

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO | FISCAL**Acórdão**

Processo	Data do documento	Relator
097/19.0BALSB	20 de outubro de 2021	Gustavo Lopes Courinha

DESCRITORES

Encargos financeiros > Sociedade gestora de participações
sociais > Isenção

SUMÁRIO

A revogação do regime previsto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro, não confere o direito à recuperação dos encargos financeiros não deduzidos, ao abrigo do segmento final do Ponto 6 da Circular n.º 7/2004 da DSIRC, de 30 de Março, apenas se podendo apurar tal direito aquando da ulterior efetivação das mais-valias (ou menos-valias) relativas às respectivas partes sociais e somente no eventual caso de não serem abrangidas pelas regras de isenção do artigo 51.º-C do Código do IRC.

TEXTO INTEGRAL

Acordam no Pleno da Secção do Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo

I - RELATÓRIO

I.1 Alegações

I. Z..... - SOCIEDADE GESTORA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS, S.A., com os demais sinais dos autos, inconformada com a decisão arbitral proferida no processo nº 496/2018-T de 27 de novembro de 2019 que julgou improcedente o pedido de pronúncia arbitral e manteve na ordem jurídica o ato de autoliquidação de IRC, relativo ao exercício de 2014, na parte em que foi desconsiderada a dedução de encargos financeiros no valor de € 1.928.563,63 euros, vem ao abrigo do disposto no artigo 152º do CPTA, por aplicação subsidiária, nos termos dos nº2 e 3 do artigo 25º do RJAT, na redação introduzida pela Lei nº 119/2019, de 18 de Setembro, interpor recurso para este Supremo Tribunal Administrativo.

A recorrente invoca que a referida decisão arbitral colide com a decisão do CAAD, datada de 10 de maio de 2018, proferido no âmbito do processo nº 0645/2017-T (acórdão fundamento).

II. Por despacho a fls. 213 do SITAF, o Ex.º Relator junto deste Supremo Tribunal veio admitir o recurso para o Pleno da Secção de Contencioso Tributário deste Supremo Tribunal.

III. A recorrente veio apresentar alegação de recurso a fls. 4 a 89 do SITAF, no sentido de demonstrar a alegada oposição de julgados, formulando as seguintes conclusões:

a) Da oposição no âmbito da mesma questão fundamental de direito entre a decisão arbitral recorrida e a decisão arbitral fundamento

A) Na decisão arbitral ora recorrida (processo n.º 496/2018-T) estava em causa saber se era legal a autoliquidação de IRC de 2014 da Z....., uma SGPS, na medida correspondente à não recuperação da dedução dos encargos financeiros suportados até 31.12.2013 com respeito à aquisição de partes de capital detidas ainda a essa data, recuperação de dedução esta reivindicada em

razão da revogação do regime especial das SGPS constante do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, com efeitos a 01.01.2014, e reivindicada também em razão da interpretação deste regime especial pelo parágrafo 6 da Circular da DSIRC n.º 7/2004, e sua vinculatividade para a AT ao abrigo do artigo 68.º-A, n.º 1, da LGT.

B) A decisão arbitral recorrida decidiu que não haveria base legal para a reposição em 2014 dessa dedução.

C) Na decisão arbitral fundamento (processo n.º 645/2017-T), transitada em julgado, estava em causa resolver esta mesma questão das SGPS, assente nas mesmas reivindicadas razões (revogação do regime especial das SGPS constante do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, interpretação deste regime especial pelo parágrafo 6 da Circular da DSIRC n.º 7/2004, e sua vinculatividade para a AT ao abrigo do artigo 68.º-A, n.º 1, da LGT), e foi decidido, contrariamente, haver base legal para a reposição em 2014 dessa dedução.

D) Inexiste alteração da regulamentação jurídica aplicável entre um caso e outro.

E) Deve, pois, ser admitido o presente recurso para uniformização de jurisprudência regulado no artigo 152.º do CPTA, por remissão do artigo 25.º, n.ºs 2 e 3, do RJAT, e fundado na oposição sobre a mesma questão fundamental de direito entre a decisão arbitral recorrida e a decisão arbitral fundamento de 10.05.2018, proferida no processo n.º 645/2017-T, por se verificarem os requisitos exigidos para o efeito.

b) A improcedência do argumentário específico da decisão arbitral recorrida e seu acórdão matriz, e seu contraste com o acórdão fundamento e outros acórdãos que adoptaram posição oposta

F) O regime especial previsto no artigo 32.º, n.º 2, do EBF sintetizava-se na prescrição de que a desconsideração para efeitos fiscais das mais-valias que viessem a ser apuradas com a transmissão de partes de capital detidas por SGPS tivesse como contrapartida a não dedutibilidade dos encargos financeiros

suportados com a aquisição daquelas partes de capital (e a desconsideração de eventuais menos-valias).

G) Esta interpretação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, é pacífica, e foi acolhida não só pela própria AT, mas também pelo Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 42/2014, proferido no processo n.º 564/12:

Uma “(...) dissociação temporal entre a não dedução (imediata) dos encargos financeiros e a isenção (futura) de tributação de mais-valias realizadas (...)” não viola o princípio da proporcionalidade porquanto “(...) a normação em apreço não exclui a eventualidade de correcção dos custos não deduzidos em períodos tributários anteriores, caso a alienação

de participação de capital não revista os requisitos para a aplicação do regime especial de isenção das mais-valias” (sublinhado e ênfase da recorrente).

H) A AT pensa o mesmo, e emitiu em 2004 a seguinte instrução genérica, através da Circular n.º 7/2004, de 30 de Março, da DSIRC, no seu ponto 6 (cfr. o Doc. n.º 7 anexo ao PPA; sublinhados nossos):

“6. Relativamente ao exercício em que deverão ser desconsiderados como custos, para efeitos fiscais, os encargos financeiros, dever-se-á proceder, no exercício a que os mesmos disserem respeito, à correcção fiscal [i.e., ao afastamento da sua dedução] dos que tiverem sido suportados com a aquisição de participações que sejam susceptíveis de virem a beneficiar do regime especial estabelecido no n.º 2 do art.º 31º do EBF, independentemente de se encontrarem já reunidas todas as condições para a aplicação do regime especial de tributação das mais-valias. Caso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime [estabelecido no n.º 2 do artigo 31.º do EBF, recorda-se, e não outro qualquer regime], proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores.”

I) Ou seja, a AT retira o corolário lógico da lei, da reposição da dedutibilidade

dos encargos financeiros associados à aquisição de partes de capital no caso de se verificar futuramente que a sua transmissão e correspondentes mais ou menos valias apuradas não é afinal regida pelo regime especial previsto no artigo 32.º do EBF (anteriormente numerado como artigo 31.º).

J) Corolário da lei que a AT volta a reiterar no Despacho de 24 de Fevereiro de 2011 do Director-Geral dos Impostos, exarado no Processo n.º 39/2011 e que originou a extracção e publicação de uma ficha doutrinária (Doc. n.º 21 do PPA), onde aplicou o entendimento de que passando as partes de capital de uma SGPS a ser valorizadas ao justo valor, deixa de lhes ser aplicável o regime previsto no artigo 32.º, n.º 2, do EBF, pelo que “os encargos financeiros que não foram aceites como gastos em períodos anteriores, passam a ser dedutíveis, nos termos gerais, para efeitos de determinação do lucro tributável” (ponto 14 do Doc. n.º 21 junto ao PPA; sublinhados nossos).

K) Isto é um exemplo concreto da aplicação do entendimento vertido no ponto 6. Da Circular n.º 7/2004, em que a AT, e bem, não se agarrou à frase “caso se conclua, no momento da alienação das participações.”.

L) Se a conclusão determinante para o que aqui está em causa (conclusão no sentido da inaplicabilidade do regime do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, a uma eventual alienação) ocorrer antes do momento da alienação, é nesse momento anterior (e não no momento da alienação), que se retirarão as devidas consequências ao nível da recuperabilidade da dedução dos encargos financeiros.

M) No mesmíssimo sentido destes entendimentos da AT, e por simples interpretação declarativa dos mesmos (como se expressa o acórdão que se segue), decidiu o acórdão arbitral proferido no processo n.º 754/2016-T (Cons. JORGE LOPES DE SOUSA, Dr. VASCO VALDEZ e Dr. RICARDO GOMES PEDRO), que abordou o caso de um contribuinte que perdeu o estatuto de SGPS.

N) Perante esta perda da natureza jurídica de SGPS, o acórdão arbitral em referência, em linha com os pronunciamentos anteriores da AT, reconheceu que

a partir do momento em que o contribuinte deixou de revestir natureza de SGPS (em 1 de Janeiro de 2013, nesse caso concreto), cessou a aplicação do regime previsto no artigo 32.º do EBF e, nessa medida, os pressupostos que conduziram à indedutibilidade dos encargos financeiros (seu acréscimo ao lucro tributável) tinham deixado de se verificar com respeito às partes de capital cuja titularidade ainda mantinha (estavam por alienar) em 1 de Janeiro de 2013.

O) Chega-se à hipótese idêntica (se diferente, só na medida em que mais radical e absoluta) de inaplicabilidade do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, por revogação do próprio artigo 32.º, n.º 2, do EBF (a situação em causa nestes autos), e a AT recusa aplicar aquele seu mesmo racional. No que é seguida pelo acórdão arbitral recorrido, e contrariada pelo acórdão arbitral fundamento.

P) Recusa de aplicação pela AT e acórdão recorrido do racional de que, cessando a aplicação do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, deve ser reposta a dedução dos encargos financeiros com a aquisição das partes de capital à data ainda mantidas, atingidas que foram pela cessação de aplicação do regime especial do citado artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

Q) Recusa esta da AT e do acórdão arbitral recorrido que não se entende.

R) Quanto ao acórdão arbitral recorrido (processo n.º 496/2018-T) e seu acórdão matriz (processo arbitral n.º 610/2017-T, Cons. FERNANDA MAÇÃS, Dra. CRISTINA COISINHA e Dra. VERA FIGUEIREDO) é de sublinhar a título preliminar que não obstante a sua concordância com

a recusa da AT, estas duas decisões reconhecem também, a par com a AT, com os Tribunais e com a doutrina, a existência de um nexu no regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, entre a indedutibilidade dos encargos financeiros, e o benefício aí previsto especialmente (só) para as SGPS.

S) Como conseguem o acórdão arbitral recorrido e sua matriz, sendo também esta a sua posição de partida (e nesta base de partida há unanimidade de entendimento entre jurisprudência, doutrina e AT), afastar depois os corolários naturais da mesma, validando o dar o dito pelo não dito por parte da AT nesta

matéria, é o que se verá melhor mais abaixo.

T) Mas adianta-se que, salvaguardado o devido respeito, conseguem-no entrando em contradição, e recorrendo, em especial no que respeita ao acórdão matriz, a um amalgamar, a um fundir, entre o regime especial das SGPS constante do artigo 32.º, n.º 2, do EBF (em vigor até 31.12.2013), e o regime geral de “participation exemption” entrado em vigor em 2014, metodológica e axiologicamente (designadamente em face do princípio da igualdade) inaceitável.

U) Amalgamar, fundir, destes dois regimes, que tem depois como um dos seus frutos declarados a absurda, salvo o devido respeito, declaração de que as SGPS afectadas poderão recuperar a dedução dos encargos financeiros (relativos às partes de capital mantidas à data da revogação do regime especial) caso futuramente não venham a beneficiar de isenção de mais valias ao abrigo do distinto regime geral de “participation exemption” entrado em vigor em 2014.

V) Entrando por caminhos de criação de novas leis, do mesmo passo que recusa o caminho de aplicar o que resulta simplesmente (e é exigido também pelo princípio da igualdade) da ratio legis do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, tal como entendido pela própria AT e por distinta jurisprudência.

W) A base legal para a recuperação da dedução dos encargos financeiros incorridos pelas SGPS até 31.12.2013, com respeito às partes de capital por si detidas transitadas para 2014, é o próprio regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, como resulta do que se descreveu supra.

X) Este efeito de recuperação da dedução não carece de nenhuma disposição transitória nem, em nada, do distinto regime geral de participation exemption entrado em vigor em 2014, ao contrário do que sustentam a AT, o acórdão recorrido e a sua matriz.

Y) É ainda o artigo 32.º, n.º 2, do EBF, e, aliás, também a Circular n.º 7/2004 (cuja visão da lei, e bem assim a visão da lei do Tribunal Constitucional, a AT

renega agora), quem ditam a necessidade de a indedutibilidade inicial dos encargos financeiros ser revertida, vindo agora ocupar o seu lugar a dedução, em consequência da ausência definitiva de verificação da condição (aplicabilidade do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, à transmissão) que autorizava o, inicial e cautelar, afastamento da dedução.

Z) Não há, pois, aqui, um problema de sucessão de leis no tempo. Do mesmo modo que nenhum problema de aplicação da lei no tempo existe quando um concreto benefício concedido por seis anos se continua a aplicar até ao fim, até à situação jurídica regulada por essa lei se esgotar, mesmo que no ano 3 seja revogada essa lei e, com isso, seja posto termo à constituição de novas situações jurídicas (concessão de novos benefícios) ao abrigo dessa lei.

AA) JOÃO BAPTISTA MACHADO, Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos de Leis), Almedina, Reimpressão, 1998, págs. 128 e 129, explica muito bem isto.

BB) O regime fiscal que venha a seguir à revogação do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, que até podia ser nenhum (e na qualidade de regime especial, ou de prescrições próprias em matéria de dedução de encargos financeiros, foi de facto nenhum), em nada interfere com a necessidade da correcção do ónus antecipada e preventivamente aplicado, imposta pela lógica normativa da própria norma especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

CC) Pelo que, fosse qual fosse o teor do novo regime (para mais geral, que não especial) entrado em vigor em 2014, sempre a interdependência entre ónus especial (inedutibilidade) e benefício especial (isenção) previstos no regime especial (só para as SGPS) em vigor até 2013, terá as consequências que supra se (e a jurisprudência) analisaram: a ratio legis do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, é de que um não se aplica sem o outro (e assim pensava também a AT), pelo que desaparecido o benefício especial, repõe-se a dedutibilidade do encargo financeiro.

DD) Saldadas as contas finais do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF,

via reposição da dedução dos encargos financeiros das SGPS incorridos até 31.12.2013 relativos às partes de capital então detidas transitadas para 01.01.2014, de 2014 em diante aplica-se então o regime geral entrado em vigor em 2014, em igualdade de circunstâncias com os outros contribuintes cujas partes de capital detidas a 01.01.2014 não sofreram qualquer ónus de indedutibilidade dos encargos financeiros associados.

EE) Em síntese, atento os elementos literal e teleológico do regime unitário previsto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, forçoso será concluir que não tendo as partes de capital sido transmitidas com aplicação do citado n.º 2 do artigo 32.º do EBF ao correspondente resultado fiscal (mais ou menos-valia), nem podendo já vir a sê-lo a partir de 2014 inclusive em razão da revogação desse regime especial, os encargos financeiros incorridos até 31.12.2013 com a aquisição daquelas participações sobreviventes a 31 de Dezembro de 2013 e por conseguinte transitadas para 2014, deverão concorrer em 2014 para efeitos do apuramento do lucro tributável das SGPS (e seus Grupos Fiscais, quando for esse o caso), revertendo-se a indedutibilidade inicial e cautelarmente aplicada aos mesmos.

FF) Do mesmo modo que hoje, ano N, a Empresa A reconhece um rédito associado à venda de mercadorias, no ano N+2, na medida em que não foi ainda liquidada a dívida de clientes gerada com aquela venda, a Empresa A reconhece nesse ano N+2 uma perda por imparidade associada àquela dívida, e se no ano N+3 a Empresa A consegue cobrar aquela dívida, reverterá então nesse ano N+3 a imparidade anterior.

Os, gastos e rendimentos associados a esta sucessão de eventos são fiscalmente relevantes no período em que ocorre cada facto relevante: a venda (N), o risco de não cobrança (N+2), e a efectiva cobrança (N+3), respectivamente.

Se há um facto superveniente (v.g., verificação a partir de 2014 de impossibilidade de aplicar regime especial do artigo 32.º do EBF), é por

referência ao exercício em que se dá esse facto superveniente (2014, no caso, ano em que produziu efeitos a cessação de aplicação, por revogação, deste regime) que se hão-de reconhecer os efeitos desencadeados pelo mesmo. Isto é que é respeitar as regras de aplicação da lei no tempo, ou âmbito de competência, e bem assim o princípio fiscal da especialização dos exercícios.

GG) Acresce que a AT está vinculada às suas orientações genéricas.

HH) Como bem concluiu, julga-se, o acórdão arbitral fundamento deste recurso, proferido no processo n.º 645/2017-T (Cons. JORGE LOPES DE SOUSA, Prof. Doutor FERNANDO BORGES DE ARAÚJO e Prof. Doutor PAULO JORGE NOGUEIRA DA COSTA)- E concluíram igualmente os acórdãos arbitrais proferidos nos processos n.º 285/2017-T (Cons. JOSÉ BAETA DE QUEIROZ, Prof. Doutor FERNANDO BORGES DE ARAÚJO e Prof. Doutor HENRIQUE FIÚZA, este último árbitro contra) - cfr. os artigos 51.º e segs. do PPA - e n.º 144/2019-T (Cons. JORGE LOPES DE SOUSA, Dr. JOSÉ RAMOS ALEXANDRE e Prof. Doutor MIGUEL PATRÍCIO) - a propósito da Orientação genérica da AT constante da Circular n.º 7/2004 (cfr. em especial as págs. 16 a 19 da versão PDF no site do CAAD):“(...) Esta interpretação, independentemente da sua correcção, vincula a Autoridade Tributária e Aduaneira pelo que está obrigada a adoptá-la [nos termos do artigo 68.º- A da LGT].

(...)

Utilizando a terminologia da referida Circular [n.º 7/2004, da DSIRC], poderá dizer-se que, tendo sido revogado o regime referido antes do «momento da alienação das participações», tem de se concluir, definitivamente, que o regime do artigo 32.º, n.º 2, não poderá ser aplicado.

E, adquirida num determinado exercício, por ter sido revogado o regime legal, a certeza de que não se verificarão «todos os requisitos para aplicação daquele regime», a Autoridade Tributária e Aduaneira está vinculada a aplicar a estatuição que anunciou na parte final daquele ponto 6: «proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não

foram considerados como custo em exercícios anteriores».”.

II) E independentemente desta vinculação às suas orientações genéricas, crê-se que a interpretação das mesmas é a correcta, é aquela que traduz a norma e sua finalidade constantes do n.º 2 do artigo 32.º do EBF, para além da questão, não despicienda, de que a interpretação contrária, a agora pretendida pela AT e sancionada pelo decisão arbitral recorrida, para além de ofender o princípio da justiça, a manter-se ofenderia também o princípio constitucional da proporcionalidade ou da justa medida, conforme chamado à atenção pelo Tribunal Constitucional no acórdão supra referenciado - Acórdão n.º 42/2014, proferido no processo n.º 564/12: Uma “(...) dissociação temporal entre a não dedução (imediate) dos encargos financeiros e a isenção (futura) de tributação de mais-valias realizadas (...)” não viola o princípio da proporcionalidade porquanto “(...) a norma em apreço não exclui a eventualidade de correcção dos custos não deduzidos em períodos tributários anteriores, caso a alienação de participação de capital não revista os requisitos para a aplicação do regime especial de isenção das mais-valias” (sublinhado e ênfase da recorrida).

JJ) Julga-se, com efeito, que a norma especial constante do n.º 2 do artigo 32.º do EBF na numeração vigente em 31.12.2013, na interpretação de que o afastamento aí previsto da dedução dos encargos financeiros suportados com a aquisição de partes de capital não tem de ser corrigido quando, em consequência da revogação deste normativo, a isenção especial de mais-valias aí igualmente prevista deixe de ser aplicável a futuras vendas das referidas partes de capital, é inconstitucional por violação do princípio da igualdade e da proibição de soluções arbitrárias, do princípio da proporcionalidade, do princípio da tributação fundamentalmente do rendimento real e do princípio da tutela da confiança (artigos 2.º - Estado de direito -, 13.º, 18.º, n.ºs 2 e 3, e 104.º, n.º 2, da Constituição; cfr. ainda os artigos 161.º e segs. do PPA).

KK) E crê-se igualmente que a norma constante do n.º 1 do artigo 68.º-A, n.º 1, da LGT, na interpretação de que tendo a AT fixado numa primeira orientação

genérica o entendimento de que a indedutibilidade fiscal dos encargos financeiros prevista no n.º 2 do artigo 32.º do EBF (na numeração vigente em 31.12.2013; anteriormente, artigo 31.º) deve ser corrigida “caso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime [de isenção de mais-valias, previsto no mesmo n.º 2]”, e mais tendo a AT prescrito em ficha doutrinária subsequente que é de aplicar esta solução em situação em que o citado n.º 2 do artigo 32.º do EBF cessou a sua aplicação com respeito a certas partes de capital, estaria ainda assim dispensada a aplicação destes entendimentos da AT em caso de cessação de aplicação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, é inconstitucional por violação do princípio da tutela da confiança que se retira do artigo 2.º da Constituição (princípio do Estado de direito) e do n.º 2 do artigo 268.º da Constituição (princípios da justiça e da boa-fé).

LL) O acórdão ora recorrido (e o seu acórdão matriz) rejeita a necessidade legal de impor que AT honre o que preceituou nas orientações genéricas contidas na Circular n.º 7/2004, designadamente no seu ponto 6, ou em qualquer outra orientação genérica da AT.

MM) O acórdão matriz (processo arbitral n.º 610/2017-T) do acórdão arbitral recorrido tenta para o efeito louvar-se em acórdão do STA de 21.06.2017, proferido no processo n.º 0364/2014, que por sua vez cita e transcreve o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 583/2009. Que (ambas) não dizem o que o acórdão matriz da decisão arbitral ora recorrida diz que dizem.

NN) Dizem-se no essencial duas coisas neste acórdão do STA (e no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 583/2009), que respeitam a planos distintos. E no acórdão arbitral matriz fundem-se, misturam-se os dois planos distintos, amalgamando-os, para recolher conclusões que pertencem a um, e aplicá-las ao outro - Este amalgamar e fundir de realidades distintas volta a ser feito pelo acórdão matriz da decisão arbitral recorrida mais adiante, então com respeito ao regime específico (especial) das SGPS por um lado, e o regime geral da

participation exemption por outro. De tal forma que fruto desse amalgamar e indistinção chega a criar norma de recuperação da dedução de encargos financeiros anteriores a 2014, à luz do que resultar da aplicação em concreto do regime da participation exemption entrado em vigor em 2014. Mas sobre esta segunda mistura de diferentes águas, fusão da qual resulta criação de normas jurídicas novas, se falará adiante.

OO) Com efeito, o acórdão do STA em referência reagiu à pretensão da AT de fazer valer o método formulaico, presuntivo, que recorre a proporções entre grandezas contabilísticas, para segregar os encargos financeiros a imputar à aquisição de partes de capital, e que a AT fez constar da Circular n.º 7/2004.

PP) E a isto respondeu o STA que a AT não se podia fazer valer da sua Circular para a sobrepor à lei. A sua Circular, ao contrário da lei, não tem eficácia externa, não obriga os tribunais a segui-la e por conseguinte a seguir o entendimento da lei que a AT aí verteu.

QQ) Mas depois, num distinto plano, e como obiter dictum, o STA disse, seguindo o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 583/2009, que se ao invés da AT, fosse o contribuinte a querer valer-se da Circular (na situação concreta não era essa a situação), então o caso mudaria de figura, sendo possível ao contribuinte invocar o seu conteúdo e “fazê-lo valer perante os tribunais, mesmo com sacrifício do princípio da legalidade”.

RR) O acórdão arbitral fundamento do recurso da AT mistura aqueles dois planos distintos, e vai buscar afirmações e considerações feitas pelo STA (e pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 583/2009) a propósito da pretensão da AT de se fazer valer das suas Circulares como se de lei se tratassem, e aplica-as à diferente situação de ser o contribuinte a querer valer-se dessas Circulares.

SS) E a decisão arbitral ora recorrida vai a estes finalmente da sua matriz, sem entrar sequer por tentativa de fundamentação de espécie alguma, e faz sumariamente a mesma aplicação.

TT) Como se houvesse esse misturar de planos no discurso decisório do STA ou

do Tribunal Constitucional, coisa que manifestamente estes não fizeram. Fizeram exactamente o oposto.

