

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 141/2025-T

Tema: IRS. Permuta de partes sociais e regime de neutralidade fiscal.

SUMÁRIO

I Uma permuta, como troca não-monetária, coloca problemas de valorização e de equivalência de contraprestações / onerosidade que ameaçam desvirtuá-la juridicamente e retirar-lhe qualquer validade económica – se excedidos certos limites de corresponsividade entre as partes que permutam.

II Uma operação de permuta de partes sociais pode prosseguir finalidades fiscais entre as várias finalidades que se propõe, desde que essas razões não sobrelevem àquelas que, no Direito da União e no Direito Português, determinam o regime especial da neutralidade fiscal.

III Na ausência de razões económicas válidas, haverá abuso do diferimento que a neutralidade fiscal propicia.

IV A falta de prova da existência de razões económicas válidas acarreta por lei a presunção de abuso, invertendo o ónus da prova – passando a caber ao sujeito passivo a prova da inexistência de abuso, para efeitos de ilisão da presunção e de aplicação do regime especial de neutralidade fiscal.

V A presunção de abuso da neutralidade fiscal dispensa o tipo de comprovação desenvolvida que está associada à invocação da Cláusula Geral Antiabuso.

VI O estabelecimento, através de uma permuta, de uma “holding familiar” no qual sobrelevam os interesses de gestão patrimonial dos sócios, conquanto possa constituir um acto lícito, pode não corresponder às finalidades societárias pelas quais se estabeleceu o regime especial da neutralidade fiscal – o que pode ser comprovado por uma análise global da situação concreta e das operações envolvidas.

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. A..., NIF ... (doravante “Requerente marido”), e B..., NIF ... (doravante “Requerente esposa”, ambos doravante “Requerentes”), apresentaram, no dia 7 de Fevereiro de 2025, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Colectivo, nos termos dos artigos 2º, 1, a),

- e 10º, 1 e 2 do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, com as alterações por último introduzidas pela Lei nº 7/2021, de 26 de Fevereiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante “RJAT”), e dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).
2. Os Requerentes pediram a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade do acto de liquidação adicional de IRS n.º 2024..., referente ao exercício de 2021, e das liquidações de juros n.ºs 2024... e 2024..., das quais resultou o valor a pagar de € 788,00 e € 104.260,94, respectivamente, e da correspondente Demonstração de Acerto de Contas n.º 2024..., da qual resulta um montante total de imposto a pagar de € 1.376.564,51.
 3. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT.
 4. As partes designaram os árbitros do Tribunal Arbitral Colectivo, e os árbitros designaram, por acordo, o árbitro-presidente.
 5. Os árbitros comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e as partes foram notificadas das designações e aceitações.
 6. As partes não se opuseram, para efeitos dos termos conjugados dos arts. 11º, 1, b) e c), e 8º do RJAT, e arts. 6º e 7º do Código Deontológico do CAAD.
 7. O Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 8 de Maio de 2025.
 8. Por Despacho de 8 de Maio de 2025, foi a AT notificada para, nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
 9. A AT apresentou a sua Resposta em 6 de Junho de 2025, e posteriormente o processo administrativo.
 10. Instados, por Despacho de 16 de Junho de 2025, a esclarecerem o interesse na prova testemunhal por eles arrolada, os Requerentes declararam, em 25 de Junho de 2025, prescindir dessa prova.
 11. Por Despacho de 30 de Junho de 2025, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, e convidadas as partes a apresentar alegações escritas.
 12. Os Requerentes apresentaram alegações em 15 de Julho de 2025, e a Requerida apresentou alegações em 3 de Setembro de 2025.

13. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e é competente, atenta a conformação do objecto do processo.
14. O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo.
15. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.
16. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e os Requerentes juntaram procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
17. O processo não enferma de nulidades.

II – Matéria de Facto

II. A. Factos provados

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

1. A 13 de Novembro de 1996, o Requerente marido constituiu, com outros dois sócios, a C..., Lda (“C...”), NIPC ..., tendo entrado com uma quota no valor de € 997,60 (Doc. n.º 2).
2. A 31 de Janeiro de 1997, realizou-se um aumento de capital, por entrada em dinheiro, tendo o Requerente marido entrado com € 14.963, 94, passando assim o valor nominal da sua quota para € 15.961,54 (Doc. n.º 3).
3. Na mesma escritura de aumento de capital social, foi admitido no capital social da sociedade C... um quarto sócio, a sociedade D... .
4. Em 15 de Dezembro de 2000, o Requerente marido adquiriu ao sócio da C... E... uma quota no valor de € 8.978,36, passando assim, após unificação com a quota que já detinha, a deter uma quota no valor nominal de € 24.939,90 (Anexo 3 ao RIT).
5. A 13 de Dezembro de 2001, o Requerente marido realizou um aumento de capital da C..., por entrada em dinheiro, no valor de € 25.060,10, ficando a sua quota com o valor nominal de € 50.000,00 (Doc. n.º 5).
6. Em 14 de Janeiro de 2003, em resultado da divisão e cessão da quota detida pela D... na C..., o Requerente marido adquiriu uma quota no valor nominal de € 48.000,00, ficando a sua quota com o valor nominal de € 98.000,00 (Doc. n.º 6).
7. Em 25 de Novembro de 2008, o Requerente marido adquiriu a quota detida pelo sócio F...

3.

na C..., que tinha o valor nominal de € 20.000,00, passando a sua quota a ter o valor nominal de € 118.000,00 (Anexo 6 ao RIT, PA 0141, PA 0163).

8. A 14 de Abril de 2021, em Assembleia Geral (acta n.º 46), os sócios da C... consentiram na transmissão da quota detida pelo Requerente marido para a G..., Lda, NIPC ... (“G...”) (Doc. n.º 7), informação que ficou igualmente averbada na Certidão Permanente da C... (Doc. n.º 8).
9. Na assembleia de sócios da C... de 14 de Abril de 2021, a acta n.º 46 da C... regista que: “o sócio A... explicou que no âmbito de uma reestruturação do seu património pretende subscrever um aumento de capital na sociedade de que é sócio, G..., LDA.”:

Aberta a sessão, entrou-se de imediato na discussão do **Ponto Um** da Ordem de Trabalhos, no âmbito do qual o sócio A... explicou que no âmbito de uma reestruturação do seu património pretende subscrever um aumento de capital na sociedade de que é sócio G..., LDA., pessoa colectiva número [redacted], matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Sintra sob o mesmo número de pessoa colectiva, com sede no [redacted] Lisboa, freguesia de [redacted] e concelho de Lisboa, mediante entrada em espécie constituída pela quota que detém na [redacted] LIMITADA. Submetido à votação, foi este ponto aprovado por unanimidade e assim aprovado o consentimento da sociedade e dos sócios à referida transmissão de quota.

10. Constituída a 8 de Abril de 2021, com capital social de € 5.000,00, a G... tem o seu capital social ficado dividido da seguinte forma:

Quota	Titular
2.425,00	A...
2.425,00	B...
50,00	I...
50,00	J...
50,00	K...

11. A 14 de Abril de 2021, foi aprovada por unanimidade dos sócios da G... a ratificação da designação do ROC independente designado para efeitos do art. 28.º do CSC, e aprovado por unanimidade o relatório por aquele elaborado (Acta n.º 1 da G..., Doc. n.º 9):

Entrando-se de imediato na discussão do **ponto 1** da ordem de trabalhos, foi aprovado por unanimidade a ratificação da designação do revisor oficial de contas independente, H... SROC, pessoa coletiva n.º [redacted], inscrita na Ordem dos

12. Na mesma reunião de 14 de Abril de 2021, foi aprovado o aumento de capital social da G... com a importância de € 4.720.000,00, a realizar por entradas em espécie constituídas por uma quota no valor nominal de € 118.000,00 representativa de 59% do capital social da C... , detida pelo Requerente marido (Doc. n.º 9).
13. Após o aumento de capital social (que passou de € 5.000,00 para € 4.725.000,00), as quotas na G... ficaram distribuídas da seguinte forma (Doc. n.º 9 e RIT, PA 0462):

Quota	Titular	%
4.722.425,00	A...	99,946
2.425,00	B...	0,051
50,00	I...	0,001
50,00	J...	0,001
50,00	K...	0,001

14. Em relatório de ROC de 14 de Abril de 2021, exigível por haver entradas em bens diferentes de dinheiro (art. 28.º CSC), conclui-se que “*com base no trabalho efetuado, declaramos que os valores encontrados, no montante de 4.720.000 euros, atingem o valor nominal das quotas atribuídas ao sócio que efetua tal entrada*”. (Doc. n.º 10).
15. Sem data, a gerência da G... emitiu uma “*Declaração para integrar o processo de documentação fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, referente ao período de tributação de 2021 da G..., Lda (Artigo 78.º, n.º 6, alínea b) e artigo 130.º, ambos do Código do IRC)*”, da qual consta:

“Na sequência da operação supra referida, foi transmitida uma quota no valor de Euro 118.000,00 (cento e dezoito mil euros) da sociedade adquirida correspondentes a 59% do seu capital social, tendo a G... entregue, por contrapartida da quota da sociedade adquirida, uma quota no valor de Euro 4.720.000,00 da própria sociedade ao anterior sócio.

Por conseguinte, a G... passou a ser detentora da maioria dos direitos de voto da sociedade adquirida, cumprindo com a condição prevista no número 5 do artigo 73.o do Código do IRC.” (Doc. n.º 14)

16. Igualmente sem data, a gerência da G... emitiu uma segunda “*Declaração para integrar o processo de documentação fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, referente ao período de tributação de 2021 da Sociedade G..., Lda (Artigo 78.º, n.º 6, alínea b) e artigo 130.º, ambos do Código do IRC)*”, da qual consta:

“A G... concretizou uma operação com um dos sócios da sociedade adquirida, no âmbito da qual foi tutelada juridicamente a operação de permuta das partes sociais da G... pela quota da sociedade adquirida.

Para este efeito, foi efetuado um aumento do capital da G..., através de entradas

em espécie, no valor de Euro 4.720.000,00, realizado e subscrito pelo sócio A..., correspondendo à transmissão de partes sociais da sociedade adquirida representativas de 99,89% do seu capital.

Neste contexto, no âmbito da' aludida operação de permuta, a G... adquiriu uma quota da sociedade adquirida no valor de Euro 118.000,00 (cento e dezoito mil euros), tendo ficado, em resultado da transação em apreço, com a maioria dos direitos de voto da última sociedade, mediante a atribuição ao sócio desta de quota da G... .

Assim sendo, A..., casado com B..., em regime de comunhão geral, residente em-... Lisboa, contribuinte fiscal n.º ..., recebeu, pela transmissão da quota no valor de Euro 118.000,00 (cento e dezoito mil), quota que possuía na sociedade adquirida, uma quota no valor de 4.720.000,00 Euros (quatro milhões, setecentos e vinte mil) da G... .

As datas de aquisição da quota supra referida da sociedade adquirida pelo sócio identificado corresponde a 19-12-2008, correspondendo o valor nominal das quotas em apreço ao seu valor de aquisição.

A este respeito, refira-se que, à data da realização da operação em apreço, o valor de mercado da referida quota correspondia a Euro 4.720.000,00 Euros (quatro milhões, setecentos e vinte mil).

Por conseguinte, por efeitos da aplicação do regime de neutralidade fiscal estabelecido nos artigos 73.º e seguintes do Código do IRC, por remissão do número 8 do artigo 10.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares ("IRS"), os sócios da sociedade adquirente deixaram de incluir na sua base tributável os seguintes rendimentos:

(valores em Euro)

Sócio	Valor de aquisição / valor nominal	Data de aquisição	Valor de mercado	Mais-valia (*)
A...	118.000,00	19-12-2008	4.720.000,00	4.602.000,00

() Não foram tidas em consideração despesas inerentes, conforme previsto na alínea b) do artigo 51.º do Código do IRS.*

”

(Doc. n.º 15)

17. A G..., em 29 de Setembro de 2021, adquiriu, a E..., as duas quotas que este detinha na C... (de € 70.000,00 e de € 12.000,00), ficando assim com a totalidade do capital social desta (RIT, PA 0460).
18. Os Requerentes procederam à entrega de declaração de rendimentos modelo 3 de IRS, n.º ...-2021-..., a que se refere o art. 57.º, 1 do CIRS, com o anexo A - trabalho dependente e sem anexo G - mais valias.
19. Os Requerentes foram objecto de um procedimento de inspecção interno, de âmbito parcial, referente ao IRS de 2021, credenciado com a ordem de serviço n.º OI2024... .
20. Os Requerentes foram confrontados com dois Projectos de Relatório de Inspeção

6.

Tributária (“RIT”) distintos, respectivamente em 19 de Junho de 2024 e em 2 de Setembro de 2024, sendo o segundo uma modificação ditada por informações prestadas pelos próprios Requerentes (Docs. n.ºs 11 e 12).

21. Conclui-se no RIT:

1. Tendo ocorrido uma entrada em espécie para a realização de um aumento de capital da sociedade G..., a qual foi consubstanciada na entrega de uma quota de valor nominal de € 118.000,00 representativa de 59% do capital social da C..., à qual foi atribuído o valor nominal de € 4.720.000,00, e que representa 99,98% do capital da G..., importa verificar se tal operação cumpre, ou não, os pressupostos para aproveitar do regime de neutralidade fiscal.
2. Para esse efeito, a AT analisou a estrutura societária e faturação da C... e da G..., bem como a IES/DA entregue em 2021, chegando à conclusão de que:
 - i. *A estrutura societária se mantém, não existindo alteração na relação de controlo, que se preserva circunscrita ao grupo familiar, sendo os gerentes designados da G... os ora Requerentes;*
 - ii. *Não se vislumbra nenhuma reestruturação empresarial ou racionalização de atividade económica;*
 - iii. *A G... foi constituída com um capital social de € 5.000,00, inexistindo a entrada de investidores externos à família;*
 - iv. *Pelo facto de (i) a G... ter sido constituído em data próxima à realização da operação de permuta; (ii) à transição de trabalhadores da C..., apenas oito, dos quais quatro sócios; (iii) para além da participação, os réditos provêm dos serviços faturados unicamente à C..., considera a Autoridade Tributária que a constituição da G... não teve por base motivações económicas, pelo que a mesma configura uma sociedade veículo”.*
3. Concluíram os SIT que as operações de permuta de partes sociais realizadas pelo sujeito passivo marido tiveram como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal, por aplicação do art. 73.º, 10 do CIRC a situações em que não se descortinam razões económicas válidas.
4. Tendo a AT concluído pela não aplicação da regra de neutralidade fiscal, impunha-se aplicar o regime geral de tributação de mais-valias mobiliárias ao abrigo do CIRS, chegando à conclusão de que, no caso em apreço, há uma mais-valia tributável de € 4.541.126,98, em virtude da subtracção do valor nominal de aquisição de € 118.000,00, corrigido em conformidade com os quocientes de desvalorização monetária, aplicáveis, por cada ano de aquisição, ao alegado valor de realização de € 4.720.000,00.
5. Tendo, por fim, aplicado à mais-valia tributável a taxa especial de 28%, prevista no art. 72.º, 1, c) do CIRS, concluindo a final existir IRS em falta no valor global de € 1.271.515,56, acrescido de juros compensatórios.
6. A tributação em apenas 50%, nos termos do art. 43.º, 3 do CIRS, dependeria da sua qualificação como micro ou pequena empresa, o que não se aplica pelo facto de a G... ser uma média empresa, de acordo com o indicado na declaração de rendimentos modelo 22, e de acordo com a certificação do IAPMEI.

22. Os Requerentes exerceram o seu Direito de Audição, sustentando essencialmente que os factos tributários identificados pela inspecção, e não declarados por referência ao ano de 2021, não impedem a aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal, vertido nos arts. 73.º e seguintes do CIRC, por via do art. 10.º, 10 do CIRS.
23. A AT notificou os Requerentes da versão final do RIT, de 9 de Outubro de 2024, da qual resultaram correções ao IRS do período de 2021 no montante de € 4.541.126,98 (Doc. n.º 13).
24. Aí se sustentava que a quota permutada em 2021 pelo Requerente marido tinha visto o seu valor incrementado em diversos momentos, dando origem a uma mais-valia fiscal calculada de acordo com as regras dos arts. 43.º a 51.º do CIRS:

Ano aquisição	Valor nominal	Ponderação do valor nominal	Valor de aquisição	Coefficiente desvalorização monetária	Valor de realização	Mais Valia Fiscal
		(a)	(b)	(c)	(d) (*)	(d)-(b*c)
1996	997,60 €	0,85%	997,60 €	1,54	39 904,00 €	38 367,70 €
1997	14 963,94 €	12,68%	14 963,94 €	1,52	598 557,60 €	575 812,41 €
2000	8 978,36 €	7,61%	8 978,36 €	1,42	359 134,40 €	346 385,13 €
2001	25 060,10 €	21,24%	25 060,10 €	1,33	1 002 404,00 €	969 074,07 €
2003	48 000,00 €	40,68%	69 768,00 €	1,24	1 920 000,00 €	1 833 487,68 €
2008	20 000,00 €	16,95%	20 000,00 €	1,1	800 000,00 €	778 000,00 €
Total	118 000,00 €	100,00%	139 768,00 €		4 720 000,00 €	4 541 126,98 €

25. Essas correcções foram materializadas, em 25 de Outubro de 2024, nos actos de liquidação impugnados no presente processo, actos dos quais resulta IRS a pagar no valor de € 1.271.515,56, acrescido de juros nos montantes de € 788,00 e € 104.260,94, resultando assim um montante total de imposto a pagar de € 1.376.564,51 (Doc. n.º 1).
26. Por não terem procedido ao pagamento do montante liquidado dentro do prazo para pagamento voluntário, os Requerentes foram citados para o processo de execução fiscal n.º ...2024..., para cobrança coerciva do montante de € 1.381.217,24.
27. Em 2021, a C... tinha o estatuto de média empresa, de acordo com a certificação PME do IAPMEI (Anexo 11 ao RIT, PA 0269).
28. Após a permuta, passaram a trabalhar na G... oito trabalhadores, 4 dos 5 sócios e 4 trabalhadores transitados da C..., mantendo-se aproximadamente, no total das 2 sociedades, o número de trabalhadores que já laboravam na C... antes da permuta.

número médio de trabalhadores	2020	2021	2022	2023
C...	54	55	50	47
G...		2	6	8
Total	54	57	56	55

29. A G...tem como único cliente a C..., à qual factura valores constantes, e periodicamente revistos. Por exemplo, em 2022, a facturação da G...foi a seguinte:

Número Documento	NIF Adquirente	Data de Emissão	Base Tributável
1 23/1		2022-06-20	131 561,60 €
1 23/2		2022-07-26	131 561,60 €
1 23/3		2022-09-19	131 561,60 €
1 23/4		2022-09-29	131 561,60 €
1 23/5		2022-10-27	131 561,60 €
FT 1.23/6		2022-11-24	151 453,77 €
FT 1.23/7		2022-12-21	151 453,77 €
			960 715,54 €

30. A permuta de 2021 não teve impacto marcado na actividade da C...:

descrição	2020	2021	2022	2023
mercadorias	5 125 939,99 €	8 673 273,33 €	7 382 999,04 €	7 169 093,08 €
prestação serviços	3 960 275,94 €	2 893 401,88 €	3 228 165,17 €	4 416 177,12 €
total	9 086 215,93 €	11 566 675,21 €	10 611 164,21 €	11 585 270,20 €

31. A 7 de Fevereiro de 2025, os Requerentes apresentaram o pedido de pronúncia que deu origem ao presente processo.

II. B. Matéria não-provada

Com relevância para a questão a decidir, nada ficou por provar.

II. C. Fundamentação da matéria de facto

1. Os factos elencados *supra* foram dados como provados com base nas posições assumidas pelas partes nos presentes autos, e nos documentos juntos ao PPA e ao PA.
2. Cabe ao Tribunal Arbitral seleccionar os factos importantes para a decisão, em função da sua relevância jurídica, considerando as várias soluções plausíveis das questões de Direito, bem como discriminar a matéria provada e não provada (cfr. art. 123º, 2, do CPPT e arts. 596º, 1 e 607º, 3 e 4, do CPC, aplicáveis *ex vi* art. 29º, 1, a) e e) do RJAT); abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização dos que as Partes alegaram (cfr. arts. 13.º do CPPT, 99º da LGT, 90º do CPTA e arts. 5º, 2 e 411.º do CPC).
3. Segundo o princípio da livre apreciação dos factos, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação aos factos alegados pelas partes, na sua íntima e prudente convicção formada a partir do exame e avaliação dos meios de prova trazidos ao processo, e de acordo com as regras da experiência (cfr. art. 16º, e) do RJAT, e art. 607º, 4, do CPC, aplicável *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
4. Somente relativamente a factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, a factos que só possam ser provados por documentos, a factos que estejam plenamente provados por documentos, acordo ou confissão, ou quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (por exemplo, quanto aos documentos autênticos, por força do artigo 371.º do Código Civil), é que não domina, na apreciação das provas produzidas, o referido princípio da livre apreciação (cfr. art. 607º, 5 do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
5. Além do que precede, não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insusceptíveis de prova e cuja veracidade se terá de aferir em relação à concreta matéria de facto acima consolidada, nem os factos incompatíveis ou contrários aos dados como provados.
6. Não incluímos na matéria de facto provada a abertura, em 23 de Agosto de 2021, de uma linha de crédito bancário pela G... (Doc. n.º 16), por se afigurar inconclusiva quanto à questão a decidir.

III. Sobre o Mérito da Causa

III. A. Posição dos Requerentes

1. Os Requerentes começam por identificar a principal questão controvertida: a aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal (arts. 73.º e seguintes do CIRC e 10.º, 10 do CIRS), à permuta de partes sociais operada pelo Requerente marido, pela quota que detinha a título pessoal na C... e que foi transmitida para a G... .
2. Mas logo suscitam questões formais prévias, que no entender dos Requerentes afectam a legalidade dos actos que impugnam.
3. Desde logo, a existência de dois sucessivos projectos de RIT, relativos aos mesmos factos mas com fundamentações muito distintas.
4. No primeiro projecto de RIT, os SIT negam que o regime especial de neutralidade fiscal possa aplicar-se por não se verificar o pressuposto legal de a quota continuar valorizada pelo valor que lhe subjaz.
5. Mas no segundo projecto de RIT, os SIT fundamentam a recusa do regime especial de neutralidade fiscal no facto de não vislumbrarem uma motivação económica válida subjacente à operação de permuta de participações sociais realizada pelos Requerentes.
6. Segundo os Requerentes, essa sucessão de projectos de RIT deve-se ao exercício do Direito de Audição Prévia pelos Requerentes relativamente a primeiro projecto, durante o qual teria ficado demonstrado que a fundamentação inicial dos SIT não era sustentável.
7. Só que a modificação da fundamentação no segundo projecto suscita a questão de saber se porventura se tratará de um novo procedimento de inspecção, ou de uma alteração dos fins, âmbito e extensão do procedimento – porque em ambos os casos a lei, nomeadamente o art. 63.º, 4 da LGT e o art. 15.º do RCPITA, exige a notificação de um despacho fundamentado do dirigente máximo do serviço, o que manifestamente não aconteceu.
8. Sendo possível que os fins do procedimento de inspecção e a sua extensão sejam alterados após o respectivo início, seja por iniciativa da própria administração tributária, seja a solicitação do próprio sujeito passivo ou demais obrigados tributários, essa alteração deve ser juridicamente enquadrada, especificamente através de um Despacho fundamentado, proferido, ainda na pendência da inspecção (antes da sua conclusão), por quem tenha a

- legitimidade de ter ordenado essa inspecção, e devidamente notificado – sob pena de invalidade da alteração em causa, cumulada com ineficácia por ausência da notificação devida.
9. Daqui inferem os Requerentes que estamos perante um acto ilegal por violação do princípio da legalidade, designadamente por vício de forma, e ainda ineficaz, por ausência de uma notificação válida – justificando a sua anulação, nos termos do art. 163.º do CPA.
 10. Adicionalmente, entendem os Requerentes que a fundamentação do RIT não é clara, nem congruente, violando os deveres de fundamentação que decorrem dos arts. 77.º, 1 da LGT e 153.º do CPA, e do próprio art. 268.º, 3 da CRP.
 11. Lembrando que só com a indicação de todas as razões, de facto e de direito, poderiam os Requerentes, em consciência, aferir da legalidade dos argumentos invocados pela AT, e, assim, optar pela contestação ou acatamento dos referidos actos de liquidação. O dever de fundamentação expressa consiste numa obrigação de exteriorização das razões de facto e de direito que estão na base da decisão administrativa, para que o respectivo enunciado seja apto a exprimir uma justificação da opção tomada, e seja apreensível por um destinatário normal.
 12. Entendem os Requerentes que os SIT se limitaram a elencar meros juízos conclusivos que não representam a fundamentação legalmente exigida:

“i. A estrutura societária se mantém, não existindo alteração na relação de controlo, que se preserva circunscrita ao grupo familiar, sendo os gerentes designados da G... os ora Requerentes; ii. Não se vislumbra nenhuma reestruturação empresarial ou racionalização de atividade económica; iii. A G... foi constituída com um capital social de € 5.000,00, inexistindo a entrada de investidores externos à família; iv. Pelo facto de (i) a G... ter sido constituído em data próxima à realização da operação de permuta; (ii) à transição de trabalhadores da C..., apenas oito, dos quais quatro sócios; (iii) para além da participação, os réditos provêm dos serviços faturados unicamente à C..., considera a Autoridade Tributária que a constituição da G... não teve por base motivações económicas, pelo que a mesma configura uma sociedade veículo.”
 13. E novamente a violação destes requisitos da decisão implicará a respectiva ilegalidade, fundamento da subsequente anulação.
 14. Invocam os Requerentes a Decisão Arbitral proferida no Processo n.º 285/2013-T, para sustentarem que não é suficiente a mera alegação, pela AT, de que as operações em causa

não tiveram como objectivo razões económicas válidas, tais como a racionalização ou reestruturação das actividades: porque, mesmo que o art. 73.º, 10 do CIRC estabelecesse uma presunção legal – de que, verificada a ausência de razões económicas válidas, o principal objectivo da operação foi a evasão fiscal –, ainda assim competiria à AT demonstrar que a operação carece dessas razões económicas. Só então, caso esse pressuposto da presunção fosse demonstrado com sucesso, passaria a competir ao sujeito passivo o ónus da prova de que o principal objectivo da operação não foi a evasão fiscal.

15. De acordo com a referida Decisão Arbitral, a simples enumeração de indícios – de ausência de alterações significativas no funcionamento das empresas envolvidas, de incrementos de produtividade ou de competitividade – não basta para constituir a demonstração segura de ausência de racionalidade económica. Porque a permuta não implica necessariamente a alteração da actividade económica de cada uma das empresas envolvidas – visa, antes, melhorar o governo dessas empresas e as relações do grupo societário com terceiros, nomeadamente bancos e novos investidores.
16. E os Requerentes enfatizam que, tal como no processo que conduziu à referida Decisão Arbitral, também neste processo não se descortinaria qualquer vantagem fiscal, senão aquela que se alcançaria com o diferimento das mais valias através da aplicação do regime especial de neutralidade à operação de permuta de partes sociais – o que, em si mesmo, não pode considerar-se abusivo.
17. Além disso, sustentam os Requerentes que a cláusula anti-abuso do art. 73.º, 10 do CIRC estabelece uma simples presunção *iuris tantum* que pode ser ilidida pelo contribuinte, refutando a factualidade apresentada quanto à ausência de razões económicas válidas, ou comprovando outra finalidade societária para a operação que seja demonstrativa da inexistência do móbil de evasão fiscal.
18. Pelo que, no seu entender, a detecção de uma actuação abusiva pressupõe uma apreciação global de todas as circunstâncias relevantes do caso *sub judicio*, uma “análise global da operação”, como o exige o TJUE¹, de modo a verificar-se se as operações realizadas tiveram como propósito, não a concretização de uma transacção económica válida e genuína, mas

¹ Acórdãos de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem, C-28/95, n.º 41; de 10 de Novembro de 2011, C-126/10, Foggia, n.ºs 37 e 38, e de 8 de Março de 2017, C-14/16, Euro Park Service, n.º 55.

