmissão das participações sociais em causa, e a existência de outros

objetivos não fiscais subjacentes à mesma transação, e (iii) relativamente à natureza da quantia de € 850.000,00 para efeitos da tributação em sede de IRS, nomeadamente se se trata de uma mais-valia apurada aquando da cessão de participações sociais, ou de uma verdadeira distribuição de lucros, um caso de “dividendos disfarçados”.

- O Requerente alegou no processo principal que não existem quaisquer elementos que demonstrem que a transação tenha tido como objetivo (único ou predominante) a obtenção abusiva de uma vantagem de natureza fiscal, nem de que o preço recebido pelo Requerente tinha outra natureza que não a da contraprestação devida pela cessão das participações sociais alienadas, pelo que o princípio da proibição de práticas abusivas não teria relevância na apreciação do *thema decidendum* no processo principal.

- O tribunal de reenvio terá procedido a uma interpretação grosseira dos factos no caso vertente, não tendo diligenciado pela obtenção de toda a factualidade relevante à verificação de um suposto abuso na transmissão das participações sociais. Tivesse-a requerido e verificaria que não existe qualquer artificialidade na transação das participações sociais, que a transação não teve um carácter “não genuíno”, sendo motivada por razões económicas atendíveis, não tendo o Requerente, ainda, obtido qualquer vantagem fiscal injustificada, termos que prejudicam a conclusão visada pelo tribunal de reenvio e o conhecimento das questões prejudiciais por este formuladas. Poderia o Requerente ter dado mais explicações sobre as razões económicas que presidiram à transação e aos moldes em que esta se processou - porém, não se perspectivava como a transação poderia ser enquadrada como artificial, a que acresce o facto da transação nunca ter sido enquadrada como tal por parte da Requerida. De facto, o princípio da proibição de práticas abusivas pressupõe, obviamente, a existência de uma prática abusiva, de fraude ou abuso de direito - o que se afigura inconcebível, tomado devido conhecimento da factualidade envolvente da transação, a qual o tribunal de reenvio não cuidou de criteriosamente procurar conhecer antes de formular um pré-juízo quanto à motivação subjacente à mesma.

- Cumpre notar, assim, que o valor da transação não foi fixado de forma artificial, nem é substancialmente superior ao que seria pago caso a transação ocorresse entre partes não relacionadas ou sem relações especiais - antes, o preço acordado corresponde ao valor de mercado das participações transacionadas, sendo o valor de mercado o critério de valorização que, nos termos legais, deve ser atendido nestas situações.

- O B... (B...) SaRL (sociedade cujas participações sociais foram transacionadas) é a sociedade que explora o Château E..., um dos «châteaux de F...», que tem essencialmente um valor cultural e histórico, não um valor de rendimento. Na verdade, o Castelo em causa, cujas origens remontam ao século XIV, está classificado como Monumento Nacional desde março de 1947. A par das características intrínsecas ao edificado (sito no ..., e composto por hotel com 25 quartos e 4 apartamentos, restaurados e largamente decorados, restaurante, sala de chá, tomato bar, parque de 55 hectares incluindo jardins “National ...” e "...©”, piscina, campo de ténis, caves de 25 000 m² e quinta agroecológica), na determinação do valor de mercado das participações sociais, deve-se também atender ao valor histórico e cultural do Castelo, o qual, em situações normais de mercado, não poderia ser descurado.

- Em suma, as qualidades próprias do ativo, apesar de não se refletirem no valor contabilístico das participações sociais, nem por isso deixam de pesar na determinação do seu “valor de mercado”, critério que deve ser adotado nas transações praticadas por sujeitos passivos em relações especiais. Do exposto supra resulta que o valor de mercado de um ativo como o castelo é largamente superior a € 150.000,00, facto que pesa na determinação do preço de transmissão das participações sociais, e que foi conformado no âmbito da avaliação do valor de mercado das participações sociais transmitidas, encomendada a perito externo, que chegou ao valor final de € 1.760.935, concluindo pela avaliação das participações entre € 1.700.000 e € 1.800.000, o qual se junta como Documento n.º 1.

- Cumpre notar que a avaliação das participações sociais não foi apresentada no processo principal por não ter sido solicitada pelo tribunal de reenvio, que instou o Requerente a

apresentar um conjunto específico de documentos, o qual não incluía esta avaliação, salientando-se ainda que a avaliação das participações sociais não relevava para a apreciação do *thema decidendum* no processo principal, atentos os argumentos apresentados por ambas as partes nas respetivas peças processuais.

- Devendo, nas operações entre partes em situação de relações especiais, ser praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam praticados entre entidades independentes em operações comparáveis, era impensável, considerado o ativo detido pela sociedade transmitida, que as participações sociais fossem cedidas meramente pelo seu valor contabilístico ou nominal, pois que tal jamais se verificaria em condições normais de mercado, acordadas entre partes independentes.

- A contraprestação acordada para a transmissão das participações sociais não indicia um convénio fraudulento ou artificial; antes, representa o valor que seria praticado entre entidades independentes aquando da transmissão de um ativo como aquele que, em última linha, foi transmitido: um castelo no

- Quando muito, considerada a avaliação feita às participações sociais, apenas se poderia assumir que estas foram transmitidas por um valor inferior ao seu valor de mercado, o que implicaria a conclusão contrária à pretendida pelo tribunal de reenvio, que se fundamenta na suposição de que as participações em causa foram transmitidas por um valor superior ao seu valor de mercado.

- Conclui-se, assim, que a transmissão das participações sociais, concretizando, nada teve de artificial, nem tampouco de “não genuíno”, inexistindo abuso na medida em que a transação não visou a obtenção de qualquer vantagem fiscal, daí resultando prejudicado o conhecimento das questões prejudiciais formuladas pelo tribunal de reenvio.

Das razões económicas válidas subjacentes à transmissão das participações sociais

- A transmissão das participações sociais foi presidida por motivos de eficiência/redução de custos na organização das participações sociais detidas pelo Requerente, que se

concentram na sociedade adquirente (C...), a qual desenvolve a atividade de gestão de participações sociais (holding), conforme os Documentos n.º 2 e 3 que se juntam.

- A transação no caso vertente é inteiramente real: não apenas a transmissão das participações sociais, como o recebimento do seu preço, serviram interesses económicos e comerciais atendíveis.

Da existência de uma vantagem fiscal injustificada

- O Requerente encontra-se inscrito junto da Autoridade Fiscal Portuguesa como residente não habitual, estatuto fiscal previsto no artigo 16.º, números 8 a 12, do Código do IRS, conforme se comprova pelo Documento n.º 4 ora junto.

- O artigo 81.º, n.º 5, do Código do IRS, prevê uma isenção de IRS aplicável aos dividendos de fonte estrangeira obtidos por residentes não habituais caso estes dividendos possam ser tributados no respetivo Estado da Fonte, em conformidade com convenção para eliminar a dupla tributação celebrada por Portugal com esse Estado. O artigo 11.º, números 1 e 2, da Convenção para eliminar a Dupla Tributação celebrada por Portugal e a França, prevê uma competência cumulativa limitada ao Estado da Fonte (aqui, a França) em matéria de dividendos.

- Do normativo descrito resulta que, caso o Requerente, ao invés de uma mais-valia, tivesse obtido um dividendo, este se encontraria isento de IRS quanto a esse rendimento, por oposição a ser-lhe aplicada uma taxa reduzida de tributação. Ou seja: assume que o tribunal de reenvio que, com a transmissão das participações sociais, o Requerente pretendeu abusivamente transformar um rendimento sob a forma de dividendos (regra geral tributados à taxa de 28%) em rendimentos de mais-valias (os quais defende que deverão ser considerados em metade do seu valor, o que resultaria, na prática, na sua tributação efetiva à taxa de 14%). Porém, os rendimentos de fonte francesa com a natureza de dividendos auferidos pelo Requerente nunca seriam tributados à taxa de 28% - pelo contrário, estes rendimentos encontrar-se-iam isentos de tributação. Nessa medida, “dividendos encapotados” não resultariam em qualquer vantagem fiscal para o

Requerente, pois que se estaria a sujeitar a tributação à taxa de 14%, quando doutra forma se encontraria isento de imposto.

Do ónus de prova de práticas abusivas

- O ónus de demonstrar a existência de uma prática abusiva sempre recairia sobre a Requerida, e nunca sobre o Requerente, não podendo a ausência de elementos probatórios num ou noutro sentido ser valorada contra si.

Juntamente com as suas observações escritas, o Requerente juntou três novos documentos:

- Avaliação por perito externo do valor de mercado das participações sociais da B...;
- Extrato do registo do comércio da sociedade C...;
- Certificação de residência não habitual do Requerente.

Tendo decidido proferir decisão no processo prejudicial C-472/22 sem audiência de alegações, e que o processo fosse julgado sem conclusões do advogado-geral, o TJUE proferiu Acórdão em 16-11-2023 (integralmente transcrito no Apêndice 5 em anexo), tendo-se pronunciado sobre a compatibilidade da interpretação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS subscrita pela AT com o Direito da União Europeia, mas não sobre a aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas no caso *sub judice*.

Por despacho arbitral de 20-11-2023, o Tribunal Arbitral dispensou a realização da reunião a que alude o artigo 18.º do RJAT e notificou as Partes para, querendo, apresentarem alegações finais escritas (simultâneas) até ao dia 28 de novembro de 2023.

Apenas o Requerente apresentou alegações escritas, defendendo, em síntese, o seguinte:

- Confrontada a prova carreada e contrapostas as posições das partes e do próprio tribunal, resulta evidente que o *thema decidendum* se encontra perfeitamente delimitado: saber se, *in casu*, (i) seria admissível um tratamento diferenciado dos rendimentos de mais-valias, reservando-se o benefício previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, às transmissões

de participações em sociedades estabelecidas em território nacional, com exclusão das transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros e se (ii) existe qualquer abuso da liberdade de estabelecimento ou da livre circulação de capitais, que imponha ou justifique uma sua desaplicação.

- Quanto à primeira, não sendo controvertido, nem entre as partes, nem para o coletivo arbitral, 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”, conforme estabelecidos no artigo 2.º do anexo do DL n.º 372/2007, de 6 de novembro, resulta evidente, atenta a decisão do TJUE, que um tratamento diferenciado destes rendimentos, em função do lugar de investimento dos capitais transacionados, é incompatível, desde logo, e sem necessidade de maiores considerações, com o artigo 63.º do TFUE (i.e., com a livre circulação de capitais).

- Quanto à segunda questão, tudo visto e ponderado, terá de se concluir que não ficou demonstrada, ou sequer indiciada, a existência de qualquer abuso no âmbito da transação sindicada nos autos, atento o quadro factual completo de que, agora, dispõe o coletivo arbitral, completado pelo Requerente na sequência do pedido de reenvio prejudicial, não tendo antes referido a factualidade relevante quanto a um tal enquadramento por nunca haver equacionado que a transação em causa pudesse ser tida como abusiva, i.e., que pudesse ser entendida como um “dividendo encapotado”.

- Munido da factualidade relevante, acima exposta e dada a conhecer em sede de reenvio prejudicial, está o coletivo arbitral em posição de, com total confiança, despistar qualquer suspeição de abuso no caso vertente, comprovado que foi que a transação *sub judice* foi efetuada pelo valor de mercado da participação alienada, e que, pela distribuição de um dividendo, o Requerente suportaria um imposto evidentemente inferior ao aplicável pelo regime das mais-valias, sendo despropositado equacionar uma transação artificial ou não genuína destinada a suportar uma carga de imposto superior à que seria doutra forma aplicável.

- Nada impedindo a reafirmação no processo principal das liberdades conhecidas pelo TJUE, impõe-se a procedência dos presentes autos, com a anulação da liquidação impugnada e consequente condenação da Requerida no reembolso do imposto indevidamente pago, acrescido de juros indemnizatórios nos termos legais, devendo também a Requerida ser condenada nas custas da lide, por a ela ter dado causa.

II. SANEAMENTO

O Tribunal Arbitral Coletivo foi regularmente constituído em 24-08-2021, em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, com a redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão legalmente representadas, nos termos dos artigos 4.º e 10.º do RJAT e do artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

O PPA apresentado em 17-06-2021 é tempestivo, porquanto foi apresentado no prazo de 90 dias referido no artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do RJAT, contados do termo do prazo de pagamento voluntário da liquidação de IRS impugnada (05-01-2021), considerando a suspensão do mesmo prazo entre os dias 22-01-2021 e 05-04-2021, por força dos artigos 2.º e 4.º da Lei 4-B/2021, de 1 de fevereiro, Lei n.º 1 -A/2020, de 19 de março, na redação conferida pela Lei 4-B/2021, de 1 de fevereiro, e artigos 5.º e 6.º da Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril.

O processo não padece de vícios que o invalidem. Não foram suscitadas exceções que caiba apreciar, nada obstando ao conhecimento do mérito da causa.

III. MATÉRIA DE FACTO

Com relevo para a decisão, julgam-se provados os seguintes factos:

§1. Factos Provados

1. O Requerente é um cidadão francês com residência fiscal em Portugal e estatuto de residente não habitual desde 2015 (cf. certificação de residência não habitual junta ao processo prejudicial C-472/22 em 27-01-2023).
2. A sociedade B..., constituída em 1989 e matriculada na Conservatória do Registo Comercial de ... sob o número ..., tem a sua sede social em ..., em França, e o seguinte objeto social:

- A criação de eventos, organização de congressos e todas manifestações e encontros de carácter turístico, desportivo, cultural ou de lazer.
- Animação, recepção, transporte e alojamento no setor do turismo.
- A exploração, compra, transformação e venda de todos os produtos da terra e animais.
- O negócio de lembranças, bugigangas, artigos publicitários e a exploração de qualquer restaurante e estabelecimentos de bebidas, assim como a compra e venda de produtos alimentares.
- A construção, compra, fabrica, exploração, venda ou aluguer de todos os equipamentos, móveis, equipamentos específicos, materiais e produtos necessários à realização de operações agrícolas, turísticas, publicitárias e de lazer relacionadas com o objeto social.
- A prestação de serviços, aconselhamento e assistência relativos a todas as operações no âmbito das atividades da Sociedade.

Tudo isto, direta ou indiretamente, por conta própria ou de terceiros, isoladamente ou com terceiros, por via da criação de novas sociedades, entradas, sociedades em comandita simples, subscrições, compras de títulos ou direitos sociais, fusões, alianças, joint-ventures ou grupos de interesse económico, ou em penhor, arrendamento ou gestão de todos os bens ou direitos.

E, geralmente, todas as operações financeiras, comerciais, industriais, mobiliárias e imobiliárias que possam estar direta ou indiretamente relacionadas com um dos objetos especificados anteriormente ou com qualquer objeto semelhante ou relacionado suscetível de facilitar o desenvolvimento do património social.

No caso de a Sociedade dispor de um acionista único, a Sociedade está proibida de estabelecer novas SARL na qualidade de acionista único.

(cf. referido nas traduções dos estatutos da sociedade B... e do contrato de cessão de participações sociais de 23-04-2019, originalmente em francês, juntas ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).

3. A sociedade B... detém, como ativo, o *Château E...*, sito no ..., classificado como monumento nacional desde 1947, composto por hotel com 25 quartos e 4 apartamentos, restaurante, piscina, campo de ténis, e terreno envolvente com 55 hectares, cujas

fotografias se encontram disponíveis *online*¹ (tal como referido pelo Requerente nas observações escritas que apresentou junto do TJUE em 27-01-2023):

Foto 1 Château E...

Foto 2 Château E...

Foto 3 Château E...

Foto 4 Château E...

4. Ao longo dos anos, a sociedade B... sofreu diversas operações de capital:

A data da constituição da sociedade, procedeu-se a uma entrada em dinheiro de 50.000 francos.

Em virtude de uma deliberação dos acionistas em Assembleia Geral Extraordinária, a 17 de junho de 1984, foi decidido-se:

- aumentar o capital em 1.500.000 francos, elevando-o para 1.550.000 francos, a título de compensação com créditos líquidos e exigíveis sobre a sociedade e a criação de 15.000 novas ações numeradas de 501 a 15.500.
- reduzir o capital em 1.298.000 francos de 1.550.000 francos para 252.000 francos, para amortizar as perdas da sociedade. Esta operação foi realizada com a redução do número de ações: as 15.500 ações de 100 Francos foram substituídas por 2.520 novas ações do mesmo valor nominal.

¹ <https://www.booking.com/hotel/fr/...>

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 2 de junho de 2010, o capital foi reduzido de 110.373.076 EUR para 38.417,15 EUR, a título de compensação de perdas e de redução do valor nominal das ações de 15.2449 EUR para 5.3083 EUR.

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 2 de junho de 2010, o capital social foi aumentado de 38.417,15 EUR para 86.427,647 EUR, por via da criação e emissão ao par de 9.048 novas ações e da incorporação da quantia de 48.010,497 EUR, debitados a uma conta corrente de acionistas.

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 19 de setembro de 2011, o capital social foi aumentado de 86.427,647 EUR para 131.4295,292 EUR, por via da criação e emissão ao par de 8.481 novas ações e da incorporação da quantia de 45.001,8822 EUR, debitados a uma conta corrente de acionistas.

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 31 de maio de 2012, o capital social foi aumentado de 131.429,5292 EUR para 131.4295,292 EUR, por via da criação e emissão ao par de 11308 novas ações e da incorporação da quantia de 60.002,5096 EUR, debitados a uma conta corrente de acionistas.

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 27 de maio de 2013, o capital social foi aumentado de 191.432,0388 EUR para 241.4325614 EUR, por via da criação e emissão ao par de 9423 novas ações e da incorporação da quantia de 50.000,3226 EUR, debitados a uma conta corrente de acionistas.

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 30 de maio de 2014, o capital social foi aumentado de 241,4325614 EUR para 291432,4226 EUR, por via da criação e emissão ao par de 9.423 novas ações e da incorporação da quantia de 50 000,5226 EUR, debitados a uma conta corrente de acionistas.

Nos termos da Assembleia Geral Extraordinária de 8 de junho de 2013, o capital social foi aumentado de 291.432,4226 EUR para 326437,424 EUR, por via da criação e emissão ao par de 6597 novas ações e da incorporação da quantia de 50 000,5226 EUR, debitados a uma conta corrente de acionistas.

(cf. referido na tradução dos estatutos da sociedade B..., originalmente em francês, junta ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).

5. Entre 2015 e 2020, o Requerente era gerente da sociedade B... (cf. atas da assembleia de acionistas da sociedade B... de 2015-2020, juntas ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).
6. Neste período, a sociedade B... não distribuiu dividendos aos seus acionistas (cf. atas da assembleia de acionistas da sociedade B... de 2015-2020, juntas ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).

7. No período de 2017, 2018 e 2019, a sociedade B... preenchia 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 (cf. declarações de *Impôt sur les Sociétés* apresentadas pela sociedade B... em França, com referência aos anos de 2017, 2018 e 2019, juntas ao PPA como Documentos 3, 4 e 5).
8. Em 31-12-2018, o capital social da sociedade B... encontrava-se 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 (cf. declaração de *Impôt sur les Sociétés* apresentada pela sociedade B... com referência ao ano de 2018, junta ao PPA como Documento 4).
9. Em 31-12-2018, as ações da sociedade B... eram detidas pelo Requerente e pela sociedade C..., na seguinte proporção

Participação direta na sociedade B... em 31-12-2018				
(antes da transmissão de 29.222 ações em 23-04-2019)				
	Número de ações	Valor nominal	Valor contabilístico (31.12.2018)	% do capital social
Requerente	60.260	€ 319.751,61	€ 338.242,55	97.95%
C...	1.260	€ 6.685,81	€ 7.072,45	2.05%
Total	61.520	€ 326.437,42	€ 345.315,00	100%

(cf. declaração de *Impôt sur les Sociétés* apresentada pela sociedade B... com referência ao ano de 2018, junta ao PPA como Documento 4).

10. A sociedade C..., com sede social na ..., Paris (...), constituída em 2000 e matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Paris sob o número ... tem o seguinte objeto social:

- 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, entrada de capital, fusão, aliança de participações ou outros, assim como a gestão e controlo das referidas participações;

- a participação direta ou indireta da Sociedade em quaisquer operações destinadas a garantir o desenvolvimento de novas sociedades, ou de sociedades já estabelecidas, dentro do grupo, por exemplo, por via do financiamento de certas atividades do grupo;

- a animação e a participação ativa na condução da política societária e no controlo das suas filiais;

- Qualquer prestação de assistência, organização e serviços de consultoria às suas filiais ou sociedades em que detêm participações;

- a criação e exploração de sítios da Internet, mais especificamente na área da jardinagem, descontração, tempos livres, lazeres, ambiente, proteção e desenvolvimento sustentável, e tudo relacionado ao espírito de clube, assim como a criação e exploração de qualquer meio de comunicação, sob qualquer forma;

- quaisquer atividades acessórias e conexas nos domínios da comunicação audiovisual, edição, assim como tudo o que esteja relacionado com o estilo de viver;

- a tomada, aquisição, exploração ou cessão de quaisquer os processos e patentes relativos a estas atividades;

e, em geral, todas as operações financeiras, comerciais, industriais, civis, imobiliárias ou mobiliárias que possam estar direta ou indiretamente relacionadas com o objeto social e com quaisquer objetos semelhantes ou conexos, assim como com qualquer património social.