UU) E vai mais longe o acórdão matriz da decisão arbitral ora recorrida, imputando ao STA/ Tribunal Constitucional algo que estes também não escreveram: que seria necessário provar uma violação autónoma dos princípios jurídico-constitucionais da boa-fé, da tutela da confiança e da segurança jurídica, para que um contribuinte se pudesse valer do conteúdo de uma Circular.

Por oposição a bastar que o contribuinte invoque o artigo 68-A, n.º 1, da LGT.

VV) O acórdão do STA limita-se a explicar, transcrevendo para o efeito o acórdão do Tribunal Constitucional, que o artigo 68.º-A da LGT confere o direito que confere ao contribuinte (de se fazer valer perante os tribunais do conteúdo de uma Circular) como emanção do princípio da boa-fé e da segurança jurídica. Por oposição a emanção de um putativo valor normativo, que a Circular não tem.

WW) O acórdão do STA ou do Tribunal Constitucional em referência, e outros relacionados, nunca disseram que para aplicação do disposto no artigo 68.º-A da LGT, haveria adicionalmente que fazer uma avaliação casuística caso a caso, provar caso a caso uma violação autónoma dos princípios jurídico-constitucionais da boa-fé, da tutela da confiança e da segurança jurídica.

XX) Em sede de juros indemnizatórios (ou de juros civis e comerciais) não carece o contribuinte de fazer demonstração autónoma dos pressupostos da responsabilidade civil, designadamente de fazer prova do montante do dano e prova específica do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano. Havendo cobrança ilegal de imposto por erro dos serviços, por inconstitucionalidade da lei ou por violação do direito comunitário, o contribuinte tem automaticamente direito a juros.

YY) O mesmo se passa com o artigo 68.º-A, n.º 1, da LGT: perante o contribuinte, a AT fica vinculada pelo conteúdo das suas Circulares, podendo

aquele fazer-se valer deste independentemente da prova de que em concreto fez um investimento de confiança, etc., etc., etc.

ZZ) No voto de vencido que ALEXANDRA COELHO MARTINS deixou no acórdão arbitral ora recorrido (Doc. n.º 2, processo n.º 496/2018-T, Dra. ALEXANDRA COELHO MARTINS, Dr. HÉLDER FAUSTINO, e Prof. Doutor PEDRO SOARES MARTINEZ), explica-se, crê-se que bem, que a não ser assim haveria “esvaziamento de qualquer sentido útil do artigo 68.º-A, n.º 1 da LGT”.

AAA) O acórdão arbitral recorrido e o seu acórdão matriz defendem adicionalmente que a situação aqui em causa (verificação da inaplicabilidade do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, às partes de capital sobreviventes à data da sua revogação) não se subsume naquilo com que o parágrafo 6 da Circular n.º 7/2004 visa lidar.

BBB) Não se crê que tenham razão. Com efeito, tendo o regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF sido revogado antes do «momento da alienação das participações», tem de se concluir, definitivamente, que o regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF não poderá ser aplicado às mesmas (às participações sobreviventes à data), como se expressou o já citado acórdão arbitral precedente, o acórdão fundamento do presente recurso, proferido no processo n.º 645/2017-T.

CCC) É por maioria de razão em relação às situações de simples alienação, que o caso de revogação do próprio n.º 2 do artigo 32.º do EBF, se subsume no n.º 6 da Circular n.º 7/2004.

DDD) Revogado este, pode-se concluir com respeito às partes de capital mantidas à data da revogação, que está por definição afastada a aplicação à sua alienação desse revogado regime especial.

EEE) Acresce que a AT entende isso mesmo, como manifestou na Despacho de 24 de Fevereiro de 2011 do Director-Geral dos Impostos, exarado no Processo n.º 39/2011 e publicado como ficha doutrinária no Portal das Finanças (Doc. n.º 21 do PPA).

FFF) Aí se concluiu e estipulou, recorda-se, que passando as partes de capital de uma SGPS a ser valorizadas ao justo valor, deixa de lhes ser aplicável o regime previsto no artigo 32.º, n.º 2, do EBF, pelo que “os encargos financeiros que não foram aceites como gastos em períodos anteriores, passam a ser dedutíveis, nos termos gerais, para efeitos de determinação do lucro tributável” (ponto 14 do Doc. n.º 21 junto ao PPA; sublinhados nossos).

GGG) Isto é um exemplo concreto da aplicação do entendimento vertido no ponto 6. Da Circular n.º 7/2004, que confirma que também a AT o entende como aplicando-se independentemente de se estar ou não no momento da alienação das partes de capital.

HHH) O que é fundamental verificar-se é que o regime especial previsto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF não será passível de aplicação às partes de capital mantidas em dado momento, seja pela razão mais radical e absoluta de todas de que foi revogado nesse momento, seja porque, como no caso esclarecido pela AT nesse exacto sentido, as partes de capital em causa deixaram de ser regidas por outra razão – passagem a uma mensuração ao justo valor – pelo citado regime especial do n.º 2 do artigo 32.º do EBF.

III) Julga-se que é também incorrecta a defesa pelo acórdão matriz do ora recorrido de que a situação aqui em causa não é equiparável à tratada pelo acórdão arbitral n.º 754/2016-T, onde o que ocorre é também, tal como aqui, uma cessação de aplicação do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, nesse caso por perda do estatuto de SGPS por parte do contribuinte. Para os efeitos do que aqui há que ponderar (cessação de aplicação do regime especial às partes de capital sobreviventes à data, por alienar à data), não se vê diferença alguma.

JJJ) Considera ainda o acórdão ora recorrido, se bem se entende, e considera-o seguramente o seu acórdão matriz, que seria relevante para o caso o ter entrado em vigor, em 01.01.2014, o chamado regime (geral) de “participation exemption”. Já se abordou isto mais atrás, mas vão se dizer algumas palavras

mais sobre a improcedência deste entendimento.

KKK) O regime, geral, de participation exemption só se aplica daí em diante, não rege designadamente a questão da dedução ou não de encargos financeiros incorridos no passado e regidos pelo regime especial (então vigente) do artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

LLL) Limita-se a regular (é esse o seu âmbito temporal de aplicação e eficácia), na medida em que regule, a dedução dos encargos financeiros incorridos a partir de 01.01.2014. E só se pode dizer que regula na medida em que, em contraste com o regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, nada diz sobre a dedução dos encargos financeiros, e por conseguinte não a afasta nem deixa de afastar.

MMM) Um regime, especial, em vigor até 31.12.2013 (que rege os encargos financeiros incorridos até esta data), não conflitua nem interfere com o âmbito natural de competência e eficácia do outro, geral (e para mais sem qualquer referência à matéria dos encargos financeiros), entrado em vigor em 2014. Só disposições transitórias específicas, inexistentes no caso, poderiam mudar este estado de coisas.

NNN) Seria o exemplo de um preceito que rompesse com a lógica de aplicação (acolhida pela própria AT) do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, dispondo aquando da sua revogação com efeitos a 01.01.2014 que os encargos financeiros incorridos até 31.12.2013 (dentro, portanto, do âmbito natural de competência e eficácia do artigo 32.º, n.º 2, do EBF) seriam subtraídos à lógica de interdependência que animava esse artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

Dispondo que seriam subtraídos, por conseguinte, ao âmbito de competência e eficácia naturais do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, e sujeitos a uma diferente normatividade.

OOO) O acórdão matriz do ora recorrido (que dele vai buscar as conclusões) afirma na sua parte final (pág. 31 da versão PDF no site do CAAD), sem o demonstrar, que “[c]onforme referido acima, não tendo o legislador previsto

uma norma transitória que salvaguardasse os efeitos da revogação do artigo 32.º do EBF, no que concerne à dedução dos encargos financeiros anteriormente incorridos, não pode o mesmo pretender deduzir os referidos encargos financeiros na totalidade em 2014.”.

PPP) Salvaguardado o devido respeito, isto é exactamente o contrário do que (e subverte o que) resultada da articulação natural entre os âmbitos de competência e eficácia do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, e do regime de participation exemption.

QQQ) Disposição transitória teria que existir, sim, se se quisesse, rompendo com essa articulação natural, subtrair ao artigo 32.º, n.º 2, do EBF, o âmbito de competência e eficácia no que respeita ao regime fiscal dos encargos financeiros incorridos até 31.12.2013.

RRR) Eventuais (até poderia ser nenhum) regimes de isenção posteriores (e com os seus requisitos de isenção específicos), de que é exemplo o regime, geral, de participation exemption em vigor a partir de 01.01.2014, regem o que se passar daí para a frente, incluindo os encargos financeiros incorridos daí para a frente se nisso se quiserem meter. Não interferem, à falta de disposição de direito transitório que diga o contrário, com o regime especial dos encargos financeiros incorridos pelas SGPS até 31.12.2013.

SSS) Pretender o contrário é amalgamar, fundir, duas leis, dois regimes, com âmbitos de competência e eficácia distintos, que não se sobrepõem, que só artificialmente (por força de expressa disposição legal) poderiam ser chamados a interferir no âmbito de competência e eficácia uma da outra.

TTT) O regime, geral, de isenção posterior, a participation exemption, nada tem a dizer sobre a indedutibilidade passada de encargos financeiros passados regida por um regime passado (para mais, um regime passado distinto quer nos aspectos objectivos quer nos aspectos subjectivos).

UUU) E se por absurdo o regime geral de participation exemption tivesse alguma coisa a dizer, por o âmbito de competência e eficácia das leis e

respectivos regimes se poderem amalgamar ou fundir à la carte, com sobreposição dos respectivos territórios materiais e temporais de aplicação, como pretendido pelo acórdão arbitral matriz do recorrido, e julga-se que por este último também, o que teria a dizer seria o contrário da manutenção da indedutibilidade dos encargos financeiros (que nenhuma indedutibilidade prevê).

VVV) O erro de raciocínio e metodológico de amalgamar os dois regimes, chamando o regime geral de isenção da participation exemption a ter um papel no território de aplicação do regime especial de isenção e indedutibilidade do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, exhibe toda a sua inadequação e impropriedade quando no acórdão arbitral matriz do ora recorrido se sustenta que se no futuro (anos de 2014 e seguintes) as partes de capital das SGPS transitadas de 2013 vierem a não beneficiar da isenção do regime de participation exemption, então sim poderá reivindicar-se a recuperação da dedução desses encargos financeiros incorridos até 2013 (págs. 27, 28 e 30, na versão PDF do site do CAAD, acima transcritas nas partes relevantes).

WWW) Isto é, salvaguardado o devido respeito, indefensável, e mais não representa que um acto de criação de lei, de criação de disposição de direito transitório (inexistente a este respeito na Lei n.º 2/2014), que chamaria o regime de participation exemption a ter uma palavra a dizer na regulação dos encargos financeiros anteriores a si, incorridos até 31.12.2013.

XXX) Isto não tem base legal alguma.

YYY) Acresce que o concreto regime geral fiscal entrado em vigor em 2014, o da chamada participation exemption (artigo 51.º-C do CIRC), nenhum ónus de indedutibilidade instituiu, donde a conclusão de que não é uma continuação sequer em termos do seu conteúdo, do regime fiscal especial anteriormente previsto exclusivamente para as SGPS no artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

ZZZ) Estamos perante diferentes normas e regimes, substantivamente falando: a do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, que impõe (às SGPS) indedutibilidade de

encargos financeiros com partes de capital e em contrapartida dá (às SGPS) isenção de mais-valias nas partes de capital; e a do artigo 51.º-C do CIRC que nenhum ónus de indedutibilidade de encargos financeiros com partes de capital impõe, e simplesmente exclui (para todos os sujeitos passivos de IRC) de tributação as mais-valias, verificadas certas condições. Isto para falar da diferença maior, mas há outras como as relativas aos requisitos de participação exigidos (o acórdão arbitral proferido no processo n.º 342/2018-T mostra bem que se está perante regimes autónomos – cfr. págs. 26 e segs. e 46, da versão PDF no site do CAAD).

AAAA) Não têm também razão a AT e o acórdão matriz do ora recorrido quando acusam a tese oposta de criar desigualdades. É justamente o contrário, evita que se crie uma desigualdade em detrimento das SGPS, desigualdade essa que será inevitável com a posição da AT, do acórdão arbitral recorrido, e do seu acórdão matriz. Como se passa a demonstrar esquematicamente:

i) o novo regime de participation exemption aplica-se a todos por igual a partir de 01.01.2014, e com ele aplica-se a eliminação a partir de 01.01.2014 do afastamento da dedução dos encargos financeiros. Fim de conversa, tudo está tratado por igual.

ii) o regime especial (se era vantajoso ou não, é de resposta mais difícil) aplicável às SGPS foi revogado, e tinha duas componentes patrimonialmente antagónicas mas interdependentes entre si: por um lado indedutibilidade fiscal dos encargos financeiros relativos à aquisição de partes de capital, por outro lado isenção de mais-valias na venda.

Desaparecida a especialidade (por revogação) com respeito à isenção de mais-valias (a mais-valia da participation exemption não é uma especialidade das SGPS), é de eliminar a especialidade associada da indedutibilidade de encargos financeiros. De outro modo cria-se uma situação de desvantagem das SGPS relativamente aos outros contribuintes de IRC que detenham também partes de capital a 31.12.2013 e encargos financeiros associados.

Que tal como as SGPS passarão a poder beneficiar a partir de 01.01.2014 de isenção de mais-valias com respeito às partes de capital que transitem de 31.12.2013 (caso em futura alienação se preencham os requisitos próprios previstos no regime geral de participation exemption), mas que contrariamente às SGPS não sofreram o ónus de indedutibilidades dos encargos financeiros associados às respectivas partes de capital transitadas de 31.12.2013.

BBBB) Acresce que a tese interpretativa da AT, do acórdão recorrido e do seu acórdão matriz, origina uma inversão valorativa que em lado nenhum se descortina ter sido intenção do legislador acolher:

i) até 31.12.2013 havia isenção de mais-valias com partes de capital apenas para as SGPS (e SCR), com exclusão da generalidade dos contribuintes em sede de IRC (regime de excepção, especial, supostamente de benefício fiscal em favor das SGPS);

ii) a partir de 01.01.2014 estabelece-se isenção de mais-valias em partes de capital para a generalidade dos contribuintes em sede de IRC, mas nesta tese da AT, do acórdão recorrido e da sua matriz as SGPS passam na transição de 2013 para 2014 da situação de destinatárias de um benefício fiscal, para destinatárias de uma penalização fiscal: ao contrário dos outros contribuintes (a quem não se aplicou a indedutibilidade prevista no n.º 2 do artigo 32.º do EBF), fica-lhes afastada a dedução dos encargos financeiros suportados até 31.12.2013 relativos às partes de capital transitadas para 01.01.2014, num contexto em que a ambos (SGPS e restantes contribuintes em IRC) passa a ser aplicada a mesma isenção fiscal em sede de mais-valias com estas partes de capital transitadas para 01.01.2014 – Como explica, correctamente, o já citado acórdão arbitral proferido no processo n.º 285/2017-T (págs. 84 e segs.):

“[é] uma discriminação que choca sobretudo se tivermos em conta o comportamento do Legislador e da Administração Tributária, nesta sede”;

“A falta dessa solução justa não é de modo algum compensada ou remediada pela circunstância de se ter introduzido, com a Reforma do IRC que começou a

vigorar em 1 de Janeiro de 2014, o regime de “participation exemption””;
“é que o novo regime não resolve a discriminação negativa das SGPS, que perdurará enquanto não for resolvido, quanto a elas, o problema de terem, em cumprimento de obrigações legalmente determinadas, acrescido, até 31 de Dezembro de 2013, os encargos financeiros com a aquisição das referidas participações sociais, e terem sido tributadas em função desse acréscimo.”

CCCC) Em síntese, impõe-se fecharem-se as contas com respeito ao regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, e respectiva ratio legis. E estas contas fecham-se olhando ao artigo 32.º, n.º, 2 do EBF, e a nenhum outro normativo.

DDDD) Fechadas estas contas, a aplicação a partir de 2014 de um diferente regime específico, ou de regime específico nenhum (apenas regime geral), é uma outra realidade que opera com independência em relação ao fecho de contas do artigo 32.º, n.º 2, do EBF.

EEEE) Para não ser assim, teria de ter havido disposição transitória com o intuito de aplicar castigo fiscal, vá-se lá saber porquê, às SGPS.

FFFF) Para não ser assim tem de se estar disposto a tratar as SGPS no que respeita às partes de capital transitadas de 2013 para 2014, mais desfavoravelmente que os restantes contribuintes, com a agravante de isso significar inversão de papéis, que nada nas leis autoriza a concluir ter sido querido pelo legislador: de destinatárias até 2013 de um benefício fiscal especial, as SGPS passam na transição para 2014 a vítimas de um malefício fiscal no que respeita às partes de capital transitadas, comparativamente com os restantes contribuintes.

1.2 - Contra-alegações

Foram produzidas contra-alegações no âmbito da instância com o seguinte quadro conclusivo, a fls. 219 a 279 do SITAF:

A. A Recorrente, inconformada com a decisão de improcedência do pedido de pronúncia arbitral proferida no processo n.º 496/2018-T CAAD, interpôs o

presente recurso para uniformização de jurisprudência invocando, em síntese, que «a decisão recorrida está em oposição com o decidido em várias outras decisões arbitrais (entre as quais a decisão arbitral fundamento proferida no processo n.º 645/2017-T (...) a propósito deste tema da reposição da dedução dos encargos financeiros (suportados com a aquisição pelas SGPS de partes de capital, sobreviventes à data) em consequência da verificação da inaplicabilidade à transmissão das partes de capital sobreviventes do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, por revogação do mesmo com efeitos a 01.01.2014».

B. A Recorrente pretendia, na ação arbitral n.º 496/2018-T, que a autoliquidação de IRC do grupo fiscal Z.....relativa ao exercício de 2014 passasse a refletir uma dedução ao resultado fiscal no montante de € 1.928.563,63, correspondente aos encargos financeiros não dedutíveis nos períodos compreendidos entre 2009 a 2013, alicerçando a sua pretensão na revogação do artigo 32.º do EBF.

C. Para tanto, a Recorrente sustentava que a revogação fiscal do regime previsto no artigo 32.º do EBF a impossibilitou de beneficiar da exclusão de tributação das mais-valias prevista naquele regime, concluindo, por fim, que esta alteração legislativa e a impossibilidade de dedução de tais encargos no ano de 2014 não se coaduna com o princípio constitucional da igualdade, da capacidade contributiva, proteção da confiança, tributação do rendimento real e da proporcionalidade.

D. Invocando, em abono da sua pretensão, o ponto 6 da Circular n.º 7/2004, o qual determinava a reversão dos acréscimos efetuados em exercícios anteriores quando se concluísse, no momento da alienação das participações, que não se verificaram todos os requisitos para aplicação daquele regime, procedendo-se, nesse exercício, à sua reversão.

E. O Tribunal arbitral rejeitou, e bem, o entendimento da Requerente e julgou o pedido arbitral totalmente improcedente, aduzindo uma fundamentação que

não merece o mínimo reparo e à qual a AT adere na íntegra.

F. A acórdão arbitral recorrido começa por referir:

«37. Antes de mais, interessa assinalar que a questão em apreço não tem sido objeto de entendimento uniforme na jurisprudência arbitral.

38. No acórdão arbitral proferido no processo n.º 285/2017-T, partindo do princípio que o regime do artigo 32.º, n.º 2 do EBF constitui um benefício fiscal condicionado, que tinha como contrapartida a regra da não dedutibilidade dos encargos financeiros, considerou-se que a revogação da disposição desacompanhada de qualquer regra de direito transitório, implicando a manutenção do regime especial de não dedutibilidade dos encargos financeiros e a concomitante perda do benefício fiscal, deixa as sociedades gestoras de participações sociais em posição de injustificado desfavorecimento face à generalidade das sociedades, violando o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva.

39. No acórdão arbitral proferido no processo n.º 645/2017-T, em situação similar, julgou-se procedente o pedido arbitral com base na inobservância pela AT do estabelecido no ponto 6 da Circular n.º 7/2004. Refere-se a esse propósito o seguinte:

“(…) À face deste entendimento publicitado no ponto 6 da referida Circular, vinculativo para a Autoridade Tributária e Aduaneira, a desconsideração dos encargos financeiros suportados pela Requerente com a aquisição de partes de capital estava condicionada à verificação dos requisitos para aplicação deste regime de não concurso das mais-valias realizadas para formação do lucro tributável: se se visse a constatar, «no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime, proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores».

No pressuposto, adotado na referida Circular, a desvantagem fiscal que

constitui a desconsideração dos encargos financeiros está condicionada à obtenção do ulterior benefício fiscal que constitui a não tributação de mais-valias. Esta vantagem fiscal será uma contrapartida da desvantagem que constitui a não consideração dos encargos financeiros, pelo que tem de se concluir que, na perspetiva da referida Circular, a impossibilidade de vir a ser aplicado um regime privilegiado a nível da alienação será justificação para que seja eliminada a desvantagem referida.

Utilizando a terminologia da referida Circular, poderá dizer-se que, tendo sido revogado o regime referido antes do «momento da alienação das participações», tem de se concluir, definitivamente, que o regime do artigo 32.º, n.º 2, não poderá ser aplicado.

E, adquirida num determinado exercício, por ter sido revogado o regime legal, a certeza de que não se verificarão «todos os requisitos para aplicação daquele regime», a Autoridade Tributária e Aduaneira está vinculada a aplicar a estatuição que anunciou na parte final daquele ponto 6: «proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores».”.

40. Esse mesmo princípio foi adotado no acórdão arbitral proferido no Processo n.º 754/2016-T, ainda que, neste caso, com fundamento no facto de o sujeito passivo ter deixado de constituir uma sociedade gestora de participações sociais em 2013 e não ter podido beneficiar, por essa razão, do regime do artigo 32.º, n.º 2 do EBF, circunstância que seria o motivo determinante, à luz do ponto 6 da Circular n.º 7/2004, para considerar como gastos do exercício os encargos financeiros suportados com a aquisição de participações sociais nos períodos de tributação anteriores.».

G. Prossegue referindo:

«41. Já em sentido oposto, o acórdão arbitral proferido no Processo n.º 610-2017-T, seguido pelo acórdão arbitral tirado no Processo n.º 377/2018-T, considera que a situação do caso não se enquadra na previsão do n.º 6 da

Circular n.º 7/2004, porquanto a revogação do artigo 32.º, n.º 2 do EBF não pode entender-se como equiparável à falta de preenchimento dos requisitos para a aplicação do regime definido nesse normativo, quando este estava ainda em vigor. Além de que a Circular n.º 7/2004, ainda que possua eficácia vinculativa para a AT, pelo seu carácter de ato regulamentar interno, não vincula os tribunais, que terão de aferir da legalidade da atuação administrativa em função das normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto. Acresce que a revogação do disposto no artigo 32.º do EBF teve como contrapartida a introdução do regime de participation exemption previsto no novo artigo 51.º-C do Código do IRC, aditado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, de onde resulta que as SGPS passam a beneficiar da não sujeição a tributação de mais e menos-valias de participações sociais e a deduzir os encargos financeiros nos termos gerais dos artigos 23.º e 67.º do Código do IRC. E, nesse sentido, a sucessão dos regimes legais não afronta o princípio da igualdade ou da proteção da confiança.

42. Com efeito, entende este Tribunal Arbitral que não pode deixar de conceder-se prevalência ao entendimento preconizado nestes últimos acórdãos arbitrais.».

H. E entendeu muito bem o Tribunal a quo, porquanto esta corrente jurisprudencial, à qual se juntam os Acórdãos proferidos nos processos n.ºs 580/2018-T e 429/2020-T, é a única que interpreta e cumpre os normativos legais aplicáveis à resolução da questão de saber se é admissível a dedução de uma só vez, no exercício de 2014, da totalidade dos encargos financeiros não deduzidos em exercícios anteriores ao abrigo do artigo 32.º, n.º 2, do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) e da aplicação da Circular n.º 7/2004;

I. No que respeita à decisão arbitral fundamentada proferida no processo n.º 645/2017-T, entende-se, com o devido respeito, que a mesma assenta numa interpretação errónea do ponto 6 da Circular ao assimilar a revogação do regime do art.º 32.º do EBF ao «momento da alienação das participações», e ao

mesmo tempo fazer tábua rasa da substituição daquele regime pelo regime denominado «participation exemption» aplicável às mais-valias e menos-valias de partes sociais realizadas pelas SGPS e demais sociedades, com a vantagem acrescida de a dedução dos encargos financeiros ficar sujeita às regras gerais definidas, nomeadamente, nos artigos 23.º e 67.º do Código do IRC;

J. Por conseguinte, é incorreto afirmar que da revogação do art.º 32.º do EBF resultou a impossibilidade de aplicação do regime de isenção das mais-valias futuras, pois, tal equivale a excluir as SGPS do regime do art.º 51.º-C do Código do IRC.