- simplesmente o aproveitamento das vantagens fiscais previstas no regime da neutralidade.
19. Impenderia sobre a AT, portanto, o ónus de demonstração de que a operação não foi efectuada por motivos economicamente válidos, como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes, ou a subordinação a uma estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva, exigindo o TJUE uma “análise global da operação”. Ou seja, a AT teria de expor as razões pelas quais refutou o juízo valorativo que os Requerentes dela extraíram, os intuítos e as vantagens económicas invocadas.
20. Aditando que os tribunais não podem recusar ao interessado a possibilidade de obter um controlo efectivo da aplicação, pela administração, de normas que contêm conceitos indeterminados; o que, sustentam os Requerentes, excluiria um tratamento puramente dogmático das operações em causa e obrigaria a um exame da situação concreta à luz de todo o contexto jurídico-económico em que elas se desenvolveram, com a análise e ponderação de todas as circunstâncias inerentes apreciadas globalmente, para desse modo se averiguar se, do ponto de vista económico, elas fazem globalmente sentido.
21. Nada disto terá acontecido na fundamentação do RIT, o que os Requerentes atribuem à sucessão de projectos, em reacção à pronúncia dos próprios Requerentes face ao primeiro projecto de RIT.
22. Os Requerentes insistem que os SIT se limitaram a enunciar indícios, mas não de forma que sequer preenchesse os requisitos do art. 75.º, 2 da LGT, para se afastar a presunção de veracidade dos documentos produzidos – lembrando que, até de acordo com os princípios gerais do art. 342.º do Código Civil, mas também do art. 74.º, 1 da LGT, compete à AT o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais da sua actuação.
23. Entendem os Requerentes que é, por isso, insuficiente a fundamentação a seguinte alegação:
- “i. Pelo facto de (i) a G... ter sido constituído em data próxima à realização da operação de permuta; (ii) à transição de trabalhadores da C..., apenas oito, dos quais quatro sócios; (iii) para além da participação, os réditos provêm dos serviços faturados unicamente à C..., considera a Autoridade Tributária que a constituição da G... não teve por base motivações económicas, pelo que a mesma configura uma sociedade veículo.”*
24. Caberia à AT, nos termos dos arts. 74.º da LGT e 100.º do CPPT, demonstrar que aquele montante de € 4.720.000,00 extravasava o âmbito e motivação da operação celebrada.

-
25. A AT pode actuar com base em “indícios fundados”, nem se lhe reclamando, sequer, uma “prova cabal” dos pressupostos da sua actuação; mas isso implica, no mínimo, a prova da existência de uma factualidade que está pressuposta nos referidos “indícios” – porque os pressupostos da sua actuação são esses factos constitutivos do seu direito de agir.
26. Em suma, o RIT estaria deficientemente fundamentado em virtude do facto de a AT não ter preenchido o conceito de “razões economicamente válidas” a que está legalmente vinculada, limitando-se antes a fazer meros juízos conclusivos, violando assim os arts. 268.º, 3, da CRP e 77.º da LGT – o que conduz à sua anulação nos termos do art. 136.º do CPA.
27. Os Requerentes analisam ainda o quadro normativo do regime de neutralidade fiscal da permuta de partes sociais, os arts. 10.º, 1, b), 10 e 13 do CIRS, 73.º, 5 e 10, 77.º, 2 e 78.º, 5 e 6 do CIRC – destacando a situação em que a sociedade adquirente, já detentora de participação maioritária na sociedade adquirida, adquire nova participação nesta.
28. Lembrando que a permuta de participações pode ser efectuada tanto por aumento do capital social realizado mediante entradas em espécie, como pela troca das participações da sociedade adquirida por acções ou quotas próprias da sociedade adquirente, em ambos os casos reclama-se dois efeitos: a) a atribuição, à sociedade adquirente, da maioria dos direitos de voto da sociedade adquirida; b) a atribuição, aos sócios da adquirida, de participações da adquirente.
29. Sendo que é o segundo destes efeitos que pode beneficiar da neutralidade fiscal, se se verificar que os sócios da sociedade adquirida continuam a valorizar, para efeitos fiscais, as partes sociais novas (as participações da adquirente) pelo valor atribuído às partes sociais antigas (as participações da adquirida que foram entregues à adquirente) – como dispõe o art. 77.º, 1 do CIRC – o que significa que os ganhos auferidos pelos sócios da adquirida não são tributados imediatamente – é diferida a sua tributação – desde que estes sócios reconheçam as participações da sociedade adquirente numa base fiscal equivalente à base fiscal que era a da sociedade adquirida antes da operação de permuta.
30. Essa equivalência, assinalam os Requerentes, não é identidade precisa, não se exigindo legalmente (como se exige nas fusões e cisões) o transporte de base na esfera da sociedade adquirente, ou seja, a manutenção, na esfera da sociedade adquirente, do valor pelo qual as

participações da sociedade adquirida se encontravam registadas na esfera dos respectivos sócios – porque uma exigência de identidade precisa, em termos contabilísticos, seria uma oneração injustificada, entravando qualquer movimento de actualização do valor fiscal das partes sociais da sociedade adquirida na esfera da sociedade adquirente. Pois, caso fosse mantido o valor fiscal histórico das partes sociais da sociedade adquirida na esfera da sociedade adquirente, seria criado um segundo nível de tributação, que partiria, quanto às partes sociais da sociedade adquirida, da mesma base tributável dos seus sócios, quanto às partes sociais da sociedade adquirida. Mais a mais, acrescentam, porque se trata, no caso de tais operações, de simples mais-valias potenciais, não de mais-valias realizadas.

31. E os Requerentes enfatizam essa conclusão lembrando os deveres declarativos enunciados no art. 78.º, 6, a) do CIRC, que obrigam à discriminação do *“número e valor nominal das partes sociais entregues e das partes sociais recebidas, valor fiscal das partes sociais entregues e respetivas datas de aquisição, quantia em dinheiro eventualmente recebida, resultado que seria integrado na base tributável se não fosse aplicado o regime previsto no artigo 77.º e demonstração do seu cálculo”*.
32. No caso concreto, a G... (sociedade adquirente) adquiriu, a 14 de Abril de 2021, uma participação do capital social da C... (sociedade adquirida), participação essa que representa 59% do capital social da adquirida, e, em consequência, a maioria dos direitos de voto nesta.
33. Tendo essa decisão correspondência “em espelho” na G... que, na mesma data de 14 de Abril de 2021, aprovou o aumento de capital social da sociedade com a importância de € 4.720.000,00, a realizar por entradas em espécie constituídas por uma quota no valor nominal de € 118.000,00, representativa de 59% do capital social da C..., detida pelo Requerente marido.
34. No entender dos Requerentes, tratar-se-ia inequivocamente de permuta de partes sociais, pelo que, verificados os requisitos necessários para que a mesma se possa considerar neutra, se seguiria o diferimento da tributação na esfera do sócio, e ora Requerente marido.
35. Está preenchido o requisito de as sociedades adquirente e adquirida serem residentes em Portugal.
36. Quanto ao reconhecimento do valor das participações da sociedade adquirida com base fiscal equivalente à base fiscal externa por parte dos sócios da sociedade adquirente,

assinalam os Requerentes que foram emitidas duas declarações diferentes, ambas intituladas “Declaração para integrar o processo de documentação fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas, referente ao período de tributação de 2021 da Sociedade G...” (docs. n.ºs 14 e 15):

- a) Uma (doc. n.º 14), na qual se informa que foi transmitida, da adquirida para a adquirente, uma quota no valor de € 118.000,00 (59% do capital social da adquirida), tendo a adquirente entregue, por contrapartida, uma quota sua no valor de € 4.720.000,00.
- b) Outra (doc. n.º 15), na qual se indica que, para os devidos efeitos fiscais, uma eventual mais-valia na venda das participações permutadas implicará a tributação em sede de IRS do Requerente marido nos seguintes termos:

(valores em Euro)

Sócio	Valor de aquisição / valor nominal	Data de aquisição	Valor de mercado	Mais-valia (*)
A...	118.000,00	19-12-2008	4.720.000,00	4.602.000,00

(*) Não foram tidas em consideração despesas inerentes, conforme previsto na alínea b) do artigo 51.º do Código do IRS.

Sendo que no mesmo documento é ainda referido que, face ao enquadramento da operação no regime da neutralidade fiscal, os ora Requerentes, beneficiando do diferimento de tributação previsto no artigo 73.º, 5 do CIRC (por remissão do art. 10.º, 8 do CIRS), não incluíam o referido montante na sua base tributável do ano de 2021.

37. A permuta de € 118.000,00 por € 4.720.000,00 justificar-se-ia porque, sendo este último o valor de mercado, a ser considerado futuramente na realização das mais valias, de acordo com o art. 46.º, 3, d) do CIRC, isso implicaria desde logo o “step-up” do valor das quotas permutadas, de modo a evitar-se o fenómeno de duplicação dos ganhos latentes (à data da operação) e a sua consequente dupla tributação económica, expressamente mencionados no preâmbulo da Directiva 2009/133/CE como um efeito indesejável das operações de reorganização que pretendam manter-se neutrais.
38. Os Requerentes invocam o próprio entendimento da AT, plasmado na Ficha Doutrinária de 18 de Outubro de 2024, emitida no Processo n.º 24764, quando nele se esclarece que “(...) a obrigatoriedade de o valor nominal das partes de capital da sociedade adquirente a entregar aos sócios da sociedade adquirida dever corresponder ao seu custo de aquisição não é condição para se poder beneficiar do regime da neutralidade fiscal”, o que a própria AT entende que seria incompatível com um desejável esforço de valorização das novas partes sociais, por comparação com as antigas (daí a referência a “continuem a valorizar”)

- além de que poderia falsear a tributação das mais-valias no momento de alienação dessas novas partes sociais, momento para o qual a tributação é diferida.
39. E a mesma equivalência contabilística é afastada pela jurisprudência do TJUE, que se opõe à regulamentação de um Estado-membro que faça depender a neutralidade fiscal de uma permuta de acções da exigência de a sociedade adquirente inscrever o valor contabilístico histórico das participações sociais objecto da entrada no seu próprio balanço fiscal (Acórdão de 11 de Dezembro de 2008, Proc. C-285/07 (A.T), §§ 28 e 39).
40. E sustentam os Requerentes que, no caso concreto, o ora Requerente marido continuou a valorizar as participações sociais anteriormente detidas na C... pelo seu valor nominal histórico, fazendo o transporte de base fiscal na sua esfera pessoal, pelo que, aquando de uma eventual alienação de quota que agora detém no âmbito da G..., para efeitos de cálculo de mais-valia tributável em sede de IRS o valor de aquisição será o de € 118.000,00.
41. Verificada a substância, e cumpridos os deveres acessórios estabelecidos nos arts. 78.º, 6 do CIRC e 28.º, 1 do CSC, entendem os Requerentes que a permuta de participações sociais em causa é válida para todos os efeitos, incluindo para efeitos de aplicação do regime especial de neutralidade – não dando lugar a qualquer tributação, sendo a mesma diferida para o eventual e posterior momento da alienação onerosa daquelas participações sociais.
42. E por isso sustentam que o acto de liquidação adicional de IRS, bem como os respectivos actos de liquidação de Juros Compensatórios, devem ser anulados, nos termos do art. 163.º do CPA.
43. Quanto à inexistência de razões económicas válidas para a operação de permuta de partes sociais, alegada pela AT, e contra os argumentos usados por esta, os Requerentes lembram que dificilmente uma permuta implicaria uma alteração a nível da actividade económica de cada uma das sociedades envolvidas, individualmente consideradas – visto que o escopo dessas operações é normalmente o de melhorar o governo dessas sociedades e as relações do grupo societário com terceiros, como bancos e novos investidores.
44. No caso concreto, sustentam os Requerentes, a permuta de participações sociais terá permitido a centralização das participações numa sociedade holding, criando uma lógica de grupo; e terá facilitado a gestão e a supervisão das empresas do grupo, permitindo um processo de tomada de decisões mais eficiente e coordenado – o que terá consistido na

“razão económica válida” da permuta.

45. Relativamente ao facto de a G... ter um capital reduzido e não terem entrado investidores externos à família, os Requerentes sustentam que isso não inibe a sociedade de operar eficazmente ou de atrair investimentos futuros, ou financiamentos significativos – não podendo interpretar-se como uma indicação de ausência de racionalidade económica.
46. E entendem que é economicamente racional a centralização das participações numa sociedade holding controlada pela família, como é o caso da G..., como meio para facilitar a sucessão e a continuidade dos negócios familiares – mesmo na ausência de investidores externos.
47. Portanto, a G... não seria uma sociedade veículo, ao contrário do que sugerem os SIT da AT.
48. E há razões económicas válidas para terem transitado para a nova sociedade apenas oito trabalhadores, dos quais quatro são sócios, tanto assim que a estrutura societária e o número de trabalhadores aumentaram desde então, como se nota no volume de negócios da C..., que terá aumentado (dados até 2024) a sua autonomia financeira, a sua liquidez reduzida e a sua solvabilidade.
49. Quanto ao número de colaboradores:

Ano		2020	2021*	2022**	2023	2024***
Colaboradores	C...	57	52	46	48	50
Colaboradores	G...	0	0	8	8	8
Total		57	52	54	56	58

*Ano da criação da G...

**Ano da transição dos quadros, 7 em Junho e 1 em Setembro.

***Foram definidas 3 novas contratações para 2025.

50. No que respeita ao facto de os réditos da nova sociedade G... provirem unicamente dos serviços facturados à sociedade existente, C..., segundo os Requerentes isso corresponde a uma estratégia inicial para garantir a sustentabilidade financeira da nova entidade, enquanto ela se estabelece e expande as suas operações – uma prática comum em reestruturações empresariais, argumentam, que cabe no espaço conferido pela liberdade negocial.
51. Os Requerentes fazem notar que, no caso vertente, a AT nem sequer chegou a suscitar hipotéticas motivações abusivas – não sendo lícito, por outro lado, que, salvo em situações

- de comprovada fraude ou abuso, se adopte um entendimento relativamente aos efeitos civis da permuta, e outro, diametralmente oposto, quanto aos efeitos fiscais dessa mesma operação – até por obediência ao disposto no art. 11.º, 1 e 2 da LGT.
52. Por outro lado, a invocação do art. 73.º, 10 do CIRC só seria relevante mediante a prova de que as operações tiveram como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a evasão fiscal – o que, por sua vez, remeteria (dado que o art. 73.º, 10 do CIRC é resultado de uma faculdade conferida pelo art. 15.º, 1 da Directiva 2009/133/CE) para os três elementos da doutrina de abuso do direito conforme definidos pelo TJUE: (i) verificação da previsão normativa; (ii) artificialidade; (iii) violação do propósito.
53. Isso implicaria uma “análise global” ao abrigo da “*step transaction doctrine*”, avaliando resultados de forma objectiva (Acórdão “*Halifax*” do TJUE de 21 de Fevereiro de 2006, Proc. n.º C-255/02). Não bastando, evidentemente, a simples alegação – conclusiva – de que a permuta foi, ela mesma, com o diferimento da tributação das mais-valias realizadas, a única vantagem fiscal prosseguida.
54. Teria de haver a demonstração de que as operações documentadas *não foram realizadas por razões económicas válidas* para que surgisse um indício de operação artificial – admitindo a jurisprudência do TJUE que, no caso de operações com diversos objectivos, entre os quais objectivos fiscais, a razão económica válida não desaparece, desde que os objectivos fiscais não sejam preponderantes (Acórdão do TJUE de 10 de Novembro de 2011, Proc. n.º C-126/2010), ou, mesmo, desde que não sejam exclusivos (Acórdão “*Euro Park*” de 8 de Março de 2017, Proc. n.º C-14/16).
55. Dito de outra forma, entendem os Requerentes que incumbiria à AT demonstrar que a operação em causa é desprovida de qualquer razão económica válida que não a da obtenção de uma vantagem fiscal que frustre o propósito do regime da neutralidade fiscal – que, por sua vez, é também uma razão económica, só que não válida.
56. Seria, portanto, necessário demonstrar que as operações concretas não tiveram múltiplas razões económicas válidas que, concorrendo com a da obtenção de uma vantagem fiscal, relegaram esta para uma posição marginal – ou, o mesmo é dizer, que nenhuma razão económica válida perturbou o preenchimento dos pressupostos da presunção contida no art. 73.º, 10 do CIRC.

57. Ou seja, a mera invocação de uma cláusula anti-abuso não dispensa o esforço probatório nem interfere nas regras de ónus da prova.
58. Concluem os Requerentes, assim, que a AT não procedeu à necessária análise global da transacção que fosse susceptível de demonstrar a artificialidade das operações em causa, e a concomitante inaplicabilidade do regime especial de neutralidade fiscal – contentando-se com a alegação de que são razões económicas inválidas, ou inexistentes, as que poderiam associar-se a indícios como o facto de a G... ter sido constituída em data próxima à permuta de partes sociais, o ter havido parca transição de trabalhadores da C... para a G..., e o facto de a facturação da G... em 2021 derivar exclusivamente de serviços prestados à C... .
59. Inferem os Requerentes que a AT não conseguiu provar factos que pudessem constituir motivo para a aplicação da cláusula anti-abuso vertida no art. 73.º, 10 do CIRC, devendo por isso os decorrentes actos tributários ser anulados por erro quanto aos pressupostos de direito (por desconsideração da neutralidade fiscal aplicável), nos termos do art. 163.º do CPA: a liquidação adicional de IRS e as liquidações de juros.
60. Peticionando, a final, as consequências legais de tal anulação, ou seja a devolução do imposto, acrescido de juros indemnizatórios.
61. Em alegações, os Requerentes recapitulam a factualidade, e reiteram a argumentação do pedido de pronúncia, insistindo em particular no facto de a existência de razões económicas válidas não se limitar a reestruturações profundas ou à entrada de capital externo, podendo consistir em objectivos de centralização de participações, facilitação da gestão, sucessão empresarial, obtenção de financiamento, entre outros.
62. E sistematizam aquilo que consideram serem as razões económicas válidas para as operações em causa: a) Centralização da Gestão e Criação de Lógica de Grupo; b) Facilitação da Sucessão e Continuidade dos Negócios Familiares; c) Obtenção de Financiamento e Reforço da Estrutura Financeira; d) Melhoria dos Indicadores Financeiros e Crescimento Sustentável; e) Eficiência Operacional e Racionalização da Estrutura Empresarial; f) Melhoria do Governo Societário e Relações com Terceiros.
63. Insistem que a Requerida se limita a apresentar juízos conclusivos e genéricos, sem cumprir o dever legal de fundamentação, e enumerou alguns indícios sem demonstrar, de forma objectiva e detalhada, a artificialidade da operação, ou a inexistência de razões económicas

válidas. E que a Requerida, sem apresentar indícios fundados e concretos de artificialidade ou abuso, não só violou o standard de fundamentação exigível como procurou inverter o ónus da prova, desconsiderando até a documentação que comprova as operações realizadas, e permite aferir a sua validade económica.

64. Por não ter preenchido os pressupostos legais para afastar o regime de neutralidade fiscal, a AT teria violado o princípio da legalidade.

III. B. Posição da Requerida

65. A Requerida começa por impugnar genericamente a argumentação dos Requerentes, nos termos do disposto no art. 574.º, 2 do CPC.
66. E identifica dois problemas centrais: a) a aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal, previsto no art. 73.º e seguintes do CIRC, por remissão do art. 10.º, 10 do CIRS, à operação de permuta de participações sociais realizada pelo Requerente marido quando procedeu ao aumento do capital social da sociedade G... com recurso à quota que detinha na sociedade C...; b) a distribuição do ónus da prova quanto à reunião dos pressupostos legalmente fixados.
67. A Requerida reconhece que os SIT apresentaram aos contribuintes dois projectos de relatório de inspecção. Mas assinala que, ao contrário do que sugerem os Requerentes, a fundamentação do primeiro projeto notificado aos Requerentes não assentava, exclusivamente, no argumento de que as partes sociais permutadas não estariam a ser valorizadas de igual modo antes e depois da permuta, pois era invocado igualmente o art. 73.º, 10 do CIRC (como é reconhecido no art. 39.º do PPA).
68. O segundo projeto de RIT não pretendeu inovar, apenas esclarecer, aos contribuintes, a fundamentação já presente no primeiro projeto – centrada na inexistência dos necessários requisitos de racionalidade e motivação económica exigidos para a aplicação do regime da neutralidade fiscal à operação de permuta de participações sociais realizada pelo Requerente marido em 2021.
69. Fora disso, não houve qualquer alteração dos fins, do âmbito ou extensão do procedimento de inspecção, apenas um objectivo claro de garantir ao contribuinte o seu direito de

participação na formação do resultado inspectivo que culminaria com as correções que os SIT projectavam concretizar – pelo que não se justificava notificar os inspeccionados de qualquer alteração do procedimento inspectivo, porque essa alteração nem sequer existiu.

70. Não existiu, pois, no entender da Requerida, qualquer preterição do disposto no art. 15.º, 1 do RCPITA, que ordena a elaboração e notificação de um despacho fundamentado quando haja, durante a execução da inspecção, uma alteração dos fins, âmbito e extensão do procedimento. Essa irregularidade não parece ter sido invocada na fase procedimental, e, mesmo que objectivamente se concluísse pela respectiva pertinência, ela ter-se-ia por formalidade não essencial, não invalidante dos posteriores termos procedimentais, designadamente da liquidação posterior, quando se puder concluir que o resultado a atingir sempre seria o mesmo, já porque não houve tempestiva reacção à ausência de despacho, já porque não se alega sequer que qualquer dos fins visados com o mesmo despacho possa ter ficado comprometido no apuramento dos factos.
71. Quanto à alegada insuficiência do RIT em termos de fundamentação, a Requerida lembra que a fundamentação é um conceito relativo, que pode variar em função do tipo legal de acto administrativo. Atenta a distinção entre fundamentação formal e fundamentação substancial², a Requerida sustenta que uma coisa é saber se a Administração deu a conhecer – formalmente – os motivos que a determinaram a actuar como actuou, e outra, bem diversa, é saber se esses motivos correspondem – substancialmente – à realidade, e se, correspondendo, são suficientes para legitimar a concreta actuação administrativa³.
72. Ora, a falta ou insuficiência de fundamentação do acto é um vício de natureza formal e não substancial, e tem sido entendimento constante da jurisprudência e da doutrina que determinado acto se encontra devidamente fundamentado sempre que for possível, através do mesmo, descobrir qual o percurso cognitivo utilizado pelo seu autor para chegar à decisão final; ou seja, se um destinatário normalmente diligente ou razoável, colocado na situação concreta expressada pela declaração fundamentadora e perante o concreto acto,

² Cita: Ac. do STA, 20/02/2019, Proc. n.º 0775/02.2BTVIS.

³ Cita: Ac. do STA, 13/07/2011, rec.656/11; Ac.STA, 20/04/2020, rec. 1371/08.6BELRA; Ac.STA, 28/04/2021, rec. 290/11.3BELRA.

fica em condições de conhecer o itinerário funcional, cognoscitivo e valorativo do autor do acto⁴.

73. Para isso suceder, bastará frequentemente que a fundamentação consista em mera declaração de concordância com anterior parecer, informação ou proposta, o qual, nesse caso, constitui parte integrante do respectivo acto, nos termos do art. 77.º, 1 da LGT; sem que isso constitua obscuridade, contradição ou insuficiência que conduziria à não-fundamentação, nos termos do art. 153.º, 1 do CPA.
74. Lembrando ainda que a fundamentação não se esgota na sua função exógena – que é a de dar conhecimento, ao administrado, das razões da decisão, permitindo-lhe optar pela aceitação do acto ou pela impugnação graciosa ou contenciosa –, a Requerida sublinha também a função endógena, que é a da ponderação do próprio decisor⁵.
75. Para concluir que, em todas essas dimensões, a fundamentação no caso presente preenche todos os requisitos, e que, em sede de fundamentação formal dos actos tributários impugnados, a única a considerar é a que consta do relatório final da inspecção que lhe serviram de suporte, e que integram os próprios actos, pois foram por eles apropriados, ou seja, a que é contemporânea da prática do acto, não relevando qualquer fundamentação "*a posteriori*", conforme jurisprudência uniforme do STA; tendo sido apreendida pelos Requerentes, como resulta do próprio articulado do pedido de pronúncia (e é expressamente assumido nos arts. 143.º, e 146.º a 180.º, do PPA).
76. Além disso, entende a Requerida que deve considerar-se fundamentado o acto de liquidação adicional, baseado num RIT, que, ainda que não seja expressamente referido naquele acto, se situa, indubitavelmente, no respectivo quadro legal e fáctico, a montante do acto, com a sua própria fundamentação e devida notificação, com as suas propostas de correcção a alicerçarem a liquidação adicional, sendo a própria liquidação não mais do que o acto finalizador de determinação da dívida fiscal. Sendo que terá, conseqüentemente, de ter-se por suficientemente fundamentado o acto de liquidação adicional se as conclusões do RIT

⁴ Cita: Ac.STJ 26/04/95; Ac.STA, 6/02/90.

⁵ Cita: Ac. STA, 2/02/2006, rec. 1114/05; Ac. STA, 9/05/2018, rec.572/17; Ac. STA, 17/10/2018, rec. 1422/17.3BESNT; Ac. STA, 20/04/2020, rec.1371/08.6BELRA; Ac. STA, 28/04/2021, rec. 290/11.3BELRA.

esclarecem, minimamente, o contribuinte, que dele foi notificado, das razões de facto e de direito que levaram a AT a liquidar o imposto em causa⁶.

77. O teor do PPA, sublinha a Requerida, demonstra que os Requerentes obtiveram o conhecimento da motivação das correcções efectuadas pelos SIT, e têm perfeito conhecimento do acto de liquidação e da sua fundamentação, o que lhes permitiu contestar especificadamente, exaustivamente, ao longo de 215 artigos, as correcções de que foram alvo e a liquidação subsequente. O que permite inferir que a função exógena da fundamentação está conseguida, visto que ela possibilitou a impugnação dos actos tributários.
78. Ora o que os Requerentes efectivamente contestam é a própria fundamentação substancial das correcções promovidas pelos SIT, o que não só não se confunde com a invocada existência de um vício formal de falta de fundamentação (arts. 72.º a 84.º do PPA), mas logicamente impõe a conclusão oposta, a de que essa fundamentação existe.
79. Conclui a Requerida que a decisão *sub judice* se encontra cabalmente fundamentada, uma vez que espelha fielmente a realidade do procedimento administrativo-tributário que a antecedeu, não tendo sido preterida nenhuma formalidade legal que importe a peticionada anulação dos actos de liquidação.
80. Quanto à questão do ónus da prova da existência, ou inexistência, de razões económicas válidas para a operação de permuta de participações sociais realizada pelo Requerente marido em 2021, a Requerida lembra que a neutralidade fiscal tem por objectivo, na Directiva das fusões, cisões, troca de activos e permuta de acções (Directiva 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de Outubro de 2009), favorecer as operações de reestruturação económica de grupos de empresas no quadro do mercado interno, pelo que se compreende que haja um rigor particular na exigência de prova de que são essas operações que estão efectivamente em causa, o que reclama o preenchimento de certos requisitos.
81. E que a solução adoptada quanto a operações de permuta de partes sociais, no art. 10.º, 1, b), 10 e 13 CIRS, é a do mero diferimento da tributação, não a isenção – pelo que a

⁶ Cita: Ac. STA, 05/09/2001, Proc. n.º 025832; Ac. TCA Sul, 31/10/2006, Proc. n.º 122/04; Ac. TCAN, 24/05/2012, Proc. n.º 00731/09.0BEPNF.

- tributação ocorrerá no momento posterior de alienação de activos a terceiros, no momento em que mais-valias potenciais se convertem em mais-valias efectivamente realizadas.
82. Pelo que é essencial apurar se os Requerentes demonstraram as razões económicas válidas exigidas pelo art. 73.º, 10 do CIRC, norma para a qual remete o art. 10.º do CIRS.
83. A Requerida sustenta que o art. 73.º, 10 do CIRC contém uma cláusula anti-abuso, a qual exige que a operação tenha sido efectuada por motivos económicos válidos, como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades envolvidas, sob pena de dever considerar-se que a operação foi realizada com o principal, ou exclusivo, objectivo de evasão fiscal.
84. Tratar-se-ia, para a Requerida, de uma presunção de ausência de razões económicas válidas, uma presunção *iuris tantum* que caberia aos sujeitos passivos ilidir, comprovando a existência de tais razões, ou comprovando qualquer finalidade que afaste a presunção de que se tratou de uma evasão fiscal.
85. E isto porque só os sujeitos envolvidos nas operações – no caso, os Requerentes – dispõem do completo e absoluto domínio situacional do complexo fáctico que envolveu a decisão de proceder à permuta de participações sociais entre uma sociedade e outra; só eles podem fornecer o quadro factual com o qual é possível proceder à “análise global da operação”, que permitisse aquilatar da validade das razões económicas invocadas pelos Requerentes.
86. Discorda a Requerida, portanto, do entendimento dos Requerentes, que entenderam que cabia à AT a prova de que a operação não resultou de “razões económicas válidas”.
87. Ora, sendo o regime de neutralidade fiscal um regime excepcional, aplica-se o art. 74.º da LGT e não se admitirá o recurso a presunções – pelo que a prova do preenchimento dos pressupostos cabia, no caso, inteiramente aos Requerentes.
88. Isso decorreria da própria Directiva 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, porque, se esta admite que a inexistência de razões económicas válidas fundamenta a presunção de se tratar de operações fiscalmente motivadas, naturalmente que a prova das razões económicas válidas incumbe, como facto constitutivo do direito invocado, aos Requerentes – mais simplesmente, o regime de neutralidade só pode ser invocado pelo sujeito passivo caso ele prove que a operação serviu o propósito visado pelo legislador comunitário com a consagração do regime, caso ele forneça todos os elementos necessários

para o perfeito conhecimento da operação, caso ele comprove todos os pressupostos constitutivos do direito que invoca.