Tudo isto, direta ou indiretamente, por conta própria ou de terceiros, isoladamente ou com terceiros, por via da constituição de novas sociedades, entradas, sociedades em comandita, subscrição, compra de títulos ou direitos sociais, fusões, alianças, *joint ventures*, tomada ou deção em locação ou gestão de quaisquer bens ou direitos, ou de outra forma.

(cf. referido na tradução dos estatutos da sociedade C..., originalmente em francês, junta ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021; e cf. extrato

do registo do comércio da sociedade C... junto ao processo prejudicial C-472/22 em 27-01-2023).

11. Em 2015, e até meados de 2016, o Requerente era presidente da sociedade C..., passando o cargo a ser exercido pela Senhora G... em 30 de junho de 2016 (cf. atas da assembleia de acionistas da sociedade C... de 2015-2020, juntas ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).
12. Em 31-12-2018, as ações da sociedade C... eram detidas pelo Requerente e pela sociedade de direito suíço H..., com sede em Genebra, na seguinte proporção:

Participação direta na sociedade C... em 31-12-2018				
	Número de ações	Valor nominal	Valor contabilístico (31.12.2018)	% do capital social
Requerente	740.000	€ 740.000,00	€ 332.319,52	86%
H...	120.465	€ 120.465,00	€ 54.098,48	14%
Total	860.465	€ 860.465,00	€ 386.418,00	100%

(cf. declaração de *Impôt sur les Sociétés* apresentada pela sociedade C... com referência ao ano de 2018, junta ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).

13. Em 31-12-2018, através da sua participação na sociedade C..., o Requerente detinha, direta e indiretamente, 99.71% das participações sociais da sociedade B..., conforme resulta da seguinte tabela:

Participações direta e indiretamente detidas pelo Requerente na sociedade B... em 31-12-2018 (antes da transmissão de 29.222 ações em 23-04-2019)

	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%

14. Em fevereiro de 2019, a sociedade C... realizou um empréstimo bancário no montante de € 850.000,00 para aquisição de participações sociais (cf. comprovativo do financiamento obtido junto do banco D..., junto ao requerimento apresentado pelo Requerente em 09-12-2021).
15. Em 23-04-2019, o Requerente celebrou um contrato de cessão de participações sociais com a sua sociedade C... (representada por G...), mediante o qual transmitiu 29.222 ações na sociedade B..., 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 (cf. declaração de *Impôt sur les Sociétés* apresentada pela sociedade B... com referência ao ano de 2018, junta ao PPA como Documento 4).
16. Deste contrato de cessão de participações sociais consta que, como contrapartida, o Requerente recebeu o valor de € 850.000,00, tendo o mesmo sido liquidado por transferência bancária em data anterior a 23-04-2019 (cf. referido na tradução do contrato de cessão de participações sociais de 23-04-2019, originalmente celebrado em francês, junta ao requerimento apresentado pelo Requerente em 07-12-2021).
17. Após 23-04-2019, o Requerente permaneceu como gerente da sociedade B..., bem como o acionista maioritário desta sociedade, conforme resulta da seguinte tabela:

Alteração da posição acionista decorrente da transação de 23-04-2019

	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%
C...	1.260	2,05%	30.482	49,55%
Total	61.520	100%	61.520	100%

18. Após a cessão de participações sociais de 23-04-2019, o Requerente passou a deter, direta e indiretamente, 93.06% das participações sociais da sociedade B..., conforme resulta da seguinte tabela:

Participações direta e indiretamente detidas pelo Requerente na sociedade B... após a transmissão de 29.222 ações em 23-04-2019		
	Número de ações	% do capital social
Participação direta	31.038	50.45%
Participação indireta	26.215 (30.482 x 86%)	42.61%
Total	57.253	93.06%

19. Em 19-10-2020, o Requerente submeteu a seguinte questão à AT:

A...

19/10/2020 18:50:12

O contribuinte, residente, alienou partes de capital de empresa com sede em França, a qual se qualifica pequena empresa (15 pessoas, Activo 1 M€, vendas 1,5 M€). A respetiva mais-valia será declarada no anexo J, campo 9.2 A. Mas, contrariamente às mais valias em pequenas empresas com sede em Portugal, declaradas no anexo G, em que tem um campo para identificar o NIF da pequena empresa, a mesma identificação não consta do anexo J, campo 9.2. Pretende saber onde incluir a menção de se tratar de mais valia na alienação de pequena empresa, para efeitos do disposto no nº 3 do artigo 43º CIRS, porquanto esta disposição não distingue se a entidade objeto de alienação tem sede em Portugal ou noutra País, nomeadamente da UE. Obrigado,

(cf. print retirado do portal das finanças e junto pelo Requerente aos autos em 24-06-2021).

20. Na sequência desta questão, a AT respondeu o seguinte em 20-10-2020:

Autoridade Tributária
20/10/2020 17:35:29

A Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) agradece o seu contacto.
O benefício fiscal em causa 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.
Com os melhores cumprimentos
AT- Autoridade Tributária e Aduaneira

(cf. print retirado do portal das finanças e junto pelo Requerente aos autos em 24-06-2021).

21. Na declaração de IRS referente ao ano 2019, que o Requerente apresentou em 05-11-2020, 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 (cf. Declaração Modelo 3 junta aos autos pelo Requerente em 24-06-2021).

22. 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 (cf. Documento 1 junto ao PPA).

- 23.** Em 17-06-2021, o Requerente apresentou o PPA que deu origem aos presentes autos (cf. registo no sistema de gestão processual do CAAD)
- 24.** Em 28-07-2022, o Requerente procedeu ao pagamento de € 75.776,05 com referência ao processo de execução fiscal n.º ...2021..., o qual visa a cobrança coerciva da liquidação impugnada, correspondendo o valor de € 70.730,01 a imposto em falta, o valor de € 4.089,16 a juros, e o valor de € 956,88 a encargos (cf. guia e comprovativo de pagamento juntos aos autos pelo Requerente em 28-07-2022).

§2. Factos não provados

Com interesse para a decisão da causa, devem considerar-se como não provados os seguintes factos:

- A.** O Requerente recebeu € 850.000,00 da sociedade C..., como contrapartida da transmissão de 29.222 ações na sociedade B..., em data anterior a 23-04-2019.
- B.** Em 23-04-2019, o valor de mercado das ações da sociedade B... situava-se entre € 1.700.000,00 e € 1.800.000,00.
- C.** A transmissão das 29.222 ações na sociedade B...foi presidida por motivos de eficiência/redução de custos na organização das participações sociais detidas pelo Requerente.

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

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

Segundo o princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal Arbitral 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 (cf. 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, cf. artigo 371.º do Código Civil) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação.

Dever de cooperação e afastamento da presunção de veracidade e boa-fé contida no artigo 75.º, n.º 1, da LGT

Nos termos do artigo 75.º, n.º 2, alínea b), da LGT, quando o contribuinte incumprir os deveres que lhe cabem de esclarecimento da sua situação tributária (sem que seja legítima a recusa da prestação de informações), as respetivas declarações e contabilidade deixam de gozar da presunção de veracidade e boa-fé estatuída no n.º 1 do mesmo artigo.

A este propósito, importa lembrar que os sujeitos passivos têm o dever de colaboração com a AT, dentro do espírito da boa-fé, conforme resulta do artigo 59.º, n.º 1, da LGT, compreendendo este dever *“o cumprimento das obrigações acessórias previstas na lei e a prestação dos esclarecimentos que esta lhes solicitar sobre a sua situação tributária, bem como sobre as relações económicas que mantenham com terceiros”* (cf. n.º 4 do mesmo artigo). O artigo 48.º, n.º 2, do CPPT acrescenta que o *“contribuinte cooperará de boa-fé na instrução do procedimento, esclarecendo de modo completo e verdadeiro os factos de que tenha conhecimento e oferecendo os meios de prova a que tenha acesso”*.

Os sujeitos passivos têm também o dever de cooperação em relação aos tribunais, conforme resulta do artigo 417.º, n.º 1, do NCPC: *“Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm*

o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados”.

In casu, o Requerente ocultou vários factos relevantes para a determinação da sua situação tributária e para o esclarecimento das circunstâncias em que a cessão de participações sociais de 23-04-2019 ocorreu. Senão vejamos.

Quando apresentou o PPA em 17-06-2021, com vista à anulação da liquidação de IRS impugnada, emitida com referência à transmissão de participações sociais em apreço, o Requerente omitiu que tal transmissão ocorreu entre partes com “relações especiais”: o Requerente e a sociedade C..., uma sociedade na qual o Requerente detinha uma participação não inferior a 20% do capital (cf. artigo 63.º, n.º 4, alínea a), do Código do IRC). A existência de tais “relações especiais” foi desvelada pelo Tribunal já no decorrer do processo arbitral, e confirmada pelo Requerente apenas em dezembro de 2021.

Note-se que a existência de “relações especiais” entre as partes de uma qualquer transação é relevante para efeitos da legislação de preços de transferência e da aplicação de diversas cláusulas anti-abuso, designadamente, as contidas no artigo 52.º do Código do IRS (relativa à divergência entre o valor declarado e o valor real da transmissão), no artigo 39.º, n.º 1, da LGT (simulação do negócio jurídico), e no artigo 38.º, n.º 2, da LGT (cláusula geral anti-abuso).

Acresce que, mesmo após ter sido instado para se pronunciar sobre a classificação do rendimento gerado pela transação de 23-04-2019 (mais-valias vs dividendos) e sobre a relevância do princípio da proibição de práticas abusivas, e para juntar os documentos que entendesse por conveniente (por despacho arbitral de 05-11-2021), o Requerente continuou a ocultar (1) factos relevantes para a determinação da sua situação tributária (ocultando, designadamente, o seu estatuto de residente não habitual), e (2) circunstâncias relativas à transmissão das partes sociais da B... em 23-04-2019 (ocultando, designadamente, que o valor referido no contrato em causa foi influenciado pelo facto de a sociedade B... ser proprietária de um castelo n.. classificado como monumento nacional).

De facto, apenas em 27-01-2023, nas observações escritas que apresentou junto do TJUE, é que o Requerente se dignou a mencionar o estatuto de residente não habitual e a existência do castelo no ..., que o Tribunal Arbitral não pode deixar de considerar como factos relevantes para averiguar da natureza da transação que teve lugar em 23-04-2019 e do rendimento por ela gerado.

Conclui-se, assim, que o Requerente incumpriu o seu dever de cooperação para com o Tribunal Arbitral em diversos momentos ao longo do processo arbitral (sem que seja legítima a recusa da prestação de informações), e que, por conseguinte, as suas declarações e contabilidade não se presumem verdadeiras e de boa-fé (cf. artigo 75.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), da LGT).

Note-se, por último, que, da ocultação de factos inicial e da revelação de factos tardia referidas *supra*, exclusivamente imputáveis ao Requerente, resultou que (1) o Tribunal Arbitral procedeu ao reenvio prejudicial para o TJUE com base num quadro regulamentar e factual incompleto, e que (2) perante um conjunto de normas e factos alegados pelo Requerente nas suas observações escritas, acompanhados de documentos vários, mas não anteriormente referidos no pedido de reenvio prejudicial efetuado pelo Tribunal Arbitral, o TJUE tenha concluído que não dispunha dos elementos de facto e de direito necessários para dar um resposta útil às questões relativas ao princípio da proibição de práticas abusivas.

Factos dados como provados

A decisão da matéria de facto efetuou-se com base no exame dos documentos juntos aos autos pelas Partes, bem como nos documentos juntos no decorrer do processo prejudicial, conforme se refere em cada alínea do probatório, juntamente com o princípio da livre apreciação da prova.

Factos dados como não provados

A. O Requerente recebeu € 850.000,00 da sociedade C..., como contrapartida da transmissão de 29.222 ações da sociedade B..., em data anterior a 23-04-2019.

Embora conste do contrato de cessão de participações sociais em apreço que, em 23-04-2019, o valor de € 850.000,00 já havia sido pago por transferência bancária, o Requerente não juntou

aos autos o comprovativo desta transferência, embora tal documento tenha sido expressamente solicitado pelo Tribunal Arbitral (cf. despacho arbitral de 05-11-2021). Note-se que o Requerente não alegou dificuldade séria em obter o comprovativo da transferência de € 850.000,00.

Resta, assim, ao Tribunal Arbitral dar como não provado que o Requerente tenha recebido o referido montante da sociedade C..., e que a transferência tenha ocorrido antes de 23-04-2019.

Note-se também que a falta de cooperação do sujeito passivo com a AT, de que resulte a impossibilidade de comprovar, de forma direta e exata, a verdadeira situação tributária do sujeito passivo, autoriza a determinação da matéria tributável pelo método indireto, ao abrigo dos artigos 87.º, n.º 1, alínea b), e 90.º da LGT (cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 06-12-2022, processo n.º 485/09.0 BELRS). Assim, se o Requerente persistir na ocultação de factos relevantes para a determinação da sua situação tributária, ou se não facultar à AT a documentação que esta solicite futuramente com referência à cessão de participações sociais de 23-04-2019 (designadamente, o comprovativo do pagamento de € 850.000,00), ficará a AT autorizada a determinar o preço de venda / realização das ações da sociedade B... por métodos indiretos, tendo em conta o respetivo valor de mercado.

Cumpra também referir que, se for apurado *in casu* que o preço declarado (€ 850.000,00) foi inferior ao preço efetivamente praticado, pode a AT lançar mão ao disposto no artigo 39.º, n.º 1, da LGT (*“Em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado”*). De facto, esta disposição tem permitido à AT, com assentimento do Supremo Tribunal Administrativo e dos Tribunais Centrais Administrativos, prevenir que os sujeitos passivos, com o objetivo de reduzir a tributação incidente sobre negócios jurídicos, declarem um valor de transmissão / realização inferior ao valor efetivamente praticado entre as partes. Tal como referido no Acórdão do Tribunal Central Administrativo de 09-07-2020, processo n.º 964/08.6BELRA, a “simulação de preço” é uma *“simulação fraudulenta [porque tem por objetivo prejudicar a AT] que tem subjacente ao negócio simulado [simulação de preço] um outro, “escondido”, dissimulado, que corresponde ao valor efetivo pelo qual os contraentes efetuaram o negócio”*.

Por último, cumpre referir que (i) a celebração de negócio simulado (incluindo a simulação do preço), e a ocultação de factos ou valores não declarados que devam ser revelados à AT, para que esta fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria coletável, (ii) visando a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária, ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, poderá constituir crime de fraude fiscal, nos termos do artigo 103.º do RGIT, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, quando a vantagem patrimonial ilegítima for superior a € 15.000,00.

B. Em 23-04-2019, o valor de mercado das ações da sociedade B... situava-se entre € 1.700.000,00 e € 1.800.000,00.

Em 27-01-2023, aquando da apresentação de observações escritas junto do TJUE, e com o intuito de demonstrar que o valor da contrapartida da cessão de participações sociais na sociedade B... não foi fixado artificialmente, o Requerente juntou ao processo prejudicial cópia de uma avaliação do valor de mercado da totalidade das participações sociais da sociedade B..., em 30-06-2018, atestando que o mesmo se situava entre € 1.700.000,00 e € 1.800.000,00.

Segundo o documento em apreço, a avaliação foi baseada nas contas dos cinco exercícios anteriores, estatutos, repartição de capital, previsões de exploração para 2018 a 2020, preço médio do quarto dos três últimos exercícios, contabilidade, e outros documentos da mesma natureza fornecidos pelo Requerente. O documento refere também que a sociedade B... detém o *Château E...*, um monumento histórico do século XVI-XVII no qual funciona um hotel de charme com 25 quartos e 4 apartamentos (restaurados e largamente decorados pelo Requerente), restaurante, sala de chá, tomato bar, parque com 55 hectares (incluindo jardins, piscina, campo de ténis).

Ora, de acordo com as regras da experiência comum, a convicção do Tribunal Arbitral é a de que não é plausível, ou credível, que um monumento histórico com estas características tenha um valor de mercado de apenas € 1.700.000,00 ou € 1.800.000,00. Não está em causa um apartamento com 3 ou 4 quartos numa das zonas nobres de Paris ou Lisboa, ou uma moradia

na Comporta, que facilmente ascenderiam a tais valores, mas um castelo classificado como monumento nacional, com um terreno adjacente de 55 hectares.

Conclui-se, assim, que, não obstante o Requerente ter junto uma avaliação do valor de mercado das partes sociais da B... (sujeita à livre apreciação do Tribunal Arbitral), o Tribunal julga como não provado que o valor de mercado das partes sociais da B..., em 23-04-2019, se situava entre € 1.700.000 e € 1.800.000.

Em consequência, o Tribunal Arbitral considera também que (A) o valor de mercado das 29.222 ações da sociedade B... transmitidas em 23-04-2019 (representativas de 47,5% do capital social da mesma sociedade) não era de € 850.000,00 a essa data (valor declarado no contrato), e que (B) o Requerente não logrou demonstrar que o preço das ações não foi fixado artificialmente.

C. A transmissão das 29.222 ações na sociedade B... foi presidida por motivos de eficiência/redução de custos na organização das participações sociais detidas pelo Requerente.

Nas observações escritas que apresentou junto do TJUE em 27-01-2023, o Requerente alegou que a transação em apreço foi efetuada com o objetivo de concentrar as participações sociais da B... numa holding, a sociedade C..., e assim gerir as mesmas de forma mais eficiente. Que dizer?

Sendo certo que a concentração de participações sociais em holdings é comum e que apresenta vantagens sob o ponto de vista da respetiva gestão, a verdade é que, no caso *sub judice*, o Requerente apenas transferiu partes sociais representativas de 47,5% do capital social da B... para a sociedade C..., que, mesmo após a transmissão, continuou a deter menos de metade do capital social da B... .

Se o objetivo do Requerente, ao transmitir participações sociais de uma sociedade operacional (B...) para uma holding (C...), fosse a consolidação nesta última de partes sociais com o objetivo de otimizar a respetiva gestão, não teria o Requerente transferido 100% das participações

sociais e assegurado que a holding (C...) passasse a deter a totalidade das partes sociais da sociedade operacional (B...)?

Acresce que as operações de mera reestruturação societária ou empresarial com vista à obtenção de uma maior eficiência organizacional geralmente não geram o pagamento de avultadas somas de dinheiro aos sócios (como sucede *in casu*), e muitas vezes beneficiam de regimes especiais de neutralidade fiscal que permitem o deferimento da tributação dos ganhos obtidos no momento em que se realizam tais operações (vd. regime contido nos artigos 73.º a 78.º do Código do IRC, em especial, o disposto no artigo 77.º, n.º 1).

Pelo exposto, de acordo com as regras da experiência comum, na convicção do Tribunal Arbitral, não é plausível, ou credível, que a única motivação, ou motivação essencial/principal, da cessão de participações sociais da B... em 23-04-2019 tenha sido a eficiência/redução de custos na organização das participações sociais detidas pelo Requerente.

Fica, assim, por desvendar que razões económicas atendíveis motivaram a cessão de participações sociais em 23-04-2019 do Requerente para a sociedade C...

IV. MATÉRIA DE DIREITO

§1. Questões *decidendas*

A liquidação de IRS n.º 2020..., referente ao ano de 2019, foi emitida na sequência da transmissão de parte das participações sociais que o Requerente detinha numa sociedade de direito francês, a B..., que, à data da transmissão (23-04-2019), tinha “sede efetiva” em França, era residente para efeitos fiscais neste Estado-Membro, e não exercia atividade económica em território português.

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.

A questão principal a decidir pelo Tribunal Arbitral é, assim, 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.

Uma questão que surgiu no decorrer do processo arbitral foi a de saber se o princípio de proibição de práticas abusivas, enquanto princípio geral de Direito da União Europeia, exige que ao Requerente seja negado o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS.

Tal como referido *supra*, em 09-07-2022, o Tribunal efetuou um pedido de reenvio prejudicial ao TJUE relativo à interpretação dos artigos 49.º (direito de estabelecimento), 63.º e 65.º do TFEU (livre circulação de capitais), bem como do referido princípio de proibição de práticas abusivas (vd. Apêndice 1 em anexo), tendo o TJUE proferido decisão em 16-11-2023.

§2. Legislação aplicável (na redação em vigor em 2019)

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 IRS.

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.

O n.º 1 do artigo 43.º do Código do IRS dispõe que “*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*”.

O n.º 3 do mesmo preceito estabelece que “*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*”.

O n.º 4 clarifica que “*por micro e pequenas empresas as entidades definidas, nos termos do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro*”. Este diploma 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. 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

Efetivos 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.

Quando o contribuinte não opta pelo englobamento das mais-valias, estas são tributadas à taxa de 28%, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRS.

§3. Da aplicação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS a transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros

A primeira das questões a decidir nos autos é a de saber se o Requerente, enquanto sujeito passivo que efetuou uma transmissão onerosa de partes sociais numa sociedade residente em França (que satisfaz os requisitos para a qualificação como micro ou pequena empresa previstos no anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro), pode beneficiar da redução em 50% do saldo da mais-valia decorrente de tal transmissão, conforme previsto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS?