K. Aliás, cumpre referir que o Tribunal Constitucional se pronunciou no recente acórdão n.º 638/2020, de 16 de novembro de 2020, (proc. n.º 676/2018) sobre a decisão arbitral proferida no processo n.º 285/2017-T, tendo decidido: «Não julgar inconstitucional o artigo 210.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, quando interpretado no sentido de não admitir, em consequência da revogação do artigo 32.º, n.º 2, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, a dedução dos encargos financeiros suportados pelas SGPS com a aquisição de partes de capital ao abrigo desse regime, de que ainda fossem titulares em 31 de dezembro de 2013», determinando a reforma da decisão arbitral em conformidade com o juízo de não inconstitucionalidade.

L. A Recorrente pretendeu demonstrar que «o acórdão recorrido viola o artigo 68.º-A, n.º 1, da LGT, e o artigo 32.º, n.º 2, do EBF, objecto de interpretação pelo parágrafo 6. da Circular (orientação genérica) da DSIRC n.º 7/2004», mas não logrou tal fim.

M. Conforme já se disse na Resposta ao pedido de pronúncia arbitral (ppa), que se dá por integralmente reproduzida, do teor da Circular não resulta, desde logo, a pretendida reversão dos acréscimos efetuados em exercícios anteriores, pois a Circular reconduz essa possibilidade ao momento à alienação das participações, o que não é de todo o que está em causa (nem tão pouco uma impossibilidade de venda futura pela ora Recorrente).

N. Em termos sintéticos, o regime do artigo 32.º do EBF, instituído pela Lei do Orçamento de Estado para 2003, era um misto de [não] tributação de mais-valias ou menos-valias geradas pelas SGPS com a alienação de partes de capital e ao mesmo tempo de captação de imposto ao impedir a dedução dos encargos financeiros suportados para a sua aquisição, como de forma evidente resulta do próprio Relatório do OE 2003.

O. Como referência a este regime, como recorda a ora Recorrente no ppa, a AT divulgou através da Circular n.º 7/2004, de 30-03-2004, o modus operandi daquele normativo, no atinente aos encargos financeiros suportados com o financiamento obtido para a aquisição das partes de capital.

P. Para o que ora importa, no respetivo ponto 6 desta Circular, esclarecia-se que o acréscimo dos encargos financeiros deveria ocorrer no exercício a que os encargos dissessem respeito, independentemente de se encontrarem, ou não, reunidas todas as condições para a aplicação do regime especial de tributação das mais-valias e que «Caso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime, proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores.» (destaque nosso)

Q. A Circular n.º 7/2004 foi firmada no contexto e para efeitos da aplicação do regime especial das SGPS, tal como definido no artigo 32.º do EBF, logo esgotou-se com a revogação do mesmo regime.

R. Ou seja, os requisitos a que aludia a Circular, cuja não verificação no momento da alienação, poderia reverter a não dedutibilidade dos encargos financeiros e a tributação (total ou parcial) das mais-valias, reconduziam-se, única e exclusivamente, aos previstos no próprio regime.

S. Com a revogação do regime especial das SGPS pela Lei n.º 83-C/2013, com efeitos a partir de 01.01.2014, não se pode pretender que a Circular n.º 7/2014, que sobre este dispunha, se mantenha em vigor.

T. Pelo que, é concluir que não pode deduzir-se que a consequência automática da revogação do artigo 32.º do EBF seja a recaptura dos encargos financeiros não deduzidos e a respetiva dedução ao lucro tributável do exercício de 2014.

U. Assim, não dispõe de qualquer apoio legal o cenário sugerido pela Requerente quanto ao vertido na última parte do ponto 6 da Circular, respeitante à reversão dos acréscimos efetuados em exercícios anteriores quando se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificaram todos os requisitos para aplicação daquele regime, proceder-se-á, nesse exercício, à sua reversão, pois, tal consequência decorria do próprio artigo 32.º do EBF, ou melhor, da inexistência da realidade tributária disciplinada pela norma.

V. Tal era possível apenas e só porque aquele regime (artigo 32.º do EBF) vigorava no ordenamento jurídico, visando a instrução administrativa apenas disciplinar a sua aplicação.

W. E, por fim, mesmo que assim não fosse, face à lei, os procedimentos definidos pela AT (nomeadamente através de Circulares) não podem derogar o princípio da legalidade tributária, estando os tribunais apenas sujeitos à lei, pelo que não os vincula qualquer orientação administrativa de que decorra uma certa interpretação da mesma, como erroneamente entendeu o acórdão fundamento.

X. Por seu turno, o acórdão recorrido perfilha um entendimento perfeitamente legal sobre a interpretação do direito circulatório:

«54. Por outro lado, a eventual inobservância da orientação genérica contante da Circular nunca poderia determinar, de per si, a ilegalidade do ato tributário.

55. As Circulares, tendo em vista ditar regras de procedimento ou uniformizar a interpretação das normas legais ou regulamentares, caracterizam-se como regulamentos internos, emitidos no exercício de um poder de direção hierárquica, que se dirigem para o interior da própria organização administrativa, sem repercussão direta nas relações entre esta e os

particulares. Só nos casos em que os regulamentos extravasem o seu caráter funcional e prescrevam disposições suscetíveis de interferir na relação de serviço existente entre a Administração e os funcionários ou de afetar os interesses de terceiros, é que adquirem eficácia externa e poderão ser objeto de impugnação contenciosa.

56. É, ainda, irrelevante que a AT se encontre vinculada às orientações genéricas constantes das Circulares (cfr. artigo 68.º-A, n.º 1, da LGT). Essa vinculação constitui a necessária decorrência de se tratar de regulamentos que se destinam a uniformizar o entendimento dos serviços. Tratando-se de normas sem eficácia externa a sua inobservância pelos serviços apenas poderá produzir efeitos disciplinares e não tem qualquer consequência no plano da definição do direito.

57. É ao Tribunal que cabe dizer o direito à luz das normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, pelo que a ilegalidade do ato impugnado não pode resultar do incumprimento de uma orientação genérica, mas unicamente da violação da lei. Assim se compreendendo, de resto, que o próprio artigo 68.º-A da LGT, que confere vinculatividade às orientações genéricas, acabe por impor à AT o dever de rever essas orientações atendendo, nomeadamente, à jurisprudência dos tribunais superiores (cfr. artigo 68.º-A, n.º 4, da LGT).

Y. Em 2014, a Lei n.º 2/2014, de 16.01, que procedeu à reforma da tributação das sociedades (comumente designada "reforma do IRC"), introduziu no nosso ordenamento jurídico o denominado regime de participation exemption, o qual no tocante às mais-valias e menos-valias realizadas com a transmissão onerosa, expandiu o "método da isenção" anteriormente aplicável às SGPS e previsto no artigo 32.º do EBF a todos os sujeitos passivos de IRC que exerçam a título principal uma atividade comercial industrial ou agrícola, desde que cumpridos todos os pressupostos de aplicação estabelecidos no artigo 51.º-C do Código do IRC.

Z. O início do regime de participation exemption determinou assim a revogação

do regime fiscal das SGPS (cf. artigo 210.º da Lei n.º 83-C), em virtude de o mesmo ter passado a abranger todas as sociedades independentemente da natureza jurídica que apresentem.

AA. No tocante aos encargos financeiros que se encontravam limitados quanto à sua dedutibilidade na previsão legal do artigo 32.º do EBF, na reforma do IRC, por uma questão de simplicidade o legislador optou por reforçar a restrição à dedutibilidade de gastos de financiamento prevista no artigo 67.º do Código do IRC, evitando, assim, a criação de mais regras especiais limitativas da respetiva dedutibilidade.

BB. Portanto, para a globalidade dos sujeitos passivos de IRC, a partir de 2014-01-01, os encargos financeiros podem ser gastos desde que cumpridos os requisitos exigidos nos artigos 23.º e 67.º do Código do IRC.

CC. Por outro lado, com a revogação do artigo 32.º do EBF, não foi introduzida qualquer norma transitória que previsse a possibilidade de dedução dos encargos financeiros anteriormente acrescentados pelas SGPS.

DD. Contudo, contrariamente ao pugnado pela Recorrente, não é impossível desde 2014 que com a alienação das participações detidas pelas SGPS as respetivas mais-valias beneficiem da exclusão de tributação.

EE. Com efeito, o novo regime de participation exemption continua a preservar a possibilidade da efetiva e futura realização de mais-valias, em moldes idênticos, aos antes previstos para as SGPS no artigo 32.º do EBF.

FF. Efetivamente, para as SGPS o artigo 51.º-C do Código do IRC apresenta-se como uma modificação legislativa num contexto normativo mais amplo, revelando-se, para estas sociedades, um processo evolutivo contínuo relativamente ao que antes se processava, quer ao nível da transmissão de partes sociais, quer ao nível do tratamento dos encargos financeiros suportados com as referidas partes sociais.

GG. Ou seja, não é verdade que tenham cessado de forma permanente a possibilidade de usufruir a exclusão de tributação dos resultados apurados por

estas sociedades com a alienação de partes de capital.

HH. Isto porque, em substância, para as SGPS, no período de tributação de 2014 e seguintes, mantêm-se os princípios e os fundamentos do então artigo 32.º do EBF, mas agora noutra normativa legal, o artigo 51.º-C do Código do IRC, o qual se apresenta como uma Lei Nova para os outros sujeitos passivos de IRC, mas não propriamente para as SGPS que já usufruíam das vantagens fiscais agora definidas no artigo 51.º-C.

II. Deste modo, pode afirmar-se sem qualquer margem de dúvida que o denominado regime de participation exemption sucedeu, porque o substituiu, o regime especial das SGPS.

JJ. Opção legislativa que se encontra inserida numa abrangente reforma geral do Imposto sobre as Pessoas Coletivas, de dimensão nacional, captando a atenção pública geral e exigindo um trabalho (público) extenso de motivação e justificação das escolhas tomadas, vertido no Relatório da Comissão para a Reforma do IRC, que entendeu que a manutenção daquele regime, a par do artigo 51.º-C do Código do IRC, constituiria uma redundância.

KK. Logo, não só a revogação do artigo 32.º do EBF não tem as consequências nefastas invocadas pela Recorrente, como a falta de previsão legal de um regime transitório foi também intencional, visando a inserção das SGPS no regime designado de participation exemption (de carácter universal e horizontal, com a amplitude dada pela Lei n.º 2/2014), contribuindo “significativamente para o incremento da competitividade do nosso país” (cf., Relatório do Anteprojecto da Reforma, já citado, pág. 122).

LL. Representou a transição para um regime mais favorável do que o regime plasmado no artigo 32.º do EBF, desde logo, porque, entre outras soluções, o legislador “quanto aos encargos financeiros, numa lógica de simplicidade, optou por não criar regras especiais limitativas da respectiva dedutibilidade ou recaptura, reforçando o disposto no artigo 67.º do Código do IRC (...)” (Relatório do Anteprojecto da Reforma, já citado, pág. 127).

MM. Acresce que, por força da natureza do regime especial de tributação das SGPS qualificado como benefício fiscal estrutural, i.e., não abrangido pela regra de caducidade quinquenal (cf. n.º 3 do artigo 3.º do EBF), entendeu o legislador que, à luz do disposto no artigo 11.º do EBF, não subsistiam direitos adquiridos a salvaguardar.

NN. Nem sequer o respeito do princípio da tutela da confiança impunha a atribuição de carácter retroativo à dedução dos encargos financeiros suportados com a aquisição das participações sociais detidas em 01-01-2014, na medida em que o regime designado por participation exemption não se revela penalizador – ao contrário – às SGPS que beneficiaram do artigo 32.º do EBF.

OO. E, não venha sequer dizer-se que em face da revogação do regime de tributação das SGPS, apenas a dedução da totalidade dos encargos financeiros no período de 2014 garante a igualdade tributária e a tributação destas sociedades de acordo com o seu rendimento real, pois o tratamento diferenciado a que se encontravam sujeitas as SGPS relativamente a outras sociedades detentoras de participações sociais não permite considerar que se encontrassem, em 01-01-2014, em posição de partida equivalente, na medida em que as SGPS sempre beneficiaram de um tratamento mais vantajoso em matéria de dividendos (até à alteração introduzida pela Lei n.º 55-A/2010, de 31/12) e de mais-valias.

PP. Por conseguinte, não tendo existido identidade de condições até 31-12-2013, não pode fundadamente considerar-se que a revogação do artigo 32.º do EBF colocou, em 01-01-2014, as SGPS em situação globalmente desfavorável para as SGPS.

QQ. Ou seja, não se vislumbra que a eliminação de um regime especial de tributação como o previsto no artigo 32.º do EBF, tal como se encontrava tipificado a 31-12-2013, que já por si discriminava de forma positiva sujeitos passivos em aparente igualdade de circunstâncias, seja violador do princípio constitucional da igualdade, na sua dimensão fiscal.

RR. A verdade é que com a eliminação deste regime especial, o legislador deixa de distinguir entre as SGPS e os demais sujeitos passivos de IRC, tratando, de facto, aquilo que é igual como igual, tendo sido reposta a igualdade formal no tratamento tributário das mais-valias e menos valias geradas com a transmissão de partes de capital.

SS. Se a invocada injustiça decorre da revogação do regime especial das SGPS e da ausência de um regime transitório, tratou-se de uma opção de política fiscal, no uso dos poderes conferidos pela Constituição ao legislador para proceder à conformação legal do sistema, sendo certo, porém, que no atual regime as mais-valias realizadas também não concorrem para a formação do lucro tributável, algo que não pode ser olvidado.

TT. Ora, recorde-se que, como a Requerente refere, no período de tributação de 2014, era a sociedade dominante de um grupo de sociedades tributadas de acordo com o RETGS, logo, em 31-12-2013, cumpria os requisitos legais enunciados no artigo 69.º do Código do IRC, nomeadamente os relativos à percentagem de participação e ao período de detenção;

UU. E, como tal, satisfazia também os requisitos que, no quadro do regime especial de tributação das SGPS, a habilitava, em caso de alienação das partes sociais, à não concorrência das mais-valias e das menos-valias para a formação do lucro tributável e à não recaptura dos encargos financeiros não deduzidos ao lucro tributável.

VV. Isto porque, como se explicitou, o novo regime de participation exemption continua a preservar a possibilidade da efetiva e futura realização de mais-valias, em moldes idênticos, antes previstos para as SGPS no artigo 32.º do EBF, mantendo em substância, para as SGPS, no período de tributação de 2014 e seguintes, os princípios e os fundamentos desse regime, mas agora noutra normativo legal, o artigo 51.º-C do Código do IRC, o qual, repita-se, se apresenta como uma Lei Nova para os outros sujeitos passivos de IRC, mas não propriamente para as SGPS que já usufruíam das vantagens fiscais agora

definidas no artigo 51.º-C, conforme se pormenoriza.

WW. Porém, desconsiderando tal situação fática, o que a ora Recorrente reclama é a dedução de uma só vez da totalidade dos encargos financeiros que alega não ter deduzido nos exercícios de 2009 a 2013, sem que no entanto tal tenha qualquer apoio na lei ou na Circular n.º 7/2004, bem como na jurisprudência por si citada.

XX. Pois, como já se disse, na Circular a data da recaptura situava-se no exercício da alienação das partes sociais, como decorre do referido no seu ponto 6 (não sendo aí dito coisa diferente, contrariamente ao que pretende a Requerente fazer crer).

YY. Pois bem, relativamente à eventual incerteza sobre a realização de mais-valia e, conseqüentemente, da sua isenção, bem como sobre a dissociação temporal entre a não dedução (imediate) dos encargos financeiros e isenção (futura) de tributação de mais-valias realizadas que resultava do entendimento vertido no ponto 6 da Circular n.º 7/2004, o Tribunal Constitucional (TC) no acórdão n.º 42/2014, de 14/01, pronunciou-se no sentido de que este procedimento não constituía violação do princípio constante do n.º 2 do artigo 104.º da Constituição.

ZZ. Assim, do igual modo que este regime especial, na parte em que desconsiderava os encargos financeiros, passou a aplicar-se aos gastos suportados em 2003 (1.º exercício de aplicação) mesmo que decorrentes de financiamentos contraídos em exercícios anteriores - sem que o TC, no acórdão n.º 42/2014, tivesse considerado existir qualquer tipo de retroatividade ou tivesse sido lesado o princípio da tutela da confiança legítima -, também, simetricamente, só os gastos financeiros suportados pela Requerente em 2014 e exercícios seguintes, ainda que decorrentes de financiamentos contraídos em exercícios anteriores, por força dos critérios que regem a imputação temporal dos gastos (n.º 1 do art.º 18.º do Código do IRC) são abrangidos pelas regras gerais de dedutibilidade dos gastos previstas nos artigos 23.º e 67.º do mesmo

Código.

AAA. O que equivale a dizer que tal seria apenas no momento da alienação das participações sociais e nunca em 2014.

BBB. Efetivamente, a Requerente ao identificar a concreta penalização adveniente da revogação do regime especial de tributação das SGPS acentua a não isenção das mais-valias, condição que desencadeava a desconsideração dos encargos financeiros, sendo que esse binómio encargos-alienação, como lembra o TC, no acórdão n.º 42/2014, constituía o corolário lógico do “princípio da homogeneidade entre custos dedutíveis e os rendimentos ou proventos sujeitos a imposto a que estejam ligados, de forma a que não seja atribuído um tratamento à causa (custo) e outro ao efeito (rendimento ou proveito), mormente no plano do âmbito de aplicação temporal do regime pertinente (...)” sem atentar contra os princípios da tributação do lucro real e da capacidade contributiva.

CCC. A opção do legislador, dentro da sua liberdade de conformação legislativa, de alterar expressamente, com a Lei n.º 2/2014, a partir de 01-01-2014, a conceção de balanceamento entre gastos e rendimentos não colide com o princípio da igualdade, da capacidade contributiva, da segurança jurídica ou da tutela da confiança legítima, decorrentes do princípio do Estado de Direito Democrático, constante do artigo 2.º da CRP, na medida em que foi assegurada a manutenção de um dos pilares do regime especial de tributação das SGPS – a isenção das mais-valias, até com maior extensão, por ter sido alargada a outros instrumentos de capital próprio associados às partes sociais.

DDD. A pretensão da Requerente reconduz-se ao preenchimento de uma lacuna, ao referir que a revogação do regime do artigo 32.º do EBF deixa um vazio legal.

EEE. Cabe a este propósito remeter para a jurisprudência recente do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 139/2016, de 8.03.2016, tirado no proc. 927/15, da qual decorre inequivocamente que não cabe à Administração Fiscal, nem

mesmo aos Tribunais, corrigir opções de política legislativa, permitindo, afinal, a repriminção de regimes de benefício e o preenchimento de lacunas, e in casu contrariando a motivação expressa da Comissão de Reforma do IRC, criando regimes transitórios que não constam da lei.

FFF. Isto, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária, também na vertente da generalidade e abstração que permitem e potenciam a igualdade dos contribuintes perante a lei fiscal, e, portanto, sob pena de violação do princípio da igualdade na vertente fiscal, os quais decorrem do disposto no artigo 13.º e no artigo 103.º da CRP.

GGG. A fundamentação que subjaz ao acórdão arbitral recorrido é bastante explícita na razão pela qual deve o mesmo manter-se na ordem jurídica, como resulta do seguinte excerto:

«51. Ora, a revogação do artigo 32.º, n.º 2 do EBF, ainda que não acompanhada de qualquer disposição de direito transitório material, determinou que as sociedades gestoras de participações sociais passassem a beneficiar de um regime de não sujeição a tributação de mais e menos-valias de participações sociais (cfr. artigo 51.º-C do Código do IRC) e de dedução de encargos financeiros com a aquisição de participações sociais (cfr. artigos 23.º e 67.º do Código do IRC).

52. Com efeito, no domínio do regime definido no artigo 32.º, n.º 2 do EBF, às SGPS apenas era permitido, no momento da alienação das participações sociais, deduzir os encargos com a aquisição dessas participações sociais quando não pudesse ser obtida a vantagem traduzida na isenção de mais-valias. Enquanto que a Requerente pretende deduzir os encargos incorridos com a aquisição de partes sociais, com base na ideia de que a revogação do regime jurídico corresponde ao não preenchimento dos requisitos que implicavam a isenção da tributação de mais-valias que decorressem da alienação.

53. É patente que a aplicação do disposto na Circular n.º 7/2004, com a consequente possibilidade de dedução de encargos financeiros, tem como

pressuposto a ocorrência de alienação de participações sociais e, bem assim, a revogação do regime legal não é equiparável ao não preenchimento dos requisitos de que dependia a isenção da tributação de mais-valias nos termos da referida Circular. O que sucede é que o regime constante do artigo 32.º, n.º 2 do EBF foi substituído por outro, pelo que a dedução dos encargos financeiros apenas pode ocorrer no quadro da nova disciplina legal e não por efeito da fictícia aplicação de uma Circular que visava esclarecer dúvidas interpretativas que pudessem ser suscitadas no âmbito do regime precedente.».

HHH. Importa recordar que o desiderato da ora Recorrente consubstancia-se numa aplicação retroativa da lei, de uma só vez, por via da imputação ao lucro tributável de 2014 da regra de dedutibilidade dos encargos financeiros incorridos entre 2009 e 2013 com a aquisição de partes sociais e, cujas mais-valias e menos-valias realizadas não entravam para o cômputo do lucro tributável, nos termos dos disposto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF.

III. Ampliando desta forma e sem habilitação legal apropriada o regime especial de tributação introduzido, para as SGPS, pela Lei n.º 32-B/2002, de 30/12, o que se afigura inconstitucional, como se pugnou em sede de resposta ao pedido arbitral.

JJJ. Efetivamente, a procedência da referida pretensão afronta o princípio da legalidade, por ausência de dispositivo legal que permita tal dedução, bem como porque constitui uma ampliação retroativa do âmbito dos benefícios fiscais inerentes ao regime especial de tributação das SGPS.

KKK. Tal pretensão desrespeita ainda, frontalmente, o princípio constitucional da capacidade contributiva e tributação do lucro real (artigo 104.º, n.º 2 da CRP).

LLL. É que mesmo que se aceite que a lacuna da lei possa ser integrada, o que, face ao antedito, se admite por mera cautela e dever de representação, nunca poderá, atento tal princípio constitucional, aceitar-se a dedução integral dos encargos financeiros em 2014.

MMM. Ademais, recorde-se que a revogação das normas que instituíram o regime especial consagrado no artigo 32.º do EBF não colide com direitos adquiridos que careçam de salvaguarda, nos termos do artigo 11.º do EBF, por se tratar de um regime especial automático e sem vigência temporal definida (cf. n.º 3 do art.º 3.º do EBF).

NNN. Pelo que, como se disse, a revogação deste regime não pode ser vista como um ato pontual do legislador e uma rutura no regime especial de tributação das SGPS com efeitos penalizadores.

OOO. Bem ao contrário, pois como ora se sintetiza, repetindo, as SGPS passaram a ser abrangidas por um regime de participativo exemption mais abrangente, criado no âmbito de uma reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, de dimensão nacional, tendo como objetivo a melhoria da competitividade fiscal das empresas residentes em território português e, conseqüentemente, a prossecução de evidente interesse público, exigindo um trabalho (público) extenso de motivação e justificação das opções tomadas, vertidos no citado Relatório.

PPP. Revelador de que o legislador não viu a revogação do artigo 32.º do EBF como uma rutura do regime especial de tributação aplicável às SGPS é o facto de, ao contrário do que sucedeu com outras alterações (v., a introduzida pela Lei n.º 30-G/2000) ao tratamento das mais-valias e menos-valias de partes sociais, não foi criado qualquer regime transitório [alíneas a) e b) do n.º 7 do art.º 7.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29/12 e o n.º 8 do art.º 32.º da Lei n.º 109-B/2001, de 27/12 e n.º 5 do art.º 38.º da Lei n.º 32-B/2002, de 30 de/12 e n.º 3 do art.º 12.º da Lei n.º 2/2014, de 16/01].