89. Não sendo possível conceber que se queira fazer recair sobre a AT o ónus de carrear para os autos os eventuais e concretos motivos, ou razões económicas, que porventura tenham norteadas as decisões societárias dos contribuintes.
90. Ora, no caso concreto, entende a AT que os Requerentes não contrariaram a conclusão, alcançada pelos SIT, de que a operação de permuta de participações sociais não teve subjacentes critérios de racionalidade económica – não o fizeram durante o procedimento inspectivo, nem no exercício do Direito de Audição, nem no Pedido de Pronúncia que originou o actual processo.
91. Afigurando-se à Requerida que a operação de permuta de participações sociais não se enquadra em qualquer reestruturação empresarial ou qualquer operação de racionalização das actividades das sociedades que nela participaram, ou num qualquer contexto de racionalidade económica que justificasse a aplicação do regime da neutralidade fiscal concebido pelo legislador fiscal.
92. É que, como relatado na acta n.º 46 da C..., que regista o ocorrido na assembleia de sócios da C... de 14 de Abril de 2021, em que foi aprovado o consentimento da transmissão da quota detida pelo Requerente marido para a sociedade G..., pode ler-se que a operação ocorre devido a razões de “reestruturação do seu património”, o que só pode referir-se ao património pessoal do sócio A..., o aqui Requerente marido:

Aberta a sessão, entrou-se de imediato na discussão do Ponto Um da Ordem de Trabalhos, no âmbito do qual o sócio A... explicou que no âmbito de uma reestruturação do seu património pretende subscrever um aumento de capital na sociedade de que é sócio, G... LDA., pessoa colectiva número [redacted] matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Sintra sob o mesmo número de pessoa colectiva, com sede no [redacted] Lisboa, freguesia de [redacted] e concelho de Lisboa, mediante entrada em espécie constituída pela quota que detém na C... LIMITADA. Submetido à votação, foi este ponto aprovado por unanimidade e assim aprovado o consentimento da sociedade e dos sócios à referida transmissão de quota.

93. Notoriamente, assinala a Requerida, não foram aqui invocadas quaisquer razões de racionalidade económica ou de reestruturação empresarial que pudessem afastar a presunção do art. 73.º, 10 do CIRC, nem sequer no plano das intenções, designadamente:

- Novos negócios, novas linhas de produtos ou serviços que a nova empresa tivesse já lançado, ou tivesse em vias de lançamento, que a antiga o não pudesse fazer;
- Novas parcerias que tivessem implicado incremento de proveitos ou redução de custos;
- Investigação e desenvolvimento de novos produtos, no contexto de uma nova estrutura de negócio;
- Actividades de concretização de investimentos, activos adquiridos ou projectados neste contexto, e estudos do seu impacto;
- Alteração de estruturas de financiamento, de forma a suportar investimentos que só a nova estrutura pudesse sustentar;
- Alteração da estrutura de recursos humanos, com vista à prossecução de novas actividades ou formas organizacionais.

94. Nada se observa, com a clareza exigível, e em resultado da permuta de partes sociais, em termos de rendimentos, gastos, produtos, serviços, racionalização de actividades, lucros ou perdas resultantes, e recursos humanos, materiais e financeiros.
95. E a Requerida insiste que nem sequer lhe cabe a prova, até por não ser ela que tem o domínio da situação, dos elementos essenciais da decisão e dos dados que fundaram a decisão de proceder à permuta de participações sociais – elementos que estão, e sempre estiveram, na exclusiva disponibilidade dos Requerentes. Cabe-lhe apenas reconhecer que, face aos elementos disponibilizados, não há fundamentos para se sustentar que existem “*razões económicas válidas*”.
96. Inexiste assim, no entender da Requerida, a prova, que ela diz caber aos Requerentes, que houve outras vantagens *verificadas*, não meramente *invocadas*, para lá da do simples diferimento de tributação de mais-valias – pois que se pode admitir que, das várias vantagens prosseguidas e alcançadas, uma possa ser de natureza fiscal, desde que não seja preponderante, e, menos ainda, desde que não seja a exclusiva.
97. Por aplicação do art. 73.º, 10 do CIRC, a cláusula anti-abuso nele contida basta-se com a constatação de uma situação de evasão fiscal, objectivamente reflectida nos resultados tributários decorrentes das operações efectuadas, independentemente de uma qualquer concreta intenção abusiva ou ilegítima destinada a alcançar esse objetivo – sendo suficiente que se constate uma utilização da norma que estabelece o benefício sem ser concretamente prosseguido o fim visado pelo legislador (o da Directiva 2009/133/CE, e o do CIRC).

98. Dispensando-se qualquer atribuição a intenções, que esbarraria com a insindicabilidade dos plano subjectivo, e reclamando, pois, a mera constatação *objectiva* da inexistência de factos demonstrativos de “razões económicas válidas”, globalmente associáveis à maximização da eficiência empresarial.
99. Não se trata, ao contrário do que alegam os Requerentes, de violação de qualquer norma, nacional ou comunitária – mas somente do não-preenchimento dos pressupostos de aplicação de um regime especial, que é o da neutralidade fiscal, que é o do benefício do diferimento da tributação.
100. Concluindo que é de manter a decisão relativamente à exclusão da situação *sub judice* do regime especial de neutralidade fiscal, por falta de comprovação dos pressupostos legalmente estipulados pela norma anti-abuso específica ínsita no art. 73.º, 10 do CIRC.
101. Em alegações, a Requerida reafirma as posições assumidas na sua resposta.
102. Reconhece que os Requerentes conseguiram, em alegações, enumerar um conjunto de “razões económicas válidas” que são tidas, na jurisprudência e na doutrina, como aptas a afastar a conclusão de que as operações em causa tiveram como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a evasão fiscal, e nomeadamente: Centralização da gestão e criação de lógica de grupo; Facilitação da sucessão e continuidade dos negócios familiares; Obtenção de financiamento e reforço da estrutura financeira; Melhoria dos indicadores financeiros e crescimento sustentável; Eficiência operacional e racionalização da estrutura empresarial; Melhoria do governo societário e das relações com terceiros.
103. Mas, sublinha a Requerida, não basta invocar e enumerar as razões identificadas e aceites pela jurisprudência ou pela doutrina: teria sido necessário que fossem carreados para os autos elementos documentais objectivos, reais e sindicáveis, que permitissem aferir se o caso vertente cumpre com alguma, ou com algumas, daquelas “razões económicas válidas” elencadas.
104. Ora, sendo os Requerentes os únicos que sabem todos os contornos da operação que projectaram e realizaram, que vivenciaram essa operação, eles são os únicos aptos a carrear para os autos todos os elementos que poderiam demonstrar cabalmente que a operação realizada se reveste das razões económicas válidas que invocam – o que leva a Requerida a

inferir que os Requerentes terão preferido não carrear para os autos os elementos documentais que demonstrassem o que alegam – ou que eles inexistem.

105. A AT terá preenchido, no seu próprio critério, o seu ónus inquisitório, quer solicitando os elementos necessários para caracterizar devidamente a situação dos autos, quer rectificando o projecto de RIT e conferindo aos Requerentes um duplo Direito de Audição, para esclarecimento da situação e eventual afastamento da conclusão da norma anti-abuso.
106. Reiterando a conclusão de que os actos de liquidação controvertidos não padecem de qualquer vício e devem ser mantidos na ordem jurídica, devendo ser julgado improcedente o presente pedido de pronúncia arbitral.

IV. Fundamentação da decisão

IV. 1. Questões suscitadas

Sendo o *thema decidendum* a aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal (73.º, 5 e 10, 77.º, 2 e 78.º, 5 e 6 do CIRC e 10.º, 1, b), 10 e 13 do CIRS) à operação mediante a qual o Requerente marido transformou em sua quota na G... (de valor nominal de € 4.720.000,00) uma quota que detinha a título pessoal na C... (de valor nominal de € 118.000,00), as partes formularam várias questões que vamos considerar – aproximadamente pela ordem pela qual foram suscitadas:

- a) A questão dos dois projectos de RIT, e da necessidade, ou não, de despacho fundamentado para o segundo deles – ou se houve sucessão de procedimentos inspectivos;
- b) A questão da insuficiência de fundamentação;
- c) A questão de saber o que é uma permuta, para efeitos civis e para efeitos fiscais (art. 11.º da LGT);
- d) A questão de saber se, para efeitos do art. 77.º, 1 do CIRC, o sócio da adquirida (o Requerente marido como sócio da C...) continua a valorizar as partes sociais novas (a quota da G... do mesmo Requerente marido) pelo valor atribuído às partes sociais antigas (a quota da C... do Requerente marido que foi entregue à adquirente) – não

em termos de pura equivalência contabilística, mas dentro de um intervalo fiscalmente atendível;

- e) A questão de saber se a valorização de uma quota que tinha inicialmente o valor nominal de € 118.000,00, representativa de 59% do capital social da C..., para € 4.720.000,00, o valor de entradas em espécie no capital da G..., com uma mais-valia tributável de € 4.541.126,98, traduz um *step-up* “a valor de mercado”;
- f) A questão das “razões económicas válidas” para a operação, e do alegado carácter abusivo ou artificial da operação, avaliado numa “análise global”;
- g) A questão do ónus da prova, face à excepionalidade do regime de neutralidade fiscal.

IV. 2. A questão do duplo projecto de RIT

Existiram dois projectos de relatório de inspecção, e a Requerida admite-o. Em bom rigor, poderia até ter havido mais de dois, sem qualquer consequência – porque os projectos não são a versão final do RIT, e só esta vale, só esta vincula.

Como veremos de seguida a propósito da questão da fundamentação, há apenas a considerar a fundamentação que consta do relatório final da inspecção (art. 62.º do RCPITA), pois foi ela, e só ela, que alicerçou os actos tributários ora impugnados, integrando esses actos.

A sucessão de projectos ilustra até, de forma positiva, a relevância do Direito de Audição Prévia, porque foi atendendo a argumentos utilizados pelos Requerentes, no exercício desse direito, que os SIT modificaram, e eventualmente aperfeiçoaram, a fundamentação que veio a constar da versão final do RIT (art. 60.º, 7 da LGT).

Se a sucessão de projectos implicasse, por si mesma, novos procedimentos de inspecção, ou a alteração de fins, âmbito e extensão de procedimentos de inspecção, isso inutilizaria o exercício do Direito de Audição Prévia, que é, nos seus próprios termos, o direito de o administrado participar na formação da decisão que lhe respeita – e de participar efectivamente, com peso discernível (art. 60.º, 1 da LGT).

No caso, esse peso fez-se sentir na reformulação parcial da fundamentação entre os dois projectos sucessivos – sendo que o segundo projecto nem sequer é inovatório face ao primeiro,

apenas desenvolvendo alguns aspectos que estavam mais esquematicamente enunciados na primeira versão.

Não se vislumbra, por isso, qualquer alteração de fins, âmbito ou extensão do procedimento de inspecção que justificassem nova notificação; não tendo ocorrido, por isso, qualquer preterição do disposto no art. 15.º, 1 do RCPITA.

IV. 3. A questão da fundamentação

Os Requerentes utilizam o argumento da falta de fundamentação – o que sempre suscita alguma reserva de impropriedade procedimental ou processual, visto que, para as deficiências de fundamentação, existe uma diligência própria, prevista no art. 37.º do CPPT.

Trata-se, contudo, com a invocação da falta de fundamentação, de um argumento difícil de rebater, pelo que se justifica uma consideração mais extensa da parte do Tribunal, a dissipar dúvidas quanto a *existência* e *suficiência* da fundamentação – aferida em termos gerais e abstractos.

Começemos por destacar-lhe a dupla função, nas palavras de um ilustre cultor do Direito Fiscal:

“A exigência de fundamentação (a exposição dos motivos por que se decidiu de um certo modo e não de outro) existe também como condição de racionalidade e de criação de condições materiais para o exercício das competências administrativas e judiciais de re-exame de uma decisão e de uma situação jurídica tributária”⁷.

Ou, por outros termos, a função exógena, comunicativa das razões da decisão, contraposta à função endógena, da ponderação dessas razões pelo próprio decisor.

Por força dessa dupla função, exige-se que a fundamentação revista as seguintes características:

- a) Oficiosidade: deve partir sempre da iniciativa da administração, não sendo admissíveis fundamentações a pedido;
- b) Contemporaneidade: deve ser coeva da prática do acto, não podendo haver fundamentações

⁷ J.L. Saldanha Sanches & João Taborda da Gama, “Audição-Participação-Fundamentação: A Co-Responsabilização do Sujeito Passivo na Decisão Tributária”, in *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, p. 290.

diferidas ou supervenientes (exceptuada a diligência do art. 37.º do CPPT);

- c) Clareza: deve ser acessível e compreensível por um destinatário médio, evitando tecnicismos e ambiguidades, e mais ainda obscuridades, erros, contradições ou insuficiências, na enunciação dos pressupostos e, no que respeita à liquidação, na explicitação dos montantes calculados e das formas de cálculo;
- d) Suficiência ou plenitude: deve permitir identificar todos os elementos determinantes da decisão tomada (as disposições legais aplicáveis, a qualificação dos factos tributários, a quantificação dos factos tributários, as operações de apuramento da matéria tributável e do tributo), e nomeadamente a justificação encontrada no quadro normativo – o domínio da legalidade –, e, quando intervenham margens de discricionariedade ou oportunidade, a motivação e as valorações prevalecentes.

A inexistência ou insuficiência da fundamentação torna, assim, o acto tributário (*maxime* a liquidação) anulável por vício de forma, porque materialmente ficaram comprometidas a racionalidade da decisão e a criação das condições materiais para o adequado exercício dos direitos de defesa por parte dos contribuintes.

Essa fundamentação não deve, nem pode, ser abstractamente apreciada – porque será sempre funcionalizada à situação concreta e ao tipo de acto, servindo em primeira linha para remover, junto do destinatário da decisão, qualquer impressão de que houve arbítrio nessa decisão: “*Fundamentar um ato, uma decisão, uma deliberação, consiste em indicar, concretamente, as razões de direito e de facto por que se tomou uma decisão em determinado sentido*”⁸.

As características da fundamentação concorrerão para que, numa liquidação de imposto, seja “*compreensível, para um destinatário médio colocado na posição do real destinatário, face aos elementos efectivamente notificados, o porquê da inscrição nos cálculos apresentados daqueles valores, e não de outros quaisquer*”; não bastando, para convalidá-lo, que as motivações de um acto tributário impugnado possam ser, ou tenham sido, *intuídas* pelo contribuinte: “*não será aceitável que, perante uma fundamentação inexistente ou insuficiente, se ponha a cargo do contribuinte o ónus de adivinhar aquela, atribuindo ao palpite certo um*

⁸ Acórdão do STA de 6 de Fevereiro de 1991 (sublinhado nosso).

efeito convalidante do défice de cumprimento dos respectivos deveres pela Administração Tributária”⁹.

O art. 77.º, 1 da LGT estabelece que *“a decisão de procedimento é sempre fundamentada por meio de sucinta exposição das razões de facto e de direito que a motivaram, podendo a fundamentação consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, incluindo os que integrem o relatório da fiscalização tributária”*.

É um princípio genérico, que não se cinge aos actos “em série”, ou “de massa”, alargando-se, antes, a todos os tipos de actos tributários o dever de fundamentação sucinta, e a faculdade de remissão, com mera declaração de concordância com fundamentações precedentes, bastando que se identifique claramente, sem obscuridade ou ambiguidade, quais os documentos ou peças para que se remete – como o estabelecia já o Acórdão do Pleno da Secção do Contencioso Administrativo do STA, de 19 de Janeiro de 1993: *“A fundamentação, mesmo por remissão, deve ser expressa no próprio acto, por indicação da peça do processo cujas razões o acto assume, não podendo na ausência dessa indicação no próprio acto, ser buscada em qualquer peça do processo administrativo.”*

Em suma, como há muito se tem por estabelecido,

“A jurisprudência dos nossos Tribunais superiores tem consagrado o entendimento de que um acto se encontra suficientemente fundamentado quando dele é possível extrair qual o percurso cognoscitivo seguido pelo agente para a sua prática. É também pacificamente aceite que não preenche a exigência legal de fundamentação o recurso a meras fórmulas tabelares que não esclareçam devidamente a motivação de facto e de direito que presidiu ao acto da administração. Ponto é que a fundamentação responda às necessidades de esclarecimento do contribuinte informando-o do itinerário cognoscitivo e valorativo do acto de liquidação, permitindo-lhe conhecer as razões, de facto e de direito, que determinaram a sua prática. Acresce dizer, na senda do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11.12.2007, recurso 615/04 «que a lei exige uma exposição apenas sucinta dos fundamentos da decisão a fundamentar; que, por isso, não deve ser um “máximo” o conteúdo exigível da declaração fundamentadora; e que o grau de fundamentação há-de ser o adequado ao tipo concreto do acto e das circunstâncias em que o mesmo foi praticado, de molde a satisfazer a divergência existente entre a posição da Administração Fiscal e a do

⁹ Processo n.º 30/2012-T do CAAD.

contribuinte».”¹⁰

E a doutrina converge com esse entendimento:

“Como o STA vem entendendo, a exigência legal e constitucional de fundamentação visa, primordialmente, permitir aos interessados o conhecimento das razões que levaram a autoridade administrativa a agir, por forma a possibilitar-lhes uma opção consciente entre a aceitação da legalidade do acto e a sua impugnação contenciosa. Para ser atingido tal objectivo a fundamentação deve proporcionar ao destinatário do acto a reconstituição do itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pela autoridade que praticou o acto, de forma a poder saber-se claramente as razões por que decidiu da forma que decidiu e não de forma diferente.”¹¹

Decorre das considerações precedentes que a fundamentação, até por causa do imperativo da clareza, deve ser simples – sem deixar de ser plena –.

Se a fundamentação se encontra já formulada completamente num determinado passo de um procedimento ou processo, é mais do que desnecessário, por redundância, repeti-la: pode ser até contraproducente, convertendo-se numa penosa reformulação de tudo o que já foi dito, de tudo o que já foi argumentado, de tudo o que já foi documentado – contribuindo presumivelmente para a entropia informativa por excesso, redundando, no final, em desinformação e vulnerabilização daquele a quem a informação deveria precipuamente aproveitar, que é o seu destinatário.

É, como vimos, o que acabou consagrado no n.º 1 do art. 77.º da LGT.

Nesse mesmo sentido reconheceu-se já, em sede de arbitragem tributária, que *“quando o ato tributário (liquidação adicional de imposto, por exemplo) surge na sequência e em consequência dum procedimento inspetivo levado a cabo pela Administração Fiscal, a dialética ou diálogo que necessariamente se estabelece entre o contribuinte e a inspeção tributária, hão-de tornar difícil, em princípio, o não cumprimento ou até o cumprimento deficiente desse ónus de fundamentação na medida em que a decisão final se vai construindo ao longo desse processo com a participação do contribuinte”¹².*

Essa edificação “dialógica” de uma fundamentação tem acolhimento crescente na doutrina e na jurisprudência, embora não tenha ainda o reconhecimento que lhe seria devido,

¹⁰ Acórdão do STA, Processo n.º 667/10; Proc. n.º 109/2012 –T do CAAD.

¹¹ Diogo Leite Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, *Lei Geral Tributária. Anotada e Comentada*, anotação ao art. 77º da LGT.

¹² Processo n.º 131/2012 - T do CAAD.

em todas as suas implicações – pioneiramente formuladas, de modo lapidar, por Saldanha Sanches: “Ao co-responsabilizar o sujeito passivo pela decisão final, a participação deste na audição prévia pode também contribuir para uma distinção entre as suas posições que merecem e não merecem tutela jurídica”¹³.

Um outro corolário da edificação “dialógica” de uma fundamentação é a admissão de uma possibilidade que de outro modo se entenderia como uma derrogação do princípio da contemporaneidade: a possibilidade de a cumulação de informação ao longo do processo deixar transparecer de forma mais completa uma fundamentação inicial, sem que isso constitua uma fundamentação sucessiva ou *a posteriori* de actos tributários ou administrativos. Como se lê numa decisão arbitral,

*“decorre do pedido de pronúncia arbitral e das impugnações administrativas que o precederam que a Requerente se apercebeu de que o Relatório da Inspeção Tributária estava subjacente às correcções efectuadas, cuja fundamentação foi expressamente assumida nas decisões da reclamação graciosa e do recurso hierárquico, que precederam a apresentação do pedido de pronúncia arbitral. [...] No caso em apreço, apesar da falta de referência expressa à fundamentação no acto de liquidação, a Requerente impugnou-o através de reclamação graciosa e de recurso hierárquico, em cujas decisões ficou claro que a fundamentação do acto de liquidação é a que consta do Relatório da Inspeção Tributária que antecedeu a liquidação, que foi adoptada, no essencial, por último, na decisão do recurso hierárquico [...] Por outro lado, quanto ao IRS, a quantia liquidada é exactamente a que foi indicada no Relatório da Inspeção Tributária, pelo que não há razão para duvidar que foi com base neste Relatório que foi efectuada a liquidação e, tendo o pedido de pronúncia arbitral sido apresentado na sequência da notificação da decisão do recurso hierárquico, tem de se concluir que pode considerar-se convalidado o acto de liquidação do IRS, na linha da jurisprudência citada. Para além disso, esta fundamentação foi levada ao conhecimento da Requerente a tempo de exercer adequadamente o direito de impugnação contenciosa, que a Requerente efectivamente exerceu, como se constata pelo pedido de pronúncia arbitral.”*¹⁴

O contexto procedimental / processual não é, em suma, indiferente para se aferir *em concreto* a adequação da fundamentação produzida. Como se conclui numa outra decisão arbitral,

“Deverá, desde logo, ser afastada a hipótese de existência de nulidade por falta de

¹³ J.L. Saldanha Sanches & João Taborda da Gama, “Audição-Participação-Fundamentação: A Co-Responsabilização do Sujeito Passivo na Decisão Tributária”, in *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, pp. 295ss., 304.

¹⁴ Processo n.º 120/2015 -T do CAAD.

fundamentação, já que é bem patente a existência de um processo administrativo com junção de elementos probatórios, funcionamento do contraditório, fundamentação, conclusões [...] Ou seja, todos os despachos decisórios que conduziram à liquidação contestada ou à confirmação da sua correcção, foram precedidos de informações dos serviços contendo todos os fundamentos, de facto e de direito, necessários à plena compreensão de como foi calculado o valor [§] Assim, verifica-se que o acto foi praticado num contexto procedimental susceptível de permitir ao seu destinatário ficar a saber as razões de facto e de direito [...]”¹⁵.

Por outro lado, é a desnecessidade, ou até mesmo a inconveniência da repetição de fundamentações que ditam a possibilidade de fundamentação “por relação”, “por remissão” ou “por referência”, tal como elas encontram tradução no art. 77.º da LGT. Daí infere a doutrina:

“devem ter-se por fundamentadas as liquidações derivadas das correcções da inspecção quando do relatório constam as razões dessa correcção e posterior liquidação. Nesse caso, para se saber se o acto da liquidação está ou não fundamentado, não pode o intérprete alhear-se do relatório da inspecção, uma vez que este constitui o culminar de um procedimento que um conceito amplo de liquidação necessariamente comporta. [...] No plano do procedimento inspectivo tributário, admitindo a modalidade de fundamentação «per relationem» ou «per remissionem», o artigo 63.º, n.º 1, do RCPIT prevê que os actos tributários ou em matéria tributária que resultem do relatório poderão fundamentar-se nas suas conclusões, através da adesão ou concordância com estas, devendo em todos os casos a entidade competente para a sua prática fundamentar a divergência face às conclusões do relatório.[...] A importância da motivação de facto e de direito constante do procedimento de inspecção tributária, posteriormente absorvida pela decisão tributária, compreende-se tendo em vista que o acto de liquidação stricto sensu representa o culminar e um extenso e complexo procedimento administrativo assente nos actos preparatórios praticados pelos serviços de inspecção tributária que integram o procedimento de liquidação lato sensu (artigo 11.º do RCPIT)”¹⁶.

A repetição, se fosse exigida, suscitaria até novas dificuldades, forçando à detecção da mais pequena divergência, mesmo por lapso, entre fundamentações completas e sucessivas – gerando ruído, e até possivelmente litigância, à margem da apreciação directa do mérito das decisões fundamentadas. A clareza, a acessibilidade, da fundamentação ficariam comprometidas – novamente por excesso.

Daí que seja entendimento firmado na própria jurisprudência arbitral que a alusão a “*sucinta exposição*” no art. 77.º, n.º 1 é para ser tomada à letra.

¹⁵ Processo n.º 124/2015 - T do CAAD.

¹⁶ Paulo Marques e Carlos Costa, *A Liquidação de Imposto e a Sua Fundamentação*, pp. 146ss.; Joaquim Freitas da Rocha, *Lições de Procedimento e de Processo Tributário*, 3.ª ed., pp. 113ss..

As mesmas razões de economia e racionalidade de meios, aditadas à consciência de que a fundamentação se vai, não raro, adensando “dialogicamente” ao longo do processo, têm levado a jurisprudência a reconhecer que a fundamentação excessivamente minuciosa pode ser o contrário daquilo que teleologicamente se visa com uma verdadeira fundamentação – dispensando minúcias ainda onde elas notoriamente não contribuísssem já para a partilha de informação entre AT e contribuintes, numa espécie de efeito de “rendimento marginal decrescente” da própria informação. Daí que a referência a princípios, a regimes, ou a quadros normativos, possa dispensar a enunciação completa de tudo o que corresponde a esses princípios ou a esses regimes ou a esses quadros normativos.

No mesmo sentido da fundamentação sucinta, minimalista até, contra a fundamentação “quilométrica”¹⁷, tem-se entendido que os requisitos da fundamentação devem ser reponderados face às necessidades dos “processos de massa”, compreendendo-se e aceitando-se que a fundamentação associada a tal produção de actos em massa se faça em moldes crescentemente padronizados, aproveitando-se as possibilidades tecnológicas, desde que, por essa via, não se coloque em causa o disposto no art. 77.º da LGT ou as finalidades que se visam com o direito à fundamentação.

Admite-o com grande amplitude a doutrina e a jurisprudência, referindo-se à massificação genérica do fenómeno tributário e à padronização e informatização implicadas nessa massificação:

*“Nos actos de liquidação de IRS, atenta a sua natureza de “processo de massa”, o dever de fundamentação é cumprido pela Administração fiscal de forma “padronizada” e “informatizada”, mas sem que possa deixar de observar o disposto no n.º 2 do artigo 77.º da LGT ou de pôr em causa as finalidades do direito à fundamentação.”*¹⁸.

Admite-o também a Lei. Lembremos a consagração desse mesmo princípio no nº 3 do art. 153.º do CPA:

“Na resolução de assuntos da mesma natureza, pode utilizar-se qualquer meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que tal não envolva

¹⁷ J.L. Saldanha Sanches & João Taborda da Gama, “Audição-Participação-Fundamentação: A Co-Responsabilização do Sujeito Passivo na Decisão Tributária”, in *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, p. 291.

¹⁸ Acórdão do STA de 17 de Junho de 2009, Proc. n.º 0246/09. No mesmo sentido, os Acórdãos do TCA-Sul de 28 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 4893/11, e de 16 de Novembro de 2004, Proc. n.º 879/03.

diminuição das garantias dos interessados.”

Por uma questão de igualdade de armas, o conhecimento do itinerário cognoscitivo, valorativo e volitivo que culminou na escolha dos valores da liquidação, e não de outros quaisquer, incumbe à entidade autora do acto, não sendo concebível que recaia sobre o contribuinte o ónus de enunciar ele próprio os argumentos fundamentadores do acto impugnado, para de seguida os poder aceitar ou contradizer¹⁹: esse o sentido do dever de fundamentação consagrado genericamente no art. 268.º da Constituição e no art. 77.º da LGT.

Nem se aceitará que o dever de fundamentação seja tão atenuado na presença de um destinatário sofisticado que isso levasse a entender-se que caberia a esse destinatário convalidar a ausência de fundamentação através da sua própria iniciativa: mesmo que o contribuinte seja uma estrutura organizativa de grande dimensão e tecnicamente muito sofisticada, é de entender-se “*que o cumprimento deficiente do dever de fundamentação a cargo da AT não pode ser convalidado pela acção do contribuinte, independentemente da dimensão organizativa ou da sofisticação dos seus serviços*”²⁰

Em contrapartida, não poderá deixar de se levar em conta que o discernimento do concreto destinatário da fundamentação é um elemento a ser ponderado para se aferir se, sim ou não, a fundamentação lhe propiciou a ele, em concreto a ele e naquelas precisas circunstâncias – e não noutras mais remotas ou abstractas – a formulação de um juízo consciente sobre a conveniência de aceitar ou impugnar, graciosa ou contenciosamente, o acto.

Na verdade, a fundamentação envolve também uma aferição pela sua eficácia, ou seja, pela “impressão do destinatário” – não no sentido de ela dispensar a verificação dos requisitos objectivos da sua verificação (até porque, lembremos, não é somente da protecção dos interesses do destinatário, da “função garantística” da fundamentação, que se trata, estando também em jogo a própria transparência e correcção *objectiva* do processo decisório, a “função endógena” da fundamentação), nem no sentido psicologista de se remeter a uma indagação dos

¹⁹ A fundamentação abrangerá tanto actos favoráveis como desfavoráveis para o contribuinte: “*Esta exigência compreende-se em face da pluralidade de razões que impõem a exigência de fundamentação dos actos administrativos, que vão desde a necessidade de possibilitar ao administrado a formulação de um juízo consciente sobre a conveniência ou não de impugnar o acto, até à garantia da transparência e da ponderação da actuação da administração e à necessidade de assegurar a possibilidade de controle hierárquico e jurisdicional do acto*” - Diogo Leite de Campos, Benjamim Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, *Lei Geral Tributária – Comentada e Anotada*, 4ª ed., 675-676.