A este propósito, o TJUE concluiu, no Acórdão proferido em 16-11-2023 (e integralmente reproduzido no Apêndice 5 em anexo), que o artigo 63.º do TFUE (livre circulação de capitais) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma prática fiscal de um Estado-Membro, em matéria de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, que reserva um benefício fiscal, que consiste na redução para metade da tributação das mais-valias geradas pela transmissão de participações sociais, apenas às transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas nesse Estado-Membro, com exclusão das transmissões de participações sociais em sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros.

Conclui-se, assim, que a interpretação que a AT efetuou do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, na qual assenta a liquidação de IRS impugnada, viola o artigo 63.º do TFUE (livre circulação de capitais).

§4. Do princípio da proibição de práticas abusivas

Subjacente à questão da aplicação do princípio de proibição de práticas abusivas no caso *sub judice* encontrava-se a dúvida quanto à qualificação, para efeitos de IRS, do rendimento auferido em virtude da transmissão das ações na B... do Requerente para a sociedade C... (mais-valias *vs* dividendos), dúvida essa que surgiu à luz dos factos que eram do conhecimento do Tribunal Arbitral no momento em que efetuou o pedido de reenvio prejudicial para o TJUE (09-07-2022): (i) o preço de venda (declarado) das participações sociais (€ 850.000,00) foi consideravelmente superior tanto ao valor nominal como ao valor contabilístico das mesmas (€ 155.057,78 e € 164.024,63, respetivamente), (ii) o Requerente era o acionista maioritário de ambas as sociedades (B... e C...), e (iii) a transmissão das partes sociais da B... não diminuiu substancialmente a participação social detida, direta e indiretamente, pelo Requerente, que, após 23-04-2019, continuou a deter 93.06% do capital desta sociedade e a exercer as funções de gerente da mesma.

Neste contexto, cumpre voltar a sublinhar que, antes de formular as questões prejudiciais e de as remeter ao TJUE, o Tribunal Arbitral diligenciou no sentido de esclarecer, junto do Requerente, a factualidade relevante para avaliar a existência de um eventual abuso na transmissão das participações sociais da B..., tendo conferido ao Requerente 30 dias para esclarecer a natureza e fins da transação e do rendimento por ela gerado, e para juntar os documentos que entendesse por conveniente.

Cumpre também sublinhar que, nas suas observações escritas, com base na factualidade descrita pelo Tribunal Arbitral na decisão de reenvio prejudicial, a Comissão Europeia, o Estado Português e a República Italiana deram o seu parecer favorável à aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas no caso *sub judice* (vd. Apêndices 2, 3 e 4 em anexo).

Sucedo que, aquando das suas observações escritas junto do TJUE, o Requerente alegou um facto novo que altera significativamente a apreciação da transação em causa e que o Tribunal Arbitral não pode ignorar: em 23-04-2019, a sociedade B... era proprietária de um imóvel de

elevando valor cultural e económico, classificado como monumento nacional. Este facto abala a conclusão de que o valor de realização declarado, € 850.000,00, é significativamente mais elevado do que o valor de mercado das ações da B... transmitidas, deixando cair a questão de saber se estariam em causa “dividendos disfarçados”.

Dada a relevância dos factos dados a conhecer pelo Requerente aquando das suas observações escritas junto do TJUE para a apreciação da aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas no caso *sub judice*, o TJUE (a quem não compete apreciar os factos do processo principal) concluiu, no Acórdão de 16-11-2023, o seguinte: (A) o órgão jurisdicional de reenvio forneceu uma exposição lacunar do quadro regulamentar e factual, (B) o TJUE não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para dar um resposta útil às questões que lhe são submetidas, e (C) o órgão jurisdicional de reenvio poderia submeter um novo pedido de decisão prejudicial quanto estivesse em condições de fornecer ao TJUE todos os elementos que lhe permitam pronunciar-se.

A verdade é que, dada a falta de cooperação do Requerente no decorrer do processo arbitral e o elenco dos factos dados como não provados *supra*, o Tribunal Arbitral não dispõe ele próprio de informação suficiente (ou forma de a obter) para apreciar a aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas no caso *sub judice*.

Resta assim ao Tribunal Arbitral anular parcialmente a liquidação de IRS impugnada, no montante de € 70.730,01, com fundamento em ilegalidade da interpretação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, e determinar a restituição do referido montante ao Requerente.

Já a AT, vinculada a realizar as “*diligências necessárias à satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material*” (cf. princípio do inquisitório constante do artigo 58.º da LGT), poderá realizar diligências adicionais e solicitar informações às autoridades fiscais francesas (nomeadamente, o valor de mercado do *Château E...*), de forma a esclarecer cabalmente os contornos da transmissão de participações sociais na sociedade B..., e eventualmente, com base na informação obtida, emitir nova liquidação dentro do prazo de caducidade (prazo este que se

suspendeu com a apresentação do PPA em 17-06-2021, no termos do artigo 46.º, n.º 2, alínea a), da LGT).

Se, futuramente, o Requerente persistisse na ocultação de factos relevantes para a determinação da sua situação tributária e das circunstâncias em que ocorreu a transmissão das participações sociais na sociedade B..., ou não facultasse à AT a documentação que esta solicitasse para o efeito (incluindo, o comprovativo da transferência bancária no montante de € 850.000,00), em violação do seu dever de cooperação com a AT, poderia a AT determinar o preço das referidas participações sociais por métodos indiretos, ao abrigo do artigo 90.º da LGT.

Em tal caso, caberia à AT provar que estariam verificados os pressupostos do recurso à avaliação indireta, previstos nos artigos 87.º, n.º 1, alínea b), e 88.º, alínea d), da LGT, ou seja, que: (1) a AT não consegue determinar o preço de venda (valor de realização) das participações sociais em causa por métodos diretos, e (2) existe uma manifesta discrepância entre (A) o valor de realização declarado no contrato de cessão das participações sociais na sociedade B..., celebrado em 23-04-2029 (€ 850.000,00), e (B) o valor de mercado das referidas participações sociais, designadamente por o valor de mercado do *Château E...* ser manifestamente superior a € 1.800.000,00 (cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 13-10-2022, processo n.º 284/09.9BESNT; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 06-12-2022, processo n.º 485/09.0 BELRS; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 05/03/2020, processo n.º 9213/15.0BCLSB).

Refira-se que, nos termos do artigo 90.º da LGT, a matéria tributável poderia vir a ser determinada tendo em conta, nomeadamente, o valor de mercado das ações da B... (cf. alínea h) do n.º 1), podendo o sujeito passivo solicitar a revisão da matéria tributável fixada por métodos indiretos e demonstrar o excesso de quantificação, nos termos dos artigos 91.º e seguintes da LGT.

§5. Dos juros indemnizatórios

Tendo o Requerente pago indevidamente o montante de imposto de € 70.730,01, por erro imputável à AT, o Tribunal Arbitral condena esta a pagar àquele juros indemnizatórios sobre este montante, nos termos dos artigos 43.º e 100.º da LGT, contados desde 28-07-2022 (data do pagamento indevido) até à data da emissão da nota de crédito

V. DECISÃO

Com base nos fundamentos enunciados *supra*, decide-se julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral e, conseqüentemente:

- 1. Declarar a ilegalidade e anular parcialmente a liquidação de IRS n.º 2020..., no montante de € 70.730,01;**
- 2. Condenar a AT no pagamento de juros indemnizatórios à Requerente sobre o montante de € 70.730,01, contados desde 28-07-2022 até à data da emissão da nota de crédito.**

VALOR DO PROCESSO: De harmonia com o disposto nos artigos 306.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT, e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, fixa-se ao processo o valor de € **70.730,01**, indicado pelo Requerente e não contestado pela Requerida.

CUSTAS: Calculadas de acordo com o artigo 4.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária e da Tabela I a ele anexa, no valor de € **2.448,00**, a cargo da Requerida em razão do decaimento.

Notifique-se

CAAD, 29 de dezembro de 2023

Os Árbitros,

Rita Correia da Cunha

Nuno Pombo

Jorge Bacelar Gouveia

**APÊNDICE 1: DECISÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL DE REENVIO PREJUDICIAL
(anexo à decisão) e disponível para consulta em:**

https://caad.org.pt/tributario/decisooes/decisao.php?s_processo=360/2021&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=&s_artigos=&s_texto=&id=6562

**APÊNDICE 2: OBSERVAÇÕES ESCRITAS DA COMISSÃO EUROPEIA NO PROCESSO
PREJUDICIAL C-472/22**



COMISSÃO EUROPEIA

Bruxelas, 7.11.2022
Sj.d(2022)8550411

AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OBSERVAÇÕES ESCRITAS

apresentadas, nos termos do artigo 23.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, pela

COMISSÃO EUROPEIA

representada por Wim ROELS, Conselheiro Jurídico, e Pedro CARO DE SOUSA, Membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio profissional em *Service Juridique, Greffe contentieux, BERL 1/093, 1049 Bruxelles*, que aceitam ser notificados de qualquer ato processual por meio de e-Curia,

no processo C-472/22

Autoridade Tributária e Aduaneira

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa) nos termos do artigo 267.º do TFUE, relativo à interpretação dos artigos 49.º (direito de estabelecimento), 63.º e 65.º do TFEU (livre circulação de capitais).

1. MATÉRIA DE FACTO E QUESTÕES COLOCADAS

1. O Requerente é um cidadão francês que tinha residência fiscal em Portugal em 2019. Nesse ano, o Requerente alienou à sociedade de direito francês [REDACTED] (doravante “[REDACTED]”), pelo valor de € 850 000,00, 29 222 ações da sociedade de direito francês [REDACTED] ([REDACTED]) SaRL (doravante “[REDACTED] SaRL”), representativas de 47,5% do capital social desta sociedade, com um valor nominal total de EUR 155 057,78 e um valor contabilístico total de EUR 164 024,63. O preço de venda foi, portanto, consideravelmente superior tanto ao valor nominal como ao valor contabilístico destas ações.
2. À data da alienação, o Requerente detinha também 86% do capital social da adquirente, a sociedade [REDACTED] ⁽¹⁾, que realizou um empréstimo bancário no montante de € 850 000,00 para aquisição de participações sociais em fevereiro de 2019.
3. As sociedades [REDACTED] SaRL e [REDACTED] não distribuíram dividendos entre 2013 e 2019.
4. Na sequência da transação, o Requerente detinha, direta e indiretamente, 93,06% das participações sociais da sociedade [REDACTED] SaRL ⁽²⁾. Por outras palavras, a transação correspondente, na realidade, à alienação pelo Requerente de apenas 6,65% do capital social da [REDACTED] SaRL ⁽³⁾. O Requerente permaneceu como gerente e acionista maioritário da sociedade [REDACTED] SaRL após a transação.
5. Em 2019, a sociedade [REDACTED] SaRL era uma pequena empresa para efeitos 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. A sociedade [REDACTED] SaRL tinha “sede efetiva” em França, era residente para efeitos fiscais neste Estado-Membro e não exercia atividade económica em território português.

⁽¹⁾ Os restantes 14% eram detidos pela sociedade de direito suíço SA [REDACTED] (doravante “[REDACTED]”).

⁽²⁾ Após a transação, o Requerente passou a deter 50,43% diretamente e 42,61% indiretamente das participações da sociedade [REDACTED] SaRL – 93,06% no total.

⁽³⁾ Esta percentagem corresponde a 14% dos 47,5% do capital social da [REDACTED] SaRL que passaram a pertencer, indiretamente através da sociedade [REDACTED] e [REDACTED] na sequência da transação.

6. O Requerente apresentou a sua declaração de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS) relativa a 2019, e nela inscreveu 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.
7. Na sequência da apresentação dessa declaração, a Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa (a seguir «Autoridade Tributária») notificou o Requerente da liquidação do IRS relativa ao exercício de 2019, a qual procedeu ao apuramento da coleta incidente sobre a totalidade da mais-valia resultante da transmissão de participações sociais em análise (EUR 141 460,02), desconsiderando, por conseguinte, a redução em 50% prevista para as operações relativas a micro, pequenas e médias empresas (PMEs) que normalmente resultaria da aplicação do disposto no n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS, que significaria um imposto sobre mais-valias no montante de apenas EUR 70 730,01.
8. O Requerente interpôs recurso, pedindo a declaração de ilegalidade e a subsequente anulação da liquidação pela Administração Fiscal na medida em que não teve em conta o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, que consiste numa redução fiscal de 50 % da mais-valia aplicável às operações relativas a PMEs a que corresponde o valor de EUR 70 730,01.
9. O órgão jurisdicional de reenvio reconhece que a Administração Fiscal recusou ao Requerente o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do do Código do IRS. No entanto, dada a falta de clareza da posição da Autoridade Tributária quanto aos fundamentos dessa recusa nas circunstâncias concretas do presente caso, o órgão jurisdicional de reenvio levantou a questão da compatibilidade da interpretação dada pela Autoridade Tributária relativa a diferentes possíveis fundamentos de recusa de aplicação do benefício fiscal à venda de ações na sociedade █████ SaRL. Em particular, o órgão jurisdicional de reenvio considerou que a recusa poderia ter como base o fato de esta sociedade (a) não ser uma sociedade portuguesa, (b) não ter o seu domicílio efetivo em território português, (c) não ter domicílio fiscal em Portugal, ou (d) não exercer uma atividade económica em Portugal. Esta questão da compatibilidade com o direito da União de uma prática administrativa que exclui as PMEs da atribuição de um benefício fiscal é levantada pelo órgão jurisdicional de reenvio em quatro questões distintas (1 a 4), cada uma das quais se refere a um dos possíveis motivos de recusa acima enumerados.

10. Num segundo momento, o órgão jurisdicional de reenvio considera também que, considerando todos os factos e circunstâncias relevantes, nomeadamente as relações de natureza jurídica e económica entre as partes da transação em apreço, existem indícios sérios e objetivos de que a transmissão das participações sociais da sociedade █████ SaRL pelo Requerente para a sociedade █████ 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.
11. Importa salientar que a Administração Fiscal não invocou a existência de um abuso de direito. A questão de saber se a transferência em causa constitui o fundamento de uma prática abusiva foi suscitada pelo próprio órgão jurisdicional de reenvio ⁽⁴⁾, que sugere que o pagamento pelas ações de um montante desproporcionado em relação ao seu valor contabilístico, bem como o facto de o Requerente não ter alterado significativamente a sua posição de acionista maioritário na sociedade █████ SaRL na sequência da operação, pode indicar que a operação em causa, em substância e vista de forma realista, pode corresponder a um pagamento com o resultado equivalente ao pagamento de dividendos que não deveria beneficiar do regime de tributação mais vantajoso das mais-valias mas deveria estar, ao invés, sujeito à tributação a uma taxa mais elevada aplicável ao pagamento de dividendos ⁽⁵⁾.
12. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:
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 noutra 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*

⁽⁴⁾ Ordem de referência, n.º 106.

⁽⁵⁾ Ordem de referência, n.º 91-94.

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 de 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 antiabuso 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 antiabuso 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?*

2. DIREITO

2.1. Direito da União

13. O artigo 49.º do TFUE tem a seguinte redação:

«No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

14. O artigo 54.º, n.º 1, do TFUE tem a seguinte redação:

«As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na União são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros.»

15. O artigo 63.º, n.º 1, do TFUE tem a seguinte redação:

“No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.”

16. O artigo 65.º, n.º 1, do TFUE tem a seguinte redação:

“1. O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros:

a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;

b) Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.

2. O disposto no presente capítulo não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com os Tratados.

3. As medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º.

[...]

2.2. Legislação nacional

Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de novembro, relativo ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (“Código do IRS”).

17. O artigo 10.º, com a epígrafe «Mais-valias», tem a seguinte redação:

«1.– Constituem mais-valias os ganhos obtidos que, não sendo considerados rendimentos empresariais e 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, líquidas da parte qualificada como rendimento de capitais, sendo caso disso, nas situações previstas nas alíneas a), b), c) e i) do n.º 1;

[...]

18. O artigo 43.º, com a epígrafe «Mais-valias», tem a seguinte redação:

«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.

[...]

19. O artigo 44.º, n.º 1, com a epígrafe «Valor de realização», tem a seguinte redação:

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

[...]

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

20. O artigo 48.º, com a epígrafe «Valor de aquisição a título oneroso de partes sociais e de outros valores mobiliários», tem a seguinte redação:

«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;

[...]

21. O artigo 2.º do anexo do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, com a epígrafe «Efetivos e limiares financeiros que definem as categorias de empresas», define as micro, pequenas e médias empresas (PMEs) do seguinte modo:

« 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.»

22. O artigo 38.º n.º 2, da Lei Geral Tributária (“LGT”), com a epígrafe «Ineficácia de atos e negócios jurídicos» tinha, à data da transmissão de participações sociais, a seguinte redação:

“2 - São ineficazes no âmbito tributário os atos 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, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”

3. APRECIACÃO

3.1. Considerações preliminares

23. Um primeiro ponto a considerar concerne qual das liberdades fundamentais é aplicável no caso em apreço.
24. O órgão jurisdicional de reenvio coloca as suas questões por referência à liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) e/ou à livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE). Para avaliar a aplicabilidade de uma ou outra liberdade consagrada no Tratado, o Tribunal de Justiça utiliza o critério da « influência certa» na gestão da empresa ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Acórdão de 13 de abril de 2000, *Baxex*, C-251/98, EU:C:2000:205, n.º 22.

25. Disposições nacionais que apenas são aplicáveis às participações que permitem exercer uma influência certa sobre as decisões duma sociedade e determinar as respetivas atividades caem no âmbito de aplicação do artigo 49.º TFUE, relativo à liberdade de estabelecimento ⁽⁷⁾. Em contrapartida, disposições nacionais aplicáveis a participações efectuadas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa devem ser examinadas exclusivamente à luz da livre circulação de capitais ⁽⁸⁾.
26. No entanto, de acordo com jurisprudência, quando a finalidade da legislação nacional não permite ao Tribunal de Justiça determinar se a mesma cai, de forma preponderante, no âmbito da liberdade de estabelecimento ou da livre circulação de capitais, é necessário ter em conta os factos do processo ⁽⁹⁾.
27. O caso em apreço concerne disposições nacionais que são indistintamente aplicáveis tanto a situações em que a sociedade exerce uma influência certa sobre as decisões duma sociedade, como a casos em que a participação acionista prossegue um investimento financeiro. Por conseguinte, temos de ter em conta todos os factos deste caso concreto para decidir qual a liberdade fundamental aqui relevante.
28. O Requerente no presente caso é residente num Estado-Membro para efeitos fiscais (Portugal), enquanto detém uma grande maioria (99,71 % do capital) das ações de uma sociedade de outro Estado-Membro (França). Esta maioria acionista permite ao Requerente exercer uma influência certa nas decisões da sociedade cujas ações foram alienadas (█████ SaRL) e determinar as suas atividades. Mesmo após a alienação das ações, o Requerente manteve uma participação maioritária de montante semelhante (93,06 % do capital) nesta sociedade. Ao mesmo tempo, o Requerente exerce igualmente o controlo da sociedade adquirente das ações (██████████). Uma vez que o Requerente detém uma participação maioritária tanto na sociedade cujas ações foram alienadas (█████ SaRL) como na sociedade que adquiriu as ações (██████████), e exerce, assim, influência certa sobre estas duas sociedades, poderia considerar-se que é a liberdade de estabelecimento que está a ser exercida no caso em apreço e que as questões submetidas

⁽⁷⁾ Acórdãos de 13 de novembro de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 91; de 10 de fevereiro de 2011, *Horibo*, C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 35.

⁽⁸⁾ V. acórdãos *Test Claimants in the FII Group Litigation*, n.º 99, e *Horibo*, n.º 35.

⁽⁹⁾ Ver acórdãos no processo *Test Claimants in the FII Group Litigation*, n.º 93-94, e acórdão de 26 de junho de 2006, *Bardal*, C-284/06, EU:C:2008:365, n.º 71 e 72.

pelo órgão jurisdicional de reenvio devem ser respondidas à luz de uma eventual violação desta liberdade específica.

29. Por outro lado, pode também considerar-se que, como referido no ponto 4 *supra*, a transação que é objeto do litígio consiste na alienação efetiva de um pacote de ações que representa apenas 6,65 % das ações da sociedade [REDACTED] SaRL e que, por conseguinte, esta transação não concerne uma participação de controlo.
30. Além disso, pode remeter-se para o acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Emerging Markets*⁽¹⁰⁾, no qual o Tribunal concluiu, no que diz respeito a situações de países terceiros, que quando uma legislação nacional é aplicável a qualquer caso envolvendo ações, tal situação deve ser apreciada à luz da livre circulação de capitais. A Comissão não vê qualquer razão para que tal também não se aplique a situações intra-UE como a do caso em apreço.
31. No entanto, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio suspeita de uma situação de abuso no caso em apreço que só pode ser explicada pelo facto de o Requerente ter controlo tanto sobre a sociedade cujas ações foram alienadas ([REDACTED] SaRL) como sobre a sociedade que adquiriu essas ações ([REDACTED]), afigura-se que o processo tem uma ligação mais estreita com a liberdade de estabelecimento do que com a livre circulação de capitais.
32. Em todo o caso, se o Tribunal de Justiça considerar — como faz a Comissão — que a livre circulação de capitais é (também) aplicável aos factos que estão na origem do presente processo — dado que o órgão jurisdicional nacional de reenvio remeteu para ambas as disposições — a fundamentação e as conclusões sobre a existência de uma restrição são aplicáveis *mutatis mutandis* por referência ao artigo 63.º TFUE.
33. Um segundo ponto a considerar concerne a violação do direito da União através de uma prática administrativa.
34. Com efeito, a Autoridade Tributária portuguesa recusou a aplicação de benefício fiscal previsto pela legislação nacional para as operações que envolvam PME's com fundamento em que a sociedade em causa não foi constituída de acordo com o direito

⁽¹⁰⁾ Acórdão de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 29.

português, não tem “sede efetiva” em território português, não é residente para efeitos fiscais em Portugal, e/ou não exerce atividade económica em território português, apesar de a legislação em causa não distinguir entre PME’s residentes e não residentes.

35. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o incumprimento do direito da União pode decorrer da existência de uma prática administrativa mesmo que a legislação nacional aplicável seja, em si, compatível com este direito, desde que esta prática administrativa apresente um certo grau de constância e de generalidade ⁽¹¹⁾. A Comissão observa que, ao formular as suas questões 1 a 4, o órgão jurisdicional de reenvio se refere a uma «prática fiscal» da Autoridade Tributária portuguesa. A Comissão baseia-se, portanto, nesta conclusão de facto do órgão jurisdicional de reenvio, segundo a qual existe uma tal prática generalizada.

3.2. Quanto às questões 1 a 4

36. Com as questões 1 a 4, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se fundamentalmente sobre a compatibilidade com as liberdades do Tratado da legislação portuguesa, tal como interpretada pela Autoridade Tributária, segundo a qual, embora se aplique um benefício fiscal de 50 % às mais-valias resultantes de uma transferência de ações de PME’s portuguesas, tal benefício não se aplica a mais-valias relativas a PME’s não estabelecidas em Portugal.
37. As quatro questões são articuladas de acordo com os diferentes critérios utilizados para determinar se uma empresa está ou não estabelecida em Portugal (lei nacional de constituição, sede social, administração central, estabelecimento principal) e/ou que não exerce atividade económica em território português. Assim, e no essencial para efeitos da análise, as quatro questões dizem respeito à mesma questão, cuja resposta exige que se determine se a diferença de tratamento fiscal entre PME portuguesas e PME estabelecidas — na aceção dos critérios estabelecidos no artigo 54.º TFUE — noutro Estado-Membro (especificamente em França) constitui uma violação do artigo 49.º TFUE.
38. As disposições nacionais, tal como interpretadas pela Autoridade Tributária portuguesa, implicam uma diferença de tratamento entre os residentes fiscais em Portugal que

⁽¹¹⁾ Acórdão de 29 de abril de 2004, *Comissão/Alemanha*, C-387/99, EU:C:2004:235, n.º 42, e acórdão de 12 de maio de 2005, *Comissão/Itália*, C-278/03, EU:C:2005:281, n.º 33.

controlam empresas portuguesas (situação nacional) e os residentes fiscais em Portugal que controlam empresas de outros Estados-Membros da UE (situação transfronteiriça). De acordo com a prática das autoridades fiscais, as primeiras são tratadas de forma mais favorável do que as segundas: a alienação de ações relacionada com PME portuguesas beneficia de uma redução fiscal de 50 % da mais-valia, não estando tal benefício fiscal disponível nos casos em que as ações alienadas sejam de PME não-portuguesas.

39. Por conseguinte, os residentes fiscais em Portugal são desencorajados de estabelecer uma PME noutros Estados-Membros, ao passo que as PME não-portuguesas são desencorajadas de tentar levantar capital junto dos residentes fiscais em Portugal.
40. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, admitir que o Estado-Membro de residência possa livremente aplicar um tratamento diferente unicamente pelo facto de a sede de uma sociedade se situar noutro Estado-Membro esvaziaria o artigo 49.º TFUE do seu conteúdo ⁽¹²⁾. Segundo o Tribunal de Justiça, a liberdade de estabelecimento proíbe igualmente que o Estado-Membro de origem levante obstáculos ao estabelecimento dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação noutro Estado-Membro ⁽¹³⁾. Por conseguinte, a prática administrativa fiscal portuguesa em causa no presente processo constitui uma restrição à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º do TFUE.
41. Quanto à eventual justificação de tal prática restritiva, a Autoridade Tributária portuguesa parece escudar-se num suposto objetivo do benefício fiscal de apoiar as empresas nacionais e estimular a atividade económica em Portugal ⁽¹⁴⁾. No entanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça considera que a prossecução de um objetivo de natureza puramente económica não pode constituir uma razão imperiosa de interesse geral que justifique uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado ⁽¹⁵⁾. Por conseguinte, o alegado objetivo de apoiar as empresas nacionais e estimular a atividade económica em Portugal não constitui uma razão válida para justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento.

⁽¹²⁾ Acórdão de 14 de maio de 2020, *B e o.*, C-749/18, EU:C:2020:370, n.º 22.

⁽¹³⁾ Acórdão de 17 de outubro de 2019, *Argenta Sparbank NV*, C-459/18, EU:C:2019:871, n.º 35.

⁽¹⁴⁾ V. n.º 12 do acórdão de reenvio.

⁽¹⁵⁾ Acórdão de 6 de junho de 2000, *Verhuofjen*, C-35/98, EU:C:2000:294, n.º 47-48.

42. Em suma, a liberdade de estabelecimento opõe-se à aplicação administrativa de legislação nacional segundo a qual um benefício fiscal de 50% das mais-valias resultantes da transferência de ações de PME não é aplicável quando uma PME não é uma sociedade portuguesa, foi constituída ao abrigo do direito de outro Estado-Membro, tem domicílio noutra Estado-Membro, é residente fiscal noutra Estado-Membro ou não exerce a sua atividade económica em Portugal.

3.3. Quanto às questões 5, 6, 7 e 8

43. As questões 5, 6, 7 e 8 referem-se todas às regras substantivas aplicáveis quanto ao estabelecimento e consequências da existência de um abuso de direito nas circunstâncias específicas do presente caso. A Comissão propõe agrupar a análise destas questões.
44. Com a sua questão 5, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o princípio da proibição de práticas abusivas se aplica a um caso de transmissão de participações sociais como a do caso vertente, em que o reconhecimento ao contribuinte do benefício fiscal em causa depende da possibilidade de o contribuinte invocar e exercer uma liberdade fundamental.
45. É jurisprudência assente que a conclusão de que se está perante uma prática abusiva necessita, por um lado, um conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado. Por outro lado, esta conclusão requer também um elemento subjectivo que consiste na vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção⁽¹⁶⁾.
46. Como tal, a Comissão sugere uma resposta positiva à presente questão, ressalvando que compete ao órgão jurisdicional nacional averiguar a existência destes dois elementos, cuja prova deve ser produzida nos termos das regras do direito nacional, na medida em que não seja afectada a eficácia do direito da União⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Acórdão de 14 de dezembro de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, n.º 52-53. Mais recentemente, em matéria fiscal, também Acórdão de 29 de fevereiro de 2019, *N Luxembourg*, processos apensos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.º 124 e seguintes.

⁽¹⁷⁾ Acórdão de 14 de dezembro de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, n.º 54.

47. Pela sua questão 6, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o princípio da proibição de práticas abusivas se opõe a que um contribuinte invoque e exerça as liberdades consagradas no Tratado para beneficiar de um benefício fiscal previsto no direito nacional. A este respeito, basta recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual os particulares não podem invocar fraudulentamente ou abusivamente as normas do direito da União ⁽¹⁸⁾. Trata-se de um princípio geral do direito da União aplicável aos direitos e vantagens previstos no direito da União, independentemente da questão de saber se esses direitos e vantagens se baseiam nos Tratados ou no direito derivado ⁽¹⁹⁾. Por conseguinte, se a autoridade nacional competente demonstrar a existência de um abuso, o contribuinte não pode invocar e alegar estar a exercer uma liberdade consagrada no Tratado.
48. Com a sua questão 7, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se um contribuinte pode invocar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima para se opor à recusa do reconhecimento de direitos decorrentes dos Tratados em aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas e, dessa forma, legitimar essa prática abusiva.
49. No acórdão *Holifax* ⁽²⁰⁾, o Tribunal de Justiça recordou que a legislação da União deve ser certa e a sua aplicação previsível para os particulares. No entanto, a determinação de um abuso exige que se demonstre um elemento subjetivo: o contribuinte tem de ter a intenção de obter uma vantagem ao abrigo das regras da UE e ter criado artificialmente as condições necessárias para a obter. Alguém que pretenda contornar a lei e, assim, criar artificialmente as condições necessárias para beneficiar de direitos consagrados por lei, não pode invocar a segurança jurídica e a sua confiança não pode ser considerada legítima. Numa tal situação, o contribuinte está plenamente consciente de que não tem o direito de usufruir de direitos consagrados por lei, o que o leva a criar abusivamente a aparência de ter o direito de os reivindicar.
50. Em tais circunstâncias, em que o contribuinte incorreu numa prática abusiva, o contribuinte não pode invocar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima para beneficiar de direitos decorrentes do direito da União. Por conseguinte, a Comissão propõe que se responda negativamente à questão.

⁽¹⁸⁾ Acórdão de 12 de dezembro de 2006, *Edvard Cingovs*, C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 27.

⁽¹⁹⁾ *Idem*, n.ºs pontos 30-31.

⁽²⁰⁾ Acórdão de 21 de fevereiro de 2006, *Holifax*, C-255/02, EU:C:2006:121, n.º 72.

51. Finalmente, com a sua questão 8 o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o princípio da proibição de práticas abusivas deve ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende da verificação das condições de aplicação da norma geral antiabuso nacional.
52. A resposta a esta questão tem de ser negativa, sem prejuízo da aplicação da norma nacional geral antiabuso na medida em que não contrarie o direito da União. Como se observou no ponto 47 *supra*, o princípio da proibição de práticas abusivas é um princípio geral do direito da União aplicável aos direitos e vantagens previstos no direito da União. Este princípio tem as características inerentes aos princípios gerais do direito da União, e é portanto directamente aplicável sem que seja necessária a sua transposição ⁽²¹⁾. Daqui resulta também que as condições de aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas não estão sujeitas às regras dos Estados-Membros, ao contrário do que se passa no que concerne às modalidades processuais relativas à aplicação do referido princípio ⁽²²⁾.
53. À luz destes princípios, a Comissão propõe as seguintes respostas:
- relativamente à questão 5, que o princípio da proibição de práticas abusivas se pode aplicar a uma situação como a presente, na medida em que que o reconhecimento ao contribuinte do benefício fiscal em causa depende da possibilidade de o contribuinte invocar e exercer uma liberdade fundamental, desde que se estabeleça que: (i) apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado, e (ii) o contribuinte teve a intenção de obter uma vantagem ao abrigo das regras da UE e criou artificialmente as condições necessárias para a obter. Cabe às autoridades nacionais determinar, de acordo com os procedimentos jurídicos nacionais, se estes elementos estão preenchidos no caso em apreço;
 - relativamente à questão 6, que o princípio da proibição de práticas abusivas se opõe a que um contribuinte invoque e exerça a liberdade de estabelecimento quando esse direito emerge de e se aplica a uma operação que constitui um abuso de direito;

⁽²¹⁾ Acórdão de 12 de dezembro de 2006, *Edwards & Cussons*, C-251/16, EU:C:2017:881, n.º 28, 31.

⁽²²⁾ *Idem*, n.º 36-37.

- c. relativamente à questão 7, que o princípio da proibição do abuso se opõe a que, uma vez estabelecida uma prática abusiva, um contribuinte possa invocar a segurança jurídica e a confiança legítima para legitimar essa prática abusiva;
- d. relativamente à questão 8, que a aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas depende da verificação, de acordo com os procedimentos jurídicos nacionais aplicáveis, das condições de aplicação deste princípio estabelecidos pelo direito da União, independentemente da verificação das condições de aplicação da norma geral antiabuso nacional.

3.4. Quanto às questões 9 e 10

- 54. As questões 9 e 10 referem-se às regras processuais aplicáveis para demonstrar a existência de um abuso de direito nas circunstâncias específicas do presente caso. A Comissão propõe agrupar a análise destas questões.
- 55. Compete ao órgão jurisdicional nacional averiguar a existência dos elementos objetivos e subjetivos necessário para estabelecer a ocorrência de um abuso de direito, cuja prova deve ser produzida nos termos das regras do direito nacional, na medida em que não seja afectada a eficácia do direito da União ⁽²³⁾. Como o Tribunal de Justiça declarou, não compete ao Tribunal de Justiça apreciar os factos do processo principal ⁽²⁴⁾.
- 56. Por conseguinte, a existência de uma prática abusiva em casos concretos tem de ser invocada pelas autoridades nacionais quando a lei nacional assim o exija, de acordo com o princípio da autonomia processual nacional decorrente do artigo 4.º, n.º 3, do TFUE. Na ausência de regras da UE nesta matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar as autoridades e os órgãos jurisdicionais competentes, e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a protecção dos direitos que para os cidadãos decorrem do direito da União ⁽²⁵⁾.
- 57. O princípio da autonomia processual nacional não é ilimitado. O Tribunal de Justiça tem afirmado reiteradamente que, ao determinarem as regras processuais na sua ordem jurídica interna para o exercício dos direitos decorrentes do direito da União, os Estados-

⁽²³⁾ Acórdão de 14 de dezembro de 2000, *Enslin and Sárka*, C-110/99, EU:C:2000:695, n.º 54.

⁽²⁴⁾ Acórdão de 29 de fevereiro de 2019, *N Luxembourg*, processos apensos C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, *N Luxembourg*, n.º 126.

⁽²⁵⁾ Acórdão de 16 de dezembro de 1976, *Reise-Zentrale/Fluvarz*, 33/76, EU:C:1976:188, n.º 5.

Membros têm de respeitar os princípios da equivalência e da efetividade ⁽²⁶⁾. O princípio da equivalência significa que as modalidades processuais adotadas pelos Estados-Membros destinadas a garantir a protecção dos direitos que para os cidadãos decorrem do direito da União não devem ser menos favoráveis do que as relativas a ações análogas de natureza interna. O princípio da efetividade significa que essas modalidades processuais não devem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União.

58. À luz destes princípios, a Comissão propõe as seguintes respostas:

- a. em relação à questão 9, que a aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas depende da sua invocação pelas autoridades nacionais, quando tal é exigido pelos procedimentos nacionais aplicáveis; e
- b. quanto à questão 10, que a aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas depende do respeito, pelas autoridades nacionais, do procedimento previsto para a sua aplicação no direito nacional.

3.5. Quanto à questão 11

59. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o princípio da proibição de práticas abusivas deve ser interpretado no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio é competente para reclassificar / redefinir / requalificar a transação abusiva e aplicar a legislação nacional pertinente à transação que existiria no seu lugar, apesar de a sua competência se limitar à apreciação da legalidade de atos tributários e a decidir pela respetiva anulação ou manutenção na ordem jurídica nacional.
60. É verdade que, em caso de abuso, a consequência jurídica deve ser a de que «[a]s operações implicadas numa prática abusiva devem ser redefinidas de forma a restabelecer a situação tal como ela existiria se não se tivessem verificado operações constitutivas da referida prática abusiva» ⁽²⁷⁾.
61. No entanto, à luz do princípio da autonomia processual compete à ordem jurídica nacional determinar quem tem competência para redefinir a prática abusiva, a fim de

⁽²⁶⁾ Acórdão de 16 de dezembro de 1976, *Comet*, 45/76, EU:C:1976:191, n.os 13 e 16; e acórdão de 8 de março de 2001, *Metallgesellschaft e a.*, processos apensos C-397/98 e C-410/98, EU:C:2001:134, n.º 85.

⁽²⁷⁾ *Idem*, n.º 94.

restabelecer a situação tal como ela existiria se não se tivesse verificado a prática abusiva.

62. Por conseguinte, a Comissão submete que incumbe à autoridade competente, tal como previsto na ordem jurídica nacional à luz do princípio da autonomia, atribuir à transação as consequências jurídicas que teriam resultado da transação na ausência do abuso. A Comissão submete ainda que é essa autoridade nacional competente que deve restabelecer a situação que existiria na ausência de abuso.

4. CONCLUSÃO

63. Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que as questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal Arbitral Tributário ao Tribunal de Justiça devem ser respondidas do seguinte modo:

1-4. A liberdade de estabelecimento opõe-se à aplicação administrativa de legislação nacional segundo a qual um benefício fiscal de 50 % das mais-valias resultantes da transferência de ações de PME não é aplicável quando uma PME não é uma sociedade portuguesa, foi constituída ao abrigo do direito de outro Estado-Membro, tem domicílio noutro Estado-Membro, é residente fiscal noutro Estado-Membro ou exerce a sua atividade económica noutro Estado-Membro.

5. O princípio da proibição de práticas abusivas pode-se aplicar a uma situação como a presente, na medida em que o reconhecimento ao contribuinte do benefício fiscal em causa depende da possibilidade de o contribuinte invocar e exercer uma liberdade fundamental, desde que se estabeleça que: (i) apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado, e (ii) o contribuinte teve a intenção de obter uma vantagem ao abrigo das regras da UE e criou artificialmente as condições necessárias para a obter. Cabe às autoridades nacionais determinar, de acordo com os procedimentos jurídicos nacionais, se estes elementos estão preenchidos no caso em apreço.

6. O princípio da proibição de práticas abusivas opõe-se a que um contribuinte invoque e exerça a liberdade de estabelecimento quando esse direito emerge de e se aplica a uma operação que constitui um abuso de direito.

7. O princípio da proibição do abuso opõe-se a que, uma vez estabelecida uma prática abusiva, um contribuinte possa invocar a segurança jurídica e a confiança legítima para legitimar essa prática abusiva.

8. A aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas depende da verificação, de acordo com os procedimentos jurídicos nacionais aplicáveis, das condições de aplicação deste princípio estabelecidos pelo direito da União, independentemente da verificação das condições de aplicação da norma geral antiabuso nacional.

9. A aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas depende da sua invocação pelas autoridades nacionais, quando tal é exigido pelos procedimentos nacionais aplicáveis.

10. A aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas depende do respeito, pelas autoridades nacionais, do procedimento previsto para a sua aplicação no direito nacional.

11. O princípio da proibição do abuso, uma vez estabelecida uma prática abusiva, implica que a autoridade competente, tal como determinada pela ordem jurídica nacional, deve atribuir à operação abusiva as consequências jurídicas que teriam resultado da operação na ausência de abuso.

Pedro CARO DE SOUSA Wim ROELS
Agentes da Comissão

APÊNDICE 3: OBSERVAÇÕES ESCRITAS DO ESTADO PORTUGUÊS NO PROCESSO PREJUDICIAL C-472/22



MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS
Direção-Geral dos Assuntos Europeus

Lisboa, 9 de novembro de 2022

Meritíssimos Senhores Presidente e Juízes
do Tribunal de Justiça da União Europeia

O **Governo português**, representado por Paula Barros da Costa, Alexandra Rodrigues e Abílio de Almeida Morgado, na qualidade de agentes, que escolhem domicílio no Ministério dos Negócios Estrangeiros, Palácio Cova da Moura, Rua Cova da Moura, n.º 1, P-1350-115 Lisboa, e aceitam as notificações por meio do sistema e-Curia, tendo sido notificado do pedido de decisão a título prejudicial submetido pelo *Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa-CAAD) – Portugal no Processo C-472/22*, tem a honra de apresentar as suas observações escritas ao abrigo do artigo 23.º do Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, o que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

I – Matéria de facto e tramitação processual

1. De acordo com os elementos transmitidos nos autos, o enquadramento factual no processo principal é o seguinte:
2. O Requerente (NO), pessoa singular, cidadão francês, com residência fiscal em território português em 2019, alienou em 23 de abril de 2019, à sociedade de direito francês SAS [REDACTED] ([REDACTED]), pelo montante de € 850 000,00, 29 222 participações sociais, representativas de 47,5% do capital social, da sociedade de direito francês [REDACTED] ([REDACTED]) SaRL ([REDACTED] SaRL), sendo que tais participações sociais alienadas tinham um valor nominal total de € 155 057,78 e um valor contabilístico total de € 164 024,63.

3. Para poder fazer tal aquisição, a [REDACTED] contraiu um empréstimo bancário no montante de € 850 000,00.

4. A [REDACTED] SaRL, a data da referida alienação, tinha como principal objeto social a "criação de eventos, organização de congressos e de todas as manifestações e encontros de caráter turístico, desportivo, cultural ou de lazer"; o seu capital social estava dividido em 61 520 participações sociais, com o valor nominal de € 5,3062 cada uma, no valor nominal total de € 326 437,42, com o valor contabilístico total de € 345 315,00.

5. Antes da referida alienação, todas as participações sociais da [REDACTED] SaRL eram detidas pelo próprio Requerente (em 97,95%) e pela [REDACTED] (em 2,05%).

6. À data da mesma alienação, o Requerente detinha também 86% do capital social da [REDACTED] – os restantes 14% eram detidos pela sociedade de direito suíço SA [REDACTED] – que tinha como principal objeto social 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"; o seu capital social estava dividido em 860 465 participações sociais, com o valor nominal de € 1,00 cada uma, no valor nominal total de € 860 465,00, com o valor contabilístico total de € 386 418,00.