QQQ. Assim, é infundada a pretensão da Requerente que visa a dedução integral, em 2014, de gastos de natureza financeira acrescidos ao lucro tributável ao longo de 5 períodos de tributação, alegadamente por estarem relacionados com a aquisição das participações sociais detidas em 01-01-2014.

RRR. Ainda que a isenção das mais-valias em caso de alienação esteja

garantida pelo disposto no artigo 51.º-C do Código do IRC.

SSS. Deste modo, o pretendido pela Requerente encontra-se em manifesto desrespeito pelo princípio da tributação do lucro real e da capacidade contributiva, na medida em que viola o princípio da especialização dos exercícios e se abstrai por completo da situação concreta de tributação (ou não) das participações no momento (futuro) em que venham a ser alienadas.

TTT. Note-se que a avaliação da dedução ou não dos encargos financeiros suportados e que não foram dedutíveis apenas no momento da alienação da participação foi a escolha vertida no ponto 6 da Circular 7/2003, decorrendo ainda, como se referiu, da jurisprudência do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 42/2014.

UUU. Pelo que, em suma, não assiste razão à Recorrente quando entende que a revogação do artigo 32.º do EBF vai coartar a possibilidade de beneficiar da contrapartida que a levou a desconsiderar para efeitos fiscais os encargos financeiros imputáveis a partes de capital, deve poder deduzir no período de tributação de 2014 os encargos financeiros não dedutíveis apurados nos períodos de tributação de 2009 a 2013, inclusive.

VVV. Sendo que, conforme decorre do exposto, tal interpretação normativa, qual seja, a de permitir a dedução integral dos encargos financeiros incorridos entre 2003 e 2013, portanto na vigência do artigo 32.º do EBF, ao lucro tributável de 2014, é inconstitucional por violação do princípio constitucional da capacidade contributiva e tributação do lucro real (artigo 104.º, n.º 2 da CRP).

WWW. Ora, a visão que o Tribunal Constitucional tem sobre a revogação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF (cfr. artigo 92.º das alegações de recurso) está perfeitamente expressa no acórdão n.º 638/2020, de 16 de novembro de 2020 e é a seguinte:

«22. O artigo 32.º, n.º 2, do EBF — que correspondia ao artigo 31.º, na redação anterior à republicação pelo Decreto-Lei n.º 108/2008, de 26 de junho —, dispunha, na redação vigente à data em que foi revogado (dada pela Lei n.º 64-

B/2011, de 30 de dezembro), o seguinte:

Artigo 32.º

Sociedades gestoras de participações sociais (SGPS)

(...)

2 - As mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim, os encargos financeiros suportados com a sua aquisição não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades.

(...)»

O artigo 210.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, revogou este preceito sem mais, com efeitos a 1 de janeiro de 2014 (artigo 260.º da Lei n.º 83-C/2013), não sendo possível encontrar no Relatório que acompanha a proposta de Orçamento do Estado para 2014 qualquer menção específica a esta alteração.

Todavia, nesse documento encontra-se já referência à iminente reforma do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, adiante designado «CIRC»), esclarecendo-se que a captação de investimento estrangeiro, tida como essencial para potenciar o crescimento económico do país, seria uma prioridade. Afirma-se a tal propósito nesse Relatório: «Os fatores fiscais não são os únicos a determinar a decisão de investimento. Contudo, uma reforma profunda e abrangente do IRC (a par das outras reformas estruturais aprovadas por este Governo) desempenha um papel decisivo no aumento da competitividade da economia portuguesa e na afirmação de Portugal como destino favorável ao investimento estrangeiro.» (cf. a p. 66 do Relatório, disponível em: <https://www.dgo.gov.pt/>).

Aquela reforma profunda e abrangente viria a efetivar-se com a aprovação da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, tendo sido precedida da criação de uma Comissão para a Reforma do IRC (cf. o Despacho n.º 66-A/2013, de 2 de

janeiro). Esta Comissão elaborou o Relatório intitulado Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego (disponível em <https://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf>), tornado público em julho de 2013, no qual se recomendava a alteração do regime aplicável às SGPS, já que este «não acrescenta[va] competitividade em termos internacionais, promovendo distorções comportamentais na adoção deste tipo de estruturas que são geradoras de custos de transação» (v. a p. 30). Esta alteração insere-se, por sua vez, numa reforma mais ampla, desenvolvidamente explicada no mesmo Relatório (a páginas 102-109) nos termos que se seguem:

«A temática da tributação de acordo com o princípio da territorialidade convive de perto com as preocupações relativas à eliminação da dupla tributação económica, nacional e internacional, na medida em que o método da isenção, expressão por excelência do princípio da territorialidade, é uma das técnicas conhecidas para evitar que o mesmo resultado económico seja tributado mais do que uma vez. (...)

No entanto, quando comparado com as legislações congéneres da União Europeia, verifica-se que a eficiência do regime utilizado, a nível nacional, para eliminação da dupla tributação é extremamente limitada.

Veja-se, por um lado, que as regras vigentes em Portugal não se aplicam genericamente a mais-valias (com exceção do regime das SGPS), para além de que, mesmo no caso das distribuições de lucros, a sua aplicação se encontra restrita aos lucros oriundos da União Europeia, dos restantes países que compõem o Espaço Económico Europeu e da Suíça, assim como às distribuições de dividendos ocorridas internamente.

A isto acresce que, em Portugal, não vigora um método alternativo para eliminação da dupla tributação económica, nem a título de regime-regra opcional, nem como switch-over clause. (...)

Às insuficiências apontadas acresce ainda a extrema permeabilidade das regras atualmente vigentes a comportamentos de substituição, o que determina,

muitas vezes, a criação adicional de relevantes custos de transação associados a considerações de eficiência pós-impósitos, afastando a estruturação dos negócios daquele que seria o curso normal da atividade económica caso a sua tributação não constituísse uma variável relevante na decisão de investimento.

A este propósito, é possível invocar dois exemplos: de um lado, a referida assimetria no tratamento fiscal que é conferido às distribuições de dividendos e às mais-valias; de outro, o tratamento, também assimétrico, que é dado aos lucros obtidos no estrangeiro através de uma filial e aos lucros obtidos através de um estabelecimento estável, nomeadamente através de uma sucursal.

Quanto ao primeiro ponto, a literatura económica tem considerado que a realização de mais-valias e a distribuição de dividendos são duas formas alternativas de aporção de valor aos acionistas, sendo concebidas como substitutos próximos, em função da sua inerente substituibilidade relativa. Nestes termos, considera-se que um tratamento fiscal discrepante entre estas duas formas de realização do rendimento é suscetível de influenciar a decisão fundamental de detenção de capital nas empresas, modificando, desta forma, o comportamento “natural” dos agentes económicos, ou, por outras palavras, criando ineficiências. (...)

Pelos motivos expostos, a Comissão de Reforma propõe a adoção de um regime participation exemption de cariz universal (i.e., aplicável ao investimento independentemente do país ou região em que este se materialize, salvo as indispensáveis normas antiabuso) e horizontal (aplicável tanto à distribuição de lucros e de reservas, quanto às mais-valias, e, bem assim, às diversas operações suscetíveis de serem consideradas substitutos próprios destas operações). (...)

(...) [A] adoção do novo regime de participation exemption veio tornar redundantes, na perspetiva da Comissão de Reforma, diversos regimes fiscais especiais atualmente existentes. Por esta razão, propõe-se a eliminação dos seguintes regimes:

(...)

c) uma vez que o novo regime também consome o regime fiscal previsto para as SGPS, e atendendo a que estas não lograram atingir o objetivo originariamente proposto de se afirmarem como veículo de investimento fiscalmente competitivo no plano internacional, propõe-se a eliminação do artigo 32.º do EBF, recomendando ainda que seja extinto o regime jurídico-societário destas entidades, hoje previsto no Decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro; por razões de idêntica natureza, julga-se apropriada a revogação do artigo 32.º-A (sociedade de capital de risco e investidores de capital de risco) do mesmo EBF; (...).»

Na concretização da referida reforma, a Lei n.º 2/2014 aditou ao CIRC o seu atual artigo 51.º-C, no qual, em matéria de transmissão onerosa de participações sociais, passou a dispor-se o seguinte:

«Artigo 51.º-C

Mais-valias e menos-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais

1 - Não concorrem para a determinação do lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português as mais e menos-valias realizadas mediante transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere e independentemente da percentagem da participação transmitida, de partes sociais detidas ininterruptamente por um período não inferior a 24 meses, desde que, na data da respetiva transmissão, se mostrem cumpridos os requisitos previstos nas alíneas a), c) e e) do n.º 1 do artigo 51.º, bem como o requisito previsto na alínea d) do n.º 1 ou no n.º 2 do mesmo artigo.

(...).»

Já os gastos de financiamento suportados com a aquisição de partes sociais passaram «numa lógica de simplicidade» (cf. a p. 107 do Relatório supracitado) a concorrer para a formação do lucro tributável em sede de IRC.

Este regime, como sintetiza Daniel Taborda, veio assim «alarga[r] a abrangência do mecanismo de eliminação da dupla tributação dos lucros recebidos e inclui[r] a isenção das mais-valias obtidas com a venda de participações sociais, outrora privativo das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS), no sistema de tributação regra.» (in “Notas sobre o regime de participation exemption previsto no CIRC”, Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Vol. LVII, Tomo III, 2014, p. 3258).

Conquanto o n.º 1 do artigo 51.º-C do CIRC tenha sido objeto de ulteriores alterações no que respeita às condições de isenção da tributação das mais-valias — nomeadamente no que se refere ao período de detenção das participações sociais em questão, inicialmente fixado em 24 meses e entretanto reduzido novamente a um «período não inferior a um ano», pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março —, manteve-se no essencial inalterada a isenção da tributação destes rendimentos, de que as SGPS passaram a beneficiar em termos, em geral, mais favoráveis do que aqueles que resultavam da aplicação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF. Assim é, desde logo, porque os encargos financeiros passaram a poder ser considerados como gastos dedutíveis, nos termos gerais (cf. os artigos 23.º e 23.º-A do CIRC), ainda que com os limites impostos, no artigo 67.º do CIRC, para desincentivar o endividamento excessivo.» (negrito nosso).

XXX. Entendimento que está em total consonância com o acórdão recorrido, que sustenta, recorda-se, que a revogação do disposto no artigo 32.º do EBF teve como contrapartida a introdução do regime de participation exemption previsto no novo artigo 51.º-C do Código do IRC, passando a SGPS a beneficiar da não sujeição a tributação de mais e menos-valias de participações sociais e a deduzir os encargos financeiros nos termos gerais dos artigos 23.º e 67.º do Código do IRC.

YYY. E contraria totalmente o entendimento do acórdão fundamento e da ora

Recorrente sobre a entrada em vigor, «em 01.01.2014, o chamado regime (geral) de “participation exemption”».

ZZZ. De igual forma, no que concerne à pretensa ofensa ao princípio da confiança, o douto Acórdão do TC emite pronúncia em sentido totalmente coincidente com o acórdão recorrido e em sentido absolutamente contrário do que sustentam o acórdão fundamento e a ora Recorrente:

«não há dúvida de que o benefício concedido às SGPS pelo artigo 32.º, n.º 2, do EBF, embora automático e irrenunciável (cf. os artigos 5.º, n.º 1, e 14.º, n.º 8, do EBF), é suscetível de ter condicionado as opções de gestão destes agentes económicos durante a vigência do benefício e implicou (...) a não dedução de gastos que de outro modo teriam sido relevantes para o apuramento do lucro tributável, o que só é justificável como reverso do direito a beneficiar da isenção correspondente. O que já não se mostra minimamente demonstrado — em face da sucessão de regimes legais (...) — é que essa expectativa tenha sido, realmente, frustrada.

(...)

Todavia, pressupondo a lesão da confiança que a mutação do direito infraconstitucional afete, em sentido desfavorável, as expectativas da comunidade «na estabilidade da ordem jurídica e na constância da atuação do Estado» (Acórdão n.º 128/2009), percebe-se que não seja possível apreciar a questão de constitucionalidade com que se debateu o tribunal recorrido abstraindo da aprovação daquela nova disciplina que, nos termos dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 2/2014, «consum[iu] o regime fiscal previsto para as SGPS».

Ora, com a aprovação da Lei n.º 2/2014, a realização de mais-valias passou realmente a ser tributada. Simplesmente, passou a ser tributada segundo o novo regime-regra previsto no artigo 51.º-C do CIRC, que manteve, sem aparente interrupção, a isenção da tributação de mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de participações sociais. E embora a nova lei tenha

introduzido para aquele efeito algumas regras e condições, diferentes das aplicáveis ao abrigo do regime antes constante do EBF, nem o tribunal a quo, nem a própria recorrida identificaram qualquer uma que pudesse constituir um obstáculo à isenção da tributação das mais-valias a realizar no futuro com a alienação das participações sociais, a cuja aquisição corresponderam os encargos financeiros não deduzidos nos exercícios de 2003 a 2013.

De resto, aquilo que distingue o regime-regra do anteriormente vigente é a circunstância de não se tratar já de um benefício fiscal, mas antes, e assumidamente, de um mecanismo de eliminação da dupla tributação económica, que tem um âmbito de aplicação mais amplo e do qual não se mostram excluídas as SGPS.

A aprovação deste regime obsta, pois, a que se encare a norma objeto do presente recurso como uma norma da qual resultou como efeito automático a eliminação in totum daquele «binómio». Da revogação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF resultou, imediatamente e apenas, a sujeição das SGPS ao regime-regra (cf. o artigo 13.º, n.º 1, do EBF) e, se este foi alterado praticamente em simultâneo, ainda que pela Lei n.º 2/2014 e não pelo Lei do Orçamento do Estado para 2014, tal dado legislativo não pode ser desconsiderado quando se trate de determinar se existiu ou não uma efetiva frustração da confiança depositada na vigência das condições estabelecidas pela norma fiscal revogada.

Da consideração desse dado legislativo tiram-se, desde logo, duas conclusões.

A primeira é que não pode ser reconhecida uma legítima confiança na existência de um regime especialmente aplicável às SGPS e formalmente inserido no EBF, do mesmo modo que não pode atribuir-se relevo autónomo à circunstância de este ter deixado de constar do EBF para passar a constar do IRC ou de ter deixado de configurar um benefício fiscal em consequência da própria alteração do regime-regra.

A segunda conclusão, mais importante ainda, é esta: se a contrapartida dos

encargos acrescidos assumidos entre 2003 e 2013 era a isenção das mais-valias a realizar com a alienação das participações sociais a que respeitaram, então, mantendo-se substancialmente, e no essencial, em vigor a norma que exclui esses rendimentos do lucro tributável a apurar pelos sujeitos passivos antes abrangidos pelo artigo 32.º, n.º 2, do EBF, não se mostra substancialmente ofendida a confiança depositada na vigência desse regime.».

AAAA. Quanto à violação do princípio constitucional da igualdade, esclarece o duto acórdão n.º 638/2020 que o Tribunal Constitucional tem constantemente afirmado que «a mera diferença de direitos resultantes da sucessão de regimes legais do tempo não convoca a dimensão de censura assacável ao princípio da igualdade. Deste parâmetro apenas resulta a proibição de tratamentos diferenciados sincrónicos e não diacrónicos, sob pena de inadmissível cerceamento da liberdade de conformação do legislador, enquanto espaço autónomo do poder legislativo configurado pela própria Constituição.» (v. o Acórdão n.º 364/2015).».

BBBB. Concluindo, em consonância com o acórdão recorrido:

«Também neste caso é de reafirmar que as exigências que defluem do princípio da igualdade não impõem uma cristalização da ordem jurídica - sobretudo em matérias, como a versada nos regimes legais em questão, que convocam uma reconfiguração dinâmica dos interesses públicos extrafiscais prosseguidos pelos benefícios fiscais ou, mais amplamente, das opções de política fiscal a adotar em cada momento -, nem podem fundar a exigência de uma aplicação retroativa de regimes fiscais mais favoráveis. Ad absurdum, o legislador seria nessa hipótese dissuadido de aprovar uma legislação tributária mais favorável aos contribuintes, por se mostrar inviável restituir-lhes os montantes que não teriam pago, se o regime mais favorável tivesse sido adotado mais cedo.

De resto, não pode esquecer-se que, enquanto se manteve em vigor o n.º 2 do artigo 32.º do EBF, as SGPS se encontraram numa posição simétrica de relativa vantagem (ao menos, potencial), pois, como se salientou no Acórdão n.º

42/2014, «o termo de comparação com outras sociedades não pode ignorar que estas não se encontram em posição de partida equivalente, na medida em que os ganhos decorrentes de mais-valias realizadas com a alienação de participações sociais não são suscetíveis de isenção de tributação em IRC. Não existe, por isso, identidade de condições entre a recorrente e tais contribuintes, de forma a que se possa considerar ter sido criado regime de tributação particular globalmente desfavorável para as SGPS, com referência a encargos financeiros geneticamente ligados à aquisição de participações sociais.».

CCCC. O acórdão do TC também responde cabalmente à alegada «necessidade legal de impor que AT honre o que preceituou nas orientações genéricas contidas na Circular n.º 7/2004, designadamente no seu ponto 6. ou em qualquer outra orientação genérica da AT», de forma absolutamente clara e coincidente com o acórdão recorrido:

«27. Tendo em conta o afirmado supra (v. ponto 25), resta verificar se pode dar-se como legítima e gorada a expectativa de que uma eventual revogação do benefício consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do EBF seria acompanhada da aprovação ou sobrevigência de um regime transitório que permitisse deduzir os encargos financeiros suportados entre 2003 e 2013.

O principal argumento mobilizado pelo tribunal a quo a favor desta hipótese é, como se referiu já, a existência da Circular n.º 7/2004, cujo n.º 6 prevê que «[c]aso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime [i.e., do regime especial consagrado, então, no artigo 31.º, n.º 2, do EBF], proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores.»

Admitindo «que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção [da] confiança transformar-se em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público reclama» (cf. o

n.º 17 da parte III.C.2.7), o tribunal recorrido aceitou, em abstrato, a possibilidade de o regime consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do EBF ser validamente revogado. Mas, nessa hipótese, entendeu que a interpretação veiculada pelo n.º 6 da Circular n.º 7/2004, da Direção-Geral de Contribuições e Impostos era idónea a gerar nos contribuintes a expectativa de que o artigo 32.º, n.º 2, do EBF, seria ainda, e transitoriamente, interpretado e aplicado no sentido de permitir deduzir os encargos financeiros suportados enquanto esse regime se manteve em vigor – pois tal era o entendimento que, no passado, a Administração Tributária decidiu adotar e em sintonia com o qual os contribuintes agiram (cf. o n.º 9 da parte III.C.2.5.).

Não se mostra, todavia, possível acompanhar este entendimento.

Importa relembrar, antes do mais, que segundo a opinião que pode dizer-se ainda maioritária na doutrina, tal como resumida por Sérgio Vasques, «(...) Seguramente que as circulares constituem normas jurídicas, que projetam os seus efeitos na esfera da administração, vinculando o subalterno à interpretação da lei ditada pelo superior hierárquico, mas não se pode dizer que representem em si mesmas fontes do direito fiscal por não constituírem parâmetro de validade dos atos praticados pela administração, que não de encontrar esse parâmetro nas normas legais que as circulares visam interpretar. Significa isto que os tribunais não estão obrigados a fazer da lei a mesma interpretação que a administração fixa no seu direito circular e que os contribuintes não estão obrigados a aplicar a lei seguindo as orientações que através das circulares se dirigem aos serviços.» (v. Manual de Direito Fiscal, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 161).

Não se ignora que a relevância da vinculação da Administração às orientações genéricas que emite e publicita vem sendo debatida na doutrina (v., com especial contundência, João Taborda da Gama, “Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas...”, Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.

157-225). No caso presente, tal aspeto não é, todavia, determinante para uma tomada de posição quanto à pretensa violação da confiança dos contribuintes. Com efeito, por maior relevo que pudesse ser conferido ao valor vinculativo de uma Circular — cuja ilegalidade, relativamente a outros pontos, já foi repetidamente afirmada pelos tribunais administrativos (v., entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de setembro de 2018, Proc. n.º 0406/18.9BALS; e de 11 de dezembro de 2019, Proc. n.º 0333/18.0BALS) —, dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica não pode extrair-se uma força imobilizadora que constrinja a Administração a manter imutável uma dada interpretação das normas tributárias, mesmo depois de estas terem sido alteradas ou revogadas por opção do legislador. Aliás, tal como defendem Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, «se, depois de ter mantido uniformemente, durante um certo período de tempo, uma mesma interpretação da lei, na sua aplicação aos casos concretos, a administração tributária se convence que é correta uma outra interpretação, o princípio da igualdade não é obstáculo a que a passe a adotar na sua prática, exigindo apenas, para não existir discriminação, que a nova interpretação seja aplicada generalizadamente.» (in Lei Geral Tributária - Anotada e comentada, 4.ª Edição, 2012 p. 626). Por maioria de razão, não se mostra possível defender que a Administração esteja vinculada a manter uma orientação interpretativa que pressupõe a sobrevivência de um regime revogado — ou, como sucede in casu, a desaplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de uma disposição revogatória —, nem que seria absolutamente imprevisível que essa orientação pudesse ser objeto de revisão, ou que deixasse de vigorar após a aprovação de uma reforma profunda do regime de tributação a que, ainda que indiretamente, se refere.

De resto, sempre se lembrará que a Circular em causa fundava uma expectativa de dedução dos custos incorridos no exercício correspondente ao momento da alienação das participações — o que, como supra se referiu, não

se verificou no caso dos autos.».

DDDD. Por fim, quanto ao último fundamento do presente recurso - a alegada «Rejeição pelo acórdão matriz do ora recorrido de que a situação aqui em causa é equiparável à tratada pelo acórdão arbitral n.º 754/2016-T», refere a Recorrente:

«Ora, começa-se por recordar que o árbitro presidente no processo n.º 754/2016-T (situação de cessação de aplicação do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, por perda do estatuto de SGPS) foi o árbitro presidente no processo n.º 645/2017-T no qual foi proferido o acórdão fundamento do presente recurso (situação de cessação de aplicação do regime especial do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, por revogação do mesmo), e a conclusão a que chegou em ambas as situações foi a mesma, pelas mesmíssimas razões.».

EEEE. Contudo, esqueceu-se a Recorrente de mencionar que o tribunal arbitral coletivo constituído no âmbito do processo n.º 754/2016-T integrou o Conselheiro Jorge Lopes de Sousa (Presidente), o Prof. Doutor Vasco Valdez e o Dr. Ricardo Gomes Pedro.

FFFF. Ora o Prof. Doutor Vasco Valdez incluiu o coletivo que julgou o processo arbitral n.º 377/2018-T, tendo o Tribunal arbitral, composto, ainda pelo Juiz José Poças Falcão (Presidente) e pelo Prof. Doutor Francisco José Nicolau Domingos, concluído por unanimidade, pela improcedência do pedido arbitral, de acordo com o acórdão recorrido e com a corrente jurisprudencial nele seguida.

GGGG. Pelo que, como bem considerou o acórdão recorrido a situação do processo n.º 754/2016-T é distinta da que está aqui em causa.

HHHH. Resta referir que o Tribunal a quo não se pronunciou sobre o pedido de juros indemnizatórios, não obstante a Recorrente vem, em sede do presente recurso, peticionar o pagamento de juros indemnizatórios «à taxa legal contados desde 1 de setembro de 2015 até integral reembolso».

IIII. Contudo, tendo sido apresentado o pedido de reclamação graciosa contra a autoliquidação do exercício de 2014 em 29-05-2017, os juros indemnizatórios

apenas são devidos um ano após a apresentação daquela reclamação graciosa, isto é, a partir de 29-05-2018, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 43.º da LGT.

IIII. Aqui chegados, haverá que concluir pela improcedência total da argumentação deduzida pela Recorrente, de acordo com o entendimento propugnado na Resposta ao pedido de pronúncia arbitral, devendo a decisão arbitral ora impugnada, a cujo teor se adere na totalidade, manter-se na ordem jurídica.