²⁰ Processo n.º 116/2012-T do CAAD.

estados subjectivos de convicção do destinatário (o que seria impossível), mas sim no sentido de essa fundamentação ter a respectiva *clareza* avaliada pelo padrão do declaratório médio ou do declaratório concreto se este dispuser de mais informação do que o declaratório médio – como resulta do princípio geral consagrado no art. 236.º, 1 e 2, do Código Civil.

É aliás esse princípio geral da “impressão do destinatário” que confere autonomia à questão *formal* da fundamentação, que é essencialmente uma questão de acesso à informação relativa aos motivos que levaram a AT a actuar como actuou, as razões em que fundou a sua actuação – e que tem que ser separada dessa outra dimensão *material* da fundamentação, que se refere à validade substancial do acto, respeitante à correspondência desses motivos à realidade, e à suficiência dessa correspondência para legitimar a concreta actuação administrativa.

Sendo que é no plano *formal* – demarcando-o por sua vez do tema da notificação, que não se confunde com ele²¹ – que se indaga autonomamente sobre o cumprimento do dever de fundamentação, remetendo as questões *materiais* para a apreciação do mérito.

Tem-se entendido, pois, que, no que concerne aos vícios de forma de actos administrativos – como o acto tributário – as irregularidades devem considerar-se como não essenciais desde que seja atingido o objetivo visado pela lei com a sua imposição.

Afigura-se pacífico na jurisprudência, assim, que

*“não ocorre o vício formal de falta de fundamentação se a própria impugnante expressamente revela ter compreendido perfeitamente o processo lógico e jurídico que conduziu à decisão de tributação, reconhecendo ter percebido os pressupostos concretamente levados em conta pelo autor do acto e as razões por que foram alcançados os valores tributados, denunciando o percurso cognoscitivo e valorativo percorrido”*²².

E quando o STA estabelece que “*Não vale como fundamentação a motivação apresentada posteriormente à prática do acto, nem a constante de peças instrutórias anteriores para as quais não tenha sido feita remissão, expressa ou implícita.*”²³, isso equivale a admitir-

²¹ Estabelece-o o Supremo Tribunal Administrativo: “*Como este Supremo Tribunal tem vindo a dizer, uma coisa é a fundamentação do acto e outra é a comunicação desses fundamentos ao interessado: enquanto aquela constitui um vício susceptível de determinar a anulação do acto que dela padeça, o incumprimento ou cumprimento defeituoso do dever de comunicação dos fundamentos não se podem reflectir na validade do acto comunicando*” – Acórdão do STA de 16 de Novembro de 2016, Proc. n.º 0954/16.

²² Acórdão do STA de 30 de Janeiro de 2013, Proc. n.º 0105/12.

²³ Acórdão do STA de 19 de Maio de 2004, Proc. n.º 0228/03 (sublinhado nosso).

se que a remissão possa ser *implícita*, ou seja, decorrente do próprio contexto do acto tributário, ou do qual este emerge.

Admitamos, em contrapartida, que não seria razoável daí inferir que toda a reacção jurídica do contribuinte revelaria, *ipso facto*, a “impressão do destinatário” demonstrativa da suficiência da fundamentação – até pela elementar razão de que *entender* uma fundamentação não é *aceitar* essa fundamentação, nem considerá-la sequer verdadeira, adequada ou completa.

Como já se observou pelo já aludido prisma respeitante à correcção do próprio processo decisório,

*“o legislador quis que a administração não decidisse imponderadamente, obrigando-a a plasmar na fundamentação as razões da sua opção, de tal modo que a própria administração se aperceba, ao fundamentar, do bem ou mal fundado da sua escolha, a tempo de emendar a mão, se disso for caso, e que o acto se apresente transparente. Isto para concluir que não é decisivo o argumento, aliás, frequente, de acordo com o qual só o facto de o acto ter sido contenciosamente recorrido, com a decorrente imputação de vícios, já demonstra que ele estava devidamente fundamentado”*²⁴.

Mas, de acordo com o princípio geral da relevância do conhecimento, pelo declaratório, da vontade real do declarante, como estabelecido no n.º 2 do art. 236.º do Código Civil, não pode ser juridicamente indiferente, para a aferição da suficiência da fundamentação, a conduta do declaratório que seja reveladora da compreensão concreta, real, contextual, daquilo que foi transmitido juntamente com a decisão.

A doutrina afirma-o, aceitando que esteja cumprido o dever de fundamentação se, pela posição que toma e argumentos que utiliza, se evidencia que o contribuinte apreendeu as razões ou motivações, de facto e de direito, do autor do acto²⁵.

É da “impressão do destinatário”, para pedirmos emprestada a categoria civilística, que se trata neste critério de ponderação quanto ao preenchimento dos requisitos da fundamentação, ao menos na sua teleologia “garantística”; e isso fica perfeitamente plasmado na fórmula canónica da jurisprudência dos tribunais superiores:

“Segundo a jurisprudência uniforme deste STA, e atendendo à funcionalidade do instituto da fundamentação dos actos administrativos, ou seja, ao fim instrumental que o mesmo prossegue, um acto estará devidamente fundamentado sempre que um

²⁴ Acórdão do TCA-Sul de 28 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 4893/11.

²⁵ Diogo Leite de Campos, Benjamim Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, *Lei Geral Tributária – Comentada e Anotada*, 3ª ed., pp. 381-382.

destinatário normal possa ficar ciente do sentido dessa mesma decisão e das razões que a sustentam, permitindo-lhe apreender o itinerário cognoscitivo e valorativo seguido pela entidade administrativa, e optar conscientemente entre a aceitação do acto ou o accionamento dos meios legais de impugnação”²⁶.

Da co-responsabilização que emerge de uma tal visão “dialógica” sobre a fundamentação, nos termos da qual a decisão final da AT se vai construindo ao longo de um processo com a participação do contribuinte e em diálogo com ele, resultam corolários que, como dissemos, se encontram ainda insuficientemente explorados, como este que é apontado logo, de forma pioneira:

“Na medida em que algum dos sujeitos tomar numa qualquer fase do processo uma posição claramente contraditória com a posição tomada anteriormente no mesmo processo, ele está pelo menos a venire contra factum proprium e a violar o princípio da boa fé”²⁷.

Não se vislumbra, em suma, em que é que os critérios de *existência e suficiência* da fundamentação, acabados de enunciar em abstracto, não se encontram preenchidos no caso concreto dos presentes autos.

E isto não só porque os Requerentes souberam identificar perfeitamente em que é que a interpretação da AT, quanto à questão de mérito, divergia da sua, com todas as implicações daí decorrentes, baseando a sua impugnação nessa divergência, como ainda se deu o caso de a construção da fundamentação ter tido o seu momento expressamente “dialógico”, com a reponderação, pelo decisor, da fundamentação inicialmente apresentada, face aos argumentos formulados pelos ora Requerentes no exercício do seu direito de audição prévia. Face a essa circunstância, o argumento da falta de fundamentação dos actos impugnados afigura-se, no mínimo, contraditório.

No caso, há apenas a considerar a fundamentação que consta do relatório final da inspecção, pois foi ela, e só ela, que alicerçou os actos tributários ora impugnados, integrando esses actos.

²⁶ Acórdão do STA de 2 de Dezembro de 2010, Processo n.º 0554/10.

²⁷ J.L. Saldanha Sanches & João Taborda da Gama, “Audição-Participação-Fundamentação: A Co-Responsabilização do Sujeito Passivo na Decisão Tributária”, in *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, p. 302

O que os Requerentes contestam é a substância dessa fundamentação, tal como plasmada nas correcções promovidas pelos SIT – mas isso logicamente pressupõe que essa fundamentação existe, e é contemporânea dos próprios actos.

IV. 4. O que é uma permuta?

Dado o princípio estabelecido no art. 11.º, 2 da LGT (*“Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei”*), será de grande auxílio, para ponderação do caso presente, sabermos em que consiste juridicamente uma permuta.

O contrato de permuta é um contrato atípico, sem previsão específica no Código Civil; mas, por ser um contrato oneroso, é regulado pelas normas referentes ao contrato de compra e venda, em virtude do estipulado no artigo 939.º do Código Civil²⁸.

Da doutrina, destacamos a definição de permuta como:

*“um contrato que tem por objeto a transferência recíproca da propriedade de coisas ou direitos, de um contraente para o outro. Desde logo ressalta que estamos perante um negócio jurídico em que qualquer um dos contraentes tem que ser proprietário de um bem ou titular de um direito determinado”*²⁹.

E a demarcação entre permuta e troca:

“existe, por vezes, uma certa similitude entre permuta e troca, dois conceitos distintos, mas usados como sinónimos em algumas situações, nomeadamente na linguagem comum. Desde já, é necessário clarificar estes dois conceitos, para que a terminologia por nós usada seja limitada. Isto torna-se evidente quando constatamos que a troca está subjacente não só ao contrato de permuta, como também a uma diversidade de contratos. Como nos ensina Ferreira de Almeida, a troca, enquanto classe da função económico-social, comum a um conjunto muito amplo de contratos, caracteriza-se pela interseção de dois fatores: a bilateralidade de custos e de benefícios, que corresponde a sacrifícios e vantagens para ambas as partes. Sucede que os contratos com função de troca distinguem-se em dois grupos assimétricos: uns pela existência de preço, outros pela troca direta em que existe uma ausência de preço. De um ponto de vista mais especial, a troca designa a transferência recíproca de dois bens de um património para o outro. É o “sentido

²⁸ Acórdão de 24 de Maio de 2012 do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º 1019/09.1TBPVZ.P1.

²⁹ Sebastião Nóbrega Pizarro & Margarida Mendes Calixto (1991), *Contratos Financeiros – Leasing, Agência, Franchising, Factoring, Permuta, Mútuo*, Coimbra, Almedina, 152.

jurídico”, atribuído pelo art. 1702o do CCFra., e que poderá corresponder a uma qualificação jurídica. A operação apresenta-se como a “contração” de duas vendas recíprocas, permitindo dispensar a intermediação da moeda. Daí que, a troca esteja adjacente a uma pluralidade de transações que podem resultar na existência de uma contraprestação em dinheiro, havendo um preço como meio de alcançar determinado bem ou direito. Ou, então, a troca existe, simplesmente, tendo por suporte uma reciprocidade mútua de bens ou direitos, isto é, uma troca natural com a ausência de um preço, ou melhor, sem intervenção de dinheiro. [§] Consideramos, assim, num sentido estrito que «troca» consubstancia dentro de si a própria permuta. Isto porque, adjacente à própria permuta, encontra-se a troca, ou seja, a natureza da permuta indica que determinada pessoa vai permutar uma coisa por outra coisa, presumivelmente de valor idêntico: é aqui que está a troca. Conclui-se, por isso, que, na permuta, vai haver uma troca direta onde a ausência de preço é a marca diferenciadora mais saliente em relação a outros contratos onerosos, nomeadamente em relação à compra e venda. Deste modo, consideramos a troca como algo inerente a uma determinada relação contratual. A nosso ver, a permuta assenta na própria troca enquanto elemento de reciprocidade de bens ou direitos, em que as partes contratuais vão dar o valor que presumem idêntico àquilo que estão a transacionar”³⁰.

Esse carácter de troca directa, não-monetária, é enfatizado na jurisprudência dos nossos tribunais superiores:

“O contrato de permuta não tem atualmente regulamentação no Código Civil, apresentando-se como um contrato atípico, inominado, de cariz oneroso, a que são aplicáveis, com as devidas adaptações, as normas da compra e venda (cfr.artº.939, do C.Civil). Será talvez o mais antigo contrato estabelecido entre humanos desde tempos imemoriais em que, na ausência de dinheiro, apenas a troca de bens permitia obter o que o outro possuía e nos faltava. Guardou essa característica de troca de bens que o anterior Código de Seabra tipificou no artº.1592, com a designação de “escambo” ou “troca”, apresentando-se atualmente com consagração legal e um uso renovado ao nível do mercado imobiliário (cfr.artºs.2, nº.5, al.b), e 4, al.c), do C.I.M.T.). A realidade que lhe está subjacente reconduz-se a duas compras e vendas recíprocas e de sinal contrário, de bens ou de direitos, em que a contraprestação não consiste em dinheiro, mas sim no bem alienado pela contraparte integradas num mesmo contrato, um único acordo de vontades. A regulamentação própria do contrato de compra e venda não lhe é adequada quanto às regras que são efeito necessário da existência de preço, aqui ausente. [...] O contrato de permuta de ações configura uma “alienação onerosa de partes sociais” e, nessa medida, as mais-valias apuradas com a celebração desse contrato são subsumíveis no artº.10, nº.1, al.b), do C.I.R.S.”³¹.

³⁰ Sérgio Manuel da Costa Machado (2021), *Do Contrato de Permuta*, Coimbra, Almedina, 91-92 (sublinhados nossos).

³¹ Acórdão de 9 de Março de 2022 do STA, Proc. n.º 02493/15.2BESNT.

Por seu lado, a permuta de partes sociais não tem correspondência com qualquer figura tipificada no Código das Sociedades Comerciais (CSC), mas doutrinariamente tem-se entendido que a figura não é distante de uma entrada em espécie (art. 28.º do CSC), concebida bilateralmente, e consiste numa troca de partes sociais que permite a uma sociedade (adquirente) obter, ou reforçar, uma participação no capital social de outra sociedade (adquirida) que lhe confira, ou reforce, a maioria dos direitos de voto desta sociedade – recebendo os sócios da sociedade adquirida, em contrapartida desta troca, partes sociais da sociedade adquirente, através da qual continuam a deter a sociedade adquirida – convertendo assim uma participação directa numa participação indirecta³².

A omissão de referência, no CSC, à figura da permuta de partes sociais poderia gerar algumas dúvidas quanto à admissibilidade da celebração de um tal contrato de permuta na ordem jurídica portuguesa – não fosse aplicar-se aqui, genericamente, o princípio da liberdade contratual consagrado no art. 405.º do Código Civil, e poder aproveitar-se, em sede de transmissões de participações sociais, consoante a natureza das sociedades em causa, as normas aplicáveis a cessões de quotas e a transmissão de acções³³.

Em termos fiscais, a permuta de partes sociais (art. 73.º, 5 do CIRC) caracteriza-se por uma troca de participações sociais, com uma forma de pagamento quase-exclusivamente não-monetária, que conduz a uma obtenção, ou reforço, da maioria dos direitos de voto de uma das sociedades envolvidas, que se considera “adquirida”.

Quanto ao pagamento, exige-se, ainda, que os os sócios da sociedade adquirida apenas sejam remunerados com participações da sociedade adquirente³⁴, não podendo existir qualquer outro tipo de remuneração (salvo um montante monetário de valor residual), nomeadamente excluindo-se pagamentos através de valores mobiliários de outro tipo, ou de outras sociedades.

³² Filipe Lobo Silva (2016), *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal*, Coimbra, Almedina, 59.

³³ Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspectos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 74-75.

³⁴ Refere João Magalhães Ramalho: “a contrapartida a entregar pela sociedade beneficiária não tem de ser necessariamente composta por novos títulos. Embora a emissão de novos títulos seja de facto a forma mais comum de assegurar a contrapartida, nada impede que a permuta possa ser concretizada através da entrega pela sociedade adquirente, de partes de capital próprias (quotas ou ações próprias)” – João Magalhães Ramalho (2015), *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais (Comentários ao Código do IRC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 131-132.

E, quanto ao resultado, exige-se que tenha ocorrido um ganho ou reforço de uma participação maioritária na “adquirida”, pois, se isso não tiver sido visado, ou alcançado, a operação não se enquadra no conceito de permuta de partes sociais previsto no artigo 73.º do CIRC, passando a constituir uma mera troca de participações sociais, desacompanhada de controlo ou reforço da maioria dos votos na sociedade adquirida pela sociedade adquirente – e, por isso, insusceptível de beneficiar do regime de neutralidade fiscal³⁵.

Trata-se, nas permutas e afins, de operações (financeiras, organizacionais, estratégicas, operacionais) que, por natureza, são susceptíveis de gerar factos abrangidos pelas normas de incidência tributária, sem que isso se traduza necessariamente na realização de ganhos, para as sociedades ou para os seus sócios – razão pela qual se tem procurado, mormente desde a transposição para o direito fiscal nacional da Directiva 90/434/CEE pelo Decreto-Lei n.º 6/93, de 9 de Janeiro (a “Directiva das Fusões”), soluções que permitam, em circunstâncias especiais, desonerar ou diferir custos fiscais resultantes destas operações³⁶.

Em termos de reorganização empresarial, a permuta de participações pode assumir uma dupla feição:

1. a do simples aumento do capital social realizado mediante entradas em espécie, transmitindo para a sociedade adquirente participações da sociedade adquirida;
2. a da permuta das participações da sociedade adquirida por acções ou quotas próprias da sociedade adquirente³⁷.

Das duas formas, a primeira, desacompanhada da segunda, não se caracterizará pela bilateralidade, pelo que constituirá uma simples entrada em espécie para realização de capital social, nos termos e para os efeitos do art. 28.º do CSC.

Das duas formas, só a segunda, portanto – a única genuinamente prevista no art. 73.º, 5 do CIRC³⁸ –, logrará alcançar os efeitos plenos de uma permuta, que não podem restringir-se à

³⁵ Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspectos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 75-76.

³⁶ Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspectos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 15

³⁷ António Rocha Mendes (2016), *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 349.

³⁸ A redacção do art. 73.º, 5 do CIRC não é muito feliz, pois presta-se a um equívoco: falando de duas formas de permuta de partes sociais, só depois de enumerar as duas é que sublinha uma característica que é comum a ambas – a atribuição, aos sócios da sociedade adquirida, e em troca dos títulos que estes detinham, de partes

aquisição de uma participação social que confira à sociedade adquirente a maioria dos direitos de voto da sociedade adquirida, mas devem implicar, como contrapartida, a atribuição aos sócios da sociedade adquirida de participações da sociedade adquirente – uma atribuição de participações que pode decorrer, por sua vez:

- a) da subscrição de capital em espécie da sociedade adquirente, no âmbito da sua constituição;
- b) da subscrição de capital em espécie no âmbito de um aumento de capital da sociedade adquirente;
- c) da entrega de quotas ou acções próprias da sociedade adquirente – sendo esta a menos comum das três situações.

O regime de neutralidade fiscal presta particular atenção a este efeito da permuta das participações da sociedade adquirida por acções ou quotas próprias da sociedade adquirente, porque coloca, como condição de aplicabilidade daquele regime especial, que se verifique que os sócios da sociedade adquirida reconheceram as participações da sociedade adquirente com base fiscal equivalente à base fiscal externa da sociedade adquirida antes da operação.

Como se estabelece no art. 10º, 10 do CIRS:

“No caso de se verificar uma permuta de partes sociais nas condições mencionadas no n.º 5 do artigo 73.º e n.º 2 do artigo 77.º do Código do IRC, a atribuição, em resultado dessa permuta, dos títulos representativos do capital social da sociedade adquirente aos sócios da sociedade adquirida não dá lugar a qualquer tributação destes últimos se os mesmos continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor das antigas, determinado de acordo com o estabelecido neste Código, sem prejuízo da tributação relativa às importâncias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas.” (sublinhado nosso)

Trata-se de uma exigência que decorre logicamente do carácter de uma genuína permuta, na qual, na ausência de um preço, se exigirá que as partes envolvidas demonstrem, de outra forma, que atribuíram e atribuem um valor que presumem idêntico àquilo que transaccionaram, ou estão a transaccionar.

representativas do capital social da sociedade adquirente –. Numa leitura apressada, poderia pensar-se que essa troca é privativa da segunda forma de permuta de partes sociais, mas é dispensada, ou dispensável, na primeira. Mas, se o fosse deveras, evidentemente que a primeira forma jamais poderia ser uma permuta em sentido jurídico estrito.

Especificamente quanto à contrapartida a atribuir aos sócios da sociedade adquirida, lembremos que ela deverá corresponder unicamente a partes sociais da sociedade adquirente, e, eventualmente, a uma quantia residual em dinheiro – não sendo possível enquadrar uma determinada permuta no regime da neutralidade fiscal sempre que aos sócios da sociedade adquirida seja atribuído outro tipo de contrapartidas, outro tipo de valores mobiliários, ou uma quantia em dinheiro que exceda o limiar de 10% fixado pelo legislador.

Em situações de realização de capital social em espécie, deverão ser cumpridos os requisitos previstos pelo art. 28.º do CSC, designadamente no que respeita à necessidade de elaboração de relatório por ROC independente, sem interesses na sociedade adquirente, designado por deliberação dos sócios na qual estão impedidos de votar os sócios que realizam as entradas – relatório através do qual serão as partes sociais da sociedade adquirida (entrada em espécie no capital da sociedade adquirente) avaliadas em função de critérios técnicos, que tenderão a apurar o respectivo valor de mercado³⁹.

Torna-se problemática a referida obrigação de comprovação, pelo sócios, de que eles continuam a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor das antigas – problemática, e, contudo, essencial, porque o incumprimento de tal obrigação afasta, inequivocamente, o regime da neutralidade fiscal.

Afigura-se claro que se trata, aqui, de um “valor fiscal”, não de um valor contabilístico. Mas a dúvida pode colocar-se quanto à base de cálculo de tal valor fiscal das partes sociais da sociedade adquirente a entregar aos sócios da sociedade adquirida por contrapartida da permuta:

- Será o valor fiscal a que se encontravam valorizadas as partes de capital da sociedade adquirida?
- Será o valor de mercado pelo qual as partes sociais da sociedade adquirida foram, no âmbito da entrada em espécie no capital social da sociedade adquirente, valorizadas – no pressuposto de cumprimento dos requisitos do art. 28.º do CSC –?
- Exige-se, para efeitos de neutralidade fiscal, que as partes sociais da sociedade adquirente sejam emitidas ao par, ou admite-se que as entradas em espécie prevejam

³⁹ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 18-19.

um prémio de emissão (a diferença positiva entre o preço de subscrição a “valor de mercado” e o respectivo valor nominal)?⁴⁰

Trata-se sempre, em todo o caso, de um “valor fiscal”, e não de outro. Nos termos do art. 8.º da Directiva do Conselho 90/434/CEE:

“Por «valor fiscal» entende-se o valor que serviria de base para o eventual cálculo de um ganho ou de uma perda a considerar para efeitos de determinação da matéria colectável de um imposto sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do sócio da sociedade”.

É só desse valor que se trata, porque o que está em causa é a aplicação de um regime de neutralidade fiscal, que, a título excepcional, afasta a tributação que, de outro modo, seria aplicável no momento da permuta – no momento, isto é, da transmissão das partes sociais representativas do capital das sociedades envolvidas –, em favor de um diferimento da tributação do ganho que, para os sócios, advenha da futura alienação das participações que adquiriram no momento da permuta.

Essa identidade de valorização não tem de ser absoluta ou rígida, dadas até as dificuldades que decorrem da ausência de um preço: por isso o regime de neutralidade fiscal, de diferimento de tributação de mais-valias conexas com a permuta, não reclama qualquer obrigação de transporte de base na esfera da sociedade adquirente, qualquer obrigação de manutenção, na esfera da sociedade adquirente, do valor pelo qual as participações da sociedade adquirida se encontravam registadas na esfera dos respectivos sócios – ao contrário do que

⁴⁰ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 19-20. Mostrando-se favorável à maior amplitude e flexibilidade possíveis na interpretação das corresponsabilidades da permuta, João Magalhães Ramalho: “*com a abolição do princípio da identidade contabilística como condição necessária à aplicação do regime de neutralidade fiscal, as dúvidas existentes quanto à aplicação deste princípio permitiu resolver inúmeras dificuldades práticas de aplicação do regime, designadamente quando os sócios da sociedade adquirida sejam pessoas singulares, sem contabilidade organizada. [§] Já nessa época, se sustentava que a obrigatoriedade de o valor nominal das partes de capital da sociedade adquirente a entregar aos sócios da sociedade adquirida dever corresponder ao seu custo de aquisição levaria a resultados inaceitáveis (basta pensar no exemplo de dois sócios com idênticas posições acionistas na sociedade adquirida, e que por força desta regra, passariam a deter diferentes percentagens no capital social da sociedade adquirente simplesmente pelo facto de terem adquirido as suas participações por valores de aquisição distintos)*” – João Magalhães Ramalho (2015), *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais (Comentários ao Código do IRC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 136.

sucedem noutras formas de reorganização empresarial, como a fusão, a cisão e as simples entradas de activos⁴¹.

Ou seja, nas permutas admite-se o *step-up* do reconhecimento da base fiscal pelo justo valor⁴², uma actualização do valor fiscal das partes sociais da sociedade adquirida na esfera da sociedade adquirida, como resposta necessária para se evitar uma situação de dupla tributação económica que ocorreria num cenário de identidade de valorizações por parte da sociedade adquirente e dos ex-sócios da sociedade adquirida – isto, porque sendo diferida a tributação das mais-valias na esfera dos sócios da sociedade adquirida, caso fosse mantido o valor fiscal histórico das partes sociais da sociedade adquirida na esfera da sociedade adquirente, seria criado um segundo nível de tributação, que partiria, quanto às partes sociais da sociedade adquirida, da mesma base tributável dos seus sócios, quanto às partes sociais da sociedade adquirida⁴³.

Essa flexibilidade quanto à manutenção da base de cálculo das mais-valias é, contudo, limitada, sob pena de ter de se encarar um desnível acentuado de valores, a perverter a própria onerosidade originária – que é da essência da permuta *stricto sensu*.

Lembremos que, como troca não-monetária, a permuta de partes sociais é essencialmente uma troca assente na presunção de que os contraentes conseguem assegurar algum equilíbrio (onerosidade) das suas prestações e contraprestações, dispensando o mecanismo dos preços – gerando mais-valias imediatas (a *realização* consiste na própria operação de permuta ou de entrada em espécie para realização de capital social), mas com uma tributação excepcionalmente diferível se puder concluir-se que um tal diferimento facilita as reestruturações societárias por via de permutas.

Uma das razões de um eventual diferimento da tributação das mais-valias resultantes da troca não-monetária, em aplicação de uma solução de “neutralidade fiscal”, resulta

⁴¹ António Rocha Mendes (2016), *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 355; Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: o Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Eletrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 27.

⁴² António Rocha Mendes (2016), *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 356.

⁴³ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: o Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Eletrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 28.

precisamente do intuito de não se onerar essa troca com exigências de quantificação imediata, em eventual detrimento da eficiência organizacional das empresas e da sua reestruturação.

Em todo o caso, tem de ser discernível a bilateralidade, a reciprocidade e a onerosidade para que possa chegar-se à conclusão de que ocorreu uma verdadeira permuta “*stricto sensu*”: pois de outro modo terá havido uma simples entrada em espécie, a eventual emissão de novas quotas ou títulos representativos do aumento de capital, sem a entrega, como contraprestação, de bens ou direitos anteriormente detidos – especificamente, participações sociais na própria sociedade adquirente.

Em tal caso haverá, insiste-se, não uma permuta – mesmo que tenha sido assim designada – mas uma simples transmissão onerosa de participações sociais, sujeita ao regime geral de tributação de mais-valias, previsto nos arts. 10.º, 1, b) e 43.º do CIRS, a afastar a hipótese de neutralidade fiscal e a justificar, desde logo, a liquidação adicional.

Daí que a lei subordine o reconhecimento excepcional do regime de neutralidade fiscal à verificação estrita, e cumulativa, de algumas condições:

- 1) Consistir numa verdadeira permuta de partes sociais, em sentido jurídico – e não a mera atribuição de participações sociais por aumento de capital;
- 2) Respeitar o limite de 10% de contrapartida monetária, previsto no final do art. 73.º, 5, do CIRC;
- 3) Assegurar a manutenção do valor fiscal das participações transferidas;
- 4) Não envolver atribuição de montantes compensatórios – ágios, dívidas assumidas, ou outros – que descaracterizem a operação.

Quanto ao limite imposto a contrapartidas monetárias, a ágios, a prémios, ele decorre da peculiaridade que representa, também para o Direito, uma troca directa ou não-monetária. Conquanto a bilateralidade de ganhos e operações intrínsecos a uma permuta possa fazer-se corresponder a uma espécie de somatório de duas vendas recíprocas⁴⁴, isso deve abarcar ainda uma razão para a dispensa de explicitação do preço, e essa razão só pode ser a de que presume que ambas as partes da permuta colocaram dentro de uma mesma “faixa de tolerância” o valor económico da contraprestação à sua própria conduta – sendo que qualquer desequilíbrio para

⁴⁴ Sérgio Manuel da Costa Machado (2021), *Do Contrato de Permuta*, Coimbra, Almedina, 91-92.

fora dessa “faixa de tolerância” determinará, num ambiente de liberdade económica, a explicitação de uma contraprestação monetária, a compensar o referido desequilíbrio, e a recompor a onerosidade inicial.

Ou seja, admitir-se-á que a permuta *stricto sensu* seja complementada por uma troca monetária que marginalmente compense a quebra daquela identidade de valor (de identidade de valor bilateralmente “presumida”, ou “tolerada”) na qual assentava a possibilidade de genuína permuta, de genuína troca não-monetária.