7. Assim, imediatamente antes da referida alienação, o Requerente detinha, direta e indiretamente, 99,71% do capital social da [REDACTED] SaRL. Entre 2016 e 2019, a [REDACTED] SaRL apresentou:

- Em 2016: € 1 386 827,00 de volume de negócios; € 16 387,00 de resultado do exercício; € 1 184 678,00 de ativo; € 284 072,00 de capital próprio;

- Em 2017: € 1 465 260,00 de volume de negócios; € 17 896,00 de resultado do exercício; € 1 222 190,00 de ativo; € 296 676,00 de capital próprio
- Em 2018: € 1 506 385,00 de volume de negócios; € 50 660,00 de resultado do exercício; € 1 192 065,00 de ativo; € 345 315,00 de capital próprio;
- Em 2019: € 1 515 782,00 de volume de negócios; € 43 094,00 de resultado do exercício; € 1 176 151,00 de ativo; € 423 054,00 de capital próprio.

8. A [REDACTED] SaRL e a [REDACTED] não distribuíram quaisquer resultados entre 2013 e 2019.

9. Após a alienação das referidas 29 222 participações sociais da [REDACTED] SaRL, o Requerente permaneceu, seja como gerente desta, seja como o seu sócio maioritário, agora com 50,45% do seu capital social (tendo a [REDACTED] passado a deter 49,55% desse capital social).

10. E, após essa mesma alienação das referidas 29 222 participações sociais da [REDACTED] SaRL, o Requerente passou a deter, direta e indiretamente, 93,06% do capital social da mesma.

11. Na declaração de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), relativa a 2019, que o Requerente apresentou junto da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) portuguesa, mencionou a aquisição (em 2011/2012) dessas 29 222 participações sociais da [REDACTED] SaRL pelo montante total de € 279 129,00 e a respetiva transmissão (em 2019) pelo já mencionado montante total de € 850 000,00.

12. Sobre a mais-valia total assim obtida, foi liquidada ao Requerente a correspondente coleta de IRS, no montante de € 141 460,02, não tendo, portanto, sido considerada pela AT o benefício fiscal automático, traduzido na redução dessa mais-valia em 50%, conforme previsão do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS –

para os ganhos decorrentes da transmissão de participações sociais relativos "a micro e pequenas empresas não cotadas nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores" – o que teria determinado uma coleta de IRS de € 70 730,01.

13. Em 2019, a [REDACTED] SaRL correspondia ao conceito de "pequena empresa", à luz da legislação nacional, constituída pelo Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, e respetivo anexo, porque tinha: (i) um efetivo de 15 (quinze) pessoas; (ii) um volume de negócios anual ou um balanço total anual que não excedia € 10 000 000,00.

14. No processo principal, o Requerente (NO) alega, em síntese, que o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS se deve aplicar aos ganhos decorrentes da transmissão de participações sociais, seja em empresas residentes em território nacional, seja em empresas residentes noutros Estados-Membros, sob pena de violação da liberdade de estabelecimento e da liberdade de circulação de capitais consagradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), pois inexistente qualquer justificação para limitar o escopo de aplicação dessa norma apenas às mais-valias resultantes da transmissão de participações sociais de sociedades com sede em Portugal.

15. Em contrapartida, a Requerida, Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), alega no processo principal, em síntese, que tal benefício fiscal está associado a empresa com sede efetiva em território português, seja porque a avaliação de micro ou pequena empresa é feita pelo Ministério da Economia e da Inovação do Governo português e relativamente às que exercem a respetiva atividade numa área sob a tutela desse Ministério, como resulta do artigo 43.º, n.º 4, do Código do IRS, seja porque a interpretação teleológica do n.º 3 deste mesmo artigo aponta para que o seu objetivo seja estimular a atividade económica em Portugal (o que não pode verificar-se quanto à sociedade de direito francês cujas participações sociais foram transmitidas pelo Requerente).

16. Acrescenta a AT que esta sua interpretação do artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS não viola a liberdade de circulação de capitais consagrada no TFUE, na medida em que o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE permite aos Estados-Membros distinguir entre contribuintes que não se encontrem em situação objetivamente comparável no que se refere ao lugar em que o seu capital é investido, sendo que, para este efeito, a comparabilidade da situação transfronteiriça com a situação interna deve ser ponderada à luz dos critérios de distinção estabelecidos na legislação nacional, *in casu* o estímulo da atividade económica em território português.

17. Fundamentando a necessidade do presente pedido de decisão a título prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio começa por enunciar nos termos seguintes um dos temas das questões a decidir, à luz das exigências normativas que decorrem das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais consagradas, respetivamente, nos artigos 49.º e 63.º (e 65.º) TFUE: “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”.

18. Mas o órgão jurisdicional de reenvio acrescenta, no que releva para o presente pedido de decisão a título prejudicial, o seguinte:

“O presente pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º (direito de estabelecimento), 63.º e 65.º do TFUE (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.

(...)

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 (...).

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 (...).

(...) 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 forem 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.

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 pronunciarem sobre o mesmo no decurso do processo arbitral.

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.

(...)

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.”

II – Questões prejudiciais

19. A fim de decidir a matéria controvertida no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio entendeu, pois, suspender a instância correspondente a esse processo principal para submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, as seguintes 11 (onze) questões prejudiciais:

“1.ª - Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFUE 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.º - Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFUE 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.º - Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFUE 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.º - Devem o artigo 49.º (direito de estabelecimento) e/ou o artigo 63.º (livre circulação de capitais) do TFUE 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.º - 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.º - 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 de 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.ª - 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.ª - 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 antiabuso nacional?

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

10.ª - 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 antiabuso nacional?

11.ª - 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?"

III – Quadro jurídico relevante

A – Direito da União

20. Consagra o artigo 49.º TFUE (ex-artigo 43.º TCE):

"No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.º, nas condições definidas na legislação do país de

estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.”

21. Consagra o artigo 63.º TFUE (ex-artigo 56.º TCE):

“1 – No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

2 – No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.”

22. Por seu turno, o artigo 65.º TFUE (ex-artigo 58.º TCE) consagra:

“1 – O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros: Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;

Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras; preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.

2 – O disposto no presente capítulo não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com os Tratados.

3 – As medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º.

4 – (...).”

23. E, como refere o órgão jurisdicional de reenvio ao formular o presente pedido de decisão a título prejudicial:

“É também relevante o princípio de proibição de práticas abusivas decorrente da jurisprudência do TJUE.”

B – Direito nacional

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Código do IRS), quanto à tributação das mais-valias resultantes da transmissão de participações sociais [nas redações aplicáveis em 23 de abril de 2019, a data da transmissão das participações sociais *sub judice*].

24. Conforme resulta dos artigos 1.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, do Código do IRS, as mais-valias decorrentes da transmissão de participações sociais auferidas por pessoas singulares residentes em território português são tributadas em sede de IRS como rendimentos da "Categoria G - Incrementos patrimoniais", sendo o ganho sujeito a imposto correspondente à diferença entre o valor de realização (determinado nos termos do artigo 44.º do Código do IRS) e o valor de aquisição (determinado nos termos do artigo 48.º do Código do IRS) e tributado (quando o contribuinte não opte pelo englobamento, como na situação *sub judice*) à taxa especial de 28%, conforme o artigo 72.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRS.

25. A redação dos n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 43.º (sob a epígrafe "Mais-valias") do Código do IRS era a seguinte:

*"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."*

Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, e respetivo anexo

26. No artigo 2.º (sob a epígrafe “Efetivos e limiares financeiros que definem as categorias de empresas”) do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, as micro, pequenas e médias empresas são definidas nos termos seguintes:

“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 microempresa 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.”

27. Sendo que o Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, cria a certificação do estatuto de micro, pequenas e médias empresas (PME), com correspondência na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de maio, e sendo que se entende por “empresa” “qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma atividade económica” (cfr. artigo 1.º do anexo).

28. Uma tal certificação “é aplicável a todas as empresas que necessitem de apresentar e comprovar o estatuto de micro, de pequena ou de média empresa no âmbito dos procedimentos administrativos para cuja instrução ou decisão final seja legalmente ou regulamentarmente exigida” (cfr. n.º 1 do artigo 3.º).

29. Conforme o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, esta certificação “tem por missão promover a inovação e executar

políticas de estímulo ao desenvolvimento empresarial, visando o reforço da competitividade das micro, pequenas e médias empresas (PME)”; sendo que, numa fase de experimentação (de um ano), a certificação destinou-se a PME que exercessem a sua atividade nas áreas sob tutela do Ministério da Economia e da Inovação, mas passou depois a aplicar-se “às restantes empresas interessadas”.

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (Código do IRS), quanto à tributação dos lucros distribuídos

30. Conforme resulta dos artigos 1.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, alínea h), do Código do IRS, os dividendos e outras distribuições de lucros auferidas por indivíduos residentes em território português provenientes de sociedade residente noutro Estado-Membro, são tributados em sede de IRS como “Categoria E - Rendimentos de capitais”, sendo que:

- Se o contribuinte optar pelo englobamento desse rendimento (nos termos do artigo 72.º, n.º 13, do Código do IRS), é o mesmo considerado em 50% e sujeito às taxas gerais (progressivas, entre 14,5%, para rendimentos até € 7091,00, e 48%, para rendimentos superiores a € 80 640,00), conforme resulta dos artigos 40.º-A (sob a epígrafe “Dupla tributação económica”), n.ºs 1 e 4, e 68.º (sob a epígrafe “Taxas gerais”) do Código do IRS;
- Se o contribuinte não optar pelo englobamento desse rendimento (como na situação *sub judice*), é o mesmo considerado em 100% e sujeito à taxa especial de 28%, conforme o artigo 72.º, n.º 1, alínea d), do Código do IRS.

Lei Geral Tributária (LGT) e Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT)

31. O n.º 2 do artigo 38.º (sob a epígrafe “Ineficácia de atos e negócios jurídicos”) da LGT consagra a chamada “cláusula geral antiabuso”, com a redação seguinte:

"2 – São ineficazes no âmbito tributário os atos 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, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas."

32. Por seu turno, o artigo 63.º (sob a epígrafe "Aplicação de disposição antiabuso") do CPPT regula o procedimento obrigatório para a aplicação de tal "cláusula geral antiabuso", com a redação seguinte:

"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 – (...)

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

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

A demonstração de que a celebração do negócio jurídico ou prática do ato jurídico foi essencial ou principalmente dirigida à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em caso de negócio ou ato 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 projeto 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 – (...)

10 – (...)"

IV – Análise jurídica

A – Observações relativas às 1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª questões prejudiciais: compatibilidade do regime fiscal português relativo às mais-valias resultantes da transmissão de participações sociais em pequenas empresas, constante do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, com a liberdade fundamental de circulação de capitais

33. Como se disse, alegando dúvida quanto ao critério adotado pela AT para negar ao Requerente o benefício fiscal previsto no artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, o órgão jurisdicional de reenvio formulou as 1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª questões prejudiciais de forma idêntica, distinguindo nessa formulação exclusivamente o critério de as sociedades, respetivamente: (i) serem, ou não, constituídas de acordo com o direito português; (ii) terem, ou não, a sede efetiva em território português, (iii) terem, ou não, residência fiscal em território português; (iv) exercerem, ou não, atividade no território português.

34. Acontece que, verdadeiramente, os três primeiros critérios podem e devem confluir para o critério da residência fiscal em território português: desde logo porque – como o próprio órgão jurisdicional de reenvio reconhece (cfr. supra parágrafo 6) – para efeitos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas uma sociedade é residente em Portugal quando tenha sede ou direção efetiva em território português, como estatui o artigo 2.º, n.º 3, do respetivo Código; depois porque, como se clarificou no Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 1993, *Commerzbank AG*, C-330/91, ECLI:EU:C:1993:303, tais sede ou direção efetiva das entidades coletivas servem para determinar, à semelhança da nacionalidade das pessoas singulares, a sua subordinação à ordem jurídica de um Estado-Membro, na lógica do atual artigo 54.º TFUE.

35. Por outro lado, importa atentar em que os artigos 2.º e 3.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas estatuem a tributação em Portugal das sociedades sem sede nem direção efetiva em território português (nem constituídas de acordo com a legislação nacional) que neste território exerçam atividades empresariais, incluindo prestações de serviços, de natureza comercial, industrial ou agrícola, seja através de um estabelecimento estável, seja simplesmente ao abrigo das liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços.

36. Ora – tenha-se bem presente este ponto – o que verdadeiramente está em causa na situação sub judice, traduzida na conjugação necessária do regime do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS com o regime do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, e respetivo anexo, é precisamente o exercício, ou não, por micro ou pequena empresa não cotada nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores (cfr. n.º 3 do artigo 43.º do Código do IRS), de uma atividade empresarial, incluindo a prestação de serviços, no território português, seja uma tal atividade empresarial exercida em território português por uma empresa – no conceito abrangente do artigo 1.º do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro (cfr. supra parágrafo 15) – da titularidade de uma sociedade residente para efeitos fiscais em Portugal ou por um estabelecimento estável – que se integra também nesse mesmo conceito abrangente de empresa – de uma sociedade aqui não residente para efeitos fiscais.

37. A conclusão expressa no parágrafo anterior não se extrai da necessidade de integração da atividade empresarial da micro ou da pequena empresa nas áreas sob tutela do Ministério da Economia e da Inovação português, pois, como se disse (cfr. supra parágrafo 17), uma tal exigência até desapareceu findo o período de experimentação (de um ano) do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro; uma tal conclusão extrai-se sim do inequívoco sentido teleológico-

finalístico, seja deste mesmo Decreto-Lei, seja do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, pois em ambos os casos está em causa a finalidade de estimular a atividade económica empresarial exercida em Portugal, através da promoção da inovação e da execução de políticas de estímulo ao desenvolvimento empresarial pelo reforço da competitividade das PME (cfr. supra parágrafos 16 e 17).

38. Por outro lado, deve ter-se como assente que a questão sob apreciação no presente pedido de decisão a título prejudicial tem de focalizar-se na compatibilização do citado regime português constante do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS com a liberdade fundamental de circulação de capitais, consagrada no artigo 63.º TFUE, e não com as liberdades de estabelecimento ou de prestação de serviços.

39. É que é muito claro que o que está, direta e imediatamente, em causa é a aferição da existência de alguma restrição ilegítima de natureza fiscal ao investimento pelo Requerente dos seus capitais no âmbito territorial da União Europeia, razão pela qual tais liberdades de estabelecimento ou de prestação de serviços seriam sempre, *in casu*, absolutamente secundárias face à liberdade fundamental de circulação de capitais.

40. Neste ponto, deve pois ter-se em conta, como um dado adquirido – conforme a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça (conferir, por todos, os mais recentes Acórdãos de 7 de abril de 2022, Veronsaajien oikeudenvaivontayksikkö (Exonération des fonds d’investissement contractuels), C-342/20, ECLI:EU:C:2022:276, e de 17 de março de 2022, AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19, ECLI:EU:C:2022:193, bem como a jurisprudência neles referida) –, que, dada a essencial natureza de aplicação/alienação de capital, que é a fonte do rendimento de mais-valias ora em causa, e as características da tributação portuguesa que sobre o mesmo rendimento incidiu, a questão objeto das 1.ª, 2.ª,

3.ª e 4.ª questões prejudiciais deve considerar-se enquadrada, não nas liberdades de estabelecimento ou de prestação de serviços, mas na liberdade fundamental de circulação de capitais no seio dos Estados-Membros.

41. Importa, por isso, verificar se o citado regime português constante do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS é, ou não, compatível com a liberdade fundamental de circulação de capitais, conforme consagrada nos artigos 63.º e 65.º TFUE.

42. E, na opinião do Governo português – que está bem ciente daquela que, com assinalável constância, é a interpretação que o Tribunal de Justiça faz da liberdade fundamental de circulação de capitais – a conclusão de tal verificação deve apontar claramente no sentido da compatibilidade entre esses dois momentos normativos.

43. Quanto à interpretação feita pelo Tribunal de Justiça da liberdade fundamental de circulação de capitais, conforme proclamada no artigo 63.º, n.º 1, TFUE, é ponto assente, em síntese, que as competências dos Estados-Membros em matéria de tributação direta não podem deixar de observar o Direito da União Europeia, concretamente não dissuadindo os não residentes de neles investirem capitais.

44. E é também ponto assente que a derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º TFUE – relativa à distinção “entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido” – tem de ser interpretada estritamente, conforme imposição do n.º 3 do mesmo artigo, sendo inadmissível, pois, uma diferenciação tributária quanto ao

lugar de investimento do capital que se configure como arbitrariamente discriminatória, face a situações, entre si, objetivamente comparáveis, sem que tal diferenciação tributária possa justificar-se por razões imperiosas de interesse geral – desde que através de medidas necessárias, adequadas e proporcionais e que não contrariem a harmonização do Direito da União Europeia que já exista para proteção desse mesmo interesse geral – como a repartição equilibrada do poder de tributar ou como a preservação de um nexo direto de coerência do regime fiscal, para além da garantia da eficácia dos controlos fiscais e da prevenção da evasão/fraude fiscal.

45. Sobre os dois parágrafos anteriores das presentes observações, pode conferir-se, por todos, os mais recentes Acórdãos do Tribunal de Justiça, todos de 2022, bem como a jurisprudência neles referida: de 16 de junho de 2022, ACC Silicones, C-572/20, ECLI:EU:C:2022:469; de 7 de abril de 2022, Veronsaajien oikeudenvolvontayksikkö (Exonération des fonds d'investissement contractuels), C-342/20, ECLI:EU:C:2022:276; de 17 de março de 2022, AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19, ECLI:EU:C:2022:193.

46. Não se ignora que o Requerente pode sempre afirmar que, se tivesse optado por investir o seu capital numa sociedade que exercesse uma atividade empresarial em território português (cfr. supra parágrafo 24), teria tido acesso ao regime beneficiado das mais-valias constante do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS; e que só a este regime beneficiado não acedeu porque o seu capital foi investido numa sociedade que não exercia atividade empresarial em território português.

47. Só que – seja-se muito claro – não estamos aqui sequer perante qualquer distinção entre contribuintes no que se refere ao lugar em que o seu capital é investido, mas sim perante uma distinção quanto à localização da própria

atividade empresarial desenvolvida, já que qualquer residente ou não residente em Portugal que invista em qualquer sociedade residente ou não residente em Portugal pode perfeitamente beneficiar do regime das mais-valias constante do artigo 43.º, n.ºs 3 e 4, do Código do IRS, bastando para isso que essa sociedade, seja qual for o Estado-Membro da sua residência/sede/direção efetiva, exerça atividade empresarial em Portugal.

48. Ora, inexistindo qualquer entrave ao exercício de uma tal atividade empresarial em Portugal e inexistindo qualquer dúvida sobre a legitimidade de um tal benefício fiscal em sede de mais-valias (visando fortalecer a atividade empresarial das micro e pequenas empresas não cotadas nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores), tem de concluir-se que, para efeitos deste benefício fiscal, os contribuintes titulares de participações sociais em sociedades que exercem atividade empresarial em Portugal e os contribuintes titulares de participações sociais em sociedades que não exercem atividade empresarial em Portugal não se encontram, efetivamente, em idêntica situação no que se refere ao seu capital investido, traduzindo uma diferenciação tributária sem nada de arbitrariedade ou discriminação, pois a situação de cada um desses contribuintes não é objetivamente comparável uma com a outra e a diferenciação tributária inerente ao mesmo benefício fiscal em sede de mais-valias não contende com qualquer dos critérios de proporcionalidade e tem tudo a ver diretamente com a preservação da coerência do sistema fiscal.

49. Razão por que a situação *sub judice* não pode, de todo, aplicar-se qualquer *ratio decidendi* inerente, por exemplo, ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2000, Verkooijen, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294 (relativo a uma não permissão nos Países Baixos de consideração da isenção de tributação de dividendos recebidos de uma empresa sediada noutro Estado-Membro) ou, menos ainda, ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de outubro de 2007, Hollmann, C-

443/06, ECLI:EU:C:2007:600 (relativo a uma não permissão de que o saldo apurado entre as mais-valias e as menos-valias nas transmissões de bens imóveis situados em Portugal realizadas por não residentes em Portugal seja considerado em 50% do seu valor, como o seria para residentes em Portugal).

50. Pelos fundamentos expostos, o Governo português propõe que o Tribunal de Justiça se digne responder às 1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª questões prejudiciais nos termos seguintes:

“O artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à legislação 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 apenas aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades que exerçam no território português uma atividade empresarial, através de micro empresa ou de pequena empresa não cotada nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores, seja uma tal atividade empresarial exercida por uma empresa de uma sociedade fiscalmente residente em Portugal ou por um estabelecimento estável de uma sociedade aqui não fiscalmente residente.”

B – Observações relativas à 5.ª questão prejudicial:

51. Fundamentando a 5.ª questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio, referindo-se ao “princípio da proibição de práticas abusivas”, enquanto princípio geral do Direito da União Europeia densificado pelo Tribunal de Justiça, “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 (...) e da liberdade de circulação de capitais (...), (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 TFUE e a liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º TFEU”.

52. O órgão jurisdicional de reenvio assume que da jurisprudência do Tribunal de Justiça se “retira que o ‘princípio da proibição de práticas abusivas’ tem aplicação no âmbito do direito de estabelecimento (...) e da livre de circulação de capitais (...)”, e logo acrescenta:

“Tendo em conta a factualidade subjacente ao litígio principal, (...) 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 (...) e a liberdade de circulação de capitais (...)”.