I.3 - Parecer do Ministério Público

É o seguinte o Parecer do Ministério Público, a fls. 282 e seguintes do SITAF:

I. Objecto do recurso.

1. O presente recurso vem interposto ao abrigo do disposto no artigo 152º do CPTA, por aplicação subsidiária, nos termos dos nº2 e 3 do artigo 25º do RJAT, na redação introduzida pela Lei nº 119/2019, de 18 de Setembro, tendo por objeto a decisão do CAAD proferida no processo nº 496/2018-T, que julgou improcedente o pedido de pronúncia arbitral e manteve na ordem jurídica o ato de autoliquidação de IRC, relativo ao exercício de 2014, na parte em que foi desconsiderada a dedução de encargos financeiros no valor de € 1.928.563,63 euros.

Considera a Recorrente que a referida decisão arbitral padece de vício de violação de lei e está em clara oposição com a jurisprudência vertida na decisão arbitral proferida no processo nº 645/2017-T, de 10 de maio de 2018.

Entende a Recorrente que «a decisão arbitral viola o artigo 68º-A, nº1, da LGT, e o artigo 32º, nº2, do EBF, objeto de interpretação pelo parágrafo 6 da Circular (orientação genérica) da DSIRC nº7/2004...».

Considera a Recorrente que a oposição entre as duas decisões arbitrais verifica-se na apreciação da questão relativa à: «apreciação da legalidade de uma liquidação de IRC respeitante ao exercício de 2014 (e, em ambos os casos, sob

a forma de autoliquidação, embora esta específica identidade seja irrelevante para o caso) na medida em que:

a) não foi nela considerada a (reposição da) dedução de encargos financeiros suportados pela SGPS até 31.12.2013, com a aquisição de parte de partes de capital ainda mantidas a essa data pela SGPS, encargos financeiros estes cuja dedução fiscal nos anos em que foram incorridos (até 31.12.2013) havia sido antecipada e cautelarmente afastada em cumprimento do disposto no artigo 32.º, n.º 2, do EBF (anteriormente numerado como artigo 31.º);

b) reposição de dedução esta com referência ao exercício fiscal de 2014, peticionada com fundamento na verificação da inaplicabilidade à transmissão das partes de capital sobreviventes, do regime especial de isenção do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, por revogação do mesmo com efeitos a 01.01.2014, entendimento este sancionado pelo racional vertido no parágrafo 6. da Circular da DSIRC n.º 7/2004 (cfr. a pág. 2 e segs. da decisão arbitral recorrida – Doc. n.º 2 – e as págs. 8 a 11 da decisão arbitral fundamento na cópia assinada junta como Doc. n.º 5 ou as págs. 11 a 15 da versão publicada no site do CAAD junta como Doc. n.º 4)».

Questão no seu entender relativa «à reposição da dedução dos encargos financeiros à luz do regime especial do artigo 32º, nº2, do EBF, quando se verifique a inaplicabilidade do mesmo às partes de capital sobreviventes, inaplicabilidade esta resultante da revogação deste regime especial com efeitos a 01.01.2014».

II. QUESTÃO PRÉVIA DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

1. REQUISITOS DO RECURSO

1.1 Como é entendimento pacífico na jurisprudência do STA, a admissibilidade dos recursos por oposição de acórdãos, tendo em conta o regime previsto nos artigos 27.º, alínea b) do ETAF, 284.º do CPPT e 152.º do CPTA, depende de existir contradição entre o acórdão recorrido e o acórdão invocado como fundamento sobre a mesma questão fundamental de direito e que não ocorra a

situação de a decisão impugnada estar em sintonia com a jurisprudência mais recentemente consolidada do Supremo Tribunal Administrativo.1.2 No que ao primeiro requisito respeita, como tem sido inúmeras vezes explicitado pelo Pleno desta Secção relativamente à caracterização da questão fundamental sobre a qual deve existir contradição de julgados, devem adoptar-se os critérios já firmados no domínio do ETAF de 1984 e da LPTA, para detectar a existência de uma contradição, quais sejam: - identidade da questão de direito sobre que recaíram os acórdãos em confronto, que supõe estar-se perante uma situação de facto substancialmente idêntica; - que não tenha havido alteração substancial na regulamentação jurídica; - que se tenha perfilhado, nos dois arestos, solução oposta; - a oposição deverá decorrer de decisões expressas, não bastando a pronúncia implícita ou a mera consideração colateral, tecida no âmbito da apreciação de questão distinta (cfr. Jorge de Sousa e Simas Santos, Recursos Jurisdicionais em Contencioso Fiscal, p. 424, e acórdãos do Pleno da secção de contencioso tributário do STA, de 15/9/2010, recs. n.ºs. 344/2009 e 881/2009, e de 26 de Setembro de 2007, 14 de Julho de 2008 e de 6 de Maio de 2009, recursos números 452/07, 616/07 e 617/08, respectivamente).

2. DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO EM CADA UM DOS ARESTOS.

2.1 Na decisão arbitral recorrida, o tribunal arbitral começou por fazer referência a outras decisões arbitrais, e nomeadamente à decisão proferida no processo n.º 610/2017-T, a cujos fundamentos aderiu, no sentido de que «... a situação do caso não se enquadra na previsão do n.º 6 da Circular n.º 7/2004, porquanto a revogação do artigo 32.º, n.º 2 do EBF não pode entender-se como equiparável à falta de preenchimento dos requisitos para a aplicação do regime definido nesse normativo, quando este estava ainda em vigor. (...) Além de que a Circular n.º 7/2004, ainda que possua eficácia vinculativa para a AT, pelo seu carácter de ato regulamentar interno, não vincula os tribunais, que terão de aferir da legalidade da atuação administrativa em função das normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto. Acresce que a revogação do

disposto no artigo 32.º do EBF teve como contrapartida a introdução do regime de participation exemption previsto no novo artigo 51.º-C do Código do IRC, aditado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, de onde resulta que as SGPS passam a beneficiar da não sujeição a tributação de mais e menos-valias de participações sociais e a deduzir os encargos financeiros nos termos gerais dos artigos 23.º e 67.º do Código do IRC. E, nesse sentido, a sucessão dos regimes legais não afronta o princípio da igualdade ou da proteção da confiança».

2.2 Concluiu-se, assim que «a aplicação do disposto na Circular nº 7/2004, com a consequente possibilidade de dedução de encargos financeiros, tem como pressuposto a ocorrência de alienação de participações sociais e, bem assim, a revogação do regime legal não é equiparável ao não preenchimento dos requisitos de que dependia a isenção da tributação de mais-valias nos termos da referida circular. O que sucede é que o regime contante do artigo 32º, nº2, do EBF foi substituído por outro, pelo que a dedução dos encargos financeiros apenas pode ocorrer no quadro da nova disciplina legal e não por efeito da fictícia aplicação de uma Circular que visava esclarecer dúvidas interpretativas que pudessem ser suscitadas no âmbito do regime precedente».

2.3 Já no caso da decisão arbitral que serve de fundamento (645/2017-T) o tribunal considerou, fazendo alusão à doutrina administrativa da circular nº 7/2004 da DSIRC, que «...tendo sido revogado o regime referido antes do «momento da alienação das participações», tem de se concluir, definitivamente, que o regime do artigo 32.º, n.º 2, não poderá ser aplicado. E, adquirida num determinado exercício, por ter sido revogado o regime legal, a certeza de que não se verificarão «todos os requisitos para aplicação daquele regime», a Autoridade Tributária e Aduaneira está vinculada a aplicar a estatuição que anunciou na parte final daquele ponto 6: «proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores».

2.4 Concluiu-se, assim, que «é ilegal a decisão da reclamação graciosa o que

justifica a sua anulação, bem como da autoliquidação de 2014, na parte em que não foram considerados como gastos os encargos financeiros suportados pela Requerente nos exercícios de 2006 a 2009 com a aquisição de participações sociais».

2.5 Afigura-se-nos, assim, salvo melhor opinião, que se mostram reunidos os pressupostos legais do recurso para uniformização de jurisprudência, conforme vem sustentado pela Recorrente, pois confrontados com situações de facto substancialmente similares e no âmbito do mesmo quadro jurídico, foram perfilhadas, de forma expressa, soluções opostas nas duas decisões arbitrais, tendo por objeto a questão de saber se a revogação do regime previsto no nº2 do artigo 32º do EBF, pela Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro, implica a dedução por parte de sociedade SGPS dos encargos financeiros suportados com a aquisição de participações sociais no período anterior a essa revogação e que nessa data ainda se encontrassem na sua titularidade, em conformidade com o segmento final do ponto 6 da circular nº 7/2004, da DSIRC, de 30 de março, sob pena de violação pela AT do disposto no artigo 68º-A, nº1, da LGT.

2.1 Sendo certo que em ambos os processos está em causa a liquidação de IRC relativa ao ano de 2014, e situações em que os sujeitos passivos (SGPS's) suportaram encargos financeiros com a aquisição de participações sociais no período anterior a 31/12/2013 que não haviam sido deduzidos por força do disposto no nº2 do artigo 32º do EBF e da circular nº 7/2004 da DSIRC, e relativos a participações sociais que a essa data ainda se encontravam na sua titularidade.

III. APRECIÇÃO DO RECURSO.

Como se deixou exarado supra a questão que se coloca consiste em saber se a revogação do regime previsto no nº2 do artigo 32º do EBF, pela Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro, implica a dedução por parte de sociedade SGPS dos encargos financeiros suportados com a aquisição de participações sociais no período anterior a essa revogação e que nessa data ainda se encontrassem

na sua titularidade, em conformidade com o segmento final do ponto 6 da circular nº 7/2004, da DSIRC, de 30 de março, sob pena de violação pela AT do disposto no artigo 68º-A, nº1, da LGT.

Como decorre das alegações de recurso, a Recorrente defende, em consonância com o entendimento vertido na decisão arbitral que serve de fundamento (p. 645/2017) que a revogação do regime previsto no artigo 32º, nº2, do EBF, pela Lei nº 83-C/2013, de 31/12, equivale a uma situação de não aplicabilidade do mesmo justificativa para que o sujeito passivo possa proceder de imediato à dedução dos encargos financeiros com a aquisição das participações sociais que tivesse em carteira, e que este entendimento era defendido pela AT na circular nº 7/2004, o que a obriga a aplicá-lo, nos termos do artigo 68º-A da LGT.

Afigura-se-nos, contudo, que essa não é a melhor interpretação dos normativos legais supra mencionados.

Mostra-se pacífico que a razão subjacente ao regime previsto no artigo 32º, nº2, do EBF, residia no facto de o legislador ter pretendido contrapor a indedutibilidade dos encargos financeiros ao benefício atribuído às SGPS's com a isenção das mais-valias apuradas aquando das transmissões das partes de capital. E daí que naquelas situações em que no momento da alienação das participações sociais a aplicação desse regime não fosse possível, ou seja, naqueles casos em que a SGPS não beneficiasse dessa isenção, a AT tenha entendido que o sujeito passivo tinha então direito a deduzir os encargos financeiros que havia suportado com a aquisição dessas partes de capital.

Ora, com a revogação desse regime as SGPS's não perderam o benefício da isenção das mais-valias apuradas com a alienação das participações sociais, já que o legislador introduziu um novo regime –“participation exemption” – no qual esse benefício se mantém, a par da possibilidade de dedução daqueles encargos financeiros nos termos do artigo 23º e com os limites previstos no 67º do CIRC. Ou seja, a revogação daquele regime legal assenta na criação de regime legal sucedâneo, ainda que este não seja de aplicação restrita às

SGPS's, no qual se mantém o benefício de isenção das mais-valias apuradas com a venda.

Daí que se concorde com o entendimento sufragado na decisão arbitral recorrida quando se afasta a equivalência invocada pela Recorrente, por «a revogação do regime jurídico previsto no nº2 do artigo 32º do EBF não corresponder “ao não preenchimento dos requisitos que implicavam a isenção da tributação de mais-valias que decorressem da alienação”, e por essa revogação ter dado lugar a um regime novo, agora previsto nos artigos 51º-C e 67º do CIRC.

E nessa medida também não faz sentido invocar a vinculação da AT à doutrina administrativa vertida na circular nº 7/2004 da DSIRC para “amarrar” a AT na aplicação da solução ali preconizada, uma vez que as situações não são equiparáveis, como pretende fazer crer a Recorrente.

Entendemos, assim, que a oposição das decisões arbitrais deve ser decidida com a prolação de acórdão que uniformize a jurisprudência nos seguintes termos:

- A revogação do regime previsto no nº2 do artigo 32º do EBF, pela Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro, com a introdução do regime sucedâneo previsto nos artigos 51º-C e 67º do CIRC, não equivale à situação de inaplicabilidade do regime revogado para efeitos de dedução dos encargos financeiros, ao abrigo do segmento final do ponto 6 da circular nº 7/2004 da DSIRC, de 30 de março, motivo pelo qual não há violação pela AT do disposto no artigo 68º-A, nº1, da LGT, por só aceitar essa dedução ao abrigo do novo regime;

_ E nessa medida, confirmar-se a decisão arbitral recorrida e julgar-se improcedente o recurso.”

1.4 - Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 - De facto

I. A decisão arbitral sob recurso considerou como provados os seguintes factos:

a) A Requerente é a sociedade dominante do Grupo B..., o qual se encontra abrangido pelo regime especial de tributação dos grupos de sociedades (RETGS) previsto nos artigos 69.º e seguintes do Código do IRC - cfr. documento 1 junto com o pedido de pronúncia arbitral (ppa).

b) Nos períodos de tributação compreendidos entre 2009 e 2013, a Requerente e a sociedade integrante do Grupo Fiscal C..., S.G.P.S., S.A. acresceram os encargos financeiros (ou seja, afastaram a dedução fiscal) que por força da Circular n.º 7/2004, foram imputados à aquisição de partes de capital, nos montantes de € 1.531.737,10 e € 540.879,95, respetivamente - cfr. documentos 8 a 18 juntos com o ppa.

c) Do montante de € 1.531.737,10 relativo à Requerente, € 144.053,42 respeitam a uma sociedade que já não era detida em 31 de dezembro de 2013 (a D... SGPS, S.A.), pelo que o total de encargos financeiros relevantes não deduzidos na esfera da Requerente se cifra em € 1.387.683,68 (€ 1.531.737,10 - € 144.053,42), importância que, adicionada dos encargos da C..., perfaz o valor total de € 1.928.563,63 (€ 1.387.683,68 + € 540.879,95) - cfr. documento 17 junto com o ppa.

d) O Grupo Z....., em 2014, era composto pela Requerente e pelas seguintes sociedades - cfr. documento 1 junto com o ppa:

- X....., S.G.P.S., S.A. (NIPC:...);
- S.A. (NIPC:...);
-, Lda. (NIPC:...);
- SOCIEDADE AGRÍCOLAUNIPessoal, Lda. (NIPC:...);
- - COMÉRCIO E SERVIÇOS, S.A. (NIPC:...);
- SOCIEDADE AGRÍCOLA S.A. (NIPC:...);
- - INDUSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO S.A. (NIPC:...);

- SOCIEDADE DE FOMENTO AGRÍCOLA Lda. (NIPC:...);
- SOCIEDADE AGRO-PECUÁRIA, S.A. (NIPC:...);
- VIVEIROS Lda. (NIPC:...);
- -SOCIEDADE IMOBILIÁRIA, Lda. (NIPC:...);
--SOCIEDADE IMOBILIÁRIA, Lda. (NIPC:...);
- - SERVIÇOS DE CONSULTADORIA, UNIPessoal Lda. (NIPC:...);
- -, S.A. (NIPC:...);
- Lda. (NIPC:..).

e) No dia 29 de maio de 2015, a Requerente procedeu à entrega da declaração de rendimentos Modelo 22 do Grupo Z....., respeitante ao exercício de 2014, a qual foi substituída por uma declaração entregue em 27 de maio de 2016, o que originou a emissão da liquidação n.º 2016... - cfr. documentos 2 e 3 juntos com o ppa.

f) Nesta declaração Modelo 22 (exercício de 2014), a Requerente não deduziu ao lucro tributável do Grupo a importância de € 1.928.563,63 em encargos financeiros relativos a partes de capital suportados por si e pela sociedade X..... SGPS, integrante do grupo, ainda detida a 31 de dezembro de 2013, que nos exercícios anteriores tinham ficado por deduzir ao lucro tributável ao abrigo do artigo 32.º, n.º 2 do EBF, em conjugação com a Circular n.º 7/2014 da DSIRC - cfr. documentos 2, 3, 7 e 8 a 18 juntos com o ppa.

g) Nessa declaração Modelo 22 (exercício de 2014), a Requerente apurou a coleta bruta de IRC de € 443.569,63 - cfr. documentos 2 e 3 juntos com o ppa.

h) No dia 29 de maio de 2017, a Requerente apresentou reclamação graciosa contra a autoliquidação do exercício de 2014, sustentando que lhe assiste o direito à dedução à matéria coletável do montante de € 1.928.563,63, no exercício de 2014, respeitante aos encargos financeiros suportados com a aquisição das participações sociais e acrescidos, nos termos do artigo 32.º do EBF, nos períodos de tributação de 2009 a 2013 - cfr. documentos 4 e 5 juntos com o ppa.

i) A reclamação graciosa foi indeferida por despacho do Diretor adjunto de Direção de Finanças de Lisboa, ao abrigo de delegação de competências, datado de 28 de junho de 2018, decisão que motivou a apresentação pela Requerente do presente pedido de pronúncia arbitral – cfr. documento 5 junto com o ppa.

II. A decisão arbitral fundamento, proferido pelo Centro de Arbitragem Administrativa no âmbito do processo nº 0645/2017-T datado de 10/05/2018, deu como provado a seguinte factualidade:

a) Em 29 de Maio de 2015, a Requerente apresentou a sua declaração de rendimentos de IRC Modelo 22, relativa ao período de tributação de 2014;

b) Da submissão da declaração resultou um montante a pagar de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”) de € 34.953,57 (documento n.º 1 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);

c) Em 30-05-2017, a Requerente apresentou uma reclamação graciosa da autoliquidação relativa ao exercício de 2014 (documento n.º 2 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);

d) A Reclamação Graciosa foi indeferida por Despacho da Senhora Diretora da Direção de Finanças de Braga (Despacho de Indeferimento) datado de 13 de Setembro de 2017 (documento n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), em que se refere, além do mais o seguinte:

II - Dos argumentos

i. Da Violação do princípio da Tutela da Confiança

6.

Conforme referido na peça processual inicialmente entregue, o princípio da tutela da confiança exige que a reclamante não veja as suas legítimas expectativas frustradas, o que só poderá ocorrer se ela puder deduzir a totalidade dos encargos.

(. . .)

8.

O efeito neutro evocado por V. Exas. de facto continua a existir, relativamente às partes sociais adquiridas no período de 2003 a 2013 e que não foram alienadas até a entrada de LOE de 2014, mas só para as SGPS, pois só estas é que estavam obrigadas a não deduzir para efeitos fiscais os encargos financeiros de forma a poderem beneficiar do regime previsto no então n.º 2 do artigo 32.º do Estatuto do Benefícios Fiscais (EBF).

9.

Ora, com a entrada em vigor do artigo 51.º - C do CIRC, o novo regime veio introduzir um tratamento discriminatório entre as SGPS e as demais sociedades comerciais, que, até então, nunca acresceriam para efeitos fiscais os encargos financeiros relacionados com a aquisição de partes sociais entre o período de 2003 a 2013 e que passam a beneficiar do alargamento da não tributação das mais ou menos valias realizadas com a transmissão de partes sociais de capital, inclusive, partes de capitais adquiridas previamente a entrada em vigor da nova redação.

10.

Adicionalmente V. Exas. salientam que este regime cria um enquadramento mais equitativo, abrangendo não só as SGPS como as restantes sociedades comerciais.

11.

Embora concordamos que será possível gozar de uma isenção de tributação de eventuais mais-valias na alienação futura de participações financeiras, não podemos desconsiderar que a montante, as SGPS tiveram que suportar um

impacto fiscal negativo, i.e. a não consideração dos encargos financeiros como custo para efeitos fiscais.

12.

Assim, não podemos aceitar o enquadramento segundo o qual isto não constitui uma violação da confiança dos operadores económicos.

13.

Ora, em face de um regime excecional voltado para a gestão de partes sociais, os operadores tomaram uma decisão racional de aderir a este regime, visto que era o mais favorável para a prossecução deste tipo de atividade.

14.

Com a revogação do n.º 2 do artigo 32º do EBF e a criação do artigo 51º-C do Código do IRC, nos casos em que não tenha existido alienação das participações sociais até a dita revogação, existe uma diferença de tratamento que coloca as sociedades SGPS em desvantagem face as restantes sociedades comerciais.

15.

Este é aliás, o caso da exponente visto que, dentre 2003 e 2013, não alienou quaisquer participações, mas acresceu todos os encargos financeiros suportados com base nas normas aplicáveis e respectivas circulares. Não tendo, desta forma, gozado de qualquer vantagem face a uma sociedade comercial mas submetida a um regime mais gravoso.

16.

Tivesse a exponente consciência desta futura revogação e estando presente que não pretendia alienar as participações a curto prazo, teria optado pelo regime regra e deduzido todos os encargos financeiros ao longo dos 11

exercícios económicos entre 2003 e 2013, conforme agora se requer. (...)

18.

Não consideramos que sejam relevantes, como V. Exas. as apresentam, as alterações ao artigo 32º do EBF e as revogações de alguns dos seus números, visto que estes são independentes entre si e que a situação em apreço não depende de nenhum outro número do artigo que não o n.º 2 praticamente inalterada desde a sua criação.

19.

Não poderíamos, por isso, pressupor que elementos de um artigo que em nada interferiam com a isenção de tributação de mais-valias ou a não dedutibilidade dos encargos financeiros pudessem ter relevância ou ser indicadores de uma potencial revogação ou perda de relevância deste número em concreto.

II. Da inexistência de uma Norma Transitória

(...)

21.

Sem repetir os argumentos já apresentados na Reclamação Graciosa, mas remetendo novamente para os mesmos, não consideramos que faça sentido a Administração Tributária fazer passar esta situação por “duplo benefício” quando, na verdade, o que se discute é a existência de um regime excepcional que pretendia incentivar a criação de grupos económicos fortes e que, ao invés, prejudicou aqueles que por ele optaram, por comparação com o regime regra a que se sujeitaram as sociedades comerciais.

22.

O facto de não existir uma norma transitória relativamente a esta Lei não isenta a Autoridade Tributária da aplicação do princípio da tutela da confiança (cujos

requisitos se encontram cumpridos, cfr. Pontos 51. a 59. da Reclamação Graciosa apresentada), o qual exige que a reclamante não veja as suas legítimas expetativas frustradas.

23.

Daqui se conclui que, a menos que a criação do regime das SGPS tivesse um carácter conjuntural, o que não parece ser verdadeiro tendo em conta as motivações que apresentaram para a existência do mesmo (com as quais concordamos), não poderão frustrar as expetativas do contribuinte, que tomou decisões de longo prazo e com carácter estrutural para o seu Grupo e que, sabendo desta revogação, não teria optado por uma estrutura societária e de financiamento do Grupo semelhante.

IV- Do Pedido

Nestes termos, a ora exponente não concorda com o projeto de decisão e solicita a V. Exas. Que considerem o valor dos encargos financeiros dedutíveis de € 619.685,22, procedendo ao reembolso de IRC indevidamente pago, no montante de €4.064,92 e ao reconhecimento do reporte adicional para 2015 do prejuízo fiscal apurado em 2014 de €452. 769,70."

Em análise aos argumentos aduzidos pela reclamante, em sede de direito de audição, verifica-se o seguinte:

Do princípio da Tutela da Confiança

1 - Nos pontos 6 a 19 do Direito de Audição vem a reclamante contestar não ter existido critério e ponderação na análise aos argumentos apresentados na petição inicial, em sede de reclamação graciosa, da interpretação dada ao princípio da tutela da confiança no projeto de indeferimento que aqui se dá como integralmente produzido.

Relativamente aos argumentos aduzidos pela reclamante somos a informar que desde a sua estatuição pelo Decreto-Lei n.º 215/89, que o Estatuto do benefícios Fiscais (EBF) comporta benefícios de carácter temporal ou

condicionada (convencionais) e benefícios de caráter permanente.

Desde logo, esta distinção encontra-se plasmada no artigo 3.º do referido Estatuto quando determina no n.º 1, do artigo 3.º do Estatuto dos benefícios Fiscais (EBF) ..."As normas que consagram os benefícios fiscais das partes II e III do presente Estatuto vigoram durante um período de cinco anos, salvo quando disponham em contrário", ou seja, os benefícios fiscais inseridos nas partes II e III do EBF, são benefícios cuja natureza e condicionada ou temporária, pelo que os sujeitos passivos só podem usufruir de tais benefícios durante a sua vigência temporal, sendo certo que, excluídos deste âmbito temporal ficam os benefícios fiscais estatuídos nas outras partes/secções do referido Estatuto.