Só que, em tal caso, o complemento monetário terá de ter um limite, uma fronteira – para lá da qual ingressamos numa troca predominantemente monetária, que deixa de poder considerar-se, em rigor, como uma permuta; podendo continuar a evidenciar uma racionalidade económica, uma eficiência na promoção, ou até maximização, de vantagens económicas, sobretudo se não degenerar em unilateralidade ou em gratuitidade – mas deixando de poder considerar-se uma verdadeira permuta.

É que, dada a sua índole peculiar, a figura da permuta é configurada, pelo nosso sistema fiscal, como susceptível de assegurar uma continuidade de valorização das partes de capital transaccionadas em operações de transformação e reestruturação de sociedades – no estrito pressuposto de que foram respeitados os pressupostos legais, os mesmos pressupostos assentes na referida aptidão da permuta para assegurar, pelo equilíbrio interno da onerosidade através de sinalagma, a equivalência das transacções, em termos de comparação da situação anterior com a situação posterior à permuta.

O que, como vimos, torna imperativo, para que se identifique uma permuta verdadeira e própria, que, com a operação, se respeite a continuidade de valorização, para efeitos fiscais, das partes de capital recebidas pelo mesmo valor das antigas.

A não ser assim, deixa de poder aplicar-se o benefício do regime especial da neutralidade fiscal, impedindo-se que a mais-valia gerada em resultado da operação de permuta meramente aparente, ou “imprópria” (por exemplo, a mencionada entrada em espécie do género previsto no art. 28.º do CSC, e impropriamente designada de “permuta”), se converta num diferimento de tributação – visto que, na ausência dos pressupostos específicos enumerados na lei, se verificaria um “*diferimento excessivo da tributação*”, um “*abuso de diferimento*”.

A definição legal relevante para o caso em apreço é a que consta do art. 73.º, 5 do CIRC:

“Considera-se permuta de partes sociais a operação pela qual uma sociedade (sociedade adquirente) adquire uma participação no capital social de outra (sociedade adquirida), que tem por efeito conferir-lhe a maioria dos direitos de voto desta última, ou pela qual uma sociedade, já detentora de tal participação maioritária, adquire nova participação na sociedade adquirida, mediante a atribuição aos sócios desta, em troca dos seus títulos, de partes representativas do capital social da primeira sociedade e, eventualmente, de uma quantia em dinheiro não superior a 10% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico equivalente ao nominal dos títulos entregues em troca.” (sublinhados nossos)

Resulta deste artigo que a troca directa (“em troca dos seus títulos”) é da essência do conceito de “permuta”, no qual se presume que ambas as partes na troca colocaram dentro de uma mesma “faixa de tolerância” o valor económico da contraprestação à sua própria conduta, e apenas admitiram um desequilíbrio para fora dessa “faixa de tolerância”, a determinar uma contraprestação monetária, no limite máximo de 10% do valor nominal dos títulos trocados – o limite que a lei determina para que seja ainda admissível a aplicação do regime especial da neutralidade fiscal, isto é, do diferimento legítimo da tributação; porque, subentende-se, para lá desse contrabalanço monetário, se ingressa nos domínios das trocas predominantemente monetárias, desfazendo-se a presunção de equilíbrio das permutas verdadeiras e próprias, *stricto sensu*.

E é por essa mesma razão que o quadro legal aplicável ressalva expressamente que a invocação da figura da permuta não afasta a tributação, pelo regime geral, das importâncias em dinheiro que tenham tido lugar aquando da operação a que se atribuiu tal designação: “sem prejuízo da tributação relativa às importâncias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas”, ressalva a parte final do art. 10.º, 10 do CIRS; e “O disposto no n.º 1 não obsta à tributação dos sócios relativamente às quantias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas nos termos do n.º 5 do artigo 73.º”, estabelece o art. 77.º, 3 do CIRC. (sublinhados nossos)

Tais ressalvas confirmam, para lá de qualquer margem de dúvida, que o estabelecimento de quaisquer montantes ou contrapartidas monetárias para lá do limite dos 10% do valor nominal dos títulos transmitidos numa operação basta para retirar a essa operação o carácter de “permuta *stricto sensu*”, de “troca não-monetária”, à qual fica reservado o regime especial do art. 10.º, 10 do CIRS, o regime de diferimento de tributação das mais-valias.

Note-se que o quadro legal aplicável estabelece uma segunda salvaguarda, ao exigir a verificação do resultado da permuta na esfera dos sócios, isto é, ao reservar-se uma avaliação da operação de acordo com a tal noção de “faixa de tolerância” que se presumirá que preside à corresponsabilidade das posições contratuais dos sócios, num contexto predominantemente não-monetário – salvaguardando, do mesmo passo, a preservação de um valor que se tornará crucial na futura tributação de mais-valias dos sócios, caso venha a ocorrer efectivamente o diferimento da tributação (e daí as exigências probatórias do art. 78.º, 5 e 6 do CIRC, *ex vi* art. 10.º, 13, b) do CIRS).

E é por isso que o já mencionado art. 10.º, 10 do CIRS (“Mais-valias”) estabelece que, em resultado da operação designada por “permuta”, uma verdadeira permuta só terá existido, para efeitos fiscais, se a valorização das partes sociais objecto dessa operação se tiver mantido inalterada. Relembremos o teor literal:

“No caso de se verificar uma permuta de partes sociais nas condições mencionadas no n.º 5 do artigo 73.º e n.º 2 do artigo 77.º do Código do IRC, a atribuição, em resultado dessa permuta, dos títulos representativos do capital social da sociedade adquirente aos sócios da sociedade adquirida não dá lugar a qualquer tributação destes últimos se os mesmos continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor das antigas, determinado de acordo com o estabelecido neste Código, sem prejuízo da tributação relativa às importâncias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas.” (sublinhado nosso)

Exigência que, como vimos já, é reforçada pelo art. 77.º do CIRC (“Regime especial aplicável à permuta de partes sociais”), que explicitamente requer que não exista, no resultado da troca não-monetária, qualquer interferência no valor dos títulos transmitidos ou substituídos – até para evitar que a “black box” de uma troca não-monetária se torne num ponto de partida para algum movimento evasivo, com o concomitante “abuso de diferimento”:

“1 — A atribuição, em resultado de uma permuta de partes sociais, tal como esta operação é definida no artigo 73.º, dos títulos representativos do capital social da sociedade adquirente, aos sócios da sociedade adquirida, não dá lugar a qualquer tributação destes últimos se os mesmos continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor atribuído às antigas, determinado de acordo com o estabelecido neste Código.

2 — O disposto no número anterior apenas é aplicável desde que se verifiquem cumulativamente as seguintes condições:

a) A sociedade adquirente e a sociedade adquirida sejam residentes em território português ou noutro Estado membro da União Europeia e preencham as condições estabelecidas na Diretiva n.º 2009/133/CE, do Conselho, de 19 de outubro;

b) Os sócios da sociedade adquirida sejam pessoas ou entidades residentes nos Estados membros da União Europeia ou em terceiros Estados, quando os títulos recebidos sejam representativos do capital social de uma entidade residente em território português.

3 — O disposto no n.º 1 não obsta à tributação dos sócios relativamente às quantias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas nos termos do n.º 5 do artigo 73.º” (sublinhado nosso)

Devendo novamente notar-se que, na permuta de partes sociais, ao contrário das restantes operações de reestruturação, a neutralidade fiscal deve operar somente ao nível dos sócios, pelo que o preenchimento dos requisitos deverá ser averiguado sócio a sócio, importando a tributação das mais-valias decorrentes da transmissão das participações sociais dos sócios que, por qualquer razão (por associação, à operação, de quantias monetárias, de prémios de emissão ou ágios, de perdão de dívidas), optem por não valorizar, para efeitos fiscais, as novas participações sociais recebidas pelo valor das antigas.

Trata-se de mero corolário, no direito interno, das salvaguardas dispostas na “Directiva das Fusões” (2009/133/CE, do Conselho, de 19 de Outubro de 2009), que já visavam assegurar a tributação do ganho resultante da alienação ulterior das partes sociais recebidas, do mesmo modo, com o mesmo valor, que o ganho resultante da alienação das partes sociais detidas antes da permuta, evitando qualquer erosão da base fiscal, ou qualquer diferimento evasivo, através dessa permuta.

Em suma: para que ocorra uma verdadeira permuta, e para que tal permuta seja susceptível de beneficiar do regime especial de neutralidade fiscal, teria de afastar-se a hipótese de ter ocorrido uma mera transmissão onerosa de partes sociais, tributável em IRS como rendimento de mais-valias dos sócios envolvidos na operação (art. 10.º, 1, b) do CIRS).

Como veremos de seguida, isso tem de excluir montantes compensatórios que extravasem do núcleo de uma genuína permuta, e de uma “faixa de tolerância” em torno desse núcleo, que destruam a correspectividade das posições contratuais num contexto predominantemente não-monetário, como seria o de uma permuta verdadeira e própria, como a caracterizada no art. 73.º, 5 do CIRC.

Estabelece-o a referida “Directiva das Fusões”, a qual, no que respeita a operações transfronteiriças, vai ao ponto de prescrever a não-tributação imediata de rendimentos, lucros

ou mais-valias gerados, para os sócios, por tais operações⁴⁵ – mas no pressuposto de que tais operações não determinem, por seu lado, uma modificação do valor fiscal dos activos permutados, pois de outro modo passa a admitir-se essa tributação, e a retirada de tal benefício.

Determina o art. 8.º:

*“1. Em caso de fusão, cisão ou permuta de acções, a atribuição de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária ou adquirente a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio. (...).
4. Os n. os 1 e 3 são aplicáveis apenas se o sócio não atribuir aos títulos recebidos por permuta um valor fiscal mais elevado que aquele que os títulos permutados tinham imediatamente antes da fusão, cisão ou permuta de acções. (...)
6. A aplicação dos n. os 1, 2 e 3 não impede que os Estados-Membros tributem o ganho resultante da posterior alienação dos títulos recebidos do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição.”*
(sublinhados nossos)

E estabelece o art. 15.º da Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009:

*“1. Os Estados-Membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4. o a 14. o se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1. o :
a) Tem como principal objectivo, ou como um dos principais objectivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto da operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou evasão fiscais; (...)”* (sublinhados nossos)⁴⁶

Reconhece-o também a jurisprudência comunitária, nomeadamente o TJUE, no seu acórdão *Kofoed*, quando, depois de constatar que o quadro normativo é muito favorável a

⁴⁵ Com a ressalva do Considerando (7) da Directiva 2009/133/CE: “O regime de adiamento, até à sua realização efectiva, da tributação das mais-valias relativas aos bens transferidos, aplicado aos bens que estejam afectos a esse estabelecimento estável, permite evitar a tributação das mais-valias correspondentes, garantindo ao mesmo tempo a sua tributação posterior pelo Estado-Membro da sociedade contribuidora, no momento da sua realização.”

⁴⁶ O Considerando (13) da Directiva esclarece melhor as condições desta solução: “É necessário prever a faculdade de os Estados-Membros recusarem o benefício da aplicação da presente directiva sempre que a operação de fusão, de cisão, de cisão parcial, de entrada de activos, de permuta de acções ou de transferência da sede de uma SE ou SCE tenha como objectivo a fraude ou a evasão fiscais ou tenha como resultado que uma sociedade, quer participe ou não na operação, deixe de preencher as condições requeridas para a representação dos trabalhadores nos órgãos sociais.”

operações de reestruturação transfronteiriças e intracomunitárias, de sociedades de diferentes Estados-Membros, e que esse quadro normativo tende a isentar as sociedades envolvidas, para diferir a tributação de mais-valias verificadas na esfera dos sócios, no entanto formula uma ressalva expressa:

“Esta interpretação é corroborada pelo objectivo da Directiva 90/434, que consiste em eliminar obstáculos fiscais às reestruturações transfronteiriças de empresas, por um lado, ao garantir que os eventuais aumentos do valor das participações sociais não sejam tributados antes da sua realização efectiva e, por outro, ao evitar que as operações que impliquem mais-valias muito significativas realizadas numa permuta de participações sociais escapem ao imposto simplesmente porque se inserem no âmbito de uma reestruturação”⁴⁷ (sublinhados nossos).

Acrescente-se que a manutenção de uma base valorativa relativamente inalterada há-de ter uma fronteira algures, para que não se desvirtue totalmente a comparação inter-temporal que a identificação da existência de uma permuta reclamará, tal como o reclamará a eventual aplicação do regime especial da neutralidade fiscal. Além de que se cruzam, aqui, razões de soberania fiscal, como resultará mais claro quando nos lembramos de que há, nesta sede, requisitos de permanência territorial – que podem servir de paralelo.

Especificamente, o diferimento de tributação aplicado aos sócios da sociedade adquirida relativamente às mais-valias apuradas no momento da transmissão das partes sociais da sociedade adquirida à sociedade adquirente, por força do regime especial de neutralidade fiscal, depende, no caso de pessoas singulares, da manutenção da residência dos sócios em território português (art. 10.º-A, 1 do CIRS), ou, no caso de pessoas colectivas, do facto de as partes sociais da sociedade adquirente continuarem afectas a um estabelecimento estável localizado em território português.

- a) Quanto à pessoa singular, perdida a qualidade de residente, as mais-valias geradas pela permuta são imediatamente (nesse mesmo ano) tributadas pelo valor correspondente à diferença entre o valor de mercado das partes de capital recebidas e o valor de aquisição das antigas (art. 10.º-A, 1, a) do CIRS);

⁴⁷ Parágrafo 32 do acórdão proferido no Proc. C-321/05, *Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet*. E no § 38 acrescenta-se: “Assim, o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434 reflecte o princípio geral do direito comunitário de que o abuso de direito é proibido. Os particulares não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas do direito comunitário. A aplicação destas não pode estender-se ao ponto de abranger práticas abusivas, isto é, operações realizadas não no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no direito comunitário”.

- b) Quanto aos sócios pessoas coletivas, o art. 83.º, 1 do CIRC dispõe que, no período de tributação em que ocorra a cessação da actividade de uma entidade com sede ou direcção efetiva em território português, decorrente de uma alteração de residência para outro Estado, serão consideradas para apuramento do lucro tributável as diferenças entre os valores de mercado e os valores fiscalmente relevantes dos elementos patrimoniais dessa entidade, ainda que não expressos na contabilidade.

Ou seja, ambas são soluções que, muito simplesmente, visam reconstituir a realidade tributária que ocorreria na ausência de aplicação do regime da neutralidade fiscal⁴⁸. Anula-se o efeito provocado pela neutralidade, o diferimento da tributação, o que pode até originar situações em que, no momento em que a tributação por alteração de residência ocorre, as partes sociais em causa têm já um valor de mercado substancialmente inferior ao que tinham aquando da realização da permuta⁴⁹.

Retenhamos, em todo o caso, este singelo princípio: o de que, por razões intertemporais, há limites intransponíveis à modificação da base valorativa, tal como há limites à deslocação espacial dessa base valorativa.

Já agora, tem paralelismo com estas considerações a conclusão a que se chegou no acórdão *Modehuis A. Zwijnenburg* do TJUE (Proc. C-352/08): de que a eliminação de obstáculos fiscais às reestruturações transfronteiriças de empresas, centrada no diferimento de tributação de mais-valias, não é extensível a outros impostos que incidam sobre as actividades

⁴⁸ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 34-37.

⁴⁹ Neste caso específico, é questionável se a imposição de um “exit tax” a uma sociedade adquirente com sede e direcção efectiva em Portugal não será porventura incongruente face à possibilidade de os sócios da sociedade adquirida não serem residentes em Portugal, como é admitido no art. 77.º do CIRC. Maria Júlia Ildefonso Mendonça aborda a questão: “Desta forma, o regime da neutralidade fiscal não deixará de se aplicar nos casos em que, sendo a sociedade adquirida e a sociedade adquirente residentes em Portugal, o sócio que recebe as participações sociais, imediatamente antes da realização das operações de reestruturação altere a sua residência para o Canadá, p.e.. Mas já haverá lugar à tributação das mais-valias latentes, nos casos em que essa transferência de residência para o Canadá ocorra após a realização da operação. Mal se entende a preocupação do legislador português em erigir um exit tax para os sócios que tenham recebido participações em sociedade residente em Portugal e que decidam, após a operação de permuta de ações, transferir a sua residência para outro Estado, face à possibilidade de os sócios serem originariamente residentes noutros Estados e ainda assim se encontrarem abrangidos pela neutralidade fiscal” – Maria Júlia Ildefonso Mendonça (2015), *Entrada de Ativos e Permuta de Partes Sociais no Regime da Neutralidade Fiscal: Uma Análise Comparativa*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 42.

das sociedades envolvidas em tais operações, ou sobre as próprias operações – não reclamando, em suma, a harmonização completa dos impostos e taxas passíveis de serem cobrados⁵⁰.

IV. 5. As questões da equivalência fiscal das valorizações das quotas permutadas, do ágio e das mais-valias

Faz sentido abordar conjuntamente

1. por um lado, a questão de saber se, para efeitos do art. 77.º, 1 do CIRC, o sócio da adquirida (o Requerente marido, como sócio da C...) continua a valorizar as partes sociais novas (a quota da G... do mesmo Requerente marido) pelo valor atribuído às partes sociais antigas (a quota da C... do Requerente marido que foi entregue à adquirente) – não em termos de pura equivalência contabilística “histórica”, mas dentro de um intervalo fiscalmente atendível –;
2. por outro lado, a questão de saber se a valorização de uma quota que tinha inicialmente o valor nominal de € 118.000,00, representativa de 59% do capital social da C..., para € 4.720.000,00, o valor de entradas em espécie no capital da G..., com uma mais-valia tributável de € 4.541.126,98, traduz um *step-up* “a valor de mercado”.

⁵⁰ Lê-se nesse acórdão:

“49 Com efeito, como a advogada-geral frisou no n.º 52 das suas conclusões, a Directiva 90/434 não conduz a uma harmonização completa dos impostos e taxas passíveis de serem cobrados por ocasião de uma fusão ou de uma operação similar entre sociedades de Estados-Membros diferentes. Ao instituir regras fiscais neutras para a concorrência, esta directiva limita-se a eliminar determinados inconvenientes fiscais ligados à reestruturação transfronteiriça de empresas.

50 Daí decorre que apenas os impostos expressamente visados na Directiva 90/434 podem beneficiar de regimes de favor instituídos por esta e são, por conseguinte, passíveis de cair no âmbito de aplicação da excepção prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da mesma directiva.

51 Ora, no âmbito dos regimes de favor instituídos, a Directiva 90/434, ao atribuir um lugar especial à tributação das mais-valias, refere-se essencialmente aos impostos sobre as sociedades bem como aos devidos pelos seus sócios.

52 Ao invés, não há nenhum indício na referida directiva que permita concluir que ela tenha pretendido alargar a outros impostos o benefício dos regimes de favor, como aquele em causa no processo principal, que constitui um direito a cobrar no caso de aquisição de um imóvel situado no Estado-Membro em causa.

55 Optar por uma abordagem diferente significaria não só comprometer a interpretação uniforme e coerente da Directiva 90/434 mas também ultrapassar o necessário para salvaguardar os interesses financeiros do Estado-Membro em causa, como prescrito no quarto considerando desta directiva. Assim, como a advogada-geral salientou no n.º 66 das suas conclusões, quando o objectivo principal da fusão projectada seja a fuga ao imposto sobre as transmissões de direitos, o interesse financeiro do Estado-Membro em causa limita-se à cobrança desse imposto sobre as transmissões de direitos e não se inclui assim, no âmbito de aplicação da dita directiva” (sublinhados nossos).

Relembremos as duas normas que se afigura terem sido transgredidas na operação de 14 de Abril de 2021:

O artigo 77.º, 1 do CIRC, que estabelece que:

“A atribuição, em resultado de uma permuta de partes sociais, tal como esta operação é definida no artigo 73.º, dos títulos representativos do capital social da sociedade adquirente, aos sócios da sociedade adquirida, não dá lugar a qualquer tributação destes últimos se os mesmos continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor atribuído às antigas, determinado de acordo com o estabelecido neste Código.” (sublinhado nosso)

E o artigo 10º, 10 do CIRS, que estabelece que:

“No caso de se verificar uma permuta de partes sociais nas condições mencionadas no n.º 5 do artigo 73.º e n.º 2 do artigo 77.º do Código do IRC, a atribuição, em resultado dessa permuta, dos títulos representativos do capital social da sociedade adquirente aos sócios da sociedade adquirida não dá lugar a qualquer tributação destes últimos se os mesmos continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor das antigas, determinado de acordo com o estabelecido neste Código, sem prejuízo da tributação relativa às importâncias em dinheiro que lhes sejam eventualmente atribuídas.” (sublinhado nosso)

Isto, sem prejuízo de se afigurar ter sido transgredida uma outra norma, o n.º 1 do art. 28.º do CSC, *in fine* – como veremos adiante.

É manifesto que, no caso vertente, tendo ocorrido um aumento de capital social por entrada de quota revalorizada por avaliação de ROC, ocorreu um prémio, um ágio – a diferença entre o valor da entrada realizada por um sócio e o valor nominal da quota subscrita por esse sócio, como contrapartida por essa entrada (sendo o ágio uma revalorização da participação, corrigindo o seu valor nominal, ou de emissão, quando tal valor nominal se entenda estar aquém do valor de mercado, ou valor real).

Esclareçamos, novamente, que a simples presença de um ágio ou de um “prémio de emissão” não é incompatível, só por si, com a verificação dos pressupostos de que depende a aplicação do regime de neutralidade fiscal às permutas. Com efeito, a lei não exige, por razões já mencionadas, a igualdade absoluta da valorização em termos fiscais das partes sociais objecto da permuta, e nomeadamente a preservação de uma “ancoragem histórica” no valor contabilístico pré-permuta, ou uma insensibilidade aos valores de mercado daquelas partes sociais.

Em paralelo, pode interferir, nas operações de reestruturação societária, o reconhecimento contabilístico do *goodwill* na esfera da sociedade adquirente – quando exista uma diferença positiva entre o que foi pago aos sócios da sociedade adquirida e o justo valor dos activos e passivos concretamente identificados nessa sociedade adquirida, ou seja, quando o justo valor de tais activos e passivos seja inferior ao valor que, no âmbito da permuta, é atribuído às partes sociais da sociedade adquirente (representando o *goodwill* um pagamento feito pelo adquirente em antecipação de benefícios económicos futuros de activos que não sejam susceptíveis de identificação e reconhecimento separado – sendo que o *goodwill*, não obstante não ser amortizável em termos fiscalmente relevantes, por força do art. 45.º-A, 4, b) do CIRC, é amortizável em termos contabilísticos)⁵¹.

O ponto é somente, como temos vindo a insistir, que o teor das normas em causa, e o respeito pelo rigor na definição conceptual daquilo que é, e não é, uma permuta de partes sociais, deve estabelecer uma faixa de tolerância em torno de um ponto central de equivalência perfeita, excluindo o que ultrapasse essa faixa de tolerância – porque decerto haverá disparidades de valores que destroem a corresponsabilidade das posições contratuais num contexto predominantemente não-monetário, como o é o de uma permuta verdadeira e própria, que, lembremo-lo, é um contrato oneroso.

Cremos que é pela existência de uma disparidade dessas que se chegou a uma decisão categórica no processo arbitral n.º 205/2017-T:

“24. Todavia, resulta da factualidade dada como provada e não provada que não se verifica, no caso sub judice, o pressuposto de os sócios da sociedade adquirida (no caso vertente, o ora Requerente) continuarem a valorizar, para efeitos fiscais, as novas partes sociais pelo valor das antigas (...).

25. Pelo contrário, o que ficou provado foi que o aumento do capital social da B... foi feito através da entrada da quota que o Requerente detinha na sociedade C..., no valor nominal de € 3.750,00, e que foi avaliada por Revisor Oficial de Contas na importância de € 1.339.895,00, pelo que o capital social da B... passou de € 1.000 para € 1.340.895,00 [...].

26. Não pode, portanto, o Requerente beneficiar do regime especial da neutralidade fiscal, em virtude de não se verificar um dos pressupostos legais exigidos para o efeito.

27. Deste modo, não é relevante saber a quem compete fazer prova da verificação dos pressupostos legalmente fixados para a aplicação do regime da neutralidade

⁵¹ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 33-34.

fiscal, uma vez que a Requerida fez prova da não verificação de um dos pressupostos para a aplicação do referido regime especial de tributação.”

Terão porventura os Requerentes, no caso dos presentes autos, prevenido uma disparidade de valores que colocasse em risco, do mesmo modo, a própria natureza de permuta?

Comecemos por afastar um equívoco em que incorrem os Requerentes nos presentes autos: o que está em causa não são mais-valias latentes ou potenciais, mas sim mais-valias efectivas e já realizadas – porque é a própria operação que as realiza, e é por causa de um tal resultado que se suscita a questão da neutralidade fiscal, e eventual diferimento da tributação, questão que não se suscitaria se tais mais-valias não existissem ainda.

Lembrando a discriminação imposta pelo art. 78.º, 6, a) do CIRC, apurou-se, por via do que foi transparentemente declarado, que, no caso em apreço, a G... (sociedade adquirente) adquiriu, a 14 de Abril de 2021, uma participação do capital social da C... (sociedade adquirida), participação essa que representa 59% do capital social da adquirida, e, em consequência, a maioria dos direitos de voto nesta; tendo essa decisão correspondência “em espelho” na G..., que, na mesma data de 14 de Abril de 2021, aprovou o aumento de capital social da sociedade com a importância de € 4.720.000,00, a realizar por entradas em espécie constituídas por uma quota no valor nominal de € 118.000,00, representativa de 59% do capital social da C..., detida pelo Requerente marido.

É esta operação que os Requerentes julgam poder considerar-se neutra, com a consequência principal de ser diferida a tributação da mais-valia gerada na esfera do sócio, o Requerente marido.

A troca de € 118.000,00 por € 4.720.000,00 justificar-se-ia porque, sendo este último o valor de mercado, a ser considerado futuramente no cálculo das mais valias no momento da alienação das participações sociais pelo sócio, de acordo com o art. 46.º, 3, d) do CIRC, isso implicaria desde logo o “step-up” do valor das quotas permutadas, de modo a evitar-se o fenómeno de duplicação dos ganhos realizados à data da operação e a sua consequente dupla tributação económica, expressamente mencionados no preâmbulo da Directiva 2009/133/CE como um efeito indesejável das operações de reorganização que pretendam manter-se neutrais.

E os Requerentes argumentam que essa disparidade não interfere na natureza da permuta, porque a alternativa seria a exigência de uma equivalência contabilística estrita e

rígida, a qual é afastada pela jurisprudência do TJUE, que se opõe à regulamentação de um Estado-membro que faça depender a neutralidade fiscal de uma permuta de acções da exigência de a sociedade adquirente inscrever o valor contabilístico histórico das participações sociais objecto da entrada no seu próprio balanço fiscal (Acórdão de 11 de Dezembro de 2008, Proc. C-285/07 (A.T), §§ 28 e 39) – remetendo para a AT o ónus de demonstrar (nos termos dos arts. 74.º da LGT e 100.º do CPPT) que a disparidade de montantes extravasava o âmbito e motivação da operação celebrada.

O apelo ao “valor de mercado” remete para

“o valor que um produto atinge no mercado, baseado objetivamente na concorrência - resultante do jogo entre a oferta e a procura - constituindo seu oposto o valor real do mesmo produto ou bem. O valor do mercado é, pois, a medida desse bem expressa em unidade monetária que resulta, em regra, de estatísticas ou critérios de referência sobre os preços praticados na venda e ou oferta de bens similares no mesmo mercado, em dado momento. É uma medida, um dado numérico que possibilita a comparação entre bens similares, refletindo esse valor (monetário) a medida-referência que o mercado impõe numa eventual transação comercial, distintamente do que ocorre com o valor real, em que as variações de mercado ou medida-referência não têm ou têm pouca influência na determinação do preço de transação” – Acórdão do TCA Norte de 25 de Fevereiro de 2021, Proc. n.º 002674/08.

Não se trata de sindicar, aqui, um tal “valor de mercado”, visto que ele resultou da avaliação de uma quota da C... com o valor nominal de € 118.000,00 por quem tinha competência para fazê-lo – na ausência de um efectivo “preço de equilíbrio” que, no entrechoque das forças de mercado, dispensaria a intervenção “*ad hoc*” de um avaliador.

Mas podemos e devemos sindicar a equivalência de valores na troca de € 118.000,00 por € 4.720.000,00, visto que, na ausência de regras específicas de quantificação do valor de mercado para efeitos fiscais, se torna necessário preencher o conceito de acordo com as regras gerais de interpretação, mediante remissão para os critérios de avaliação descritos no art. 63.º, 1 a 3 do CIRC, aplicáveis no âmbito dos preços de transferência, entendendo-se que essas regras de quantificação têm um alcance geral no domínio tributário que extravasa até as situações de relações especiais⁵² – a exemplo do que estabelece o art. 15.º da *Ley del Imposto sobre Sociedades* espanhola, dispondo que se entende como valor normal de mercado aquele que

⁵² Tomás Tavares (2013), “Preços de transferência e valor mercado do artigo 46.º do CIRC”, *Cadernos. Preços de Transferência. 2013*, João Taborda da Gama (org.), 313 e segs..

tivesse sido acordado em condições normais de mercado entre partes independentes, aplicando-se, para a determinação desse valor, os métodos previstos na lei para a quantificação do valor de mercado no caso dos preços de transferência.