53. E o órgão jurisdicional de reenvio enuncia as razões pelas quais pode considerar artificial a transmissão de participações sociais sub judice nos termos seguintes:

“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 CLB SaRL pelo Requerente para a sociedade Prince Vert 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.”

54. Concretizando, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha os seguintes três pontos:

A diferença entre o valor da transmissão e o valor nominal ou contabilístico das participações sociais transmitidas, logo acrescentando 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 quando a transmissão ocorre entre partes não relacionadas e sem relações especiais, agindo de forma independente e no interesse próprio" e que na situação sub judice se indicia que as participações sociais "foram transmitidas por um valor substancialmente superior ao que seria pago caso a transação ocorresse entre partes não relacionadas ou sem relações especiais", sendo que "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)";

Que, com a transmissão das participações sociais sub judice, "o Requerente não alterou significativamente a sua posição enquanto acionista maioritário e entidade que controla efetivamente a sociedade [REDACTED] SaRL (...), o que indicia que a transação em causa tem uma natureza artificial" ["o resultado da transação foi, em termos substantivos, o Requerente ficar com mais dinheiro e a sociedade [REDACTED] ficar com menos dinheiro, representado uma verdadeira extração de ativos (dinheiro) da sociedade [REDACTED]"];

Que, 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 [REDACTED] adquiriria ações na sociedade [REDACTED] SaRL para efeitos de adquirir a maioria de votos nesta sociedade, e o Requerente receberia ações da [REDACTED] em contrapartida), ou seja, uma transação suscetível de beneficiar de um eventual adiamento da tributação das mais-valias até à sua realização efetiva".

55. E, face a estas considerações, "tendo em conta os efeitos produzidos na esfera do Requerente e das sociedades", o órgão jurisdicional de reenvio pondera se a transação em causa, "em substância e vista de forma realista", não consiste antes num "pagamento com o resultado equivalente ao pagamento de dividendos", sendo que sublinha que "as sociedades em causa não distribuíram dividendos entre 2013 e 2019", que "o regime fiscal das mais-valias (...) resulta efetivamente num montante de imposto substancialmente inferior do que resultaria da aplicação do regime fiscal dos dividendos" e que "tratando-se de uma transmissão de participações sociais o valor de aquisição das mesmas a considerar numa transmissão futura é de € 850 000,00, 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".

56. Concluindo este ponto, o órgão jurisdicional de reenvio "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", razão por que se questiona, na formulação da 5.ª questão prejudicial, "se não estarão reunidos os elementos constitutivos de uma 'prática abusiva' para efeitos de aplicação do 'princípio da proibição de práticas abusivas'".

57. Face a esta posição do órgão jurisdicional de reenvio, o Governo português começa por afirmar que partilha a convicção desse mesmo órgão jurisdicional de que, face a todo o concreto circunstancialismo dado por assente na matéria de facto (cfr. supra parágrafo 1), a transmissão de participações sociais sub

judice terá sido essencial ou principalmente contratada para, artificialmente e com fraude e abuso desse tipo de negócio jurídico, reduzir substancialmente o imposto que seria devido (cfr. supra parágrafo 18) pelo verdadeiro fim económico pretendido pelo Requerente, qual seja de auferir da distribuição de lucros/retirada de ativos pecuniários das por si dominadas sociedades [REDACTED] SaRL e [REDACTED], numa operação muito provavelmente passível da requalificação do facto tributário prevista na “cláusula geral antiabuso” do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

58. Assim sendo – e embora uma tal requalificação do facto tributário seja competência das autoridades nacionais, em concreto da AT com a possibilidade de recurso para os tribunais –, o Governo português considera que a situação sub judice poderá efetivamente reunir os elementos constitutivos de uma “prática abusiva” inerente ao “princípio da proibição de práticas abusivas”, como tem este sido densificado pelo Tribunal de Justiça enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, visando garantir que os particulares não se prevaleçam das normas comunitárias de modo abusivo ou fraudulento.

59. Na verdade, assistiu-se a uma densificação pelo Tribunal de Justiça da conformação da fraude à lei (comunitária) prosseguida pelos sujeitos passivos de IVA, face ao direito de dedução/reembolso, que concretiza o princípio da neutralidade (e da igualdade) nesta tributação, como nos leading cases, todos de 21 de fevereiro de 2006, Halifax, C-255/02, BUPA Hospitals, C-419/02, e University of Huddersfield, C-223/03, em que, com o único fim de recuperar o IVA, se montam operações complexas ou se antecipam contratos face ao conhecimento de uma alteração do regime de isenção com dedução (“taxa zero”).

60. As importantes Conclusões do Advogado-Geral Polares Maduro, que fizeram vencimento nestes casos, assentaram, em síntese: (i) na reafirmação do princípio da liberdade de opção pela via da tributação mais favorável; (ii) no

sublinhado de que, contudo, a disposição comunitária que confere um direito não permite a obtenção de "vantagens ilegítimas e manifestamente alheias ao objetivo da referida disposição", apelando-se à figura do abuso do direito; (iii) no detalhar de que a proibição do abuso das normas do IVA não afeta o tráfego comercial legítimo se o direito convocado artificialmente pelo sujeito passivo for excluído apenas quando não apresentar outra justificação objetiva para além de permitir tal convocação e quando o reconhecimento desse direito contender com "os objetivos e resultados visados pelas disposições relevantes do sistema comum do IVA"; (iv) na conclusão de que uma tal convocação artificial do direito "não merece ser protegida pelos princípios de direito comunitário da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima".

61. O órgão jurisdicional de reenvio convoca também a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em concreto os Acórdãos de 21 de fevereiro de 2006, Halifax, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121; de 22 de novembro de 2017, Cussens, C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881; e de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134; sendo que o Acórdão Cussens contém – como reconhecido pelo próprio órgão jurisdicional de reenvio – uma afirmação lapidar quanto à configuração jurídica destinada precisamente a garantir que os particulares não se prevaleçam das normas comunitárias de modo abusivo ou fraudulento (cfr. n.º 32): "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" (no mesmo sentido, cfr. o Acórdão N Luxembourg, maxime n.º 122).

62. O Governo português pormenoriza porque considera que a situação sub judice poderá efetivamente reunir os elementos constitutivos de uma "prática abusiva", inerente ao "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia: é que o apelo feito pelo Requerente à liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º TFUE (e à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º TFUE) só ocorre porque pretende ele instrumentalizar a vantagem conferida por tal liberdade fundamental consagrada no Direito da União Europeia exclusivamente em prol do seu designio, individual, fraudulento e abusivo, de, a um tempo, seja contornar habilidosamente uma tributação nacional a que estaria sujeito, face à realidade objetiva e substancial do que ocorreu, seja ainda legitimar e consolidar a vantagem fiscal ambicionada com uma tal elisão da tributação efetivamente devida; sendo que é inquestionável que o "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, tem aplicação às liberdades fundamentais consagradas no TFUE (cfr., Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 1999, Centros, C-212/97, maxime n.º 24).

63. Pelos fundamentos expostos, o Governo português propõe que o Tribunal de Justiça se digne responder à 5.ª questão prejudicial nos termos seguintes:

"O "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, deve ser aplicado a uma situação como a sub judice, passível da requalificação do facto tributário à luz da "cláusula geral antiabuso" do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, de forma a sustentar a elisão fiscal traduzida na obtenção abusiva e fraudulenta de um específico benefício fiscal previsto na legislação portuguesa, pois que a obtenção pelo contribuinte desse mesmo benefício fiscal depende exclusivamente da invocação por ele das liberdades fundamentais consagradas no TFUE, maxime da liberdade de circulação de capitais."

C – Observações relativas às 6.ª e 7.ª questões prejudiciais:

64. Fundamentando as 6.ª e 7.ª questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se se um contribuinte poderá fazer prevalecer-se do direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFEU e/ou da livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFEU para usufruir de um benefício fiscal previsto na legislação nacional para mais-valias decorrentes de transmissão de participações sociais, quando, com o objetivo principal de usufruir desse benefício fiscal, formalizou a transação como uma transmissão de participações sociais, sendo que, “em substância, recebeu um pagamento com um resultado equivalente a um pagamento de dividendos”; ou, noutros termos, questiona-se “se poderá um contribuinte prevalecer-se dos direitos decorrentes dos artigos 49.º e 63.º 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”: “Poderá um contribuinte legitimamente invocar o direito de estabelecimento e a liberdade de circulação capitais em tais circunstâncias?” “Configura uma tal invocação do Direito da União Europeia uma utilização abusiva do mesmo?”

65. O Governo português considera que, conforme vêm formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio, as 6.ª e 7.ª questões prejudiciais estão, em grande parte, consumidas pelas observações feitas quanto à 5.ª questão prejudicial (cfr. supra, maxime, parágrafos 45 a 51), justificando-se acrescentar agora, tão só, que não se vê, de todo, que possam invocar-se quaisquer razões de segurança jurídica ou de confiança legítima que obstem à aplicação preconizada no anterior parágrafo 50 do “princípio da proibição de práticas abusivas”, enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, pois que suster a elisão fiscal traduzida na obtenção abusiva e fraudulenta de um específico benefício fiscal previsto na legislação nacional é que contribui, precisamente, para a segurança jurídica e a igualdade

face à lei que toda a tributação deve acautelar, em nome do princípio da confiança inerente ao Estado de direito democrático.

66. Neste preciso ponto, anote-se que, como dito no anterior parágrafo 48, um dos pilares da edificação do "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, assentou precisamente na conclusão de que uma convocação artificial/abusiva/fraudulenta de um direito conferido pelo ordenamento jurídico da União Europeia "não merece ser protegida pelos princípios de direito comunitário da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima".

D – Observações relativas às 8.ª, 9.ª e 10.ª questões prejudiciais:

67. Fundamentando as 8.ª, 9.ª e 10.ª questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio começa por considerar que a aplicação pelos tribunais da "cláusula geral antiabuso" do n.º 2 do artigo 38.º da LGT depende da respetiva invocação pelas autoridades fiscais (que devem respeitar o procedimento prévio previsto no já citado artigo 63.º do CPPT), para logo constatar que, ao invés, "o Direito da União Europeia é de conhecimento oficioso pelo Tribunal Arbitral, não dependendo a respetiva aplicação de invocação pelas autoridades fiscais".

68. O órgão jurisdicional de reenvio dá também a conhecer que, já no decurso do processo principal, ele próprio levantou a questão da relevância do "princípio da proibição de práticas abusivas", à luz dos factos e dos elementos de prova juntos aos autos, "tendo dado oportunidade ao contribuinte e à administração fiscal para se pronunciarem".

69. Posto isto, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se "quanto à possível interação" do "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto

princípio geral do Direito da União Europeia, com a "cláusula geral antiabuso" prevista do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, formulando, em concreto, as citadas 8.ª, 9.ª e 10.ª questões prejudiciais.

70. Considera o Governo português, como se disse no anterior parágrafo 46, que a requalificação do facto tributário nos termos da "cláusula geral antiabuso" do n.º 2 do artigo 38.º da LGT constitui uma competência própria das autoridades nacionais, em concreto da AT, que tem de respeitar o procedimento prévio regulado no artigo 63.º do CPPT, com a possibilidade de recurso para os tribunais; e assim é muito embora a "cláusula geral antiabuso" não deixe de traduzir, naturalmente, também uma concretização do "princípio geral da proibição de práticas abusivas", paralela à concretização deste princípio erigida no âmbito do Direito da União Europeia, sendo, aliás, que a sua redação atual resulta igualmente da transposição da "Regra geral antiabuso" prevista no artigo 6.º da Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12 de julho de 2016, a chamada Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD 1).

71. Está-se, pois, no âmbito da "cláusula geral antiabuso" portuguesa, perante comandos normativos específicos do Direito nacional do Estado-Membro que é Portugal, competindo necessariamente às autoridades nacionais velar pela sua correta e oportuna invocação e aplicação; sem prejuízo, obviamente, da competência do Tribunal de Justiça para aferir da compatibilidade de tais comandos normativos com o Direito da União Europeia, o que não está, de todo, em causa no presente reenvio prejudicial quanto a essa "cláusula geral antiabuso".

72. Pelos fundamentos expostos, o Governo português propõe que o Tribunal de Justiça se digne responder às 8.ª, 9.ª e 10.ª questões prejudiciais nos termos seguintes:

“A “cláusula geral antiabuso” do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, embora traduza uma concretização do “princípio geral da proibição de práticas abusivas”, integra o Direito nacional português, competindo necessariamente às autoridades nacionais velar pela sua correta e oportuna invocação e aplicação de acordo com esse Direito nacional e em conformidade com os princípios da legalidade, da separação de poderes e da reserva de administração.”

E – Observações relativas à 11.ª questão prejudicial:

73. Por fim, fundamentando a 11.ª questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio, invocando novamente o Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 2017, Cussens, C-251/16 (maxime n.ºs 45 a 51), sugere que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça 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 existiria 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”.

74. Mas, logo depois, afirma o órgão jurisdicional de reenvio estar sujeito ao princípio da legalidade, tendo “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”, pelo que questiona, na lógica da 11.ª questão prejudicial que formulou, “caso se verifiquem os pressupostos e condições de aplicação do ‘princípio da proibição de práticas abusivas’ no caso sub judice”: (i) “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)”; (ii) ou, pelo contrário, se “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 (...) 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)".

75. Se bem se entende esta questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, pretende este apurar se do "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, pode diretamente retirar a legitimidade para ele próprio, independentemente da iniciativa da AT, proceder à requalificação do facto tributário nos termos da "cláusula geral antiabuso" do n.º 2 do artigo 38.º da LGT.

76. Não cabe aqui uma análise aprofundada do Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 2017, Cussens, C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881; mas já se justifica enfatizar que o mesmo confirma (tal como, aliás, o Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134) que o "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, vale independentemente da sua consagração expressa nos Tratados e demais fontes de Direito da União Europeia e independentemente de qualquer transposição para as legislações dos Estados-Membros, podendo/devendo ser diretamente invocado pelas autoridades nacionais para recusar reconhecer situações jurídicas consideradas abusivas/fraudulentas do Direito da União Europeia.

77. Referindo-se sempre ao Direito da União Europeia (concretamente em matéria de IVA), o Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 2017, Cussens, C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881, reconhece que "o 'princípio da proibição de práticas abusivas' obriga as autoridades nacionais, em substância, a aplicar a

legislação pertinente em matéria de IVA às operações em causa, abstraindo das operações que são constitutivas de uma prática abusiva” (cfr. n.º 48).

78. Nesta lógica, o mesmo Acórdão responde à questão prejudicial que nesta matéria lhe foi colocada nos termos seguintes (cfr. n.º 51):

“Assim, há que responder à terceira questão que a Sexta Diretiva deve ser interpretada no sentido de que, no caso de as operações em causa no processo principal deverem ser objeto de requalificação em aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas, as operações que não constituam uma prática abusiva podem ser sujeitas a IVA com base nas disposições pertinentes da legislação nacional que prevê essa tributação.”

79. Se bem se interpreta este Acórdão, aponta ele – estando em causa o Direito da União Europeia – para a necessidade de uma requalificação do facto tributário (em termos paralelos à que se prevê na “cláusula geral antiabuso” do n.º 2 do artigo 38.º da LGT) a cargo das “autoridades nacionais” e nos termos da “legislação nacional”, o que, aliás, bem se compreende, pois estamos nitidamente na esfera das competências dos Estados-Membros.

80. Assim sendo, não restam dúvidas de que compete ao órgão jurisdicional de reenvio, como se afirmou no anterior parágrafo 51, “suster a elisão fiscal traduzida na obtenção abusiva e fraudulenta de um específico benefício fiscal previsto na legislação portuguesa” e, assim mesmo, como ele próprio também concebe (cfr. supra parágrafo 62), “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”, limitando-se, nestes termos, a decidir pela manutenção na ordem jurídica do ato de liquidação de imposto já praticado; aliás, em perfeita coerência com a ratio do Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg, C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134, que afirma lapidarmente o seguinte (cfr. n.º 180):

“Numa situação em que o regime, previsto pela Diretiva 2003/49, de isenção da retenção na fonte sobre juros pagos por uma sociedade residente num Estado-Membro a uma sociedade residente noutro Estado-Membro não é aplicável devido à constatação da existência de uma fraude ou de um abuso, (...), a aplicação das liberdades consagradas no TFUE não pode ser invocada para pôr em causa a legislação do primeiro Estado-Membro que rege a tributação desses juros.”

81. Pelos fundamentos expostos, o Governo português propõe que o Tribunal de Justiça se digne responder à 11.ª questão prejudicial nos termos seguintes:

“Compete ao órgão jurisdicional de reenvio, em aplicação do “princípio da proibição de práticas abusivas”, enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, suster a elisão fiscal traduzida na obtenção abusiva e fraudulenta de um específico benefício fiscal previsto na legislação portuguesa e, assim, negar ao Requerente um benefício fiscal como o previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, que não teria aplicação na ausência dessa elisão fiscal.”

V – Conclusão

82. Assim, à luz de todos os fundamentos expostos, o Governo português propõe que o Tribunal de Justiça se digne responder às questões prejudiciais que lhe foram submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio nos termos seguintes:

- Quanto às 1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª questões prejudiciais:

O artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à legislação 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 apenas aplicável a transmissões de participações sociais em sociedades que exerçam no território português uma atividade empresarial, através de micro empresa ou de pequena empresa não cotada nos mercados regulamentado ou não regulamentado da bolsa de valores, seja uma tal atividade empresarial exercida por uma empresa de uma sociedade fiscalmente residente em

Portugal ou por um estabelecimento estável de uma sociedade aqui não fiscalmente residente.

- Quanto às 5.ª, 6.ª e 7.ª questões prejudiciais:

O "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, deve ser aplicado a uma situação como a sub judice, passível de requalificação do facto tributário à luz da "cláusula geral antiabuso" do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, de forma a sustentar a elisão fiscal traduzida na obtenção abusiva e fraudulenta de um específico benefício fiscal previsto na legislação portuguesa, pois que a obtenção pelo contribuinte desse mesmo benefício fiscal depende exclusivamente da invocação por ele das liberdades fundamentais consagradas no TFUE, maxime da liberdade de circulação de capitais, sendo que inexistem quaisquer razões de segurança jurídica ou de confiança legítima que possam invocar-se para obstar a uma tal aplicação do "princípio da proibição de práticas abusivas", já que sustentar a elisão fiscal referida é que contribui, precisamente, para a segurança jurídica e a igualdade face à lei que toda a tributação deve acautelar, em nome do princípio da confiança inerente ao Estado de direito democrático.

- Quanto às 8.ª, 9.ª e 10.ª questões prejudiciais:

A "cláusula geral antiabuso" do n.º 2 do artigo 38.º da LGT, embora traduza uma concretização do "princípio geral da proibição de práticas abusivas", integra o Direito nacional português, competindo necessariamente às autoridades nacionais velar pela sua correta e oportuna invocação e aplicação de acordo com esse Direito nacional e em conformidade com os princípios da legalidade, da separação de poderes e da reserva de administração.

- Quanto à 11.ª questão prejudicial:

Compete ao órgão jurisdicional de reenvio, em aplicação do "princípio da proibição de práticas abusivas", enquanto princípio geral do Direito da União Europeia, sustentar a elisão fiscal traduzida na obtenção abusiva e fraudulenta de um específico benefício fiscal previsto na legislação portuguesa e, assim, negar ao Requerente um benefício fiscal como o previsto no artigo 43.º, n.º 3, do Código do IRS, que não teria aplicação na ausência dessa elisão fiscal.

**APÊNDICE 4: OBSERVAÇÕES ESCRITAS DA RÉPUBICA ITALIANA NO PROCESSO
PREJUDICIAL C-472/22**

**AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA**

OBSERVAÇÕES

do **Governo da República Italiana**, representado pelo Agente designado para o presente processo, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada de Itália

no processo **C-472/22**

que tem por objeto o pedido de decisão prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 267.º TFUE pelo Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (Portugal), no processo

NO

Recorrente

contra

Autoridade Tributária e Aduaneira de Portugal

Recorrida

I. Questões prejudiciais

1. Por Despacho de 14 de julho de 2022, o referido órgão jurisdicional português submeteu ao Tribunal de Justiça uma série de questões prejudiciais de interpretação que podem ser subdivididas em três grupos distintos.
2. No primeiro grupo de questões, pede-se, no essencial, que se verifique se os artigos 49.º e 63.º TFUE, relativos, respetivamente, à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais no mercado comum, se opõem a uma legislação nacional que circunscreve às transmissões de participações sociais detidas em sociedades de direito nacional o

benefício fiscal que consiste na tributação de um valor reduzido da mais-valia realizada sobre essas mesmas transmissões, correspondente a 50 %.

3. No segundo e terceiro grupo de questões, relativamente às quais o Governo Italiano manifesta o seu interesse em intervir no processo principal, submetem-se, em contrapartida, uma série de questões sobre o alcance e o significado material (questões 5 a 7) e processual (questões 8 a 11) exato do princípio geral da «**proibição do abuso de direito**» aplicável em matéria fiscal.
4. Estas questões são reproduzidas em seguida:

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 de 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 antiabuso 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 antiabuso 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?