Esta diferenciação teve, desde a sua criação, o objetivo de garantir as expectativas dos sujeitos passivos, como se pode verificar, desde logo, o n.º 2 do artigo 2.º do referido Decreto-Lei n.º 215/89, que disciplina o regime transitório geral estabelecido com a aprovação do EBF, que dispunha, em relação aos benefícios fiscais cujo direito fora adquirido até 31 de Dezembro de 1988, que são direitos adquiridos os benefícios fiscais de fonte internacional e contratual e os benefícios temporários e condicionados, sem prejuízo do disposto nos Códigos do IRS, IRC. Com esta norma, o legislador pretendeu assegurar a manutenção dos benefícios fiscais adquiridos antes da entrada em vigor do EBF durante o prazo pelo qual os mesmos foram inicialmente concedidos, protegendo os contribuintes de normas que alterem ou revoguem os benefícios em questão. Assim, há que referir a importância da distinção entre benefícios fiscais permanentes e temporários, dado que a revogação da lei que concede os benefícios fiscais temporários não pode aplicar-se aos benefícios em curso, antes de terminado o prazo respetivo. Estamos assim, nestes casos, perante o direito ao benefício, que não pode ser suspenso ou suprimido, enquanto direito adquirido que é. Também o n.º 1 do artigo 11.º do EBF estabelece que as normas que alterem ou revoguem benefícios fiscais convencionais, condicionados ou temporários não se aplicam aos contribuintes que já usufruam

dos mesmos, em tudo o que os prejudique, desde que o legislador não disponha expressamente em contrário. Assim, o benefício fiscal de natureza convencional, condicionado ou temporário, será usufruído, no mínimo, pelo prazo concedido ao abrigo da lei antiga, podendo, se for caso disso, beneficiar de um prazo superior ao anterior se tal resultar da nova lei. O Estatuto dos benefícios Fiscais (EBF) encontra-se sistematizado por partes, sendo certo que o artigo 32.º, aqui em crise, está inserido na parte III do Estatuto (LOE n.º 55-A/2010, de 31/12), logo, trata-se de um benefício fiscal de carácter temporário ou condicionado. Nestes termos não pode a reclamante afirmar que a LOE para 2014 frustrou as suas expectativas na medida em que o referido artigo 32.º do EBF, o benefício fiscal em causa, pela sua natureza, já se encontrava imbuído de um limite temporal. Quanto ao alegado pela reclamante, que o regime anterior de que gozava, segundo refere, lhe era mais favorável (à data) pela atividade prosseguida e que se da referida revogação tivesse conhecimento não teria aderido a esse regime.

Tal como alega, o regime excecional das SGPS, a que a reclamante aderiu voluntariamente, encontrava-se inserido num benefício fiscal que, pela sua natureza era de carácter temporário, pelo que a existência de uma expectativa jurídica que, à luz do princípio da confiança, foi violada, não tem cabimento. Até porque o artigo 32.º do EBF, como nos referimos no projeto de decisão, a título meramente exemplificativo, sofreu varias revogações indicadores do fim deste regime excecional. Não pode a reclamante vir alegar que a revogação do regime anterior produziu efeitos discriminatórios para as SGPS's, a reclamante aderiu a ele por lhe ser o mais conveniente (podendo dele se desvincular se fosse essa a sua vontade dado o período temporal aqui atacado), pelo que não pode argumentar nesta sede que a nova lei é discriminatório uma vez que, a fim de não defraudar as expetativas dos operadores económicos, manteve as mesmas condições (proibição da dedução dos custos de aquisição de participações sociais e isenção das mais valias na sua alienação) do n.º 2 do

artigo 32.º do EBF. Tal como referido no projeto de decisão, não se trata de um prejuízo a reclamante, no novo regime fiscal, mas sim de um alargamento de benefícios a outros sujeitos passivos. E quanto ao facto da reclamante não ter alienado as participações sociais que havia adquirido e consequentemente não ter aproveitado o benefício fiscal não tem a Administração Tributária responsabilidade uma vez que, se a isso obrigasse, estaria a violar o princípio basilar do direito da Autonomia da Vontade. Assim sendo, e atentando agora aos pressupostos ou requisitos da proteção de confiança, necessário é concluir pelo não preenchimento de, pelo menos, dois desses pressupostos. Desde logo, não pode afirmar-se que, tenha o Estado (maxime, o legislador) encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade (pois desde o momento em que aquele benefício foi aprovado que a reclamante sabia tratar-se, aqui, de uma situação excecional e condicionada). Depois, também não pode considerar-se que fossem fundadas as expectativas privadas de manutenção daquele regime: A revogação da norma que previa o benefício não podia surgir aos olhos da reclamante como algo de improvável ou inverosímil. Atenta a especial natureza deste benefício fiscal - que, repete-se, desde o início da sua consagração assumia uma natureza condicional (porque dependia da manutenção de uma situação na forma SGPS, pelo prazo mínimo de cinco anos). Decorre, pois, que a reclamante tem, aqui, unicamente uma expectativa de manutenção do referido regime, expectativa esta que se continua a verificar, dado que a "compensação" entre a não dedução de encargos financeiros inerentes a aquisição de participações sociais com a isenção de tributação das mais valias em alienações futuras das participações financeiras continua a vigorar.

II Da Inexistência de Norma Transitória

2.- Nos pontos 21 a 23, vem a reclamante por em crise o projeto de decisão alegando, sucintamente, que o facto de, na reforma do IRC de 2014, não existir norma transitória não dispensa a Autoridade Tributária (AT) da aplicação do

princípio da tutela da confiança.

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) “Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa os benefícios fiscais e as garantia dos contribuintes,” sendo que, nos termos do disposto na alínea i) do n.º 1, do artigo 165.º, do mesmo diploma, e da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas. É este o chamado princípio da legalidade fiscal, de que é corolário o nº 3 do art.º 103.º da CRP que dispõe que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”. Resulta do exposto que o poder para legislar em matéria fiscal é um poder que cai na chamada reserva relativa da Assembleia da República, designadamente, no que respeita à incidência do mesmo.

As orientações administrativas veiculadas sob a forma de circular da Administração Tributaria, não constituem normas e podem ser objeto de declaração de inconstitucionalidade formal, pelo que, sendo a Autoridade Tributaria e Aduaneira um organismo estatal, rege-se, na sua atividade, pelos princípios que lhe são instituídos no procedimento administrativo, nomeadamente, a sua submissão ao cumprimento rigoroso do princípio da legalidade. Neste sentido, não pode o poder administrativo completar a norma fiscal acrescentando exigências ou benefícios que a lei não impôs na medida em que esse ato de completar extravasa o exercício do poder legislativo que lhe está vedado e, apesar do direito instituído à AT de poder emanar circulares ou orientações genéricas, não podem estas ser incompatíveis com normas fiscais. Assim, ao contrário do alegado pela reclamante, não compete à Autoridade Tributária ir ao contrário das disposições do legislador fiscal que, caso desejasse aplicar outro benefício as situações inseridas no regime do n.º 2, do artigo 32.º

do EBF, teria criado uma norma que assim dispusesse.

e) A Requerente, inicialmente designada como B..., SGPS, SA., foi constituída em 29 de novembro de 2001, estando a sua atividade enquadrada como “gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indirecta de exercício de atividades económicas”;

f) A Requerente, como SGPS, cumpre, desde a sua constituição, a função de uma sociedade holding;

g) Entre 2003 e 2013, a Requerente adquiriu e manteve um conjunto alargado de participações sociais representativas do capital social de sociedades operacionais;

h) Sendo a Requerente uma SGPS, não deduziu ao lucro tributável, por imposição do artigo 32.º, n.º 2, do Estatuto dos benefícios Fiscais (EBF) os encargos financeiros associados à aquisição das referidas partes de capital;

i) A Requerente acresceu os montantes calculados nas declarações Modelos 22 os montantes indicados na seguinte tabela: (documentos n.ºs 4, 5, 6 e 7 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos)

IMAGEM

j) Os montantes acima apresentados encontram-se descritos nos respetivos Anexos às demonstrações financeiras de cada ano (Documentos n.ºs 8, 9, 10 e 11 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos);

k) A Requerente não beneficiou da isenção de tributação de mais-valias ao abrigo do artigo 32.º do EBF relativamente ao conjunto de participações sociais por si detidas, porque as mesmas nunca foram alienadas antes da revogação do regime previsto no artigo 32.º, n.º 2, do EBF;

l) Em 21-12-2017, a Requerente apresentou o pedido de pronúncia arbitral que deu origem ao presente processo.

II.2 - De Direito

I. Começando por analisar as condições de admissibilidade do presente Recurso, importa recordar os requisitos para tal previstos:

- que a decisão arbitral recorrida se tenha pronunciado sobre o mérito da pretensão deduzida e tenha posto termo ao processo arbitral, nos termos do artigo 25.º, n.º 2 do RJAT;
- que a mesma esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de Direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo ou com outra decisão arbitral, nos termos do mesmo artigo;
- que a orientação perfilhada na decisão arbitral não esteja de acordo com a jurisprudência mais recente consolidada do Supremo Tribunal Administrativo, nos termos do n.º 3 do artigo 152.º do CPTA, para o qual o n.º 3 do artigo 25.º remete;
- que o acórdão fundamento tenha transitado em julgado, nos termos do artigo 688.º, n.º 2 do CPC, aplicável ex vi artigo 140.º, n.º 3 do CPPT.

II. Entende-se, ainda, que é idêntica a questão fundamental de Direito quando:

- as situações fácticas em ambos os arestos sejam substancialmente idênticas, entendendo-se, como tal, para este efeito, as que sejam subsumidas às mesmas normas legais;
- o quadro legislativo seja também substancialmente idêntico, o que sucederá quando seja o mesmo o regime jurídico aplicável ou quando as alterações legislativas a relevar num dos acórdãos não interfira, nem directa nem indirectamente, na resolução da questão de direito controvertida;
- quando a divergência entre as decisões (recorrida e fundamento) se verifica ao nível das próprias decisões e não exclusivamente quanto aos respectivos fundamentos.

III. Ora, comecemos por sublinhar que são aqui confrontadas duas decisões arbitrais, versando ambas sobre liquidações de IRC do ano de 2014, dando soluções interpretativas distintas à aplicação do regime vertido no (à data) artigo 32.º, n.º 2 do EBF e do Ponto 6 da Circular 7/2004, de 30 de Março, da DSIRC, ao caso da recuperação dos encargos financeiros incorridos pelas SGPS, aquando da cessação do respectivo regime fiscal.

IV. Como detalhadamente explanou o Representante do Ministério Público junto deste Supremo Tribunal, em termos que acompanhamos por inteiro:

“2. DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO EM CADA UM DOS ARESTOS.

2.1 Na decisão arbitral recorrida, o tribunal arbitral começou por fazer referência a outras decisões arbitrais, e nomeadamente à decisão proferida no processo nº 610/2017-T, a cujos fundamentos aderiu, no sentido de que «... a situação do caso não se enquadra na previsão do n.º 6 da Circular n.º 7/2004, porquanto a revogação do artigo 32.º, n.º 2 do EBF não pode entender-se como equiparável à falta de preenchimento dos requisitos para a aplicação do regime definido nesse normativo, quando este estava ainda em vigor. (...) Além de que a Circular n.º 7/2004, ainda que possua eficácia vinculativa para a AT, pelo seu carácter de ato regulamentar interno, não vincula os tribunais, que terão de aferir da legalidade da atuação administrativa em função das normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto. Acresce que a revogação do disposto no artigo 32.º do EBF teve como contrapartida a introdução do regime de participation exemption previsto no novo artigo 51.º-C do Código do IRC, aditado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, de onde resulta que as SGPS passam a beneficiar da não sujeição a tributação de mais e menos-valias de participações sociais e a deduzir os encargos financeiros nos termos gerais dos artigos 23.º e 67.º do Código do IRC. E, nesse sentido, a sucessão dos regimes legais não afronta o princípio da igualdade ou da proteção da confiança».

2.2 Concluiu-se, assim que «a aplicação do disposto na Circular nº 7/2004, com a consequente possibilidade de dedução de encargos financeiros, tem como pressuposto a ocorrência de alienação de participações sociais e, bem assim, a revogação do regime legal não é equiparável ao não preenchimento dos requisitos de que dependia a isenção da tributação de mais-valias nos termos da referida circular. O que sucede é que o regime contante do artigo 32º, nº2, do EBF foi substituído por outro, pelo que a dedução dos encargos financeiros apenas pode ocorrer no quadro da nova disciplina legal e não por efeito da fictícia aplicação de uma Circular que visava esclarecer dúvidas interpretativas que pudessem ser suscitadas no âmbito do regime precedente».

2.3 Já no caso da decisão arbitral que serve de fundamento (645/2017-T) o tribunal considerou, fazendo alusão à doutrina administrativa da circular nº 7/2004 da DSIRC, que «...tendo sido revogado o regime referido antes do «momento da alienação das participações», tem de se concluir, definitivamente, que o regime do artigo 32.º, n.º 2, não poderá ser aplicado. E, adquirida num determinado exercício, por ter sido revogado o regime legal, a certeza de que não se verificarão «todos os requisitos para aplicação daquele regime», a Autoridade Tributária e Aduaneira está vinculada a aplicar a estatuição que anunciou na parte final daquele ponto 6: «proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores».

2.4 Concluiu-se, assim, que «é ilegal a decisão da reclamação graciosa o que justifica a sua anulação, bem como da autoliquidação de 2014, na parte em que não foram considerados como gastos os encargos financeiros suportados pela Requerente nos exercícios de 2006 a 2009 com a aquisição de participações sociais».

2.5 Afigura-se-nos, assim, salvo melhor opinião, que se mostram reunidos os pressupostos legais do recurso para uniformização de jurisprudência, conforme vem sustentado pela Recorrente, pois confrontados com situações de facto

substancialmente similares e no âmbito do mesmo quadro jurídico, foram perfilhadas, de forma expressa, soluções opostas nas duas decisões arbitrais, tendo por objeto a questão de saber se a revogação do regime previsto no nº2 do artigo 32º do EBF, pela Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro, implica a dedução por parte de sociedade SGPS dos encargos financeiros suportados com a aquisição de participações sociais no período anterior a essa revogação e que nessa data ainda se encontrassem na sua titularidade, em conformidade com o segmento final do ponto 6 da circular nº 7/2004, da DSIRC, de 30 de março, sob pena de violação pela AT do disposto no artigo 68º-A, nº1, da LGT.

2.1 Sendo certo que em ambos os processos está em causa a liquidação de IRC relativa ao ano de 2014, e situações em que os sujeitos passivos (SGPS's) suportaram encargos financeiros com a aquisição de participações sociais no período anterior a 31/12/2013 que não haviam sido deduzidos por força do disposto no nº2 do artigo 32º do EBF e da circular nº 7/2004 da DSIRC, e relativos a participações sociais que a essa data ainda se encontravam na sua titularidade.”

V. Assim sendo, por terem por objeto o mesmo período de tributação (exercício de 2014), por respeitarem ao mesmo imposto (IRC), por versarem sobre o mesmo pedido (dedução/recuperação dos encargos financeiros incorridos e não deduzidos nos anos anteriores à revogação do regime SGPS), por assentarem sobre o mesmo fundamento jurídico (artigo 32.º, n.º 2 do EBF, na interpretação dada pela AT no Ponto 6 da Circular n.º 7/2004, de 30 de Março, da DSIRC) e, por fim, por terem dado interpretação distinta à mesma norma, julgamos integralmente verificados as condições de recorribilidade constantes do artigo 25.º do RJAT, na redação introduzida pela Lei nº 119/2019, de 18 de Setembro.

VI. Passemos de seguida à análise da questão de fundo, a questão de Direito que originou a divergência interpretativa que sustenta o presente Recurso.

E começemos, a esse respeito, por recordar o disposto na norma aqui em debate, a saber, o artigo 32.º, n.º 2 do EBF, que dispunha à data da sua revogação a seguinte redacção: “As mais-valias e as menos-valias realizadas pelas SGPS, pelas SCR e pelos ICR de partes de capital de que sejam titulares, desde que detidas por período não inferior a um ano, e, bem assim, os encargos financeiros suportados com a sua aquisição não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades.”

VII. O diploma que extinguiu o regime fiscal das SGPS, constante do artigo 32.º (em particular o n.º 2) do EBF – Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro – não criou, ao menos expressamente, qualquer regime transitório destinado a acautelar a mudança de soluções fiscais daí decorrente. E o mesmo se diga da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que aprovou a Reforma do IRC.

Tal dado jurídico – que parece ser absolutamente inquestionável para ambas as Partes – importa uma outra consequência relevante mas já menos unânime: os diplomas ou regras de interpretação que desenvolvem e densificam o respectivo regime ou o interpretam encontram-se igualmente revogados nessa exata medida e nesse preciso momento, não sobrevivendo a tal ocorrência. É o que sucede com a Circular n.º 7/2004, da DSIRC, de 30 de Março, não se demonstrando com que fundamentos possa a mesma vigorar para além do diploma que a própria interpreta.

Mas, e mesmo que assim não sucedesse – e fosse, portanto, possível justificar a sobrevivência do regime da Circular à revogação da respectiva legislação habilitante (o que, insiste-se, não se vê como possa suceder) – sempre acresce que, e olhando à aventada norma do Ponto 6 da Circular n.º 7/2004, da DSIRC, de 30 de Março, não se vislumbra a possibilidade de tal suceder por aplicação direta do mesmo (ou sequer por analogia, acaso a mesma fosse possível), atenta a redacção estrita do citado ponto 6: “Relativamente ao exercício em que deverão ser desconsiderados como custos, para efeitos fiscais, os encargos

financeiros, dever-se-á proceder, no exercício a que os mesmos disserem respeito, à correcção fiscal dos que tiverem sido suportados com a aquisição de participações que sejam susceptíveis de virem a beneficiar do regime especial estabelecido no n.º 2 do art.º 31º do EBF, independentemente de se encontrarem já reunidas todas as condições para a aplicação do regime especial de tributação das mais-valias. Caso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime, proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores.”

Entendemos, por isso, ser inevitável daqui concluir que, da mera revogação do regime fiscal até então aplicável não se pode fundar uma equiparação da situação dos autos com a de uma “alienação” da participação social. E, a este respeito, sempre importará sublinhar, respondendo ao argumento da Recorrente, que a interpretação dada pela AT no Despacho de 24 de Fevereiro de 2011 do Director-Geral dos Impostos, exarado no Processo n.º 39/2011 (a propósito da não aplicabilidade do regime à valorização das partes sociais ao Justo Valor, e motivada por razões evidentes e notórias de Justiça Fiscal material [por se tratar de uma perda definitiva do benefício da isenção], aqui manifestamente não aplicáveis) apenas tem valor no estrito âmbito do processo em que foi decidido, não se vendo como possa aqui ser replicado.

Por último, registre-se que, por regra, o legislador não está vinculado à manutenção ad eternum de um determinado regime fiscal, seja ele benéfico ou prejudicial; e que só não será assim por ponderosas razões de tutela da confiança, sempre carentes de demonstração in casu – questão a que adiante se voltará.

Daqui decorre, portanto, uma inevitável consequência: não existe, por força de qualquer norma em vigor à data da formulação do peticionado, um suporte jurídico expresso capaz de sustentar a leitura que defende a recuperação dos

encargos financeiros incorridos com a aquisição de participações sociais e não deduzidos à data da revogação do regime das SGPS por mero efeito, precisamente, desta mesma revogação.

VIII. Vertendo, agora, à questão decisiva da sucessão dos regimes.

Entende a Recorrente (e estriba aí grande parte da sua argumentação) que não existe qualquer relação entre o regime especial das SGPS e o regime geral que lhe sucedeu da DeelnemingVrijstelling (também conhecido pela designação inglesa de regime de Participation Exemption), vertido nos artigos 51.º e ss. do Código do IRC, em especial o artigo 51.º-C, onde se prevê a isenção genérica (para todas as empresas, portanto, e não reservada a certos tipos societários como até então) das mais-valias com participações sociais verificados certos requisitos.

Esta leitura é, salvo o devido respeito, errada e exclusivamente assente num formalismo hermético.

Apesar de os diplomas legais que aprovaram este regime e revogaram aquele outro serem distintos – e houve boas razões de Legística para que tal assim sucedesse – os mesmos encontram-se estruturados de modo nitidamente sucedâneo, desde logo na sua aplicação no tempo, com a entrada em vigor da Reforma do IRC de 2014 a retroagir os seus efeitos ao primeiro dia do ano de 2014 (cfr. artigo 14.º da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro).

Mas, no mesmo sentido, pontua o facto de o novo regime ser imediatamente aplicável às participações sociais já detidas por quaisquer sujeitos passivos (incluindo, portanto, as SGPS) à data do início da sua produção de efeitos, em nítido contraste com o que sucedeu, por exemplo, com os regimes previstos nos novos artigos 45.º-A e 50.º-A do Código do IRC, os quais viram a sua aplicação condicionada unicamente aos ativos adquiridos ou registados após o dia 1 de Janeiro de 2014 – cfr., expressamente, o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro.

Em suma, as participações sociais detidas pelas SGPS passaram a ser imediatamente sujeitas ao regime da Participation Exemption pela simples entrada em vigor deste último.

IX. Mas também assim se passam as coisas sob uma análise de fundo.

Com efeito, e atento o respectivo âmbito, forçoso é concluir que o ulterior regime da Participation Exemption veio consumir a esmagadora maioria das situações previstas no regime das SGPS no que à isenção respeita, sendo altamente reduzidas as circunstâncias em que uma SGPS não possa beneficiar do regime da Participation Exemption vertido no artigo 51.º-C do Código do IRC. Com efeito, este generoso regime geral não só abrange todos os tipos societários que detenham quaisquer partes sociais potencialmente geradoras de mais e menos-valias, como abrange ainda partes sociais de sociedades situadas em qualquer ponto do planeta (excecionadas as zonas offshore), apenas excluindo grosso modo – face ao regime das SGPS a que sucedeu – as mais-valias e menos-valias obtidas por referência a posições de partida traduzidas em participações sociais de pequena monta (inferiores a 10% actualmente, 5% à data da aprovação do regime) ou, ainda, as respeitantes a sociedades imobiliárias. E tal proximidade de regimes não pode ser, simplesmente, ignorada.

Foi, precisamente, isto que o legislador veio esclarecer na motivação da Reforma do IRC de 2014, como se extrai do Relatório da respectiva Comissão: “Pelos motivos expostos, a Comissão de Reforma propõe a adoção de um regime participation exemption de cariz universal (i.e., aplicável ao investimento independentemente do país ou região em que este se materialize, salvo as indispensáveis normas antiabuso) e horizontal (aplicável tanto à distribuição de lucros e de reservas, quanto às mais-valias, e, bem assim, às diversas operações suscetíveis de serem consideradas substitutos próprios destas operações). ...

[A] adoção do novo regime de participation exemption veio tornar redundantes, na perspetiva da Comissão de Reforma, diversos regimes fiscais especiais atualmente existentes. Por esta razão, propõe-se a eliminação dos seguintes regimes:

...

c) uma vez que o novo regime também consome o regime fiscal previsto para as SGPS, e atendendo a que estas não lograram atingir o objetivo originariamente proposto de se afirmarem como veículo de investimento fiscalmente competitivo no plano internacional, propõe-se a eliminação do artigo 32.º do EBF, recomendando ainda que seja extinto o regime jurídico-societário destas entidades, hoje previsto no Decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro; por razões de idêntica natureza, julga-se apropriada a revogação do artigo 32.º-A (sociedade de capital de risco e investidores de capital de risco) do mesmo EBF...” – cfr. **COMISSÃO DE REFORMA DO IRC 2013**, Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego – Relatório Final, ps. 104, 108-9.

Acresce a isto que, e levando o raciocínio da Recorrente ao limite, qualquer alteração material de natureza restritiva ao regime das SGPS ocorrida na vigência deste precipitaria imediatamente e sem mais o direito à recuperação de todos os encargos financeiros incorridos na aquisição das partes sociais detidas à data pela SGPS, sem qualquer consideração acerca da efetiva consumação da perda do benefício da isenção fiscal com o qual a não dedutibilidade se encontra intimamente ligada. O mesmo se pretende nos presentes autos: as SGPS recuperariam os encargos financeiros não deduzidos, independentemente de virem a beneficiar da isenção no regime sucedâneo. O que não é justificável.