No caso, trata-se de saber se uma tal relação de valores seria considerada normal entre partes independentes, isto é, se duas partes que não estivessem colocadas em situações de “relações especiais” (como as caracterizadas pelo art. 63.º, 4 do CIRC) aceitariam racionalmente tais termos de troca, se colocariam ambos os valores dentro de uma mesma “faixa de tolerância” de valor económico das contraprestações à sua própria conduta, sem necessidade de qualquer contraprestação monetária a reequilibrar tais termos de troca.

É manifesto que as partes envolvidas na operação de 14 de Abril de 2021 estão em “relações especiais” entre elas (na verdade, é uma só pessoa física que permuta as suas participações em duas sociedades que ele próprio controla), pelo que o valor de realização não pode presumir-se que seja aquele que seria normalmente praticado entre entidades independentes: não especificamente porque o valor de realização seja diverso daquele que se apurou para efeitos tributários, mas porque a disparidade dos termos de troca retira à operação, no seu cômputo global, a racionalidade económica que ela teria de revestir, caso ela tivesse genuinamente decorrido em ambiente de mercado e tivesse envolvido entidades independentes.

Cabe perguntar, nesse contexto, se a operação de 14 de Abril de 2021 poderia ser considerada economicamente vantajosa do ponto de vista organizacional para ambas as entidades envolvidas – C... e G... – caso essas entidades fossem independentes uma da outra; e até se, da operação, não resulta um desinvestimento nalguma delas, traduzido na perda de continuidade do investimento que deveria verificar-se para cada uma delas, conferindo à operação um carácter artificial, de uma reorganização empresarial desligada de puros propósitos de eficiência e de continuidade para todos os envolvidos – ou seja, divorciada da intenção normativa subjacente ao regime de neutralidade fiscal⁵³.

Em suma, quanto às questões a abordar neste ponto, afigura-se que é manifesto que, dada a valorização de € 118.000,00 para € 4.720.000,00, o sócio da adquirida não continua a valorizar as partes sociais novas (a sua quota na G...) pelo valor atribuído às partes sociais

⁵³ António Rocha Mendes (2016), *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 213-214, 458.

antigas (a quota da C... que entregou à adquirente), nem sequer dentro de um intervalo fiscalmente atendível – desvirtuando assim a natureza de uma verdadeira permuta de partes sociais, para efeitos de aplicação do art. 77.º, 1 do CIRC. Existiu, para esse sócio, um prémio de emissão, e ele é eminentemente problemático no contexto de uma permuta que queira beneficiar de um regime de neutralidade fiscal⁵⁴.

E não se demonstra que a valorização de uma quota da C..., que tinha inicialmente o valor nominal de € 118.000,00, para € 4.720.000,00, o valor de entradas em espécie no capital da G..., com uma mais-valia tributável de € 4.541.126,98, traduza um *step-up* “a valor de mercado”, dada as relações especiais que notoriamente existiam entre a C... e a G... em 14 de Abril de 2021, a data da operação em análise.

Em todo o caso, este último ponto só tem particular relevância para efeitos de demonstrar a irracionalidade económica induzida pelas relações especiais – pois que, no que toca à tributação das mais-valias, o simples diferimento da tributação, produzido pela neutralidade fiscal, faz com que a manutenção do valor, para efeitos fiscais, das novas partes sociais atribuídas aos sócios tenha como função assegurar a correcta tributação das mais-valias no âmbito de uma efectiva realização dos títulos que substituíram os títulos existentes antes da permuta – sendo assim que, ao valor de realização das partes sociais da sociedade beneficiária, será deduzido o valor de aquisição das partes sociais da sociedade adquirida que deram origem àquelas.

Ou seja, caso seja aplicável o regime de neutralidade, para efeitos fiscais, o valor de aquisição das novas partes sociais recebidas é o valor de aquisição das partes entregues para a realização do capital social, e não o valor atribuído pelo relatório de avaliação para efeitos de registo contabilístico.

Se, pelo contrário, não for aplicável o regime de neutralidade, as entradas em espécie devem ser tributadas no próprio momento, ou período, da operação que as concretiza.

Ou seja, em termos práticos, o valor de € 4.720.000,00 apenas relevaria para efeitos contabilísticos e societários, não sendo relevante para efeitos fiscais na esfera do sócio, se fosse aplicado o regime de neutralidade fiscal.

⁵⁴ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 3, 17.

Voltando ao “prémio de emissão”, compreende-se a sua relevância económica, visto que é ele que permite que a participação no capital social da sociedade adquirida, transmitida pelo respectivo sócio à sociedade adquirente, tenha como contrapartida uma participação que confira ao sócio uma percentagem no capital social da sociedade adquirente que tenha efectiva correspondência com o valor de mercado da sua contribuição.

Todavia, isso pode suscitar problemas – se passarem a coexistir, no capital social da sociedade adquirente, partes sociais que apenas são referidas pelo seu valor nominal “histórico”, e partes sociais que, por força da operação de permuta, passam a ser referidas por um valor nominal “actualizado” por ajustamento ao valor de mercado (as partes sociais da sociedade adquirida); ou se, por reavaliação de todo o capital “a valores de mercado”, se concluir que a sociedade adquirente passa a ter um capital social manifestamente excessivo. Em ambas as situações, a ponderação do valor da realização em espécie que seja efectivamente imputado a capital social da sociedade adquirente poderá determinar um conjunto de limitações práticas relativamente a actos societários que venham a ser realizados pela sociedade adquirente, e que, naturalmente, podem afectar os respectivos sócios, em particular os ex-sócios da sociedade adquirida, entretanto sócios da sociedade adquirente⁵⁵.

Alguns destes problemas são evitados mediante a atribuição de quantias de dinheiro aos sócios da sociedade adquirida, mas isso implica, para lá do limite dos 10% do valor nominal, a perda da neutralidade fiscal e a tributação imediata – independentemente do que aconteça relativamente à tributação da restante contraprestação obtida em partes sociais da sociedade adquirente.

Obtida essa contraprestação em partes da sociedade adquirente, é sobre os sócios da sociedade adquirida – que, no âmbito da permuta, passam a ser sócios da sociedade adquirente – que recai a obrigação de manutenção, para efeitos fiscais, quanto às partes sociais da sociedade adquirente, do valor e data de aquisição históricos das partes sociais que detinham na sociedade adquirida.

Isto sem embargo de se aceitar que, na perspectiva da sociedade adquirente, se proceda à valorização das partes sociais da sociedade adquirida, também para efeitos fiscais, pelo

⁵⁵ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 24-26.

respectivo valor de mercado, que deverá constar do relatório elaborado por ROC independente, em cumprimento com o disposto no art. 28.º do CSC – não tendo sido prevista na nossa lei, no caso da permuta de partes sociais, como requisito de aplicabilidade do regime da neutralidade fiscal, a obrigatoriedade de manutenção, na esfera da sociedade adquirente, do valor pelo qual as participações da sociedade adquirida se encontravam registadas na esfera dos respetivos ex-sócios; nada impedindo, pois, que o valor de mercado seja o critério de valorização fiscal a adoptar pela sociedade adquirente relativamente às partes sociais da sociedade adquirida⁵⁶.

Se, da aplicação da neutralidade fiscal, resultar o diferimento da tributação das mais-valias, uma futura operação relativa às partes sociais da sociedade adquirente determinará, para os respectivos sócios, o apuramento dos mesmos efeitos que ocorreriam se a operação sucedesse com as partes sociais da sociedade adquirida – tendo-se que a data de aquisição das partes sociais da sociedade adquirente atribuídas aos sócios é, para efeitos fiscais, a data em que os mesmos adquiriram as partes sociais da sociedade adquirida, transmitidas no âmbito da operação de permuta, nos termos dos arts. 43.º, 6, e) do CIRS e 47.º-A, b) do CIRC (e ainda os arts. 50.º, 1 do CIRS e 47.º, 3 do CIRC)⁵⁷.

IV. 6. A questão das “razões económicas válidas” – e a acta n.º 46 da assembleia de sócios da C... de 14 de Abril de 2021.

A sucessão de projectos de RIT tem uma específica razão de ser: é que, verificada a “descontinuidade de valorização” que constituiria, só por si, descumprimento do art. 77.º, 1 do CIRC, e que, como vimos, determinou a decisão arbitral do Processo nº n.º 205/2017-T, a AT sentiu-se, contudo, compelida a abrir mão desse argumento, e concentrar-se no argumento da inexistência de “razões económicas válidas”, de que trataremos de seguida.

A razão para essa inflexão encontramos-na na ficha doutrinária do PIV 24764 (com Despacho de 18 de Outubro de 2024), na qual a AT subscreve o entendimento de que a neutralidade fiscal pode ainda caber a uma operação de permuta de partes sociais, “*ainda que*

⁵⁶ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 27-31.

⁵⁷ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 31-32.

as participações sociais a atribuir pela sociedade A ao Requerente tenham um valor nominal (acrescido de prémio de emissão) distinto (superior) do custo de aquisição das ações da sociedade B, na medida em que o Requerente continuará a valorizar para efeitos fiscais, as ações a receber da A pelo mesmo valor das ações (entregues) atualmente detidas na B”, mesmo no caso de “um montante significativamente superior ao custo de aquisição, para efeitos fiscais”.

Nessa ficha doutrinária, a AT reconhece que, na hipótese de ser cabível um diferimento de tributação, *“a manutenção do valor, para efeitos fiscais, das novas partes sociais atribuídas aos sócios tem como função assegurar a correta tributação das mais-valias no âmbito de uma efetiva realização dos títulos que substituíram os títulos existentes antes da permuta”*; mas reconhece também que a neutralidade fiscal não requer *“a obrigatoriedade de o valor nominal das partes de capital da sociedade adquirente a entregar aos sócios da sociedade adquirida dever corresponder ao seu custo de aquisição”*, até porque se reclama a valorização das novas partes sociais pelos sócios (art. 10.º, 10 do CIRS) e se exige uma discriminação do valor nominal das participações entregues e recebidas (art. 78.º, 5 e 6 do CIRC).

Ou seja, a ficha doutrinária admite essa disparidade, e nem sequer se preocupa em estabelecer limites, ou “faixas de tolerância” de valor económico das contraprestações, que, preservando a onerosidade, respeitem ao menos o carácter de verdadeira permuta de tais operações.

Em contrapartida, a ficha doutrinária do PIV 24764 faz uma ressalva genérica no que respeita à racionalidade económica e ao “abuso de diferimento”:

“25. Por último, no que respeita ao requisito relativo à existência de razões económicas válidas, explicita-se que não fica prejudicada a possibilidade de aplicação, a posteriori, da cláusula anti-abuso prevista no n.º 10 do artigo 73.º do Código do IRC, caso se verifiquem os respetivos pressupostos.

26. É que a elegibilidade da operação para efeitos de aplicação do regime de neutralidade fiscal tem de se ancorar numa real motivação económica, ainda que motivações fiscais possam estar presentes, desde que estas não sejam preponderantes ou sobrelevem as razões económicas, caso em que daí teriam de ser retiradas todas as consequências no plano fiscal, em especial reconduzir a operação ao regime geral de IRC”.

Esta a razão, pois, de o segundo projecto de RIT, e a versão final do RIT, se terem concentrado exclusivamente na questão das “razões económicas válidas”.

Lembremos que o regime de neutralidade fiscal (não apenas o das permutas) se aplica a operações de reestruturação empresarial entendidas como um conjunto de acções dirigidas a transformar a estrutura produtiva das empresas, modificando a forma de participação dos factores de produção no processo de obtenção de lucros, abrangendo diversas modalidades.

O objectivo central do regime de neutralidade fiscal é o de contrabalançar os ganhos resultantes da reorganização empresarial, nomeadamente através do mecanismo do diferimento (suspensão temporária) da tributação, tendo em vista não dificultar a realização de operações economicamente vantajosas mediante uma organização eficiente dos meios de produção das empresas; mas apenas opera em relação aos ganhos que sejam considerados elegíveis no contexto das operações expressamente definidas no CIRC⁵⁸.

Para o efeito, admite-se a neutralização / suspensão do imposto sobre o rendimento para que este não constitua um entrave à organização eficiente dos meios de produção das empresas, reconhecendo-se, no plano fiscal, que a eficiência organizacional das empresas é um valor extrafiscal mais urgente do que os interesses creditícios do Estado, e do que o princípio da justa repartição dos encargos fiscais.

Nestas operações de transmissão de partes sociais e de valorização do património social, entende-se que o momento de realização, para efeitos de tributação de mais e menos valias, é o das próprias operações, sendo os ganhos e perdas imputados ao lucro tributável da empresa no ano em que tais operações forem realizadas – o que pode gerar um problema de “*excess burden*”, ou seja de sobrecarga de imposto no próprio momento das operações – momento em que os ganhos dessas operações podem ser ainda incertos, ou vir acompanhados de uma necessária ponderação de riscos, do que pode resultar, em última análise, uma perversão de incentivos, e uma dissuasão, de operações susceptíveis de incrementar a eficiência organizacional das empresas e de se traduzir em vantagens económicas para a produção. Com o “*excess burden*”, “*o imposto vai retirar o incentivo que as partes têm para realizar a transação, uma vez que o montante do imposto é mais elevado que o benefício líquido que as*

⁵⁸ João Magalhães Ramalho (2015), *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais (Comentários ao Código do IRC)*, Coimbra, Coimbra Editora; Maria Júlia Ildefonso Mendonça (2016), *Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais no Regime da Neutralidade Fiscal: Uma Análise Comparativa*, Coimbra, Almedina.

partes retirariam (...) da sua realização”⁵⁹. Isso traduzir-se-ia numa “*deadweight loss*”, na medida em que, desincentivada fiscalmente a operação, nem as partes alcançariam as vantagens que a operação proporciona, nem sequer se geraria receita fiscal, visto que só haveria receita se houvesse operação tributável⁶⁰.

A neutralidade fiscal procura resolver esse problema, permitindo que a operação não seja dissuadida pela “captura de bem-estar” a favor do Fisco, e ao mesmo tempo preserva essa “captura” para um momento diferido, ou seja, para o momento em que as vantagens da operação já se tenham alcançado – e daí que se conclua ser a “neutralidade fiscal” um benefício estrutural, uma “*tax advantage*”, e não um verdadeiro, ou permanente, benefício fiscal⁶¹.

A nível europeu, o regime de neutralidade fiscal foi instituído pela já mencionada “Directiva das Fusões” (2009/133/CE), depois transposta para o direito nacional com o seu mecanismo de diferimento, adiamento ou reporte da tributação das mais-valias, implicando, no caso da permuta de partes sociais, que o sócio da sociedade adquirida atribua necessariamente às partes sociais recebidas o valor que as partes sociais permutadas tinham antes da permuta (art. 8.º, 1, 4 e 6 da Directiva), de modo a assegurar a tributação do ganho resultante da alienação ulterior das partes sociais recebidas, do mesmo modo, com o mesmo valor, que o ganho resultante da alienação das partes sociais detidas antes da permuta, evitando qualquer erosão da base fiscal, ou qualquer diferimento evasivo⁶².

Desenvolvendo os princípios da “Directiva das Fusões”, o acórdão do TJUE de 18/9/2019 (Procs. apensos C-662/18 e C-672/18, *AQ*, §§ 38, 39 e 42) conclui que:

“nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2009/133, em caso de fusão ou permuta de ações, a atribuição de títulos representativos do capital social da sociedade beneficiária ou adquirente a um sócio da sociedade contribuidora ou adquirida, em troca de títulos representativos do capital social desta última, não deve, por si mesma, implicar qualquer tributação sobre o rendimento, os lucros ou as mais-valias do referido sócio”;

⁵⁹ J. L. Saldanha Sanches (2008), “Fusão Inversa e Neutralidade (da Administração) Fiscal”, *Fiscalidade*, 34, 9-11.

⁶⁰ Diana Costa Brito (2022), *O Regime da Neutralidade Fiscal nas Operações de Reestruturação Empresarial da Fusão e da Cisão* (Diss. Mestrado Fac. Dir. Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto), 12-13.

⁶¹ Tomás Tavares (2011), *IRC e Contabilidade. Da Realização ao Justo Valor*, Coimbra, Almedina, 340; Carlos Baptista Lobo (2006), “Neutralidade das Fusões: Benefício Estrutural ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos”, *Fiscalidade*, 26/27, 12.

⁶² Acórdãos do TJUE de 22/3/2018, Procs. apensos C-327/16 e C-421/16, *Marc Jacob*, §§ 48 a 55, 63 e 66; de 8/3/2017, Proc. C-14/16, *Euro Park Service*, § 67; e de 19/12/2012, Proc. C-207/11, § 28.

Mas que:

“não obstante, o n.º 6 do artigo 8.º dessa diretiva prevê que a aplicação do n.º 1 do referido artigo não impede que os Estados-Membros tributem o ganho resultante da alienação ulterior dos títulos recebidos do mesmo modo que o ganho resultante da alienação dos títulos existentes antes da aquisição”;

Daí inferindo que:

“uma medida que consiste em apurar a mais-valia resultante da operação de permuta de títulos e a diferir o facto gerador do imposto que incide sobre essa mais-valia até ao ano durante o qual se verifica o evento que faz cessar o diferimento dessa tributação constitui unicamente uma «técnica» que, simultaneamente, permite salvaguardar a competência fiscal dos Estados-Membros e, por conseguinte, os seus interesses financeiros, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 6, da Diretiva 2009/133, e respeita o princípio da neutralidade fiscal estabelecido pelo artigo 8.º, n.º 1, dessa diretiva, porquanto leva a que a operação de permuta de títulos não dê lugar, por si mesma, a qualquer tributação da referida mais-valia”.

No entanto, nem todas as operações economicamente vantajosas do ponto de vista organizacional podem beneficiar do regime de neutralidade, já que este regime se aplica apenas àquelas operações em que, mantendo-se o controlo da empresa reorganizada nas mãos dos seus proprietários, não ocorra um desinvestimento ou uma desagregação da própria empresa⁶³.

Por isso a lei reclama razões económicas válidas de reestruturação, ou reorganização, para diferir as liquidações adicionais de imposto, e expressamente faz acompanhar esse regime de uma salvaguarda contra práticas abusivas (art. 73.º, 10 do CIRC), como o seriam, por exemplo, a busca predominante de vantagens fiscais, ou a obtenção de resultados que divirjam das razões para o estabelecimento do regime da neutralidade fiscal, como, por exemplo, ostensivas perdas de eficiência organizacional.

O art. 73.º, 10 do CIRC é uma norma sectorial anti abuso para o regime especial da neutralidade fiscal, nascida do art. 15.º da “Directiva das Fusões”, com consagração jurisprudencial⁶⁴, que exceptua a aplicação do regime de neutralidade fiscal sempre que se

⁶³ António Rocha Mendes (2016), *IRC e as Reorganizações Empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 191 e 211-214.

⁶⁴ Acórdão Leur-Bloem, § 40: “(...) os Estados-Membros devem conceder os benefícios fiscais previstos pela directiva às operações de permuta de acções referidas no artigo 2º, alínea d), excepto se essas operações tiverem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais. A este respeito, os Estados-Membros podem prever que o facto de essas operações não terem sido realizadas por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais”.

detecte, entre as várias finalidades de uma operação de reestruturação empresarial, a fraude ou evasão fiscais – tomando, como indício suficiente da presença de tal finalidade, a ausência de formas válidas de reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades participantes⁶⁵.

Com a consequência lógica de, afastado o regime especial de neutralidade fiscal, se aplicar as regras de incidência normal, impedindo o diferimento da tributação e procedendo-se à imediata liquidação adicional das mais-valias resultantes da operação.

As presunções de existência de evasão ou fraude fiscais constantes do art. 73.º, 10 do CIRC podem ser ilididas, nos termos do art. 73.º da LGT – cabendo essa tarefa, naturalmente, ao sujeito passivo, por exemplo no exercício do direito de audição.

Em suma, o preenchimento dos requisitos formais que habilitam à pretensão ao regime especial de neutralidade fiscal não basta, tendo ainda de se verificar, pela negativa, se uma qualquer finalidade abusiva não se insinuou entre as razões económicas, por mais ponderosas que estas sejam⁶⁶.

Por outras palavras, a inexistência de razões económicas válidas para a realização da operação é um de dois indiciadores da presença de evasão fiscal (sendo o outro a verificação de que a totalidade dos rendimentos dos intervenientes não se encontram sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC).

Embora o art. 73.º, 10 do CIRC não apresente uma definição deste conceito, dando apenas alguns exemplos daquilo que considera serem razões económicas válidas (a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam), no entanto, ao utilizar a expressão “*tais como*”, deixa claro que procede a uma enumeração exemplificativa – sem instaurar qualquer “*numerus clausus*”.

Isso significa que podemos abarcar na “inexistência de razões económicas válidas” duas situações:

- A de inexistência de quaisquer razões económicas;
- A de invalidade de algumas das razões económicas existentes.

⁶⁵ José Casalta Nabais (2018), “Considerações sobre o Regime Fiscal da Reorganização Empresarial”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 162-163.

⁶⁶ Tomás Tavares (2011), *IRC e Contabilidade. Da Realização ao Justo Valor*, Coimbra: Almedina, 357-358.

As razões económicas prendem-se com a racionalidade discernível nas operações, e com a conduta maximizadora de proveitos que se associará à natureza das pessoas colectivas “sociedades”.

Quanto à validade dessas razões, ela dependerá de um confronto entre as motivações apuradas para as operações, por um lado, e os valores que subjazem ao regime especial da neutralidade fiscal, por outro lado – porque o que é decisivo, em termos de “validação”, é que se encontrem, na operação concretamente considerada, as razões que levam o Estado a aceitar abdicar, num primeiro momento, da receita fiscal, diferindo a respectiva obtenção⁶⁷.

Na jurisprudência do TJUE, o Caso *Leur-Bloem* (decisão de 17 de Julho de 1997, Proc. C-28/95) começou por salientar dois pontos:

1. que o conceito de razões económicas válidas deve ser interpretado “*como indo além da procura de um benefício puramente fiscal, como a compensação horizontal das perdas*”;
2. que, para a aplicação da norma sectorial anti-abuso, a presunção de fraude ou evasão fiscais não se pode cingir a uma avaliação feita com base em critérios gerais.

Concluindo que as autoridades nacionais devem proceder a uma avaliação caso a caso, honrando sempre o princípio da proporcionalidade para poderem aplicar a norma específica anti-abuso – ou seja, uma avaliação detalhada do caso concreto para averiguar se, de facto, o objectivo prosseguido pelo sujeito passivo é exclusivamente a diminuição ou eliminação da carga tributária – tornando a operação artificiosa e correspondente a um acto de gestão anormal – não se cingindo à mais abstracta análise da vertente patrimonial líquida⁶⁸.

O Acórdão *Leur-Bloem* diz respeito a uma operação em que uma accionista única de duas sociedades de direito holandesas pretendia adquirir uma terceira sociedade, sediada também na Holanda, através da entrega das acções que detinha nas duas primeiras sociedades, em troca das acções da terceira sociedade, configurando esta operação uma permuta de acções – estava-se assim perante uma operação interna, mas sobre a qual a Holanda aplicava as regras aplicáveis às reorganizações transfronteiriças, razão pela qual foi pedido ao fisco holandês que

⁶⁷ Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspetos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 97-98.

⁶⁸ Carlos Baptista Lobo (2006), “Neutralidade das Fusões: Benefício Estrutural ou Desagravamento Estrutural? Corolários ao Nível do Regime de Transmissibilidade de Prejuízos”, *Fiscalidade*, 26/27, 32-33.

encarasse essa operação como uma fusão por permuta de acções, para que pudesse beneficiar do regime semelhante ao consagrado na “Directiva das Fusões”, pedido que foi indeferido pelas autoridades fiscais holandesas, o que acabou por determinar o reenvio prejudicial para o TJUE.

Entre outras conclusões, releva a de se ter entendido como indispensável que, nas operações realizadas por “razões económicas válidas”, a finalidade prosseguida não seja apenas um benefício fiscal, por não ser esse o espírito da “Directiva das Fusões”⁶⁹.

Destaquemos, do respectivo sumário:

“3. O artigo 11.º da Directiva 90/434 deve ser interpretado no sentido de que, para verificar se a operação em causa tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais, as autoridades nacionais competentes devem proceder, em cada caso, à apreciação global da referida operação. Essa apreciação deve poder ser objecto de fiscalização jurisdicional.

Em conformidade com o artigo 11.º, n.º 1, alínea a), dessa directiva, os Estados-Membros podem prever que o facto de a operação em causa não ter sido efectuada por razões económicas válidas constitui uma presunção de fraude ou de evasão fiscais. Compete-lhes determinar os procedimentos internos necessários para esse fim, respeitando o princípio da proporcionalidade.

No entanto, a instituição de uma regra de alcance geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal, quer haja ou não efectivamente evasão ou fraude fiscais, isto com base em critérios tais como a exploração pela própria sociedade adquirente de uma empresa, a reunião duradoura, de um ponto de vista financeiro e económico, numa mesma entidade, da empresa de duas sociedades, ou a circunstância de uma mesma pessoa singular, que era o único accionista e director das sociedades adquiridas, se tornar o único accionista e director da sociedade adquirente, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscais e prejudicaria o objectivo prosseguido pela Directiva 90/434, que consiste precisamente em instaurar regras fiscais neutras em relação à concorrência e em evitar que as operações nela referidas sejam entravadas por restrições, desvantagens ou distorções especiais resultantes das disposições fiscais dos Estados-Membros.”

Mais tarde, no caso *Foggia* (decisão de 10 de Novembro de 2011, Proc. C-126/10), o TJUE voltou a pronunciar-se sobre este tema, acrescentando um importante factor de aferimento do conceito de razões económicas válidas, estabelecendo que não basta que os sujeitos passivos invoquem que a operação tem para o grupo um efeito positivo consubstanciado em economias em termos de estrutura de custos, visto tal efeito ser inerente a

⁶⁹ Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspetos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 98-99.

todas as operações; e estabelecendo também que se pode admitir que uma operação seja válida para efeitos de neutralidade fiscal não obstante espelhar considerações de natureza fiscal – desde que essas considerações não sejam preponderantes na operação de reestruturação⁷⁰.

A sociedade Foggia era uma SGPS portuguesa que incorporou três sociedades SGPS pertencentes ao mesmo grupo, através de uma operação de fusão, realizada ao abrigo do regime especial da neutralidade fiscal. Mais tarde a Foggia apresentou um pedido de autorização para a dedução dos prejuízos fiscais ainda não utilizados pelas três sociedades incorporadas. O Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais deferiu o pedido em relação a duas das sociedades, tendo recusado o pedido da dedutibilidade fiscal em relação a uma terceira; e, com base nessa recusa, e também pelo facto de ter sido considerado que a operação não teve interesse económico, houve recurso, tendo sido considerado necessário, já ao nível do STA, o reenvio prejudicial para o TJUE.

Ressalta-se, no acórdão *Foggia*, que a consideração relativa a “razões económicas válidas”

1. Envolve a ponderação da intensidade dos motivos fiscais face aos demais;
2. Reclama uma análise concreta e global da situação, não podendo da simples aplicação de critérios gerais que alicerçassem a conclusão de existência de fraude ou evasão fiscal (entendendo o TJUE que cada Estado-Membro é, ele mesmo, o responsável pelo controlo da verificação da existência dessas “razões” em cada uma das operações que são sujeitas à sua avaliação).

Concretamente, estabelece-se nesse Acórdão *Foggia*:

“35 Consequentemente, uma operação de fusão assente em diversos objectivos, entre os quais podem também figurar considerações de natureza fiscal, é susceptível de constituir uma razão económica válida, desde que, no entanto, estas considerações não sejam preponderantes no quadro da operação projectada.

36 Com efeito, nos termos do artigo 11.o, n.o 1, alínea a), da Directiva 90/434, quando a operação de fusão visa unicamente obter um benefício fiscal e não é efectuada por razões económicas válidas, tal constatação pode constituir uma presunção de que essa operação tem como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a fraude ou a evasão fiscais.

47 Por conseguinte, nada obsta, em princípio, a que uma operação de fusão que proceda a uma reestruturação ou a uma racionalização de um grupo e que permita

⁷⁰ Diana Costa Brito (2022), *O Regime da Neutralidade Fiscal nas Operações de Reestruturação Empresarial da Fusão e da Cisão* (Diss. Mestrado Fac. Dir. Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto), 44-46.

reduzir os seus encargos administrativos e de gestão possa prosseguir razões económicas válidas. Contudo, não será esse o caso de uma operação de incorporação, como a que está em causa no processo principal, da qual parece resultar que, atendendo à dimensão do benefício fiscal esperado, isto é, mais de 2 milhões de euros, a economia feita pelo grupo em causa, em termos de estrutura de custos, é perfeitamente marginal.

48 A este respeito, deve acrescentar-se que a economia de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão que decorre do desaparecimento da sociedade incorporada é inerente a qualquer operação de fusão por incorporação, na medida em que esta implica, por definição, uma simplificação da estrutura do grupo.