II. FACTOS DO LITÍGIO

5. As questões prejudiciais acima reproduzidas foram suscitadas no âmbito de um litígio relativo ao tratamento fiscal da transmissão, pela parte privada, de ações detidas numa sociedade de direito francês com sede em França.
6. Na sequência da referida transmissão, a entidade cedente, residente em Portugal para efeitos fiscais, submeteu a tributação, mediante inscrição na sua declaração periódica de rendimentos, de um valor correspondente a 50 % da mais-valia realizada sobre a referida transmissão, em aplicação de uma disposição do direito fiscal português que prevê um benefício fiscal.
7. Todavia, a Administração Fiscal portuguesa (Autoridade Tributária e Aduaneira) recuperou, para efeitos do pagamento dos impostos diretos devidos em Portugal, os restantes 50 % do valor da mais-valia. A decisão baseou-se no pressuposto de que o referido benefício não era aplicável ao caso em apreço, sendo relativo apenas às transmissões de ações ou de participações detidas em sociedades residentes em Portugal e não às transmissões de ações ou de participações em sociedades estrangeiras.
8. A disposição fiscal foi em seguida impugnada, no órgão jurisdicional nacional, pelo sujeito passivo, tendo o mesmo invocado, *inter alia*, a violação dos artigos 49.º e 63.º TFUE, relativos à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais no interior da União Europeia. A distinção feita pelo direito fiscal português entre a transmissão de participações em sociedades com sede no território nacional e em sociedades com sede no estrangeiro teria, com efeito,

conduzido a uma discriminação ilícita entre operadores económicos, determinando, igualmente, uma vantagem indevida para as empresas nacionais.

9. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal Arbitral Tributário declarou oficiosamente, no entanto, que tudo indicava que a transmissão de participações sociais cuja tributação era discutida consistia, na realidade, numa «**transação artificial**». Mais precisamente, observou que, através da transmissão formalmente realizada, se tinha pretendido, na realidade, obter o resultado económico próprio de uma distribuição de dividendos pela sociedade cessionária das participações, beneficiando simultaneamente da vantagem fiscal acima descrita.
10. Neste sentido, parecem militar diversos elementos, a saber:
 - i) o facto de a cessionária das ações ser ela própria participada e, na verdade, controlada pela mesma entidade cedente;
 - ii) a transmissão das ações a um preço muito superior ao que teria sido fixado numa venda livre do mercado entre partes não relacionadas;
 - iii) a transmissão de ações realizada não alterou substancialmente o controlo exercido pela cedente sobre a sociedade a que pertencem as ações transmitidas, tendo igualmente em conta o controlo exercido sobre a transmissão;
 - iv) a sociedade cessionária não procedeu à distribuição de dividendos entre os seus sócios, não obstante ter realizado lucros importantes no período fiscal considerado.
11. Tendo em conta o exposto, o órgão jurisdicional de reenvio (questões 5 e 6) interroga o Tribunal de Justiça sobre a questão de saber se a proibição geral de «práticas abusivas» em matéria fiscal, enunciada por diversas vezes pelo próprio Tribunal de Justiça como princípio geral de direito da União Europeia, permite requalificar, conforme proposto, a transmissão de ações sociais formalmente realizada de distribuição de dividendos da cessionária, daí resultando igualmente a exclusão da violação dos artigos 49.º e 63.º TFUE invocada pela entidade cedente. No essencial, com as questões 5 e 6, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a aplicação, ao sujeito passivo, das liberdades previstas nos artigos 49.º e 63.º TFUE (no caso em apreço, mais precisamente no artigo 49.º, uma vez que se trata de participações que conferem o controlo da sociedade cujas ações foram transmitidas) exclui, por si só, que se possa estar perante um abuso de direito ao abrigo do direito da União Europeia; ou se, pelo contrário, simetricamente, o facto de ter sido cometido um abuso de direito mediante a invocação das referidas liberdades torna os artigos 49.º ou 63.º TFUE inaplicáveis ao sujeito passivo.

12. Neste contexto, pergunta-se igualmente qual poderá ser a relevância dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima do particular que executou a transmissão que se suspeita ser abusiva.
13. Com as questões processuais, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, por outro lado, se a aplicação da proibição de práticas abusivas depende da verificação das condições de aplicação da disposição nacional antiabuso, descritas nos n.ºs 69 e 70 da decisão de reenvio (versão francesa) (questão 8); trata-se, em especial, da descrição das situações que configuram o abuso de direito em matéria fiscal previstas no artigo 38.º da Lei Geral Tributária n.º 30-G/2000, e o procedimento de aplicação da referida disposição previsto no artigo 63.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (questões 8 e 10). O órgão jurisdicional de reenvio (n.º 107 da decisão de reenvio, versão francesa) pergunta, em especial, se o conceito de abuso de direito decorrente do direito da União com autonomia em relação em relação aos conceitos nacionais ou se estes, quando existam, devem ser de aplicação exclusiva.
14. Pergunta ainda se, para que a proibição em causa se possa aplicar em juízo, é necessário que a Administração Fiscal a invoque expressamente ou se, pelo contrário, o juiz pode conhecê-la oficiosamente. Com efeito, conforme salienta o órgão jurisdicional de reenvio, segundo o direito processual português, o abuso de direito deve ser alegado pela Administração, ao passo que a violação do direito da União, e, portanto, também da proibição do abuso de direito previsto nesse direito, pode ser declarada oficiosamente (n.ºs 103 a 105 da decisão de reenvio, versão francesa; questão 9).
15. Por último (n.ºs 109 a 111 da decisão de reenvio, versão francesa; questão 11), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a constatação de um caso de abuso de direito ao qual é aplicável o direito da União implica, conforme esclarecido pelo Acórdão Cussens, n.ºs 46, 48, 49, 51, que este deva requalificar a transmissão realizada pelo sujeito passivo e impor à administração a substituição do regime de tributação aplicado pelo sujeito passivo (tributação de metade da mais-valia resultante da transmissão de participações) pelo regime de tributação da transmissão realizada, em substância, com o comportamento abusivo (distribuição de dividendos). Com efeito, no caso em apreço, a administração tinha-se limitado a aplicar a tributação integral da mais-valia sobre a transmissão de participações, em vez da tributação reduzida a metade pretendida pelo sujeito passivo; não tinha, porém, requalificado a transmissão de distribuição de dividendos. Tal requalificação pelo órgão jurisdicional seria impossível de acordo com o direito interno, que não permite ao órgão jurisdicional tributário substituir o ato de tributação por outro, permitindo-lhe apenas decidir

sobre a legalidade do ato de tributação emitido pela Administração Fiscal.

III. Direito e jurisprudência da União Europeia

III.1. Jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às «práticas abusivas»

16. A **proibição de práticas abusivas**, mesmo quando referida genericamente como proibição do abuso de direito, surgiu, enquanto princípio geral do direito da União Europeia, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

17. O verdadeiro precedente fundamental na matéria é constituído pelo **Acórdão Halifax (Acórdão do Tribunal de Justiça, Grande Secção, de 21 de fevereiro de 2006, C-255/02)**, no qual se pode ler, nomeadamente, o seguinte:

*«Tendo em conta estas considerações, afigura-se que, no domínio do IVA, a verificação da existência de uma prática abusiva exige, por um lado, que as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Diretiva e da legislação nacional que transponha essa diretiva, tenham por resultado a obtenção de uma **vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido por essas disposições.***

*[...] Por outro lado, deve igualmente resultar de um conjunto de elementos objetivos que **a finalidade essencial das operações em causa é a obtenção de uma vantagem fiscal.** Com efeito, como precisou o advogado-geral no n.º 89 das suas conclusões, a proibição de práticas abusivas não é relevante nos casos em que as operações em causa possam ter alguma explicação para além da mera obtenção de vantagens fiscais» (v. n.ºs 74 e 75 da fundamentação).*

18. O princípio de direito assim enunciado, embora referido no contexto do sistema de aplicação e de cobrança do IVA, parece poder abranger qualquer domínio material em que sejam aplicáveis disposições do direito da União Europeia, incluindo as que decorrem diretamente dos Tratados. Milita neste sentido a jurisprudência posterior do Tribunal de Justiça, que aplicou a referida «proibição» a questões não relativas à aplicação da legislação comum em matéria de IVA, mas respeitantes à aplicação e ao alcance das liberdades económicas fundamentais consagradas nos tratados fundadores.

19. A este respeito, parece sobretudo interessante o **Acórdão Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (Acórdão do Tribunal de Justiça, Grande Secção, de 12 de setembro de 2006, C-196/04)**. O referido acórdão tinha por objeto a conformidade com a liberdade de estabelecimento, então consagrada no artigo 48.º do Tratado da

Comunidade Europeia (TCE), de uma legislação do Reino Unido destinada a recuperar para a tributação fiscal nacional os lucros realizados por sociedades com sede noutro Estado-Membro e controladas por sociedades de direito britânico, sempre que os expedientes assim utilizados se revestissem de um carácter «puramente artificial».

20. Nessa altura, foi ainda especificado que «... *uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-Membro em causa* (v., neste sentido, Acórdãos ICI, já referido, n.º 26; de 12 de dezembro de 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Colet., p. I-11779, n.º 37; De Lasteyrie du Saillant, já referido, n.º 50, e Marks & Spencer, já referido, n.º 57)» (v. n.º 51).
21. Acrescentou-se adiante que «...*para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objetivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional*» (v. n.º 55).
22. Por outras palavras, afirmou-se que a concretização de um expediente societário, mas também económico ou financeiro, «puramente artificial», ou seja, exclusiva ou até principalmente destinado a adquirir vantagens fiscais que, caso contrário, não seriam devidas, **justifica a não aplicação das garantias e das proteções que, caso contrário, resultariam das referidas liberdades económicas fundamentais, incluindo a liberdade de estabelecimento** e o direito derivado baseado nas mesmas.
23. No que respeita ao elemento teleológico das práticas abusivas, o recente Acórdão Cussens não pode ser ignorado (Acórdão do Tribunal de Justiça, 4.º Secção, de 22 novembro 2017, C-251/16): «A este respeito, importa sublinhar desde logo que, contrariamente ao que sustentam os recorrentes no processo principal nas observações escritas que submeteram ao Tribunal de Justiça, a **jurisprudência do Acórdão Halifax não exige que se demonstre que a obtenção de uma vantagem fiscal era o único objetivo das operações em causa**. Se as operações que prosseguem exclusivamente esse objetivo são suscetíveis de preencher a exigência resultante dessa jurisprudência, o Tribunal de Justiça precisou, no n.º 45 do seu Acórdão de 21 de fevereiro de 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108), que **g mesmo se pode dizer quando a procura de uma vantagem fiscal constitui o objetivo essencial das operações em causa** (v. n.º 53).

24. Assim, é útil recordar, antes de mais, os elementos que a jurisprudência ora referida identificou como elementos constitutivos do abuso de direito.
25. Nos dois acórdãos fundamentais já referidos (Halifax e Cadbury Schweppes), o Tribunal de Justiça declarou que as operações realizadas por pessoas residentes na União Europeia, ainda que efetivamente pretendidas e alheias a considerações de validade formal, que tenham sido criadas artificialmente e demonstrem ter «por finalidade essencial a obtenção de uma vantagem fiscal», são contrárias aos objetivos e liberdades garantidos pelo Tratado e devem, portanto, ser qualificadas de abuso de direito.
26. No caso em apreço, o comportamento pode configurar um abuso de direito quando as operações em causa apresentem os seguintes elementos característicos:
 1. não obstante a aplicação formal das regras e condições previstas na regulamentação comunitária e na legislação nacional de transposição, as operações têm por «finalidade essencial» obter uma vantagem fiscal cuja atribuição é contrária ao objetivo prosseguido pelas normas comunitárias;
 2. a finalidade essencial de obter uma vantagem fiscal deve resultar de um conjunto de elementos objetivos.
28. Assim, o Tribunal de Justiça volta a propor, também no domínio fiscal, os mesmos conceitos já formulados em termos gerais na elaboração do princípio geral, afirmando que deve reconhecer-se que há uma operação abusiva estando em causa um elemento subjetivo (a finalidade de obtenção de uma vantagem fiscal contrária às regras da União) que se caracteriza, além disso, ser identificado com base numa série de circunstâncias objetivas. O abuso de direito caracteriza-se, portanto, pelo recurso a dois elementos:
 1. circunstâncias objetivas que indiquem a falta de uma motivação económica concreta para a atividade, que seja diferente da obtenção de uma vantagem indevida;
 2. a finalidade abusiva que consiste em obter uma vantagem não prevista pela regulamentação comunitária.
29. Inicialmente elaborada nos domínios do direito comunitário que são objeto de uma regulamentação minuciosa (e, em especial, no direito marítimo, na política agrícola comum e no direito das sociedades), a proibição de práticas abusivas chegou mais recentemente ao domínio fiscal, com base na referida jurisprudência referida, e afirmou-se como

um dos princípios orientadores da aplicação do direito europeu em matéria fiscal.

30. O princípio da proibição do abuso de direito em matéria fiscal deve, em seguida, ser confrontado com o que foi decidido no mesmo Acórdão Cadbury Schweppes sobre a potencial violação da confiança legítima do particular. Recorde-se, a este respeito, o seguinte excerto: «No que se refere, por outro lado, à questão de saber se os recorrentes no processo principal podem, no quadro do litígio no processo principal, invocar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima para contestar a recusa da isenção de IVA, segundo jurisprudência constante, um sujeito passivo que criou as condições para obter um direito de forma abusiva ou fraudulenta não pode invocar esses princípios para se opor à recusa de concessão do direito em causa em aplicação do princípio da proibição de práticas abusivas (v., neste sentido, Acórdãos de 8 de junho de 2000, *Breitsohl*, C-400/98, EU:C:2000:304, n.º 38; *Halifax*, n.º 84; e de 18 de dezembro de 2014, *Schoenimport Italmoda Mariano Previti e o.*, C-131/13, C-163/13 e C-164/13, EU:C:2014:2455, n.º 60) (v. n.º 43).

III. 2. Diretiva ATAD [Diretiva (UE) 2016/1164]

28. Na interpretação do significado e do alcance que a «proibição de práticas abusivas» tem vindo a assumir no direito da União Europeia, nomeadamente no que respeita às questões fiscais, não se pode, certamente, esquecer a denominada «Diretiva ATAD», introduzida com vista a uniformizar as regras nacionais «[...] contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno».
29. De facto, a Diretiva contém, no artigo 6.º, uma «Regra geral antiabuso», com a seguinte redação:

«1. Para efeitos do cálculo da matéria coletável das sociedades, os Estados-Membros devem ignorar uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte.

Para efeitos do n.º 1, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

Caso as montagens ou série de montagens não sejam tomadas em consideração nos termos do n.º 1, a coleta é calculada nos termos do direito nacional.»

30. Ora, é certo que esta última disposição e, na verdade, toda a diretiva não são diretamente aplicáveis ao caso em apreço, uma vez que a mesma disposição se destina a regular as práticas abusivas que afetam a aplicação do imposto sobre as sociedades, através de expedientes artificiais, e não a aplicação do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, em causa no presente processo. Porém, não deixa de ser inegável a pertinência da disposição para a interpretação e a reformulação sistemática do princípio geral em apreço.
31. A própria epígrafe do referido artigo 6.º, além da sua formulação, manifesta a intenção de estabelecer os traços fundamentais de uma «**cláusula geral antiabuso**», suscetível de servir de ponto de referência para todo o direito da União.
32. De resto, também milita neste sentido o considerando 11 da Diretiva, onde se pode ler:

«As regras gerais antiabuso estão presentes nos sistemas fiscais para combater práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objeto de disposições específicas. As regras gerais antiabuso têm, portanto, a função de colmatar lacunas, o que não deverá prejudicar a aplicabilidade de regras antiabuso específicas. Na União, as regras gerais antiabuso deverão ser aplicadas a montagens que não sejam genuínas, caso contrário, o contribuinte deverá dispor do direito de optar pela estrutura mais vantajosa do ponto de vista fiscal para as suas atividades comerciais. Além disso, é importante garantir que as regras gerais antiabuso são uniformemente aplicáveis em situações nacionais, no interior da União e em relação a países terceiros, para que o seu âmbito e os resultados da sua aplicação não sejam diferentes em situações nacionais e transfronteiras. Os Estados-Membros não deverão ser impedidos de aplicar sanções caso sejam aplicáveis as regras gerais antiabuso. Ao avaliar se uma montagem deverá ser considerada não genuína, poderá ser dada aos Estados-Membros a possibilidade de analisarem todas as razões económicas válidas, incluindo as atividades financeiras.»

IV *Análise das questões submetidas*

33. Neste contexto, ao proceder ao exame do mérito das questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional português, observa-se, a título preliminar, que tomaremos posição, antes de mais, sobre as questões relativas ao conceito de «práticas abusivas» e, mais especificamente, às questões 5, 6 e 7.

34. Em contrapartida, não nos debruçaremos sobre as questões (1 a 4) relativas ao caráter eventualmente discriminatório do regime fiscal nacional em matéria de tributação das mais-valias da transmissão de participações sociais. Aliás, as referidas questões deixariam de ter relevância se fossem dadas às questões relativas às referidas «práticas abusivas» as respostas a seguir delineadas. Com efeito, se se considerar, como considera o Governo italiano, que a violação da proibição do abuso de direito exclui a possibilidade de invocar as «liberdades fundamentais» dos artigos 49.º e 63.º ou 65.º TFUE, é evidente que não haverá razão para que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre as quatro primeiras questões. O Governo italiano propõe, portanto, que se inicie a análise das questões pela questão 5 e seguintes. A mesma conclusão se impõe, em seguida, se se considerar que se o órgão jurisdicional nacional vier a decidir requalificar a operação controvertida de distribuição de dividendos em lugar de uma transmissão de participações, a legislação interna relativa à tributação das mais-valias da transmissão de participações não terá pertinência; também por esta razão não se justifica a questão de saber se tal regulamentação é ou não conforme com os artigos 49.º e 63.º ou 65.º TFUE.
35. Tomar-se-á igualmente posição sobre as questões relativas aos aspetos processuais (8 a 11) e, em especial, sobre o conhecimento oficioso do alegado abuso por parte da autoridade judiciária, em caso de falta de contestação específica por parte da administração fiscal.

IV. 1. QUANTO ÀS QUESTÕES 5 E 6

36. Com a questão 5, o tribunal *a quo* pergunta, no essencial, se a proibição geral de «práticas abusivas» em matéria fiscal, como desenvolvida por jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, permite requalificar a transmissão de ações em causa de distribuição de dividendos, negando assim a vantagem fiscal conferida pelo direito nacional relativamente a essas ações, ou se, pelo contrário, tal é excluído pelo facto de o sujeito passivo, para afastar a aplicação do direito interno, ter invocado as liberdades garantidas pelos artigos 49.º e 63.º TFUE.
37. Com a questão 6, o mesmo órgão jurisdicional interroga-se, de modo simétrico em relação à questão anterior, sobre a possibilidade de recusar a proteção e as garantias decorrentes da liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) e da livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE), no caso de tais liberdades poderem vir a ser invocadas apenas na sequência da adoção de um expediente económico que se revela, precisamente, abusivo.

38. Ao procurar dar uma resposta às questões aqui reproduzidas, importa recordar o conceito de abuso de direito em matéria fiscal desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, referido nos números anteriores. Tendo presente este conceito, importa salientar, em seguida, que a qualificação jurídica concreta e efetiva da operação em causa só pode caber ao órgão jurisdicional nacional. No entanto, o Tribunal de Justiça poderá certamente fornecer elementos de interpretação úteis para o efeito, clarificando o sentido e o alcance que a referida proibição de práticas abusivas adquiriu na evolução do direito supranacional.
39. A este respeito, é necessário eliminar uma aparente contradição que parece resultar da jurisprudência acima referida. Por um lado, a referida jurisprudência afirmou claramente que pode existir uma prática abusiva mesmo quando a finalidade de realizar uma poupança de imposto não constitua o objetivo único ou essencial do comportamento em causa, mas simplesmente o objetivo principal ou até um dos objetivos principais. Por outro lado, no entanto, pode igualmente ler-se nos referidos acórdãos que o objetivo de realizar uma poupança fiscal não pode ser considerado ilícito em si mesmo, uma vez que a elaboração de uma planificação fiscal adequada faz parte da liberdade de iniciativa económica das pessoas que exercem uma atividade empresarial.
40. Trata-se, precisamente, de uma contradição apenas aparente, que pode ser resolvida, no entender do Governo italiano, explicando o que se deve exatamente entender quando se afirma que a obtenção de uma poupança de imposto deve constar dos objetivos principais da conduta adotada.
41. Para esse efeito, resulta especialmente útil a «regra geral antiabuso» que, como se viu, pode ser encontrada no **artigo 6.º da Diretiva 2016/1164/UE**. Esta última estabelece uma relação, no n.º 1, entre a inclusão da vantagem fiscal nas principais finalidades da operação considerada e o caráter «não genuíno» da mesma operação.
42. O conceito de «operação não genuína» é, assim, definido no n.º 2 deste artigo que refere a ausência de «razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica».
43. Por outras palavras, o que importa não parece ser tanto a ausência total de «razões comerciais», que poderiam efetivamente constituir um dos «objetivos principais» da atividade empresarial, a par da poupança fiscal, mas antes a sua não conformidade com a «realidade económica» que essa mesma atividade deveria refletir.