Em resumo, serão raríssimos os casos em que o apuramento de uma mais-valia ou menos-valia com a alienação de uma parte social por parte de uma SGPS estaria incluída no regime anterior, mas excluída do regime que lhe sucedeu e

ainda hoje perdura. E tal não pode ser, sem mais, ignorado.

Temos, por isso, que sob um ângulo de análise substancial, há uma nítida continuidade de regimes, a qual foi devidamente considerada pelo legislador e não pode ser ignorada pelo intérprete, sem prejuízo de o regime que passou a vigorar a partir de 2014 se revelar mais favorável no que respeita à questão da dedutibilidade dos encargos financeiros.

X. Por outro lado, impõe-se alertar para que, só uma vez concretamente demonstrada a eventualidade de a SGPS vir a registar uma mais-valia não tributada – a não abrangência, portanto, pelo regime de isenção da Participation Exemption para mais e menos-valias aquando da realização efetiva do ganho – se poderá justificar a solicitação da reposição dos encargos financeiros incorridos com a aquisição das correspondentes partes sociais pela própria SGPS, numa lógica de tutela da confiança. Na verdade, e contrariamente ao sustentado pelo Recorrente, fazer operar um tal princípio num cenário de pura abstracção, em desconsideração absoluta pela efetiva verificação (ou não) do dano decorrente da suposta quebra da confiança é não só incoerente como dogmaticamente insustentável.

É que, a demonstração de um dano concreto é imposta, desde logo, pelo elemento sistemático – que domina tendencialmente a actividade hermenêutica nas legislações codificadas: que só no momento de realização da venda (ou outra “transmissão onerosa” que se encontre prevista no n.º 5 do artigo 46.º do Código do IRC) e perante circunstâncias factuais justificadoras da tutela do investimento de confiança se pode ter por verdadeiramente demonstrado (ou não) o pressuposto subjacente à indedutibilidade dos encargos financeiros: a abrangência por um regime de isenção, seja este o do regime SGPS ou o do regime Participation Exemption.

Aliás, a não ser assim, nada impediria que, uma vez recuperados os gastos financeiros incorridos com a aquisição de partes sociais, estas mesmas partes

sociais viessem a ser, ulteriormente, alienadas com isenção das respetivas mais-valias e menos-valias, assim juntando as vantagens da não aplicação do antigo regime com as vantagens da aplicação do novo regime e mesclando a gosto. E gerando, ainda, uma outra assimetria temporal de efeitos que não se vê como possa ter sido pretendida pela Lei: a plena dedução (rectio, recuperação) dos encargos financeiros incorridos pelas SGPS até 2014 contrastaria com a das demais empresas, as quais, ou não beneficiavam de qualquer isenção para mais-valias e menos-valias até 1 de Janeiro de 2014 ou, já com o novo regime, continuam sujeitas a constrangimentos quanto à dedução de encargos financeiros (vd., por exemplo, artigo 67.º do Código do IRC).

Em conclusão, julgamos ser de concluir que só vislumbrando agregadamente os regimes que, em termos sucedâneos, regularam as isenções de mais-valias e menos-valias de partes sociais antes e depois de 1 de Janeiro de 2014 se pode lograr uma solução fiscal justa e sistematicamente coerente.

XI. Dir-se-á, ainda, que a dedutibilidade dos encargos financeiros terá sempre de ocorrer em respeito pelas regras da especialização económica; quer dizer que, salvo regra especial para o efeito – ou interpretação vinculativa da AT, por força do artigo 68.º-A, n.º 1 da LGT, como sucederia com o Ponto 6 da Circular 7/2004, da DSIRC – será no momento do decaimento patrimonial efectivo (o ano em que foram incorridos) e não no momento da cessação do regime fiscal da SGPS que poderiam ser deduzidos os encargos financeiros assumidos por estas entidades com a aquisição das participações sociais – cfr. artigo 18.º, n.º 1 do Código do IRC, sendo designadamente inaplicável o circunstancialismo do n.º 2 desse mesmo normativo.

Assim, a imputação temporal de tal lançamento só pode ser questionado quando o pressuposto legal que o fundou se tenha (ulteriormente) demonstrado por efectivamente não verificado, impondo a correção do mesmo.

XII. Por tudo isto, e ao invés do sustentado pela Recorrente, o que tem lugar no presente caso é a existência de um pressuposto de enquadramento fiscal – a isenção de tributação das mais-valias e menos-valias – cuja não verificação, aquando (e apenas aquando) do momento da alienação das partes sociais, impõe efeitos resolutivos gerais; e tal implica – à semelhança das condições resolutivas, em geral – a devolução dos encargos financeiros necessários à aquisição de tais partes sociais e que não foram deduzidos ao longo dos vários exercícios anteriores atento precisamente tal pressuposto.

Com efeito, há uma correlação incindível entre a assunção de encargos financeiros incorridos e não deduzidos com a aquisição de um determinado ativo (as partes sociais) e a subsequente realização não tributada do ganho (mas que pode ser perda, recorde-se) obtido com a alienação desse mesmo ativo. É esta coerência singular – e única, aliás, que explica a conformidade da não dedução de tais encargos com o princípio fundamental da tributação pelo lucro real – que explica todo o regime fiscal; e ela explica que se tenha de diferir para o momento da realização o apuramento (ou não) do efeito resolutivo relativo aos respectivos encargos financeiros, traduzido na sua recuperação fiscal.

Ora, é também esta coerência que fundamenta as exigências de tutela da confiança, as quais se explicam com o investimento de confiança do contribuinte nesta relação de dependência (invertida, diríamos), na qual a eventual não aplicação da solução de isenção fiscal (independentemente do regime que a consagra ser o das SGPS ou o regime da Participation Exemption) das mais-valias mobiliárias em causa implica a recuperação dos correspondentes encargos financeiros incorridos e não deduzidos, sem carecer de um “ato de criação de lei” como alega o Recorrente. Sucede que uma tal conclusão só pode retirar-se, precisamente, quando o evento gerador da mais-valia se verifique e não aquando da cessação de um regime que é, de imediato,

sucedido por outro de natureza sucedânea.

Assim sendo, o efeito resolutivo justificador da recuperação dos encargos financeiros não deduzidos incorridos com a aquisição das partes sociais (desvantagem) apenas se terá por verificado aquando da transmissão onerosa das mesmas - ocorra ela na vigência do actual regime da Participation Exemption ou de regime que lhe suceda - e apenas uma vez verificada a inaplicação em concreto do benefício da isenção (vantagem).

XIII. A tutela da confiança que esta solução confere é manifestamente suficiente, não se justificando a devolução em bloco de todos os encargos financeiros incorridos com a aquisição da totalidade das partes sociais de que as SGPS eram titulares à data da revogação do regime anterior e início da produção de efeitos do novo regime.

Esta última solução, pretendida pela Recorrente como forma de neutralizar integralmente os efeitos da mudança do regime fiscal relativamente aos encargos financeiros com partes sociais - da regra da indedutibilidade no regime SGPS para a regra de dedutibilidade (ainda que ligeiramente condicionada) no Código do IRC - vai muito além do que a tutela da confiança impõe, exigindo antes uma solução expressa de Direito Transitório, por parte do legislador; solução essa que, simplesmente, não existe por manifesta opção legislativa. E, a tal respeito, atenta a extensão do artigo 12.º da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro (que aprovou a Reforma do IRC de 2014), dificilmente se duvidará que, acaso o legislador o tivesse pretendido, teria regulado em sede de disposições transitórias a transição do regime menos favorável das SGPS para o regime mais favorável da Participation Exemption, à semelhança do que fez nos catorze números que compõem aquele dispositivo. Aliás, sempre se acrescentará que, a respeito precisamente da Participation Exemption, o legislador veio prever regras específicas transitórias nos n.ºs 3 e 12 desse artigo 12.º, quanto aos efeitos e termos de aplicação no tempo do artigo 51.º-C do

Código do IRC; e, assim, parece-nos legítimo concluir que, se não quis regular a problemática da transição de regimes nos termos invocados pela Recorrente foi porque, manifestamente, entendeu não o fazer.

Acresce, por último, que uma vez assim apurada, i.e., no momento da efetivação do ganho (ou perda) não isentos – ao invés do momento da cessação do regime – esta correção é ainda susceptível de ser utilizada por todas as empresas que tenham encargos financeiros indevidamente não deduzidos, contrariamente à solução interpretativa avançada pela Recorrente, a qual impediria de tal direito as SGPS que não tenham reclamado das liquidações de IRC relativas ao ano de 2014.

XIV. Quanto à alegada violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da tributação fundamentalmente do rendimento real e da tutela da confiança por efeito de uma não dedução dos encargos financeiros na sequência da revogação do regime SGPS, entendemos que a resposta a tais alegações foi já lapidarmente dada pelo Tribunal Constitucional no aresto n.º 638/2018, prolatado em 16 de Novembro de 2020, em termos que acompanhamos integralmente, e onde se pode ler: “Produzindo efeitos a partir de 1 de janeiro de 2014 e não tangendo as mais-valias realizadas (e não tributadas) com a transmissão de participações sociais até essa data, a revogação do regime privilegiado aplicável às SGPS não pode considerar-se autenticamente retroativa, na medida em que, embora se reporte a valorizações de bens e ativos que começaram a formar-se na vigência da lei antiga, terá repercussões sobre a posição fiscal dos contribuintes em relação a factos tributários que não ocorreram totalmente no domínio desta.

24. A verificação de que uma norma não contende diretamente com o disposto no n.º 3 do artigo 103.º da Constituição não é suficiente, porém, para concluir pela respetiva conformidade constitucional. Assim o é porque, conforme entendimento constante deste Tribunal (cf., entre outros, os Acórdãos n.ºs

128/2009, 175/2018 e 309/2018), também no âmbito tributário as mutações da ordem jurídica não podem atingir as expectativas criadas ao abrigo da lei antiga em termos incompatíveis com aquele mínimo de certeza e de segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição.

Impõe-se, assim, verificar se a norma em causa efetivamente excede, tal como entendeu o tribunal recorrido, os limites decorrentes do princípio da proteção da confiança.

Tendo em conta a anterior jurisprudência constitucional, o Acórdão n.º 309/2018, proferido em matéria fiscal, densificou tal princípio do seguinte modo:

«13. (...) [O] legislador não está impedido de alterar o sistema legal afetando relações jurídicas já constituídas e que ainda subsistam no momento em que é emitida a nova regulamentação, sendo essa uma necessária decorrência da autorevisibilidade das leis. O que se impõe determinar é se poderá haver por parte dos sujeitos de direito um investimento de confiança na manutenção do regime legal (Acórdão n.º 188/09).

Se bem que a aplicação do princípio da proteção da confiança depende, necessariamente, do confronto entre a finalidade de interesse público e as expectativas frustradas pela medida em causa, para aferir da existência de uma “situação de confiança” e do “investimento na confiança”, importa ter presente o método que a jurisprudência constitucional adota quando procede à ponderação desses interesses.

De acordo com essa jurisprudência, para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da confiança é necessário: em primeiro lugar, que as expectativas de estabilidade do regime jurídico em causa tenham sido induzidas por comportamentos dos poderes públicos; que elas sejam legítimas, ou seja, fundadas em boas razões, a avaliar no quadro axiológico jurídico-

constitucional; por fim, o cidadão deve ter orientado a sua vida e feito opções, precisamente, com base em expectativas de manutenção do quadro jurídico. Dados por verificados esses requisitos cumulativos, há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração. Com efeito, para que a situação de confiança seja constitucionalmente protegida, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa (Acórdãos n.ºs 287/90, 128/2009, 399/2010, 396/2011, 353/2012, 187/2013, 474/13, 602/2013, 794/2013 e 862/2013).»

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são, de resto, conforme relembra a decisão recorrida plenamente assumidos também pelo direito da União Europeia, enquanto limite à atuação dos poderes públicos. Na verdade, «[q]uanto ao princípio da proteção da confiança legítima, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a possibilidade de invocar este último é reconhecida a qualquer operador económico em relação ao qual a autoridade nacional tenha feito surgir esperanças fundadas. Todavia, quando um operador económico prudente e avisado esteja em condições de prever a adoção de uma medida suscetível de afetar os seus interesses, não poderá invocar o benefício de tal princípio, quando essa medida for adotada. Além disso, os operadores económicos não têm fundamento para depositar a sua confiança legítima na manutenção de uma situação existente que pode ser alterada no quadro do poder de apreciação das autoridades nacionais.» (v. o Acórdão de 11 de julho de 2019, Agrenergy Srl, Procs. C-180/18, C-286/18 e C-287/18, n.º 31, e em termos idênticos o Acórdão de 10 de setembro de 2009, Plantanol, C 201/08, n.º 53).

Mas a este respeito, tem o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhecido também que «os princípios gerais da segurança jurídica e da proteção da

confiança legítima não se opõem, em princípio, a que um Estado Membro (...) suprima, antes da data de extinção prevista inicialmente pela regulamentação nacional, o regime de isenção fiscal que era aplicável (...).» (cf. o citado Acórdão de 10 de setembro de 2009, *Plantanol*, n.º 68).

A jurisprudência dos tribunais da União Europeia admite, pois, que sejam devidamente sopesadas todas as circunstâncias e comportamentos aptos a consolidar, ou pelo contrário a debilitar, as expectativas dos operadores económicos prudentes e avisados atingidos por alterações legislativas, tais como a circunstância de os benefícios fiscais deterem carácter temporário – caso em que, tal como vem reconhecendo este Tribunal, é particularmente justificada a expectativa de que o regime jurídico que o consagra vigore até ao termo do prazo previsto (neste sentido, v., entre outros, os Acórdãos deste Tribunal n.º 410/95 e 309/2018); mas também a mutabilidade inerente aos regimes que concretizam opções políticas em certos domínios estratégicos. Assim, por exemplo, estando em causa uma situação de confiança depositada na atuação das instituições da própria União, admitiu o Tribunal Geral que «os operadores económicos não têm fundamento para depositar a sua confiança legítima na manutenção de uma situação existente que pode ser alterada no quadro do poder de apreciação das instituições da União, em especial num domínio como o da política monetária, cujo objetivo implica uma constante adaptação em função das variações da situação económica (...).» (cf. o n.º 76 do Acórdão de 7 de outubro de 2015, *Alessandro Accorinti e o.*, Proc. T-19/2013).

25. Segundo a jurisprudência estável deste Tribunal, a imposição constitucional de proteger a confiança legitimamente depositada na estabilidade de um determinado regime jurídico é aferível em concreto mediante a realização dos seguintes testes: em primeiro lugar, é necessário que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, importa essas expectativas sejam

legítimas e fundadas em razões atendíveis à luz do ordenamento jurídico-constitucional; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspetiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa (v. o Acórdão n.º 128/2009).

Antes, porém, de submeter a norma objeto do presente recurso à análise para que remetem os quatro testes acima referidos, há um aspeto que convém clarificar. No que respeita à atuação esperada do Estado, tanto a decisão arbitral como as alegações da recorrente referem-se a duas ordens de expectativas que, embora indissociáveis, são de algum modo distintas. Trata-se, por um lado, (i) da expectativa de que as SGPS continuariam a ser beneficiárias especiais de um desagravamento fiscal, com as características do benefício consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do EBF; e, por outro (ii) da expectativa de que uma eventual revogação desse benefício seria acompanhada da aprovação de um regime transitório, idêntico ao previsto na Circular Normativa n.º 7/2004, que permitisse deduzir os encargos financeiros suportados entre 2003 e 2013.

É o que se extrai, v.g., do segmento do acórdão recorrido que serviu para o tribunal arbitral afirmar que «a conjugação da revogação da isenção constante do artigo 32.º, 2 do EBF pela Lei nº 83-C/2013, de 31 de dezembro, por um lado, com a total desconsideração da não dedução dos mencionados encargos financeiros em exercícios passados, por outro lado, não supera com êxito qualquer dos quatro testes ou requisitos que o Tribunal Constitucional português tem adotado, e nos quais assenta a aplicação do princípio constitucional da proteção da confiança legítima (...).» (v., v.g., o n.º 30 da parte III.C.2.7. da decisão recorrida, citado supra). Ou do entendimento segundo o qual, uma vez revogado o regime especial consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do EBF, «o que contenderia com a proteção da confiança seria não aplicar o regime previsto no referido final do nº 6 da Circular aos contribuintes que

agiram em sintonia com o entendimento que a Administração Tributária decidiu adotar, quanto à possibilidade de deduzir os encargos quando se viesse a verificar que não podia ser aplicado o regime referido» (cf. o n.º 9 da parte III.C.2.5.).

Não perdendo tal dado de vista, começemos, pois, por averiguar se pode dar-se como verificada uma efetiva lesão das expectativas geradas quanto à estabilidade do regime cuja revogação nos ocupa.

26. Em face do que se afirmou já a respeito das características do benefício fiscal consagrado no n.º 2 do artigo 32.º do EBF (v. supra o n.º 23), não é possível negar a existência de uma expectativa fundada, e merecedora de consideração, na isenção das mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de participações sociais por SGPS cujos encargos de financiamento não tenham concorrido para o lucro tributável apurado entre 2003 e 2013. Com efeito, não há dúvida de que o benefício concedido às SGPS pelo artigo 32.º, n.º 2, do EBF, embora automático e irrenunciável (cf. os artigos 5.º, n.º 1, e 14.º, n.º 8, do EBF), é suscetível de ter condicionado as opções de gestão destes agentes económicos durante a vigência do benefício e implicou, como se referiu já, a não dedução de gastos que de outro modo teriam sido relevantes para o apuramento do lucro tributável, o que só é justificável como reverso do direito a beneficiar da isenção correspondente.

O que já não se mostra minimamente demonstrado — em face da sucessão de regimes legais a que se aludiu supra — é que essa expectativa tenha sido, realmente, frustrada.

A aprovação da Lei n.º 2/2014 e a revogação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF perturbaram, é certo, o «binómio encargo financeiro não dedutível/realização de mais-valia isenta», sobre o qual detidamente versou o Acórdão deste Tribunal n.º 42/2014, tendo a realização de mais-valias passado a ser tributada nos termos do IRC.

Todavia, pressupondo a lesão da confiança que a mutação do direito

infraconstitucional afete, em sentido desfavorável, as expectativas da comunidade «na estabilidade da ordem jurídica e na constância da atuação do Estado» (Acórdão n.º 128/2009), percebe-se que não seja possível apreciar a questão de constitucionalidade com que se debateu o tribunal recorrido abstraindo da aprovação daquela nova disciplina que, nos termos dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 2/2014, «consum[iu] o regime fiscal previsto para as SGPS».

Ora, com a aprovação da Lei n.º 2/2014, a realização de mais-valias passou realmente a ser tributada. Simplesmente, passou a ser tributada segundo o novo regime-regra previsto no artigo 51.º-C do CIRC, que manteve, sem aparente interrupção, a isenção da tributação de mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de participações sociais. E embora a nova lei tenha introduzido para aquele efeito algumas regras e condições, diferentes das aplicáveis ao abrigo do regime antes constante do EBF, nem o tribunal a quo, nem a própria recorrida identificaram qualquer uma que pudesse constituir um obstáculo à isenção da tributação das mais-valias a realizar no futuro com a alienação das participações sociais, a cuja aquisição corresponderam os encargos financeiros não deduzidos nos exercícios de 2003 a 2013.

De resto, aquilo que distingue o regime-regra do anteriormente vigente é a circunstância de não se tratar já de um benefício fiscal, mas antes, e assumidamente, de um mecanismo de eliminação da dupla tributação económica, que tem um âmbito de aplicação mais amplo e do qual não se mostram excluídas as SGPS.

A aprovação deste regime obsta, pois, a que se encare a norma objeto do presente recurso como uma norma da qual resultou como efeito automático a eliminação in totum daquele «binómio». Da revogação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF resultou, imediatamente e apenas, a sujeição das SGPS ao regime-regra (cf. o artigo 13.º, n.º 1, do EBF) e, se este foi alterado praticamente em simultâneo, ainda que pela Lei n.º 2/2014 e não pelo Lei do Orçamento do Estado para

2014, tal dado legislativo não pode ser desconsiderado quando se trate de determinar se existiu ou não uma efetiva frustração da confiança depositada na vigência das condições estabelecidas pela norma fiscal revogada.

Da consideração desse dado legislativo retiram-se, desde logo, duas conclusões.

A primeira é que não pode ser reconhecida uma legítima confiança na existência de um regime especialmente aplicável às SGPS e formalmente inserido no EBF, do mesmo modo que não pode atribuir-se relevo autónomo à circunstância de este ter deixado de constar do EBF para passar a constar do IRC ou de ter deixado de configurar um benefício fiscal em consequência da própria alteração do regime-regra.

A segunda conclusão, mais importante ainda, é esta: se a contrapartida dos encargos acrescidos assumidos entre 2003 e 2013 era a isenção das mais-valias a realizar com a alienação das participações sociais a que respeitaram, então, mantendo-se substancialmente, e no essencial, em vigor a norma que exclui esses rendimentos do lucro tributável a apurar pelos sujeitos passivos antes abrangidos pelo artigo 32.º, n.º 2, do EBF, não se mostra substancialmente ofendida a confiança depositada na vigência desse regime.

27. Tendo em conta o afirmado supra (v. ponto 25), resta verificar se pode dar-se como legítima e gorada a expectativa de que uma eventual revogação do benefício consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do EBF seria acompanhada da aprovação ou sobrevigência de um regime transitório que permitisse deduzir os encargos financeiros suportados entre 2003 e 2013.

O principal argumento mobilizado pelo tribunal a quo a favor desta hipótese é, como se referiu já, a existência da Circular n.º 7/2004, cujo n.º 6 prevê que «[c]aso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime [i.e., do regime especial consagrado, então, no artigo 31.º, n.º 2, do EBF], proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não

foram considerados como custo em exercícios anteriores.»

Admitindo «que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção [da] confiança transformar-se em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público reclama» (cf. o n.º 17 da parte III.C.2.7), o tribunal recorrido aceitou, em abstrato, a possibilidade de o regime consagrado no artigo 32.º, n.º 2, do EBF ser validamente revogado. Mas, nessa hipótese, entendeu que a interpretação veiculada pelo n.º 6 da Circular n.º 7/2004, da Direção-Geral de Contribuições e Impostos era idónea a gerar nos contribuintes a expectativa de que o artigo 32.º, n.º 2, do EBF, seria ainda, e transitoriamente, interpretado e aplicado no sentido de permitir deduzir os encargos financeiros suportados enquanto esse regime se manteve em vigor – pois tal era o entendimento que, no passado, a Administração Tributária decidiu adotar e em sintonia com o qual os contribuintes agiram (cf. o n.º 9 da parte III.C.2.5.).

Não se mostra, todavia, possível acompanhar este entendimento.

Importa relembrar, antes do mais, que segundo a opinião que pode dizer-se ainda maioritária na doutrina, tal como resumida por Sérgio Vasques, «(...) Seguramente que as circulares constituem normas jurídicas, que projetam os seus efeitos na esfera da administração, vinculando o subalterno à interpretação da lei ditada pelo superior hierárquico, mas não se pode dizer que representem em si mesmas fontes do direito fiscal por não constituírem parâmetro de validade dos atos praticados pela administração, que hão de encontrar esse parâmetro nas normas legais que as circulares visam interpretar. Significa isto que os tribunais não estão obrigados a fazer da lei a mesma interpretação que a administração fixa no seu direito circular e que os contribuintes não estão obrigados a aplicar a lei seguindo as orientações que através das circulares se dirigem aos serviços.» (v. Manual de Direito Fiscal, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 161).