49 Ora, se se admitisse sistematicamente que a economia em termos de estrutura de custos resultante da redução dos encargos administrativos e de gestão constitui uma razão económica válida, sem ter em consideração os outros objectivos da operação projectada, especialmente os objectivos fiscais, a regra enunciada no artigo 11.o, n.o 1, alínea a), da Directiva 90/434 ficaria desprovida da sua razão de ser, que consiste em salvaguardar os interesses financeiros dos Estados-Membros, prevendo, em conformidade com o nono considerando da referida directiva, a faculdade de estes recusarem o benefício da aplicação das disposições previstas pela directiva em caso de fraude ou de evasão fiscais.

50 Por outro lado, importa recordar que o artigo 11.o, n.o 1, alínea a), da Directiva 90/434 reflecte o princípio geral do direito da União segundo o qual o abuso de direito é proibido. A aplicação das normas desse direito não pode ser alargada a ponto de abranger práticas abusivas, isto é, operações realizadas não no âmbito de transacções comerciais normais, mas apenas com o objectivo de usufruir abusivamente dos benefícios previstos no referido direito (v., neste sentido, acórdãos de 9 de Março de 1999, Centros, C-212/97, Colect., p. I-1459, n.o 24, de 21 de Fevereiro de 2006, Halifax e o., C-255/02, Colect., p. I-1609, n.os 68 e 69, e Kofoed, já referido, n.o 38).” (sublinhados nossos)

Os dois acórdãos, *Leur-Bloem* e *Foggia*, têm em comum a ênfase na noção de que o conceito de razões económicas válidas vai para além da simples procura de um benefício puramente fiscal – excluindo que a mera obtenção de benefício fiscal possa ser considerada, isoladamente, uma razão económica válida; admitindo-se que possa ser uma consequência, mas não a causa, da operação⁷¹.

Não basta, como assinalado, que da operação resultem economias de custos, economias de escala, sinergias, eliminação de redundâncias – porque tais economias são inerentes a qualquer reestruturação empresarial, não valendo, pois, para efeitos de ponderação, ou contrabalanço, com as vantagens fiscais alcançadas – exigindo-se que, para lá desse limiar da

⁷¹ Parágrafo 47 do acórdão *Leur-Bloem* e parágrafo 34 do acórdão *Foggia*.

economia de custos, tenha havido a razão económica válida de reestruturar a empresa em termos de torná-la mais apta à geração de proveitos ou à contenção de custos variáveis⁷².

A previsão de tal cláusula antiabuso pelo legislador português prendeu-se fundamentalmente com o facto de ter de se acautelar a tributação que, em circunstâncias normais, seria devida, procurando evitar que o diferimento de tributação se convertesse numa falta total ou parcial do imposto que seria devido, caso o regime de neutralidade fiscal não fosse aplicado⁷³. Visa-se contrariar a situação típica de evasão fiscal associada à reestruturação empresarial:

“quando na operação (apesar do cumprimento dos requisitos formais) não se mantenha, na realidade, a atividade da sociedade, do investimento do sócio ou, sobretudo quando não exista uma real e verdadeira reestruturação empresarial”, o que implica o “diferimento excessivo da tributação – um abuso de diferimento”⁷⁴.

Assim se salvaguardam os efeitos perversos de um excesso de favor fiscal às operações de reorganização societária, que pode resultar do timbre “facilitador” da “Directiva das Fusões”⁷⁵.

E também procura minimizar-se o risco que advém do facto de o diferimento da tributação criar um espaço e um tempo que podem ser explorados para a subversão das razões que levaram a essa desconsideração inicial da realização de mais-valias:

“Tratando-se da inexorável supressão dos entraves tributários a uma plena reestruturação e racionalização empresarial por imperativo legal, não há um verdadeiro benefício fiscal nem lhe corresponde uma verdadeira despesa fiscal. Neste regime não é, portanto, considerado qualquer resultado derivado da transferência dos elementos patrimoniais em consequência da operação, sendo os resultados apurados, posteriormente, na esfera da sociedade beneficiária, em observância do princípio da continuidade da actividade empresarial. Tudo se passando como se não tivesse acontecido a operação de reestruturação.”⁷⁶

⁷² António Rocha Mendes (2016), *IRC e as reorganizações empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 465; Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspetos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 99-101

⁷³ J. L. Saldanha Sanches (2006), *Os Limites do Planeamento Fiscal: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 195 segs., 223 segs., 346 segs., 383 segs., 443 segs.; Ana Gabriela Rocha (2014), *Conceitos de Direito Europeu em Matéria Societária e Fiscal*, Coimbra, Almedina, 167 segs..

⁷⁴ Tomás Tavares (2011), *IRC e Contabilidade: Da Realização ao Justo Valor*, Coimbra, Almedina, 366-367.

⁷⁵ Ainda, os acórdãos do TJUE de 15 de Janeiro de 2002, *Andersen og Jensen*, C- 43/00, e de 20 de Maio de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08.

⁷⁶ Rui Marques (2019), *Código do IRC Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 615-616.

É que a realização de uma operação abusiva pressupõe uma dualidade de normas jurídicas: uma, a “norma defraudada”, que dá origem a uma obrigação tributária; e outra, a “norma cobertura”, que estabelece uma menor tributação, uma isenção ou a ausência de uma norma de incidência numa determinada situação, à qual o agente económico acede através de um comportamento sucedâneo, com vista à obtenção de uma vantagem fiscal.

No contexto específico do regime de neutralidade fiscal, as normas defraudadas são as normas de incidência sobre ganhos realizados na alienação onerosa de activos, que impedem (ou dificultam) que o agente económico aceda às vantagens fiscais pretendidas; e a norma de cobertura é a norma do regime de neutralidade fiscal que permite ao agente atingir o resultado pretendido (a vantagem fiscal) sem sofrer o impacto fiscal da norma defraudada.

Ou seja, os agentes adoptam transacções sucedâneas, formalmente aptas para o regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), com vista à obtenção de um objectivo (a vantagem fiscal) alheio ao propósito do regime, de forma a evitar a tributação incidente (norma defraudada) sobre a transacção (substituída) que normalmente conduziria à realização desse objectivo.

Assim sendo, conclui-se que o diferimento da tributação previsto no regime de neutralidade fiscal não é o objectivo do agente (não é a vantagem fiscal pretendida), mas apenas o meio utilizado para evitar os obstáculos fiscais que o impedem de aceder a esse objectivo (ou seja, as vantagens fiscais verdadeiramente pretendidas).

Imaginemos dois exemplos:

- que uma possível vantagem fiscal, neste tipo de operações realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), seria a intenção de aplicar a *participation exemption* (arts. 51.º e 51.º-A do CIRC) numa subsequente venda de acções pela sociedade adquirente, diferindo-se a tributação das mais-valias incidentes sobre essa venda na esfera individual (vantagem fiscal pretendida) até que o resultado dessa venda fosse distribuído via dividendos;
- que outra possível vantagem fiscal, como sucedeu no caso do acórdão *Leur-Bloem*, fosse a de realizar a permuta de acções ao abrigo do regime de neutralidade fiscal (norma de cobertura), para que uma das sociedades passasse a deter a totalidade da outra, permitindo-lhe que os prejuízos fiscais desta fossem compensados, no futuro, com os

lucros da outra através de um mecanismo de consolidação fiscal (vantagem fiscal pretendida).

Em ambos os casos, a substituição do comportamento é a realização da própria reorganização, que não seria efectuada na ausência das vantagens fiscais pretendidas.

Recapitulando, a neutralidade fiscal corresponde a uma atitude de abstenção temporária de tributação de mais-valias conexas com operações de reestruturação, no pressuposto de que essa tributação, se imediatamente aplicada, poderia constituir um sério desincentivo à realização, com propósitos genuínos, de operações dessas⁷⁷.

Isso tem ditado, ao nível da jurisprudência europeia, e também do TJUE, a adopção de uma posição de princípio favorável à aplicação do regime, deixando como última condicionante a aplicação das salvaguardas anti-abuso – procurando, em síntese, que se verifique a concretização dos objectivos económicos *normais* dessas mesmas operações, afastando-se a patologia que consistiria na conversão, em objectivos, de vantagens fiscais que deverão permanecer no plano das meras consequências daquelas operações.

Tem de haver uma fronteira, por difícil que ela seja de estabelecer:

*“Quando a causa que está na origem da operação é essencialmente fiscal (ou seja, quando visa a mera obtenção de uma vantagem fiscal) e não económica, não se aplica o regime especial de neutralidade fiscal. Isto não significa naturalmente que os seus autores não possam (dentro de um quadro de licitude) beneficiar fiscalmente com a operação. Significa sim que essa não pode ser a intenção principal (ou única) da operação. A questão que se coloca é saber como demonstrar que ao verificar-se uma vantagem fiscal, a sua obtenção não é a intenção principal do seu autor? Ou seja, como se demarca a fronteira que separa o planeamento fiscal da elisão ou evasão fiscal?”*⁷⁸.

O combate ao planeamento fiscal abusivo, ilegítimo, está, entre nós, centrado na Cláusula Geral Antiabuso, hoje consagrada no art. 38.º, 2 da LGT.

Mas, porque a neutralidade fiscal é um regime especial, e porque as operações a que a neutralidade fiscal pode aplicar-se são, elas próprias, especialmente vulneráveis a fins ilegítimos do regime predisposto, o legislador criou, para lá da Cláusula Geral Antiabuso, uma cláusula específica em protecção do regime especial, e promoveu-a a *presunção* – e é essa que

⁷⁷ Filipa Belchior Coimbra (2017), *A Arte da Tributação das Reorganizações Societárias*, Coimbra, Almedina, 45.

⁷⁸ Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspetos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 92.

hoje está consagrada no art. 73.º, 10 do CIRC, aliás em plena consonância com a Directiva 90/434/CEE 133, a qual permite aos Estados-Membros, seja a recusa de aplicação, total ou parcial, do regime da neutralidade fiscal, seja a retirada desse regime e dos respectivos benefícios – verificados, num caso e noutro, pressupostos legais, mormente os da existência de razões económicas válidas, num caso, e do desaparecimento de tais razões, ou da validade de tais razões, no outro caso.

A própria Cláusula Geral Antiabuso começou por ser ditada pela necessidade de combate ao emprego de meios artificiosos ou fraudulentos, e ao abuso das formas jurídicas, conjugada com o reconhecimento da dificuldade de enfrentar a multiplicidade de formas através “*de uma casuística previsão de diversificadas cláusulas especiais, num autêntico jogo do gato e do rato*”⁷⁹, confluindo numa principiologia de limitação das manifestações da liberdade de gestão fiscal das empresas, enquadrando-a na lógica de conciliação e de flexibilidade do “*business purpose*” anglo-americano, ou do “*acte anormal de gestion*” francês.

O facto de o conceito de “razões económicas válidas”, adoptado pelo legislador nacional aquando da transposição da “Directiva das Fusões”, não ter uma correspondência explícita no ordenamento nacional não constitui um entrave à sua aplicação a operações meramente internas – e isto porque, embora tal circunstância aponte para uma predominância da jurisprudência europeia na densificação do conceito⁸⁰, isso não impede a alternativa do recurso a outros ramos do Direito interno, de acordo com a orientação consagrada no art. 11.º, 2 da LGT, que dita a adopção do sentido que, nesses outros ramos, têm termos próprios deles a que as normas fiscais recorram⁸¹.

Nessa cláusula do art. 73.º, 10 do CIRC, não obstante a sua restrição a um regime especial, que a imuniza aos riscos de enfrentamento de todos os problemas com que lida a Cláusula Geral Antiabuso, há ainda a mesma lógica fundamentante das teorias da fraude à lei e do abuso das formas jurídicas, o que, se não se tratasse de uma *presunção* assente na simples

⁷⁹ José Casalta Nabais (2018), “Considerações sobre o Regime Fiscal da Reorganização Empresarial”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 157.

⁸⁰ “*é actualmente ato claro que a partir do momento em que a nossa lei adopta os conceitos da Directiva das Fusões, n.º 90/434/CEE, para as fusões internas (...), esses conceitos passam a ser conceitos de Direito Europeu e têm de ser interpretados uniformemente, para as situações internas e transfronteiriças, cabendo a última palavra ao Tribunal de Justiça*” – acórdão do processo arbitral n.º 14/2011-T.

⁸¹ José Casalta Nabais (2018), “Considerações sobre o Regime Fiscal da Reorganização Empresarial”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 163.

comprovação de alguns factos, recomendaria a aplicação da sequência de passos consagrados pela doutrina e pela jurisprudência relativamente à Cláusula Geral Antiabuso⁸², analisando sucessivamente 1) a forma ou meio, 2) a vantagem fiscal ou resultado, e 3) a motivação da reorganização empresarial⁸³:

1. a forma ou meio, averiguando se as operações em análise constituem vias de actuação empresarial minimamente adequadas à reorganização empresarial, ou se, pelo contrário, se configuram como actos adequados apenas a manobras que não suportam outra explicação que não seja a explicação fiscal (sendo importante, nesta sede, apurar se as operações empresariais de reorganização são minimamente adequadas do ponto de vista microeconómico, dirigidas à melhoria da gestão das sociedades envolvidas através do aumento da eficiência, como do ponto de vista macroeconómico, orientadas para o aumento do potencial competitivo das sociedades ou seus estabelecimentos mediante uma estratégia de crescimento em mercados-alvo nacionais ou estrangeiros).
2. a vantagem fiscal ou resultado, averiguando se se produziu uma vantagem ou resultado fiscal que resulte das operações, e se esse resultado fiscal, objectivamente considerado, se revela exclusivo ou principal, e se o mesmo não tem explicação na racionalidade económica das operações (até para evitar a conclusão ilegítima de que o fracasso económico das operações seria *ipso facto* demonstrativo da proeminência de intuítos fiscais).
3. a motivação da reorganização empresarial (ou elemento intelectual do abuso), averiguando-se se a reorganização empresarial, concretizada nas operações em causa, teve por única, ou principal, motivação a evasão ou fraude fiscal, ou se o aforro fiscal propiciado não quadra com esse objectivo – cabendo a prova a quem invoque que foi excedido o “*business purpose*”, e foi subvertido o uso admissível da liberdade económica empresarial.

Em contrapartida, afigura-se aceitável que a norma anti-abuso do art. 73.º, 10 do CIRC, dada a especialidade da sua aplicação – uma presunção, insista-se, com repercussões sobre o

⁸² Gustavo Lopes Courinha (2004), *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário. Contributos para a sua Compreensão*, Coimbra, Almedina, 163 segs..

⁸³ José Casalta Nabais (2018), “Considerações sobre o Regime Fiscal da Reorganização Empresarial”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 164-166.

ónus da prova –, e até os seus efeitos (que se limitam a reconhecer a aplicabilidade, ou não, da neutralidade fiscal, sem exigir a desconsideração dos demais efeitos da operação, até de eventuais benefícios fiscais como os previstos no art. 60.º do EBF), não seja acompanhada, na sua aplicação, de todos os formalismos e salvaguardas que se aceitarão como necessários no recurso à Cláusula Geral Antiabuso – por exemplo as formalidades enumeradas no art. 63.º do CPPT, como aliás resulta, “*a contrario*”, dos n.ºs 1 e 11 desta norma do CPPT⁸⁴.

Em substância, bastará que, partindo da não-verificação de razões económicas válidas, e passando pela presunção de abuso, se conclua pela existência de “*diferimento excessivo da tributação*”⁸⁵, por se demonstrar, no final de uma análise necessariamente casuística, que as operações tiveram subjacentes motivações predominantemente fiscais, sem o devido substrato económico que justificasse a aplicação do regime de neutralidade fiscal nas operações de permuta – por exemplo (e só um exemplo), para proceder a uma concentração de participações sociais com o único fito de vir a beneficiar dos regimes de *participation exemption* (arts. 51.º e 51.º-C do CIRC), ou de tributação de grupos de sociedades (arts. 69.º a 71.º-C do CIRC)⁸⁶.

IV. 7. A “holding familiar” no caso concreto – apreciação global

No caso dos autos, ocorreu uma entrada em espécie para realização de um aumento de capital da sociedade G..., a qual foi consubstanciada na entrega de uma quota de valor nominal de € 118.000,00 representativa de 59% do capital social da C..., à qual foi atribuído o valor

⁸⁴ Com efeito, se, apesar de o n.º 1 do art. 63.º do CPPT excluir tal possibilidade, se procurasse aplicar o procedimento desse art. 63.º do CPPT aos casos subsumíveis ao art. 67.º, 10 do CIRC, teria agora ainda de seguir-se, necessariamente, a via da reclamação graciosa, por força do n.º 11 do art. 63.º do CPPT. Entendimento diverso é perfilhado no acórdão arbitral do Proc. n.º 14/2011, que sustenta que o art. 67.º, 10 do CIRC só é invocável depois de feita a prova de abuso nos termos do art. 63.º do CPPT. “*Exige-se, assim, um procedimento administrativo autónomo de aplicação de uma regra antiabuso, pelo que os tribunais não podem operar a aplicação de cláusulas antiabuso, à míngua da adoção, pela AT, daquele mesmo procedimento, isto é, concretizando: sendo certo que o abuso e a aplicação de cláusulas antiabuso pode ser sindicado pelos tribunais, no quadro geral da reserva da lei fiscal, no nosso ordenamento a reação ao abuso através de cláusulas antiabuso só pode ocorrer após reação prévia da AT, nos termos do art. 63.º do CPPT. Não tendo sido aplicado o procedimento antiabuso previsto neste último preceito, não pode o tribunal averiguar da existência, ou não, de razões económicas válidas para a fusão.*”. Com todo o respeito, desconsiderou-se a especialidade da norma do art. 67.º, 10 do CIRC e o facto de ela estabelecer uma presunção, o que explica a sua exclusão pelo art. 63.º do CPPT.

⁸⁵ Tomás Tavares (2011), *IRC e Contabilidade: Da Realização ao Justo Valor*, Coimbra, Almedina, 366-367.

⁸⁶ Abílio Rodrigues (2020), “Permuta de Partes Sociais: O Regime da Neutralidade Fiscal e Respetivas Implicações Práticas”, *Revista Electrónica de Fiscalidade da AFP*, 2/1, 41-42.

nominal de € 4.720.000,00, e que passou a representar 99,98% do capital da G... .

Tratou-se, claramente, de um acto de gestão patrimonial da pessoa singular que é o Requerente marido, como de resto é expressamente assumido na acta n.º 46 da C..., que regista o ocorrido na assembleia de sócios da C... de 14 de Abril de 2021: *“o sócio A... explicou que no âmbito de uma reestruturação do seu património pretende subscrever um aumento de capital na sociedade de que é sócio, G..., LDA.”* (sublinhado nosso).

Falando em seu próprio nome, só pode estar em causa o seu património pessoal.

A G... configura uma sociedade veículo, criada *ad hoc*, uma semana antes, para a operação consumada em 14 de Abril de 2021, sociedade que visa controlar a C... em termos de uma “holding” familiar, mantendo a estrutura societária da C..., à qual a G... factura todos os seus réditos, e à qual foi buscar uma estrutura de recursos humanos mínima, metade dela composta pelos sócios da própria G... .

Não houve alteração da relação de controlo da C..., visto que ela já cabia ao Requerente marido, e passou a caber à G..., da qual o Requerente marido é sócio (largamente) maioritário.

A G... foi constituída, como referimos, uma semana antes da permuta, com um capital social de € 5.000,00, inexistindo a entrada de investidores externos à família; e a entrada em espécie da quota da C..., à qual foi atribuído o valor nominal de € 4.720.000,00, e passou a representar 99,98% do capital da G..., resulta de uma valorização “a valores de mercado” que, além de representar uma disparidade de valores que não se comprova seria aceite numa permuta entre entidades não-relacionadas, resulta, além disso, do relatório de um ROC que igualmente se comprova não ter sido designado em obediência ao estabelecido no art. 28.º do CSC – ou seja, *“por deliberação dos sócios na qual estão impedidos de votar os sócios que efectuam as entradas”* – visto que, como ficou provado na matéria de facto, a deliberação de 14 de Abril de 2021 foi unânime, abarcando o Requerente marido, que não devia ter votado por ter sido ele a efectuar a entrada.

Não se descortina sequer, em tal operação, qual o benefício directo dos demais sócios da C... em resultado da permuta – sendo que, à data, o Requerente marido não era sequer sócio único dessa sociedade (devendo assinalar-se que só em 29 de Setembro de 2021, seis meses depois, o Requerente marido adquiriu, a E..., as duas quotas que este detinha na C...). Devendo lembrar-se que é pelas sociedades envolvidas nas operações que se afere a validade das razões

económicas – não pela esfera pessoal e patrimonial dos seus sócios.

Os Requerentes, aliás, reconhecem que se tratou de constituir uma “*holding*”, uma “*upstream holding*”, e de sujeitar as empresas envolvidas a uma “lógica de grupo”, que teria permitido um processo de tomada de decisões mais eficiente e coordenado – e que a exiguidade inicial da G... não era, nem foi, inibidora de atrair investimentos futuros, ou financiamentos significativos.

E sustentam, até, que a constituição de uma “holding familiar” não é desprovida de racionalidade económica, visto que ela é facilitadora da sucessão e continuidade dos negócios familiares, em particular na ausência de investidores externos – e mais ainda porque se trata de uma “holding mista”, ou “impura”, ou do “tipo casa-mãe”, isto é, que não se cinge à actividade económica indirecta de participação em outras empresas, e conserva a possibilidade de desenvolver directamente actividade própria; ou ainda porque, liberta dos constrangimentos de uma SGPS formal⁸⁷, essa holding não é incompatível com futuras participações recíprocas entre G... e C...⁸⁸.

A “holding familiar” é um veículo societário que concentra participações sociais (por vezes, outros activos) de membros de uma família, com objectivos de planeamento sucessório, de protecção patrimonial, de controlo e governação, e de planeamento fiscal (com efeitos de “*participation exemption*”, tributação de grupo de sociedades através de eventual consolidação de contas, eliminação de duplas tributações, imputação de património e rendimento ao grupo de sociedades ou a novos SPVs, isenções ou reduções “liberatórias”, conforme os casos, de tributação quanto a dividendos e a mais-valias por alienação das participações, estabelecimento

⁸⁷ Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, na redacção que lhe é dada pelo Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de Dezembro, Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de Janeiro, Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, e demais legislação – e ainda a Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que terminou o regime fiscal próprio das SGPS, com a revogação do art. 32.º do EBF. Cfr. Lina do Carmo Aveiro Castro (2016), *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais: Um Contributo para o seu Estudo* (Diss. Mestrado Univ. Minho), 100-101.

⁸⁸ José Engrácia Antunes (2009), “As Sociedades Gestoras de Participações Sociais”, *Direito das Sociedades em Revista*, 77 a 113; Ana Perestrelo de Oliveira (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 32 segs.; Paulo Olavo Cunha (2019), *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1149-1157; Hugo Moreto Santos (2008), “SGPS: Gestão de Participações Sociais como Forma Indireta de Exercício de Atividades Económicas”, *Direito dos Valores Mobiliários VIII*, 357-445; Júlio Tormenta (2011), *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais como Instrumento de Planeamento Fiscal e os seus Limites*, Coimbra, Coimbra Editora; António Borges & João Macedo (2002), *Sociedades Gestoras de Participações Sociais – Aspectos Jurídicos, Fiscais e Contabilísticos*, 3ª ed., Lisboa, Áreas Editora, Lisboa.

de vínculos patrimoniais através de acordos parassociais, etc.)⁸⁹.

Nada disto é ilegítimo ou abusivo “*qua tale*”, e decerto apresenta um quadro de vantagens para os sócios da G..., individualmente considerados, ou considerados como membros de uma família – certamente, uma vantagem muito palpável para o património pessoal do ora Requerente marido, a consumação do propósito anunciado na reunião da C... de 14 de Abril de 2021: mas nada disto representa razões económicas válidas para as duas sociedades – enquanto sociedades – envolvidas na permuta.

O propósito da permuta foi relativamente transparente, e insista-se que não é, de modo algum, ilícito – mas esse propósito conflitua, só por si, com os objectivos comuns de optimização empresarial que se esperariam de uma permuta normal de partes sociais entre sócios de sociedades comerciais – como, por exemplo o estabelecimento de parcerias na exploração de possibilidades de mercado, a abertura de negócio em bens e serviços cuja produção estivesse ao alcance somente de uma das empresas, uma nova estrutura produtiva, com *pooling* de recursos, propiciadora de inovação, a modificação da estrutura organizacional ou dos recursos humanos – entre tantos outros objectivos facilmente associáveis a razões económicas válidas.

O que os Requerentes procuraram documentar de mais relevante em abono dos resultados da permuta foi a obtenção de uma linha de crédito bancário pela G... (Doc. n.º 16) – mas cabe a dúvida se a permuta veio melhorar as condições de financiamento externo que decerto já existiam para a C..., dado o valor de mercado que as quotas da C..., afinal, tinham, não sendo tal financiamento externo uma comprovação inequívoca de qualquer optimização empresarial, que sempre teria de ser aferida por comparação com o “*statu quo ante*”.

E quanto a outros efeitos na estrutura produtiva de ambas as empresas, ou na de qualquer delas separadamente considerada, demos como provado que não são discerníveis.

Ora – recapitulando – são objectivos comuns de optimização empresarial que, a título excepcional, justificarão o diferimento da tributação, de modo a que ela não constitua entrave à prossecução de “razões económicas válidas” cujo interesse sobreleva, temporariamente embora, aos próprios interesse da tributação, justificando o diferimento.

⁸⁹ Cristiana Sanchez Gomes Ferreira & Carolina Fagundes Leitão (2016), “A Holding Patrimonial Familiar e seus Incentivos: Uma Análise Juseconômica”, *RJLB*, 2/4, 369-393.

Na ausência destes objectivos típicos da vida empresarial em contexto de liberdade económica, ou na presença de outros objectivos que se sobreponham a estes e comprometam a sua prossecução, passamos para os domínios do “*diferimento excessivo da tributação*”, deixando de justificar-se a neutralidade fiscal.

De tudo isso resulta, pois – assumidamente –, a inexistência das razões económicas válidas, as razões de que depende a aplicação do regime especial da neutralidade fiscal: não ocorreu qualquer reestruturação empresarial ou qualquer operação de racionalização das actividades das sociedades que participaram na permuta, que ultrapasse visivelmente o efeito-base de qualquer operação deste tipo, que é o da existência de algumas economias em termos de estrutura de custos, de economias de escala, de sinergias, de *cash pooling*, de eliminação de redundâncias – porque, insiste-se, tais economias são inerentes a qualquer reestruturação empresarial, não valendo, pois, para efeitos de ponderação, ou contrabalanço, das vantagens fiscais alcançadas⁹⁰. Exigindo-se que, para lá desse limiar da economia de custos, tenha havido a razão económica válida de reestruturar a empresa em termos de torná-la estruturalmente mais apta à geração de proveitos ou à contenção de custos variáveis⁹¹.

O que não sucedeu, ou não foi satisfatoriamente comprovado.

IV. 8. A questão do ónus da prova e da excepionalidade do regime

A norma decisiva é, portanto, o art. 73.º, 10 do CIRC:

“O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto.”

⁹⁰ Acórdão Leur-Bloem, § 4: “O conceito de razão económica válida, na acepção do artigo 11.º da Directiva 90/434, deve ser interpretado como indo além da procura de um benefício puramente fiscal (...).”

⁹¹ António Rocha Mendes (2016), *IRC e as reorganizações empresariais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 465; Rui Manuel de Faria Brigham da Silva (2020), *Alguns Aspetos Fiscais das Operações de Reestruturação Empresarial: O Regime Especial de Neutralidade Fiscal em Sede de IRC* (Diss. Mestrado ISCTE), 99-101

Perante esta norma, a quem cabe a prova do preenchimento do segundo dos pressupostos, o de as operações terem sido, ou não, realizadas por razões económicas válidas?⁹²

Há, pelo menos, duas leituras possíveis:

1. O quadro jurisprudencial do TJUE, e a própria colocação desta norma, como último número do art. 73.º do CIRC, indicam que se presume a existência de um “*business purpose*” válido para as operações de que trata a subsecção dos arts. 73.º a 78.º do CIRC – constituindo a norma do art. 73.º, 10 a porta aberta para a ilisão dessa presunção, que, nesse caso, ficaria a cargo da AT;
2. Toda a subsecção dos arts. 73.º a 78.º do CIRC se refere a um regime especial, que é meramente opcional e deve ser requerido – caso em que fica a cargo do contribuinte a demonstração de que estão preenchidos os pressupostos para a aplicação de tal regime especial, o qual, por óbvio, não é o regime geral ou supletivo

O art. 78.º do CIRC faz prevalecer esta segunda leitura: não somente porque estabelece um conjunto de obrigações declarativas que, recaindo sobre o contribuinte, são o único caminho admitido para a determinação do preenchimento dos pressupostos de aplicação do regime especial, mas também porque, logo no seu n.º 1, esclarece tanto que se trata de um regime opcional como que se trata de um regime especial:

“A opção pela aplicação do regime especial estabelecido na presente subsecção deve ser comunicada à Autoridade Tributária e Aduaneira na declaração anual de informação contabilística e fiscal, a que se refere o artigo 121.º, relativa ao período de tributação em que a operação é realizada: (...)” (sublinhados nossos)

O sujeito passivo não tem, assim direito automático, *ex lege*, ao regime especial: tem de demonstrar o preenchimento dos pressupostos de que a aplicação de tal regime especial dependerá.