44. Como tal, conclui-se que uma determinada operação, de natureza económica, financeira ou comercial, pode ser considerada abusiva quando **se destine a realizar um «ajustamento de interesses» que não reflita a «realidade económica» prevista pela norma que prevê o benefício fiscal ou, em todo o caso, pela norma favorável que é invocada**. Nesse caso, a operação realizada acaba por **se afastar do objetivo prosseguido pela disposição em causa**, ficando, assim, fora do seu âmbito de aplicação, embora corresponda formalmente à previsão aí definida.
45. A outra condição imposta pela jurisprudência acima referida e codificada no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva ATAD é, com efeito, a de que a vantagem fiscal obtida «frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável». Em suma, para haver abuso de direito, é necessário e suficiente que a operação seja anómala em relação à prática habitual do mercado («não genuína»), isto é, que seja desprovida de «razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica»; e leve à aplicação de uma regra fiscal de vantagem mediante a qual a vantagem havia sido reconhecida atendendo às razões comerciais que, no entanto, não existem, já que a realidade económica criada pela operação é completamente diferente. Não são necessários outros requisitos: a falta de genuinidade implica o esvaziamento da norma tributária favorável, que não pode, portanto, ser aplicada. Em especial, não é necessária uma condição suplementar como a desconformidade geral do resultado fiscal obtido com diferentes princípios gerais de direito fiscal mais amplos do que a regra fiscal específica aplicável.
46. De resto, parece também exprimir-se nestes precisos termos o **Acórdão Cussens** acima mencionado, que interpreta o princípio de direito enunciado pelo **Acórdão Halifax** anterior: *«A este respeito, há que recordar, por um lado, que o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 74 do Acórdão Halifax, que a verificação da existência de uma prática abusiva no domínio do IVA exige que **as operações em causa, apesar da aplicação formal das condições previstas nas disposições pertinentes da Sexta Diretiva e da legislação nacional que transponha essa diretiva, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seja contrária ao objetivo prosseguido por essas disposições** (v. n.º 70).*
47. Este raciocínio permite regressar ao cerne do princípio da «proibição de práticas abusivas», constituído pelo conceito desenvolvido pelo direito francês, mas atribuível às «**tradições jurídicas comuns**» dos diferentes Estados-Membros, de «**abuso de direito**». O abuso em causa consiste precisamente no ato de exercício de um direito com um objetivo que não coincide com o objetivo subjacente a uma norma determinada ou que, em todo o caso, não é abrangido pelo mesmo.

48. Em suma, para que uma determinada pessoa possa invocar uma norma fiscal favorável, o objetivo concreto da sua conduta, identificável com base em elementos objetivos, deverá corresponder ao objetivo fixado, ainda que implicitamente, pela disposição em causa.
49. Só se um determinado objetivo for prosseguido por dois ou mais regimes legais é que será permitido à pessoa em causa recorrer ao regime que assegura o tratamento fiscal mais favorável, realizando assim uma poupança de imposto lícita. Caso contrário, a escolha do regime fiscalmente mais vantajoso, mesmo que, eventualmente, apenas represente um dos objetivos principais concorrentes do comportamento, não será juridicamente autorizada.
50. As indicações assim apresentadas permitem dar uma resposta unívoca às questões acima referidas.
51. Em relação à Questão 5, o Governo italiano considera que, no caso de o órgão jurisdicional de reenvio determinar que a transmissão de ações realizada se destinava, de facto, a ocultar uma distribuição de dividendos, não terá alternativa senão a de não aplicar a norma que prevê o benefício fiscal relativo à tributação das mais-valias sobre as participações sociais, independentemente da sua hipotética natureza discriminatória (ou seja, contrária aos artigos 49.º e 63.º TFUE); um caráter discriminatório que, nesta hipótese, passaria a ser totalmente irrelevante, porque a operação em apreço é, na realidade, bastante diferente de uma transmissão de participações (é uma distribuição de dividendos).
52. Com efeito, é evidente que o objetivo prosseguido pela criação do benefício fiscal invocado consiste em favorecer os investimentos nas participações sociais e a atribuição eficaz destas às pessoas com maior disponibilidade de capitais, a fim de promover as atividades produtivas e, por conseguinte, o crescimento económico. Não se afigura que tal objetivo possa encontrar-se numa operação de distribuição de dividendos, que não realiza um investimento, mas uma simples repartição de recursos já existentes entre as pessoas a que pertencem.
53. Do mesmo modo, no que respeita à questão n.º 6, a requalificação efetuada só poderá levar à exclusão da aplicação das liberdades económicas fundamentais em causa, como as previstas nos artigos 49.º e 63.º TFUE. Com efeito, as referidas liberdades protegem a criação e o desenvolvimento de atividades empresariais no território de Estados-Membros diferentes do Estado-Membro de origem e o investimento de capitais noutros Estados-Membros, não podendo abranger operações de mera repartição dos lucros no interior de uma determinada organização empresarial.

54. Em seguida, de um modo geral, no que respeita às duas questões, importa salientar que, através destas, o órgão jurisdicional nacional pergunta, no essencial, se a aplicabilidade das liberdades garantidas pelo Tratado a uma dada situação fiscal exclui que esta situação possa ser qualificada de abusiva. Segundo o Governo italiano, a resposta deve ser negativa. É suficiente, a este respeito, recordar o n.º 35 do acórdão Cadbury Schweppes, onde se esclareceu que «*os nacionais de um Estado-Membro não podem, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, tentar subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional. Os mesmos não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas comunitárias (Acórdãos de 7 de fevereiro de 1979, Knoors, 115/78, Colet., p. 173, n.º 25; de 3 de outubro de 1990, Bouchoucha, C-61/89, Colet., p. I-3551, n.º 14, e de 9 de março de 1999, Centros, C-212/97, Colet., p. I-1459, n.º 24)*». É, portanto, evidente que, se uma operação é abusiva, não pode ser justificada pela aplicação de liberdades reconhecidas pelo Tratado. Estas não podem ser utilizadas como um instrumento para contornar as leis fiscais nacionais.
55. Acrescente-se que, se uma disposição fiscal nacional for incompatível com as liberdades reconhecidas pelo Tratado, esta incompatibilidade deverá ser invocada nas formas previstas perante o órgão jurisdicional nacional, que poderá recorrer à cooperação do Tribunal de Justiça através do reenvio prejudicial. Não poderá, portanto, em todo o caso, ser o sujeito passivo a prosseguir diretamente a sua não aplicação através de expedientes artificiais, que não podem, de modo algum, ser admitidos.

V.2. QUANTO À QUESTÃO 7

56. Com a sua questão 7, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se a aplicação da proibição geral de «práticas abusivas» pode colidir com os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima do particular, nomeadamente quando a referida proibição diz respeito à liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) e à livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE).
57. Refira-se, a este respeito, que para poder existir uma prática abusiva, é tradicionalmente exigido, a par do elemento objetivo acima examinado exaustivamente, um elemento subjetivo.
58. Tal não altera o facto de que as práticas abusivas devem ser distinguidas das «**fraudes fiscais**». Em resumo, parece correto sustentar que, enquanto **a fraude fiscal *stricto sensu* se concretiza através da «simulação» de operações que não foram efetivamente realizadas**, as práticas abusivas consistem, conforme já referido, em atividades reais e que correspondem às descritas por uma determinada

norma favorável, mas subjacentes à prossecução de um objetivo económico diferente do visado pela referida disposição.

59. Resulta do exposto que o elemento subjetivo exigido para efeitos da caracterização das referidas práticas abusivas também deve necessariamente variar em relação às fraudes fiscais. No que respeita a estas últimas, cumpre exigir que a **preparação dolosa de artificios e de manobras** destinadas a induzir em erro a Administração Fiscal crie a aparência de uma realidade diferente da real, pelo contrário, no que respeita às práticas abusivas, poderá bastar o **mero conhecimento, por parte da pessoa em causa, de participar num determinado ajustamento de interesses, que é diferente da prevista pela norma em apreço.**
60. Dito isto, tendo em conta a menor caracterização, no plano psicológico, do elemento subjetivo descrito em último lugar, importa concluir que **o mesmo pode ser presumido sempre que se demonstre a preparação objetiva da operação realizada para alcançar um objetivo diferente do que decorre da norma em causa.** Incumbe, portanto, ao particular **provar, com base em elementos por sua vez extrínsecos e objetivos, que não teve conhecimento do ajustamento de interesses concretamente apurado.**
61. A imposição de um ónus idêntico e contrário à Administração Fiscal ou, o que é o mesmo, à autoridade judicial a quem foi submetido o litígio, equivaleria a exigir uma prova alheia ao conhecimento e aos meios de apreciação próprios dos órgãos administrativos e jurisdicionais, com o risco importante de tornar substancialmente ineficaz a referida proibição de práticas abusivas. Com efeito, as referidas autoridades só podem apreciar os dados relacionados com a preparação objetiva e com as formas concretas de realização da operação controlada, uma vez que não têm habitualmente acesso a informações relativas à fase de elaboração subjetiva do esquema realizado.
62. Voltando à questão da qual se partiu, o Governo italiano entende que a mesma deve ser respondida no sentido de que **tanto a segurança jurídica como o seu equivalente em termos subjetivos, ou seja, a confiança legítima, não podem ser invocadas para contestar a impugnação pelas autoridades competentes de uma prática abusiva.**
63. Com efeito, conforme referido, deve presumir-se que a concretização final da operação em causa com um objetivo diferente do prosseguido pela norma que se pretende aplicar corresponde igualmente à consciência subjetiva da pessoa em causa de alcançar esse objetivo. **Tal consciência é, no entanto, incompatível, do ponto de vista**

lógico, mais do que do ponto de vista jurídico, com a proteção da «confiança legítima» que, sendo de facto «**legítima**», pressupõe que a pessoa que a invoca atue ou, pelo menos, pense atuar em conformidade com o direito.

64. O **Acórdão** do Tribunal de Justiça, **Cussens**, já várias vezes referido, chega, de resto, à mesma conclusão (v. n.º 53 da decisão, reproduzido *supra*).
65. O acima exposto é válido, obviamente, **se e na medida em que o particular em causa não consiga fazer prova contrária do seu próprio conhecimento subjetivo** da distorção da atividade exercida para finalidades diferentes das normalmente pretendidas.

VI.3. QUANTO ÀS QUESTÕES 8 E 10

66. Quanto a estas questões, o Governo italiano observa que as mesmas levantam uma questão de relação entre o direito interno, substantivo e processual, e o direito da União, que se suscita sempre que o direito interno constitui o meio através do qual o direito da União é aplicado no direito nacional.
67. A resposta, segundo o Governo italiano, deve ser encontrada nos princípios conhecidos do efeito útil, da equivalência e da efetividade. Sempre que, como no caso em apreço (e ao contrário do que ocorre nos casos em que é aplicável a diretiva ATAD), não exista uma regra processual específica e/ou material prevista no direito da União em matéria de abuso de direito, é evidente que devem aplicar-se as regras processuais e substantivas previstas no direito interno. Contudo, ao aplicar essas regras, há que ter em conta que estas são, em última análise, o meio de aplicação de um princípio claro do direito da União, como o que proíbe o abuso de tal direito (no caso em apreço, dos artigos 49.º e 63.º TFUE) com o fim de obter vantagens fiscais indevidas.
68. Por conseguinte, há que verificar se a regra material interna de proibição do abuso de direito está concebida de modo a não privar de efeito útil o princípio do direito da União relativo ao abuso de direito, por ser, por hipótese, demasiado limitada em relação a este; e verificar, ainda, que não colide com este princípio, por ser, eventualmente, pelo contrário, demasiado ampla. A norma da Lei Geral Tributária portuguesa, reproduzida na decisão de reenvio, apresenta-se do ponto de vista material perfeitamente conforme com os termos, acima expostos, do princípio de direito europeu.
69. Quanto às condições processuais de aplicação da norma interna, vigora nesta matéria a regra da autonomia processual nacional que apenas conhece os limites da equivalência e da efetividade. Qualquer questão

de equivalência deve ser afastada, uma vez que o processo de aplicação descrito na decisão de reenvio é aplicável tanto aos abusos abrangidos exclusivamente pelo direito interno como aos abrangidos pelo direito da União. Exclui-se, de igual modo, qualquer dúvida sobre a efetividade: o procedimento descrito na decisão de reenvio afigura-se plenamente conforme com o princípio da boa administração enunciado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União e não torna excessivamente difícil a repressão dos casos de abuso nem a defesa dos direitos do sujeito passivo.

VII.4. QUANTO À QUESTÃO 9

70. Com a sua questão 9, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre o conhecimento oficioso de um caso de abuso de direito pertinente à luz do direito da União, quando o direito interno exclua o conhecimento oficioso de tal situação.
71. Segundo o Governo italiano, a questão deve também ser apreciada à luz dos princípios da equivalência e da efetividade acima referidos. Com efeito, poderia considerar-se que, estando excluída também a este respeito qualquer questão de equivalência, a impossibilidade de conhecer oficiosamente casos de abuso de direito da União em matéria fiscal é contrária à efetividade.
72. A este respeito, importa salientar que, segundo os considerandos 1 e 2 da Diretiva ATAD, «(1) *As atuais prioridades políticas em matéria de fiscalidade internacional salientam a necessidade de garantir que o imposto é pago no país onde os lucros e o valor são gerados. É, pois, imperativo restabelecer a confiança na equidade dos sistemas fiscais e permitir que os governos possam exercer eficazmente a sua soberania fiscal. Estes novos objetivos políticos traduziram-se em recomendações de ações concretas no contexto da iniciativa contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros (BEPS) da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE). Nas suas conclusões de 13 e 14 de março de 2013 e de 19 e 20 de dezembro de 2013, o Conselho Europeu saudou esses trabalhos. Em resposta à necessidade de uma tributação mais justa, a Comissão, na sua Comunicação de 17 de junho de 2015, definiu um plano de ação para uma tributação justa e eficaz das sociedades na União Europeia.*

(2) Os relatórios finais sobre as 15 ações da OCDE contra a BEPS foram divulgados ao público em 5 de outubro de 2015. O Conselho congratulou-se com esses resultados nas suas conclusões de 8 de dezembro de 2015. Essas conclusões salientavam a necessidade de encontrar soluções comuns, mas flexíveis, a nível da União, coerentes com as conclusões da OCDE sobre a BEPS. Além disso, essas

conclusões apoiavam uma execução eficaz, rápida e coordenada das medidas de luta contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros a adotar a nível da União e consideravam que as diretivas da União deveriam, sempre que apropriado, ser o instrumento escolhido para executar as conclusões da OCDE sobre a BEPS a nível da União. É essencial para o bom funcionamento do mercado interno que os Estados-Membros ponham em prática, no mínimo, os compromissos assumidos no âmbito da BEPS e, de um modo mais geral, tomem medidas para desencorajar práticas de elisão fiscal e garantir uma tributação justa e eficaz na União de forma suficientemente coerente e coordenada».

73. Conclui-se, portanto, que a luta contra o abuso de direito em matéria fiscal constitui atualmente um objetivo fundamental da integração europeia, que os Estados-Membros estão obrigados a prosseguir. Com efeito, este objetivo, passou de natureza facultativa, como era ainda na visão expressa pela Comissão Europeia na Recomendação 2012/772/UE de 6.12.2012, a verdadeira obrigação, associada à plena funcionalidade do mercado interno. O considerando 2 da Diretiva ATAD esclarece ainda: *«Num mercado caracterizado por uma forte integração das economias, são necessárias abordagens estratégicas comuns e ações coordenadas, a fim de melhorar o funcionamento do mercado interno e maximizar os efeitos positivos da iniciativa contra a BEPS. Além disso, apenas um regime comum poderá evitar uma fragmentação do mercado e pôr termo às assimetrias e distorções do mercado atualmente existentes. Por último, a existência de medidas nacionais de execução que sigam uma linha comum a toda a União dará segurança jurídica aos contribuintes quanto à compatibilidade dessas medidas com o direito da União».*
74. Neste contexto, se o órgão jurisdicional concluir da análise dos atos realizados em causa pela existência de um abuso de direito, pode considerar-se que este é competente para tal conclusão mesmo sem um pedido das partes nesse sentido. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que quando o caráter abusivo de um determinado comportamento se reveste de especial importância no âmbito do direito da União, o órgão jurisdicional nacional pode estar obrigado a examinar oficiosamente tal caráter: v., por analogia, o Acórdão de 17 de maio de 2022, processos apensos C-693/19 e C-831/19, SPV Project, em especial os n.ºs 52, 53, 65.
75. Como é evidente, esta conclusão deve ser articulada com o respeito pelo direito à ação que é reconhecido às partes (artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União). Por conseguinte, importa salientar que o conhecimento oficioso do abuso de direito em matéria fiscal, nos casos em que esse abuso esteja abrangido pelo direito da União, só é admitido se o órgão jurisdicional não tiver de recolher

oficiosamente novos elementos de facto e se for possível constatar a situação com base nos factos já alegados pelas partes no âmbito do debate contraditório.

VIII.5. QUESTÃO 11

76. É possível responder à questão 11 em conformidade com o que foi observado a propósito das questões anteriores 8, 9, 10. A autonomia processual dos Estados-Membros em matéria de extensão dos poderes de decisão do órgão jurisdicional tributário deve ser confirmada relativamente aos poderes da Administração Fiscal. O valor de princípio fundamental do direito da União que assume a proibição do abuso de direito em matéria fiscal implica que a extensão de tais poderes seja apreciada à luz do princípio da efetividade. Por conseguinte, tudo indica que cabe ao legislador nacional determinar esses poderes, repartindo entre o órgão jurisdicional e a Administração Fiscal os poderes de intervenção subsequentes à verificação de um caso de abuso de direito pertinente à luz do direito da União. Esta repartição não deverá, no entanto, ser suscetível de impedir, na prática, a possibilidade de sancionar um caso de abuso de direito identificado no âmbito de um processo regular; isto é, de impedir que o comportamento caracterizado como abusivo seja declarado inoponível à Administração Fiscal.

IX. Conclusões

77. Tendo em conta o exposto, há que responder às questões prejudiciais examinadas do seguinte modo:

«5. A proibição geral de práticas abusivas, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e mais recentemente consagrada no artigo 6.º da Diretiva ATAD, permite requalificar uma operação aparente de transmissão de ações de distribuição de dividendos, a fim de afastar a aplicação de uma norma nacional que prevê uma vantagem fiscal relativa à tributação das mais-valias sobre as participações sociais, na medida em que o objetivo concretamente prosseguido não reflete a realidade económica, ou seja, o ajustamento de interesses, que é pressuposto da mesma norma;

A proibição geral de práticas abusivas, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça e que foi mais recentemente consagrada no artigo 6.º da Diretiva ATAD, permite recusar a aplicação das garantias e das proteções previstas em relação à liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) e à livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE) sempre que estas sejam invocadas com base em expedientes abusivos, como a transmissão

de ações destinada, na realidade, a realizar uma distribuição de dividendos que não é adequada para prosseguir os objetivos subjacentes a tais liberdades fundamentais;

Os princípios gerais da segurança jurídica e da confiança legítima não podem obstar ao reconhecimento de uma prática abusiva, quando existam elementos objetivos característicos desta, a menos que a pessoa em causa prove que não teve consciência da divergência entre o objetivo efetivamente alcançado e o objetivo jurídico pressuposto.

A relevância de princípio fundamental do direito da União que assume a proibição do abuso de direito em matéria fiscal implica que, quando não sejam aplicadas regras específicas do direito da União, aplicam-se as regras substantivas e processuais nacionais relativas à proibição do abuso de direito em matéria fiscal, desde que os princípios da equivalência e da efetividade não sejam violados.

A relevância de princípio fundamental do direito da União que assume a proibição do abuso de direito em matéria fiscal não exclui que o órgão jurisdicional nacional possa conhecer officiosamente um caso de abuso, sempre que tal seja possível sem apreciar outros factos para além dos já alegados pelas partes no debate contraditório.

A repartição de poderes entre o órgão jurisdicional fiscal e a Administração Fiscal, na sequência da verificação de um abuso de direito em matéria fiscal abrangido pelo direito da União, compete ao ordenamento jurídico nacional, sem prejuízo do respeito pelo princípio da efetividade».

**APÊNDICE 5: ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO
PROCESSO PREJUDICIAL C-472/22**

https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=256944&part=1&doclang=PT&text=&dir=&occ=first&cid=3631280

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 prevalecente, 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 indiretamente detidas pelo Requerente na sociedade C... após a transmissão de 29.222 ações em 23.4.2019		
	Número de ações	% do capital social
Participação direta	31.038	50.45%
Participação indireta	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 noutro 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 (euros)	Taxas (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

26.

princípio “*tem (...) o carácter 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 causa 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*).²
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

² 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.

predominante) a obtenção abusiva de uma vantagem de natureza 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 verifiquem 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:

12. 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?

13. 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?

14. 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?

15. 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?
16. 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?
17. 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?

18. 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?
19. 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?
20. Deve o princípio da proibição de práticas abusivas ser interpretado no sentido de que a sua aplicação depende de invocação pelas autoridades nacionais?
21. 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?
22. 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