Portanto, não é à Autoridade Tributária que incumbe provar que a operação em causa teve como objectivo, ou como um dos seus objectivos proeminentes, a obtenção de vantagens fiscais, tornando a motivação dos sujeitos passivos contrária aos propósitos enunciados pelo regime especial; é ao sujeito passivo que, se estiver interessado na não-sujeição imediata ao

⁹² Já que o primeiro dos pressupostos não é, no caso, relevante – reportando-se, por exemplo, a situações em que uma das sociedades envolvidas se encontra numa Zona Franca.

regime geral de tributação, se estiver, isto é, interessado na dilação que lhe será propiciada pelo regime especial da neutralidade fiscal – o que não deve presumir-se⁹³ –, cabe provar as razões económicas válidas da operação e, consequentemente, a inexistência de fraude fiscal, nomeadamente através do cumprimento das obrigações acessórias estabelecidas no art. 78.º do CIRC.

Há quem interprete o art. 73.º, 10 do CIRC como uma presunção *iuris tantum*, que pode ser ilidida pelo contribuinte refutando a factualidade apresentada pela AT quanto à ausência de razões económicas válidas, ou comprovando outra finalidade societária para a operação que seja demonstrativa da inexistência de evasão fiscal⁹⁴. E é certo que a reacção legal a um comportamento fiscal abusivo não pode ser feita através de presunções inilidíveis de tal comportamento⁹⁵.

Nesse caso, e não obstante tratar-se de um regime especial e opcional, há quem sustente que caberia à AT o ónus da prova do abuso cometido pelas empresas nas suas operações de reestruturação e reorganização:

- seja em nome do respeito pelas faculdades que integram o conteúdo da liberdade empresarial – presumindo-se que todas elas cabem na área dos “actos normais de gestão”, fazendo operar as regras do art. 74.º da LGT e do art. 342.º do Código Civil no sentido da oneração da AT com a prova do referido abuso;
- seja pelo princípio mais geral e abstracto de que cabe à administração o ónus da prova da verificação dos pressupostos legais (vinculativos) da sua actuação, designadamente se essa actuação for agressiva (positiva e desfavorável), o que por sua vez conduzirá a uma maior incidência do ónus da prova sobre a AT no que respeita à verificação da efectiva ocorrência do facto tributário, pressuposto de facto ou facto gerador do imposto⁹⁶.

⁹³ Bastando pensar que a ocorrência de menos-valias tornará, em princípio, desinteressante a dilação da tributação.

⁹⁴ João Magalhães Ramalho (2015), *O Regime de Neutralidade Fiscal nas Operações de Fusão, Cisão, Entrada de Activos e Permuta de Partes Sociais (Comentários ao Código do IRC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 146-147; Filipe Lobo Silva (2016), *As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal*, Coimbra, Almedina, 163-164

⁹⁵ Como se enfatiza na fundamentação do acórdão arbitral do Proc. n.º 14/2011-T, § 62.

⁹⁶ José Casalta Nabais (2018), “Considerações sobre o Regime Fiscal da Reorganização Empresarial”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, 164-166.

Vimos que os Requerentes nos presentes autos entenderam que, mesmo que o art. 73.º, 10 do CIRC estabelecesse uma presunção legal *iuris tantum* – de que, verificada a ausência de razões económicas válidas, o principal objectivo da operação foi a evasão fiscal –, ainda assim competiria à AT demonstrar que a operação carece dessas razões económicas – e só então, caso esse pressuposto da presunção fosse demonstrado com sucesso, passaria a competir ao sujeito passivo o ónus da prova de que o principal objectivo da operação não foi a evasão fiscal, refutando a factualidade apresentada quanto à ausência de razões económicas válidas, ou comprovando outra finalidade societária para a operação que fosse demonstrativa da inexistência do móbil de evasão fiscal.

Nesses termos, sustentaram os Requerentes que a simples enumeração de indícios – de ausência de alterações significativas no funcionamento das empresas envolvidas, de incrementos de produtividade ou de competitividade – não bastaria para constituir a demonstração segura de ausência de racionalidade económica, visto que uma permuta não implica necessariamente a alteração da actividade económica de cada uma das empresas envolvidas, visando, antes, melhorar o governo dessas empresas e as relações do grupo societário com terceiros, nomeadamente bancos e novos investidores.

Além disso, sustentaram os Requerentes que a identificação de uma situação abusiva sempre pressuporá uma “análise global da operação”, como o exige a jurisprudência do TJUE, de modo a verificar-se se as operações realizadas tiveram como propósito, não a concretização de uma transacção económica válida e genuína, mas simplesmente o aproveitamento das vantagens fiscais previstas no regime da neutralidade.

Caberia à AT promover a “análise global da operação” susceptível de refutar a existência de motivos economicamente válidos, como a reestruturação ou racionalização das actividades das sociedades intervenientes, ou a subordinação a uma estratégia de redimensionamento e desenvolvimento empresarial de médio ou longo prazo, com efeitos positivos na estrutura produtiva, para daí poder inferir-se a motivação abusiva subjacente à operação. Sendo que, pelo contrário, os Requerentes sustentam que a AT nem sequer chegou a suscitar hipotéticas motivações abusivas, nem se aventurando pela “*step transaction doctrine*” ou pelo preenchimento dos requisitos de que depende a aplicação de cláusulas antiabuso – para desembocar, no mínimo, num indício objectivo da artificialidade das operações que permitisse

demonstrar que, não havendo razões económicas válidas, foram preponderantes, ou tendencialmente exclusivos, os objectivos fiscais, as vantagens fiscais alcançáveis com o regime da neutralidade; ou seja, que nenhuma razão económica válida perturbou o preenchimento dos pressupostos da presunção contida no art. 73.º, 10 do CIRC.

Em suma, entendem os Requerentes que a mera invocação de uma cláusula antiabuso não dispensa o esforço probatório nem interfere nas regras de ónus da prova – e a prova não foi feita pela AT, que por ela estava onerada, limitando-se a AT, ao invés, a multiplicar indícios insuficientes e inconclusivos, como o facto de a G... ter sido constituída em data próxima à permuta de partes sociais, o ter havido parca transição de trabalhadores da C... para a G..., e o facto de a facturação da G... em 2021 derivar exclusivamente de serviços prestados à C... .

Com a Requerida, entendemos que o que está em causa, no regime especial da neutralidade fiscal, é favorecer as operações de reestruturação económica de grupos de empresas, pelo que se compreende que haja um rigor particular na exigência de prova de que são essas operações que estão efectivamente em causa, e não outras que, assumindo a forma daquelas, prosseguem finalidades diversas, à margem da pura lógica e dinâmica empresariais.

Seja na matriz da “Directiva das Fusões”, seja na sua transposição para o Direito português, a presunção de se tratar de operações fiscalmente motivadas nasce directamente, automaticamente, da inexistência de razões económicas válidas, pelo que é ao contribuinte que quer beneficiar do regime especial que cabe a prova do facto constitutivo do direito a esse benefício – fornecendo os elementos necessários para o perfeito conhecimento da operação, para a “análise global da operação”, solução tanto mais lógica quanto é certo que, sendo o sujeito passivo aquele que esteve directamente envolvido nas operações cuja validade económica é questionada, é ele que se presumirá que dispõe do completo e absoluto domínio situacional do complexo fáctico que envolveu a decisão de proceder às referidas operações.

Portanto, caberia aos Requerentes, no caso dos autos, provar que, para lá do pretendido diferimento da tributação das mais-valias resultantes da permuta, houve finalidades concretamente alcançadas, concretamente verificadas, efectivamente comprovadas, e não meramente invocadas ou meramente perspectivadas como possibilidades, que mereceriam a validação económica, dadas as finalidades do legislador ao estabelecer o regime especial da neutralidade fiscal – dispensando-se qualquer atribuição a intenções, e reclamando-se somente

a constatação *objectiva* da existência de factos demonstrativos de “razões económicas válidas”, globalmente associáveis à maximização da eficiência empresarial: a única forma de evitar a presunção de abuso determinada pelo art. 73.º, 10 do CIRC.

Não se tratando de demonstrar a inexistência da violação de qualquer norma, nacional ou comunitária, mas tratando-se, mais singelamente, de demonstrar o preenchimento dos pressupostos de aplicação de um regime especial, que é o da neutralidade fiscal, em detrimento do regime geral da tributação imediata (no próprio ano das operações).

Prova que, cabendo aos Requerentes, não foi suficiente para afastar a presunção do art. 73.º, 10 do CIRC – a presunção de que, na ausência de razões económicas válidas, houve abuso de diferimento, justificando-se, por isso, a aplicação do regime geral, e justificando-se as liquidações adicionais que incidiram sobre as mais-valias resultantes das operações de 14 de Abril de 2021.

IV. 9. Questões prejudicadas

Foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria, por isso, inútil – art. 608.º do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT.

V. Decisão

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar improcedente o pedido de pronúncia arbitral, mantendo na ordem jurídica os actos tributários impugnados.
- b) Absolver do pedido a Autoridade Tributária e Aduaneira.

VI. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em € 1.376.564,51 (um milhão, trezentos e setenta e seis mil, quinhentos e cinquenta e quatro euros e cinquenta e um cêntimos), nos termos do disposto no art.º 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art.º 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

Lisboa, 6 de Janeiro de 2026

Os Árbitros

Fernando Araújo

Tomás Castro Tavares (com voto de vencido)

Maria Manuela Roseiro

Voto de vencido (proc. 141/2025-T)

1. Votei vencido, por discordâncias relativas ao (i) discurso legitimador da Sentença, (ii) erros de julgamento e (iii) e sobre o tema material do processo (decisão).

(i) Quanto ao discurso legitimador (proibição da fundamentação a posteriori)

2. O tribunal arbitral tem de obedecer ao que a Jurisprudência dos Tribunais superiores designa como a proibição da fundamentação a posteriori, ainda que introduzida pelo poder judicial – paradigmaticamente decretada no Acórdão do STA de 28/10/2020, proc. 02887/13.8BEPRT (os negritos são meus): *“I - No **contencioso de mera legalidade**, como é o caso do processo de impugnação judicial previsto no art. 99.º e segs. do CPPT, o tribunal tem de **quedar-se pela formulação do juízo sobre a legalidade do ato sindicado em face da fundamentação contextual integrante do próprio ato, estando impedido de valorar razões de facto e de direito que não constam dessa fundamentação, quer estas sejam por ele eleitas, quer sejam invocados a posteriori**”*.
3. Este Acórdão diz três coisas muito importantes, transponíveis para o caso dos autos – e que, para mim, a Sentença não observou, em ilegalidade:
4. Primeiro: a impugnação judicial (e a ação arbitral) é um contencioso de mera legalidade – em que o tribunal apenas syndica a (i)legalidade da liquidação, perante a fundamentação da Autoridade Tributária (doravante AT) subjacente ao próprio ato (nos elementos de facto e de direito esgrimidos) – cfr. art. 99.º da LGT, art. 13.º e 99.º do CPPT.
5. Segundo: o tribunal arbitral está impedido de valorar questões de facto e de direito que não constem dessa fundamentação (art. 77.º, n.º 1 da LGT).
6. Terceiro: a proibição de fundamentação a posteriori aplica-se à AT e ao poder judicial – o tribunal apenas analisa da legalidade perante os factos e direito alegados no processo, que são os que lhe são lícitos conhecer. Aceito que o Tribunal possa desenvolver (aperfeiçoar) os argumentos de Direito que constam da fundamentação do ato por parte da AT; mas, exceto nos casos de conhecimento oficioso (não aplicável nos autos), não pode introduzir retórica nova, sem o mínimo de adesão na fundamentação.
7. Para mim, a Sentença viola o princípio da proibição da fundamentação a posteriori. O seu discurso legitimador está eivado de considerações factuais e jurídicas – que determinam decisivamente o sentido da decisão – totalmente omitidas do objeto do processo e da fundamentação da AT. Refiro-me, em concreto, só para dar alguns exemplos:
 - a) o tema dos “quebrados em dinheiro” – designado na Sentença como “faixa de tolerância”;

- b) putativa ilegalidade, em sede de direito comercial, pelo facto de o requerente ter votado a deliberação de aumento de capital em espécie, em que se corporiza a permuta de partes sociais em causa nos presentes autos e respetivas consequências tributárias dessa operação;
- c) todo o discurso relativo a preços de transferência do art. 63.º do CIRC;
- d) haver que dois tipos de permuta em termos fiscais, em que a modalidade de aumento de capital em espécie – e passar de uma participação direta para indireta – como que estar excluída da neutralidade fiscal, pelo menos de forma presumível;
- e) a falta de “espelho” na permuta – os sócios registam as novas participações pelo valor fiscal das trocadas, mas a sociedade regista as participações recebidas pelo “valor de mercado” – ser um indício ou indicador de abuso;
- f) o “valor do diferimento temporal” ser um indicador ou critério decisivo do abuso do art. 73.º, n.º 10 do CIRC (e art. 10.º, n.º 10 e 13 do CIRS);
- g) teor da sentença arbitral n.º 205/2017 – relativa ao valor fiscal da permuta fiscalmente neutra. Aliás, a própria Sentença desvaloriza depois este argumento, com doutrina superveniente da AT (PIV 24764, Despacho 18/10/2024).
- h) menção e utilização indistinta do art. 38.º, n.º 2 da LGT e art. 73.º, n.º 10 do CIRC.

(ii) Erros de julgamento

- 8. Além disso, discordo de muitas ideias e interpretações legais veiculadas na Sentença. Sem carácter de exaustividade, e apenas com base na relevância decisória, sublinho os seguintes dez erros de julgamento, na minha opinião:
- 9. Primeiro: a sentença erra ao colocar o abuso e os requisitos da neutralidade no mesmo patamar jurídico. O abuso do art. 73.º, n.º 10, do CIRC está a jusante: “arranca” e pressupõe a verificação dos requisitos e condições legais da permuta de partes sociais (que é tema assente no processo, ao contrário do glosado na Sentença).
- 10. Segundo: a sentença erra ao assumir que a neutralidade fiscal da permuta é um regime excecional. Nada disso; trata-se de mero direito legal de opção: verificados os pressupostos (como se verificaram – a AT não o discute), os sujeitos são livres de escolher entre o regime fiscal que lhes aprouver: ou a tributação imediata da troca; ou a neutralidade fiscal, com tributação diferida para momento posterior. Um regime “especial” não é inelutavelmente um regime excecional; bem ao invés: a lei nacional e europeia sente que não é ainda o momento da tributação, pois há realização jurídica, mas não económica (o sujeito não se desliga do investimento, não se gera liquidez para

- pagar o imposto e não há um preço, como bissetriz da oferta e procura, mas um mero valor de troca); para além das vantagens económicas destas reestruturações, ao nível doméstico e europeu.
11. Terceiro: a sentença erra ao indicar que a neutralidade fiscal não seria um regime automático, por exigir uma declaração específica nesse sentido, a integrar no processo de documentação fiscal (art. 78.º do CIRC). Trata-se apenas de obrigação acessória, a cargo de quem está na posse da informação, como consequência da economia fiscal de massas – e que não interfere no carácter automático da aplicação deste regime especial (e nas regras do ónus da prova, que abordarei adiante).
12. Quarto: a sentença erra ao assumir que o abuso da neutralidade (na ponderação global que faz) estaria também em que a permuta de partes sociais poderia ser a operação preparatória da posterior venda da C... sem imposto, participation exemption (art. 51.º do CIRC) ou da utilização de prejuízo fiscais. Todavia, esta argumentação, para além de não constar da fundamentação da AT (nova ilegal fundamentação a posteriori), é já uma retórica da clausula geral antiabuso do art. 38.º, n.º 2 da LGT e não do abuso do art. 73.º, n.º 10, do CIRC – como aliás sustenta a recente jurisprudência, em casos com o mesmo contexto e racionalidade, sobre o conteúdo, compatibilização e limites da clausula específica e geral antiabuso (proc. 694/2024-T (Presidente Victor Calvete); 695/2024-T (Presidente Fernanda Maças) e 578/2024-T (Presidente José Poças Falcão)).
13. Quinto: a sentença erra ao procurar uma noção fiscal de permuta de partes sociais, também fora do direito fiscal. O caso é o oposto: a lei fiscal contém uma noção de permuta, para efeitos do regime especial de neutralidade (art. 73.º, n.º 5, do CIRC); e se a operação dos autos se subsume nessa definição – aumento de capital social da G..., em espécie, com entrada da participação de domínio que o requerente possui na C... – nada mais há a glosar ou conjecturar, sobre a subsunção no regime ou criação presuntiva acrescida de abuso.
14. Sexto: a sentença erra ao assumir que numa permuta como a dos autos, há, por regra, uma falta de interesse (de reestruturação e racionalização) para a sociedade operacional (C...), porque, no fundo, apenas se verifica a situação de troca de uma participação direta para indireta por parte do empreendedor. Como explicarei infra, este tipo de permuta cria de imediato um grupo de sociedades e previne (ou minimiza) de imediato tensões sucessórias – e isso são razões económicas válidas também para a sociedade operacional, de racionalização e reestruturação societária.

15. Sétimo: a sentença erra ao assumir que a permuta dos autos não envolve qualquer reestruturação empresarial, mas apenas as normais sinergias e poupança de estruturas. Aliás, na permuta dos autos ocorre, manifestamente, o oposto: com a criação de um novo patamar societário, não há sinergias operacionais deste tipo: há mais uma sociedade, mais conselhos de administração, mais registos e atas, mais entidades de fiscalização...
16. Oitavo: a sentença erra, em consequência do referido no ponto anterior, porque não analisa a permuta no seu concreto enquadramento factual, mas com o acervo acrítico de doutrina e jurisprudência sobre o tema, sem perceber que este regime especial se aplica a realidade muito diversas (fusões, cisões, entrada de ativos), em que não pode haver um transvase direto dos argumentos entre operações tão distintas.
17. Nono: a sentença erra em consequência do referido nos pontos anteriores, ao sobrevalorizar “o diferimento excessivo de tributação” – tipo balanceamento entre o imposto em causa (+1 milhão de euros) e as razões económicas para a neutralidade da permuta (para além da ilegal fundamentação a posteriori pelo poder judicial). Essa ideia foi introduzida, por assim dizer, no Acórdão FOGGIA do Tribunal de justiça da União Europeia, mas tem de ser analisada em concreto: esse caso referia-se a uma fusão (com aproveitamento de prejuízos fiscais) de sociedades do grupo (detidas a 100%) e sem atividades operacionais. Aí percebe-se o argumento, mas esse caso não é transponível para os autos, nem sequer parcialmente: operação de permuta, entre atividades operacionais e sem propósito de aproveitamento de quaisquer vantagens fiscais (prejuízos fiscais ou outras) – mas apenas de vetores de natureza do direito comercial (criação de um grupo de sociedade) e sucessório/comercial (evitar tensões em sociedade pela morte do empreendedor). Com a permuta em causa, em si mesma, não há qualquer vantagem fiscal decorrente: o empreendedor pagará todo o IRS mais tarde, se e quando vender a G... (trata-se de diferimento de tributação e não exclusão de imposto).
18. Aliás, muito provavelmente, o requerente não faria a operação, se suspeitasse que a permuta estaria afinal sujeita a imposto (IRS), superior a 1 milhão de euros. Não pagaria o IRS; mas – e é isto que importa – a sociedade operacional não estaria reestruturada para enfrentar melhor o futuro da sua atividade, na criação de valor (via grupo) e na prevenção de tensões sucessórias. Mas é isso o que o regime especial quer evitar (e o abuso também): que, por razões fiscais, os empresários não façam operações societárias (como a permuta) com todo um racional económico, que interfere assim nas decisões (não decisões) económicas, em violação da

neutralidade do imposto – e com tributação de situações em que o empresário mantém o mesmo empenho do negócio e em que não há a liquidez gerada para o pagamento do tributo.

19. Décimo: a putativa ilegalidade em sede do direito comercial (apesar de impedido, o requerente votou a operação de permuta na Assembleia Geral), não se transmuta, per se, em termos fiscais, numa permuta abusiva (nos termos do art. 73.º, n.º 10, do CIRC): a) a operação seria sempre aprovada com os demais votos; b) os regras fiscais aplicam-se a operações ilegais, como manifestação do realismo do direito fiscal, da igualdade tributária e capacidade contributiva (art. 10.º da LGT); e não há uma relação automática entre o abuso no direito fiscal (art. 73.º, n.º 10 do CIRC) e tal putativa ilegalidade no direito comercial.

(iii) temas materiais do processo

20. Por mim, a ação arbitral procederia, com base em síntese, no seguinte:

Os factos relevantes

21. Na década de 90 do século passado, o requerente constituiu a sociedade C... com outros sócios; entre 1996 e 2008, via aumentos de capital e aquisição de quotas a outros sócios – o requerente ficou com uma quota de 118 mil euros na C..., que correspondia a 59% do seu capital social. Ou seja: por essas aquisições ficou a deter o domínio da sociedade C... .
22. A C... é uma sociedade que presta serviços vários de engenharia, com relevância, que, ao longo dos anos foi ganhando e fidelizando clientes importantes e reputação no mercado (<https://www.C...>). Entre 2020 e 2024, a sua faturação anual rondou entre os 12 e 14 milhões de euros.
23. Em 2021, o requerente transferiu a sua participação na C..., para a sociedade G... (holding da sua família, acabada de constituir), através de uma operação de permuta de partes sociais, com neutralidade fiscal (sem qualquer mais valia tributada na sua esfera em sede de IRS): a G... fez um aumento de capital em espécie de +4.7M€ (avaliadas por ROC independente), subscrito pelo requerente com as participações que tinha na C.... Após a operação, A... passa a dominar a quase totalmente a G..., que por sua vez, detém 59% do capital social da C... .
24. A transmissão dos títulos da C... não gerou qualquer mais valia tributada em IRS na esfera do requerente, por causa da neutralidade fiscal da operação de permuta de partes sociais.

A fundamentação da AT

25. A AT sustenta a liquidação no carácter alegadamente abusivo desta operação de permuta de partes sociais, nos termos do art. 73.º, n.º 10 do CIRC e do art. 10.º, n.º 10 e 13 do CIRS, por inexistência de razões economicamente válidas para esta operação.
26. Advoga que a permuta de partes sociais é abusiva, pelos seguintes argumentos, em síntese:
- a) após a permuta, mantém-se a mesma estrutura societária e relação de controlo de A... – e os gerentes da G... são A... e mulher;
 - b) não há qualquer reestruturação empresarial e racionalização económica;
 - c) não há quaisquer investidores alheios à família;
 - d) a G... foi constituída em data próxima da permuta; só transitam 8 trabalhadores, dos quais 4 são da família; todos os réditos da G... são de serviços prestados à C...;
 - e) logo a G... seria uma mera sociedade veículo.
27. É este – e apenas este – o objeto da análise que se impunha ao tribunal, em termos factuais e jurídicos.

Decisão

28. Decidiria pela anulação das liquidações impugnadas, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:
29. Preenchem-se todas as condições e requisitos materiais da permuta fiscalmente neutra; e não há qualquer abuso, nos termos do art. 73.º, n.º 10 do CIRC, por existência de razões economicamente válidas para esta operação (o único segmento deste preceito em que assenta o ato impugnado).
30. O art. 73.º, n.º 10 do CIRC dispõe, no que tange à correção neste processo: não se aplica a neutralidade fiscal, se a permuta teve “como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal [...] quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam”.
31. Interpreto o art. 73.º, n.º 10, do CIRC em dois tópicos (se há ou não abuso no diferimento da tributação por efeito da operação de permuta, por [in]existência de razões económicas válidas), tendo por base os factos concretos dos autos (e em sede de abuso, cada caso é um caso – insuscetível de generalizações) e sua subsunção aos ditamos do preceito legal:
32. Primeiro: ocorrerem as normais consequências económicas da permuta: “*continuity of business purpose*”; “*continuity of shareholders interest*”; “*business purpose*”. A permuta dos autos (realizada através de um aumento de capital em espécie, com partes sociais da C...) não se parece como uma venda

- ou liquidação (ainda que parcial) de sociedade; após a permuta, o requerente mantém o mesmo empenho e interesse económico na C..., que mantém a sua atividade operacional.
33. Em termos jurídicos, passa-se de uma participação direta para indireta (via G...); em termos económicos, tudo se mantém igual: A... mantém empenho e compromisso na atividade da C..., que continua com os seus negócios e atividade operacional.
34. As sociedades holding (como a G... – que surge entre os sócios pessoas singulares e sociedade operacional, com fito de gestão indireta da C...) têm dois grandes propósitos: a) primordial: criação de estrutura jurídico-organizativa para regular a necessidade prática de expansão e reestruturação de um grupo de sociedades, tendo a incumbência legal de gestão estratégica das sociedades participadas; b) acessório: *“podem naturalmente servir outros tipos de finalidades secundárias ou complementares, tais como finalidades de natureza pessoal (vg. estabilidade da propriedade acionistas face a vicissitudes familiares e sucessórias) [...] financeiro (vg. reforço do poder de mercado e de negociação de crédito) [...]”* (p. 90) (José Engrácia Antunes, As Sociedades Gestoras de Participações Sociais, Direito das Sociedades em Revista, março de 2009, Ano 1, Vol. 1, p. 89 a 91).
35. No caso dos autos, verificam-se estes dois propósitos:
- a) Em 2021, a estrutura e dimensão da C... justifica, por si, a existência de uma holding (a G...); e passa-lhe a prestar serviços de gestão – como é normal nos negócios quando atingem determinada dimensão e escala (superior a 12 milhões de euros por ano);
- b) As razões sucessórias são óbvias (é normal que tal acontecesse em 2021, perante os factos dos autos): o requerente já pensava neste tema (a idade é o que é); tinha 59% do capital social da C... – entre 1996 e 2021, foi investindo e ficou com o domínio da C...; tinha três filhos maiores, com capacidade para entrarem paulatinamente no negócio.
36. Aliás, se falecesse nessa situação (sem a reestruturação), o mais provável é que a participação fosse partilhada pelos seus herdeiros (vários filhos) – que assim diluída, perdiam o controlo da C...; ao fazer a permuta, a G... manterá o domínio da C..., após a morte do requerente. Os herdeiros receberão ações da G... – que continua a dominar a C... . E impede-se (diminui-se risco) de sucessão penalizar o negócio operacional da C... .
37. Em suma: existem razões económicas válidas para a permuta com neutralidade (há razões económicas válidas para a permuta); a criação de um grupo de sociedades (a G... domina a C...) envolve uma reestruturação e racionalização das atividades das sociedades que nelas participam: para a G... isto é evidente; mas também o é para a C... – passa a ser gerida dentro de um grupo de sociedades (com todo o potencial jurídico e económico associado) e fica imune (mais imune)

à fragilização da sua atividade, por tensões entre sócios com a morte do empreendedor (como sucede amiúde nas empresas familiares, se não forem tomadas medidas, com tempo, entre as quais a permuta de partes sociais), evitando pulverização de participações e perdas de controlo (que asseguram a tranquilidade e paz nos momentos conturbados da passagem geracional).

38. A lei fala de “reestruturação” e “racionalização” das atividades das sociedades intervenientes (numa abrangência de operações neutras). A criação de um grupo de sociedades envolve uma reestruturação, também da C... e a permuta em causa envolve a racionalização sobretudo da atividade da entidade operacional, para a pacificação da passagem geracional de uma empresa familiar.
39. Segundo: não se pode aplicar o abuso da neutralidade da permuta de partes sociais com base em critérios gerais e abstratos, como por exemplo: a prévia existência da G... constituída pouco tempo antes, A... ser sócio dominador da G..., não haver alterações societárias no curto prazo; a G... ter apenas oito colaboradores, e quatro da família; e ter apenas um cliente, que é a própria C... .
40. O ponto é diverso: saber, simplesmente, se, em concreto, a G... tem uma estrutura adequada e proporcional ao propósito da atividade e função a que se destina. E a resposta é afirmativa: a G..., como holding mista, não é um mero veículo, pois tem funcionários suficientes para os serviços financeiros que presta. E é normal (imperativo) que os preste à dominada – a C... .

Ónus da Prova

41. Uma última palavra sobre o tema do ónus da prova – apesar da minha decisão não ter de entrar a fundo neste instituto, como indicado supra.
42. Mais do que glosar sobre as teorias doutrinárias sobre o tema, centrar-me-ia na interpretação do art. 73.º, n.º 10, do CIRC, na conjugação do seu elemento literal e teleológico.
43. Perante isso, o art. 73.º, 10, do CIRC implica que:
- a) a AT tenha de demonstrar e provar que a operação não tenha sido realizada por razões económicas válidas – que não se louva na reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades intervenientes;
 - b) e preenchendo isso, o ónus da prova passa a ser do contribuinte – que tem de provar que o diferimento do imposto não foi o principal motivo da permuta de partes sociais.
44. Para mim, no caso dos autos:
- a) está demonstrada a existência de razões económicas válidas para a permuta de partes sociais

b) para além de que o requerente também demonstrou que a permuta não foi realizada com propósito principal de evasão fiscal, mas por outros motivos empresariais (criação de um grupo de sociedades) e sucessórios.

Porto, 5 de janeiro de 2026

Tomás Cantista Tavares