Não se ignora que a relevância da vinculação da Administração às orientações genéricas que emite e publicita vem sendo debatida na doutrina (v., com especial contundência, João Taborda da Gama, “Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas...”, Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 157-225). No caso presente, tal aspeto não é, todavia, determinante para uma tomada de posição quanto à pretensa violação da confiança dos contribuintes. Com efeito, por maior relevo que pudesse ser conferido ao valor vinculativo de uma Circular — cuja ilegalidade, relativamente a outros pontos, já foi repetidamente afirmada pelos tribunais administrativos (v., entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de setembro de 2018, Proc. n.º 0406/18.9BALS; e de 11 de dezembro de 2019, Proc. n.º 0333/18.0BALS) —, dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica não pode extrair-se uma força imobilizadora que constrinja a Administração a manter imutável uma dada interpretação das normas tributárias, mesmo depois de estas terem sido alteradas ou revogadas por opção do legislador. Aliás, tal como defendem Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, «se, depois de ter mantido uniformemente, durante um certo período de tempo, uma mesma interpretação da lei, na sua aplicação aos casos concretos, a administração tributária se convence que é correta uma outra interpretação, o princípio da igualdade não é obstáculo a que a passe a adotar na sua prática, exigindo apenas, para não existir discriminação, que a nova interpretação seja aplicada generalizadamente.» (in Lei Geral Tributária - Anotada e comentada, 4.ª Edição, 2012 p. 626). Por maioria de razão, não se mostra possível defender que a Administração esteja vinculada a manter uma orientação interpretativa que pressupõe a sobrevivência de um regime revogado — ou, como sucede in casu, a desaplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de uma disposição revogatória —, nem que seria absolutamente imprevisível que essa orientação pudesse ser objeto de revisão, ou que deixasse de vigorar após a

aprovação de uma reforma profunda do regime de tributação a que, ainda que indiretamente, se refere.

De resto, sempre se relembrará que a Circular em causa fundava uma expectativa de dedução dos custos incorridos no exercício correspondente ao momento da alienação das participações — o que, como supra se referiu, não se verificou no caso dos autos.

Por último, não será de mais chamar a atenção para o facto de o próprio tribunal a quo ter acabado por concluir que a ausência de um regime de direito transitório — ou de uma «solução justa», como lhe chamou — «não é de modo algum compensada ou remediada pela circunstância de se ter introduzido, com a Reforma do IRC que começou a vigorar em 1 de janeiro de 2014, o regime de “participation exemption”», e mais relevantemente ainda, de ter afastado a possibilidade de essa compensação vir a ocorrer com base na ideia de que o novo regime, ao não depender na sua aplicação «da forma jurídica que assumia a sociedade na esfera da qual sejam apuradas essas mais-valias ou menos-valias», «não resolve a discriminação negativa das SGPS, que perdurará enquanto não for resolvido, quanto a elas, o problema de terem, em cumprimento de obrigações legalmente determinadas, acrescido, até 31 de dezembro de 2013, os encargos financeiros com a aquisição das referidas participações sociais, e terem sido tributadas em função desse acréscimo.» (cf. o n.º 18 da parte III.C.2.8. da decisão recorrida). Ou seja, sem negar que as mais-valias a realizar com a alienação de partes sociais pelas SGPS continuarão a não concorrer para a formação do lucro tributável — logo, que não será frustrada qualquer expectativa legitimamente formada a esse respeito —, o tribunal recorrido acabou por reconduzir a questão colocada pela ausência de um regime transitório a um problema de igualdade. Para o tribunal recorrido, a revogação do artigo 32.º, n.º 2, do EBF, é inconstitucional uma vez que da consagração do regime de «participation exemption» resulta uma discriminação negativa das SGPS, no que se refere à não dedução dos encargos financeiros

suportados com a aquisição, durante a vigência desse regime, de participações sociais ainda detidas em 31 de dezembro de 2013 — e não por a adoção desse regime frustrar qualquer expectativa legitimamente depositada na sobrevivência de orientações interpretativas vertidas em circulares, ou na sua transposição para um regime de direito transitório, que viesse a permitir às SGPS beneficiar da isenção das mais-valias a realizar com a alienação dessas participações (agora ao abrigo do artigo 51.º-C do CIRC) e ainda deduzir os respetivos encargos financeiros suportados no mesmo período.

28. Não há dúvida, afirmámo-lo já, de que os sujeitos passivos de IRC que, desde 1 de janeiro de 2014, se encontram abrangidos pelo regime consagrado no artigo 51.º-C do CIRC — universo em que se incluem as SGPS — beneficiam de um tratamento fiscal mais favorável do que aquele que, ao abrigo do n.º 2 do artigo 32.º do EBF, era reservado a estas sociedades. Não há igualmente dúvida de que os sujeitos passivos ora abrangidos por esse regime, que venham a realizar mais-valias com a transmissão onerosa de participações sociais adquiridas entre 2003 e 2013, não tiveram que suportar os custos acrescidos que as SGPS suportaram durante o mesmo período, para agora beneficiarem da mesma isenção.

Todavia, como este Tribunal tem constantemente afirmado, «a mera diferença de direitos resultantes da sucessão de regimes legais do tempo não convoca a dimensão de censura assacável ao princípio da igualdade. Deste parâmetro apenas resulta a proibição de tratamentos diferenciados sincrónicos e não diacrónicos, sob pena de inadmissível cerceamento da liberdade de conformação do legislador, enquanto espaço autónomo do poder legislativo configurado pela própria Constituição.» (v. o Acórdão n.º 364/2015).

Também neste caso é de reafirmar que as exigências que defluem do princípio da igualdade não impõem uma cristalização da ordem jurídica — sobretudo em matérias, como a versada nos regimes legais em questão, que convocam uma reconfiguração dinâmica dos interesses públicos extrafiscais prosseguidos pelos

benefícios fiscais ou, mais amplamente, das opções de política fiscal a adotar em cada momento —, nem podem fundar a exigência de uma aplicação retroativa de regimes fiscais mais favoráveis. Ad absurdum, o legislador seria nessa hipótese dissuadido de aprovar uma legislação tributária mais favorável aos contribuintes, por se mostrar inviável restituir-lhes os montantes que não teriam pago, se o regime mais favorável tivesse sido adotado mais cedo.

De resto, não pode esquecer-se que, enquanto se manteve em vigor o n.º 2 do artigo 32.º do EBF, as SGPS se encontraram numa posição simétrica de relativa vantagem (ao menos, potencial), pois, como se salientou no Acórdão n.º 42/2014, «o termo de comparação com outras sociedades não pode ignorar que estas não se encontram em posição de partida equivalente, na medida em que os ganhos decorrentes de mais-valias realizadas com a alienação de participações sociais não são suscetíveis de isenção de tributação em IRC. Não existe, por isso, identidade de condições entre a recorrente e tais contribuintes, de forma a que se possa considerar ter sido criado regime de tributação particular globalmente desfavorável para as SGPS, com referência a encargos financeiros geneticamente ligados à aquisição de participações sociais.»

29.O tribunal recorrido entendeu, por último, que a norma que constitui objeto do presente recurso contende com o princípio consagrado no artigo 104.º, n.º 2, da Constituição, segundo o qual «[a] tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real». E isto na medida em que «os grupos de sociedades que se encontrem numa situação como a da Requerente acabam sendo tributados por um rendimento que efetivamente não obtiveram, porquanto se trata de um rendimento que não corresponde ao rendimento que económica e contabilisticamente foi apurado – sendo que efetivamente o lucro tributável que a Requerente apurou nos anos de 2003 a 2013, e pelo qual foi objeto, nesses exercícios, de tributação em IRC, não teve em conta todos os correspondentes gastos incorridos no desenvolvimento da sua atividade empresarial, porquanto os encargos financeiros com a aquisição de partes de

capital social das sociedades dominadas não foram objeto de qualquer dedução, como o referido princípio constitucional da tributação das empresas pelo rendimento real inequivocamente o exigiria.» (cf. o n.º 33 da parte III.C.2.7. da decisão recorrida).

Assim colocada a questão, a crítica do tribunal recorrido parece dirigir-se exclusivamente à regra da não dedução dos encargos financeiros suportados com a aquisição de participações sociais, consagrada no artigo 32.º, n.º 2, do EBF, e não à norma que a revogou.

Esta censura assenta, além do mais, no pressuposto de que a revogação do benefício fiscal foi injusta, por violação do princípio da igualdade e do princípio da proteção da confiança: é a eliminação injusta da vantagem antes consagrada no artigo 32.º, n.º 2, do EBF, que torna especialmente injusta a desvantagem suportada para a obter.

Tal como a questão da violação do artigo 104.º, n.º 2, da Constituição, foi colocada pelo Tribunal recorrido — e, conseqüentemente, pelo próprio Ministério Público no recurso que interpôs —, resta notar que o juízo formulado pelo tribunal a quo deverá também quanto a este fundamento decair atenta a conclusão a que acima se chegou quanto à alegada violação de ambos aqueles princípios.” (cfr. §§ 23-29).

III. CONCLUSÃO

A revogação do regime previsto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro, não confere o direito à recuperação dos encargos financeiros não deduzidos, ao abrigo do segmento final do Ponto 6 da Circular n.º 7/2004 da DSIRC, de 30 de Março, apenas se podendo apurar tal direito aquando da ulterior efetivação das mais-valias (ou menos-valias) relativas às respectivas partes sociais e somente no eventual caso de não serem abrangidas pelas regras de isenção do artigo 51.º-C do Código do IRC.

IV. DECISÃO

Em face do exposto, os juízes do Pleno da Secção do Contencioso Tributário deste Supremo Tribunal Administrativo acordam em tomar conhecimento do Recurso, negar provimento ao mesmo e entender que a revogação do regime previsto no n.º 2 do artigo 32.º do EBF, pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro, não confere o direito à recuperação dos encargos financeiros não deduzidos na pendência do regime SGPS, ao abrigo do segmento final do Ponto 6 da Circular n.º 7/2004 da DSIRC, de 30 de Março.

Custas pela Recorrente.

Lisboa, 20 de Outubro de 2021. - Gustavo Lopes Courinha (relator) - Isabel Cristina Mota Marques da Silva - Francisco António Pedrosa de Areal Rothes - Jorge Miguel Barroso de Aragão Seia - José Gomes Correia - Joaquim Manuel Charneca Condesso - Nuno Filipe Morgado Teixeira de Bastos - Aníbal Augusto Ruivo Ferraz - Paula Fernanda Cadilhe Ribeiro - Pedro Nuno Pinto Vergueiro - Anabela Ferreira Alves e Russo (vencida)

VOTO DE VENCIDA

Não acompanhamos a tese que obteve vencimento no presente acórdão fundamentalmente por duas razões.

A primeira é a de que a questão fundamental de direito apreciada nos dois acórdãos arbitrais em confronto não é a mesma, o que significa que o presente recurso para uniformização de jurisprudência não devia ter sido admitido por não cumprir os requisitos impostos pelos artigos 152.º, n.º 1 do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) e 25.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT).

No acórdão arbitral fundamento a primeira (e única) questão de direito apreciada foi a «Questão de aplicação do regime da Circular n.º 7/2004», por se ter entendido que, a proceder este vício, as demais questões suscitadas ficavam prejudicadas. Julgado procedente o vício «de violação do regime previsto no ponto 6. da Circular n.º 72004», veio o Tribunal recorrido a declarar expressamente: «fica prejudicado por ser inútil [artigo 130.º do CPC subsidiariamente aplicável por força do disposto no artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT] o conhecimento das restantes questões de violação de lei colocadas pelo sujeito passivo.».

Por sua vez, no acórdão arbitral recorrido, a questão apreciada foi a da «Dedutibilidade dos encargos financeiros por efeito da revogação do artigo 32.º, n.º 2 do EBF», suscitada pela Requerente (ora Recorrente) com fundamento «na circunstância de a referida disposição do EBF ter instituído uma exclusão de tributação das mais-valias obtidas pelas sociedades gestoras de participações sociais, relativamente a partes de capital de que fossem titulares, que tinha como contrapartida direta a não dedutibilidade dos encargos financeiros que se encontrassem associados, pelo que a eliminação desse benefício fiscal deverá determinar a dedutibilidade dos encargos financeiros relativos a participações que não foram transmitidas na vigência do artigo 32.º do EBF e, conseqüentemente, não deram origem a quaisquer mais ou menos valia que pudessem ser excluídas de tributação».

Em suma, a decisão expressa de indeferimento do pedido de pronúncia arbitral no acórdão fundamento teve como exclusivo fundamento a única questão apreciada - susceptibilidade da doutrina contida no ponto 6. da Circular n.º 7/2004 sustentar o deferimento da pretensão formulada de dedutibilidade dos encargos financeiros não deduzidos nos anos em que os custos incorreram,

independentemente da correcta ou incorrecta interpretação que a Circular n.º 7/2004 fazia do regime então consagrado no artigo 32.º do EBF. A decisão de indeferimento expressa na decisão arbitral recorrida teve como fundamento directo e exclusivo o regime consagrado no artigo 32.º do EBF, o regime consagrado no CIRS, “que lhe sucedeu” e o entendimento de que a alteração de regimes e a aplicação do novo regime para regular a pretendida dedução de encargos fiscais - admitidos apenas para os encargos suportados com a aquisição de participações sociais a partir de 2014 - era constitucionalmente conforme com as exigências de protecção do princípio da confiança, igualdade e capacidade contributiva e justificada por razões de interesse público.

Razão pela qual não acompanhamos o ponto VI do acórdão na parte em que afirma que a decisão recorrida teve por “fundamento jurídico o artigo 32.º, n.º 2, do EBF, na interpretação dada pela AT ao ponto 6. da Circular”, sendo, no limite, a relevância dada a esta, o único fundamento em que uma e outra das decisões se opõem [circunstância que terá conduzido a que o presente recurso para Uniformização de Jurisprudência se tenha suportado exclusivamente na oposição de decisões entre o acórdão recorrido e fundamento quanto à questão do ponto 6 da Circular e do artigo 68.º-A, n.º 1 da LGT (cfr. artigos 8.º e 9.º e 12 a 23 do Requerimento de interposição do recurso e ponto a) - conclusões A) a E), sendo as demais alegações e conclusões, ou seja, todas as conclusões vertidas no ponto b), dirigidas ao “argumentário específico” do acórdão recorrido)]. O que não julgamos suficiente para que se dê como verificada a oposição quanto à mesma questão fundamental de direito

A segunda, é a de que, mesmo que assim não fosse, não acompanharíamos a resposta negativa que mereceu a questão de dedutibilidade dos encargos fiscais suportados pela Recorrente SGPS no ano subsequente à revogação do regime consagrado artigo 32.º, n.º 2 do EBF. Pelo contrário, entendemos que

deveria ser reconhecido à Recorrente o direito a deduzir os encargos financeiros que não influíram directamente nos respectivos exercícios para a determinação do lucro tributável.

Antes de justificarmos a nossa posição começamos por sublinhar dois aspectos que são nucleares neste contexto.

O primeiro é o de que acompanhamos o julgamento ora realizado na parte em que afirma que “O diploma que extinguiu o regime fiscal das SGPS, constante do artigo 32.º (em particular o n.º 2) do EBF – Lei n.º 83-C/2013, de 31 de Dezembro – não criou, ao menos expressamente, qualquer regime transitório destinado a acautelar a mudança de soluções fiscais daí decorrente. E o mesmo se diga da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, que aprovou a Reforma do IRC.».

O segundo é o de que também concordamos que tal dado jurídico «importa uma outra consequência relevante **mas já menos unânime**: os diplomas ou regras de interpretação que desenvolvem e densificam o respectivo regime ou o interpretam encontram-se igualmente revogados nessa exata medida e nesse preciso momento, não sobrevivendo a tal ocorrência. É o que sucede com a Circular n.º 7/2004, da DSIRC, de 30 de Março, não se demonstrando com que fundamentos possa a mesma vigorar para além do diploma que a própria interpreta.».

No mais, discordamos da tese e do texto que fez vencimento., Contrariamente ao que resulta do julgamento, a questão para nós não é a da eventual sobrevivência do regime do artigo 32.º, n.º 2 do EBF, nem da Circular que o “interpretou” (nem, de resto, foi nessa sobrevivência ou em efeitos futuros desse regime ou Circular que a Recorrente fundou a sua pretensão). A questão é precisamente a oposta: saber se, tendo sido revogado um regime especial

(artigo 32.º, n.º 2 do EBF) e a doutrina vertida na Circular que o “interpretava”, e mesmo que seja de admitir que por força dessa revogação aquele regime jurídico se extingui ou se tornou totalmente inoperante, sem que tivesse sido consagrada qualquer norma de direito transitório, qual a resposta que o ordenamento jurídico oferece para os factos tributários ou relações jurídico tributárias desenvolvidas e/ou constituídas ao abrigo e por força daquele regime jurídico e daquela doutrina.

Daí que, quanto a nós, e para o caso que julgamos, seja irrelevante saber se o legislador está vinculado ad eternum a manter um regime fiscal - subscrevendo, sem reservas, que, em regra, não está. Tal como é irrelevante saber se o legislador pode promover a revogação de regimes legais e em que circunstâncias essa revogação pode ocorrer - que, para facilitação da nossa exposição e aderindo totalmente à jurisprudência do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 676/2020, de 16 de Novembro de 2020, damos como assente que se verificam no caso concreto.

Relevante é apurar que responsabilidades lhe advêm da revogação total e unilateral de um regime jurídico especial nos exactos termos em que essa revogação ocorreu no caso concreto, adiantando-se, desde já, que, em nosso entender, o ordenamento jurídico português, particularmente o ordenamento jurídico tributário, as regras gerais de tributação das pessoas colectivas e as regras relativas à aplicação das leis no tempo, consagradas na Lei Geral Tributária (LGT) facultam a base legal do deferimento da pretensão da Recorrente: recuperação, para efeitos fiscais, dos encargos financeiros incorridos com a aquisição de participações sociais que até data da revogação do regime das SGPS não foram fiscalmente relevados por a tal obstar, ao tempo, o regime especial consagrado no artigo 32.º, n.º 2 do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

Explicitemos.

Nos anos de 2019 a 2013 vigoraram no ordenamento jurídico-tributário, grosso modo e para o que ora importa (as considerações infra deverão sempre ser consideradas nesta delimitação de pertinência) dois regimes disciplinadores da relevância fiscal dos encargos (custos) financeiros em que uma sociedade incorresse. Um regime geral, suportado, fundamentalmente na disciplina do artigo 23.º do CIRC e um regime especial, consagrado no artigo 32.º, n.º 2 do EBF e que apenas contendia com a determinação do lucro tributável das pessoas colectivas constituídas sob a forma de SGPS.

No regime geral, a indedutibilidade dos custos ou encargos financeiros - que é o que nos autos está em questão - encontrava-se associada à não observância dos requisitos gerais estabelecidos para a dedutibilidade ou à incompatibilidade da dedutibilidade do gasto com as regras de periodização económica. Ou seja, mesmo que os encargos financeiros em questão fossem realizados por uma sociedade com a aquisição de participações sociais, desde que não estivesse constituída sob a forma de SGPS, tais encargos, desde que observadas as tais regras gerais e a sua compatibilidade com as regras de periodização económica, eram dedutíveis.

No regime especial a indedutibilidade dos encargos financeiros (excepção à regra geral), estava umbilicalmente dependente da verificação de uma condição futura (ou benefício propriamente dito): alienação das participações sociais a que esses encargos financeiros estivessem directamente ligados, momento em que, nem as menos valias nem as mais valias, concorreriam para a determinação do lucro tributável. Se tal condição de isenção se não viesse a verificar na data da alienação, o regime especial comportava, segundo o

Tribunal Constitucional, a dedutibilidade integral e imediata dos encargos financeiros, independentemente dessa alienação - a premissa de que as SGPS, ao ser-lhes imposto tal regime especial, não ficariam impedidas, no caso de uma futura alteração do regime especial, de obter a imediata reposição da situação em que se encontrariam caso ele não fosse alterado, devendo, nessas situações, ser-lhes reconhecido de imediato o direito a essa dedução, foi uma das premissas que suportou o julgamento de conformidade constitucional de implementação do regime em apreço no EBF, vertido no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 42/2014, de 9 de Janeiro de 2014. Neste acórdão, após ter sido afastada a admissibilidade do recurso de constitucionalidade que tinha por objecto a Circular n.º 7/2004, de se ter salientado que os motivos desse julgamento de inadmissibilidade não se “confundem com a sua irrelevância [da Circular] na formação da vontade dos contribuintes, nem com força persuasiva reforçada, em virtude dos privilégios executivos conferidos à Administração - e, sobretudo, que constituam critério ou padrão normativo conformador da atuação jurisdicional dos Tribunais, quando chamados a apreciar litígios no respetivo campo de regulação (...)», sublinhou-se ainda, parece-nos, em notório reforço do julgamento de conformidade constitucional, que «Tanto mais que a norma em apreço não exclui a eventualidade de correção dos custos não deduzidos em períodos tributários anteriores, caso a alienação de participação de capital não revista os requisitos para a aplicação do regime especial de isenção das mais-valias. Assim o entendeu o Tribunal a quo, em linha com a orientação interpretativa sufragada pela Administração Tributária no ponto 6 da Circular n.º 7/2004, inscrevendo no critério normativo aplicado a consideração de que "a desconsideração dos encargos financeiros deve operar de imediato, não dependendo da alienação das participações sociais e da realização de mais-valias, o que implica não considerar, ab initio, os custos financeiros incorridos com a aquisição de participações sociais que possam vir a beneficiar da exclusão de tributação prevista no n.º 2 do artigo 31.º do EBF, corrigindo-se

essa desconsideração inicial se se constatar, a posteriori, que o requisito temporal previsto naquele normativo se não verificou"]

Ou seja, tendo em vista o aumento da receita pública e controlar eventuais comportamentos fiscais abusivos das SGPS, impôs-lhes um regime excepcional de tributação particularmente complexo, no imediato (ano de verificação dos encargos financeiros), acrescidamente lesivo para aquelas sociedades e relevantemente positivo para os interesses financeiros ou receita pública que se queria ver aumentada. Em compensação, concedia-lhes o benefício futuro de não tributação das mais-valias, também assaz atractivo para as sociedades desta natureza e com este objecto.

Em resumo, neste regime especial, contrariamente ao que resultava do regime geral, em especial do artigo 23.º do CIRC, os encargos suportados não eram imediatamente relevados para determinação do lucro, relegando-se para um momento temporal posterior - o da alienação - a decisão definitiva quanto à sua dedutibilidade, que, no caso, estava exclusivamente dependente de a participação directamente ligada ao encargo suportado ter sido detida pelo período mínimo de 1 ano pela SGPS.

Dispensando-nos de percorrer a evolução legal do regime em apreço desde a sua instituição - e tendo presente que o Tribunal Constitucional já firmou o entendimento que a revogação do regime realizada pela Lei do Orçamento de Estado para 2014 (Lei 83-C/2013, de 30 de Dezembro) não viola os princípios da confiança, igualdade e capacidade contributiva e, com base neles, não pode julgar-se inconstitucional a interpretação de que dessa revogação resulta a indedutibilidade dos encargos financeiros anteriormente suportados até à data da revogação - centremo-nos, então, apenas na revogação e nas consequências que desta podem resultar (que não contendam com a alegada

inconstitucionalidade da revogação do regime especial).

Dissemos já que a revogação do regime foi realizada com efeitos a 31 de Dezembro de 2013 e que na Lei do Orçamento de Estado, que a determinou (artigo 210.º), nada mais ficou estabelecido. Dito de modo claro: não ficou estabelecida qualquer norma material de direito transitório. Nem o legislador, sob a forma de Lei (ou por qualquer outra forma, como infra se verá), ou sob qualquer outra forma legal, veio disciplinar os efeitos dessa revogação no que respeita às participações sociais já adquiridas, cujos encargos associados, as SGPS, por força do regime especial, haviam visto desconsiderados ou fiscalmente não relevados.

A resposta que se dê a esta questão é tanto mais relevante quanto o é a conclusão, inquestionável, que se não for admitida a sua dedução ao abrigo do regime geral, independentemente do princípio da especialização dos exercícios, as SGPS nunca serão ressarcidas da lesão a que foram sujeitas.

Recorde-se que a Recorrente observou o regime consagrado no artigo 32.º, n.º 2 do EBF, cumpriu a sua parte “do pacto do regime”, não deduzindo os encargos financeiros. E não ingressou, nem ingressará no futuro na sua esfera jurídica, o benefício que lhe foi reconhecido pelo mesmo regime, nos exactos termos aí definidos.

Insista-se, não está em questão que, em regra, é lícito ou legítimo que o Estado revogue regimes. Nem está em questão que, também em regra, seja admitido que se desvincule de compromissos legais ou de cumprimento de prestações a que se obrigou, por razões de interesse público superior ou que de forma especial justifiquem essa desvinculação. Nem, ainda, que a concreta revogação que analisamos nos termos em que foi realizada viole, como já decidiu o

Tribunal Constitucional, o princípio da confiança, da proporcionalidade ou da igualdade. Porém, não vemos, mesmo assim, como podemos afastar a conclusão, que está para além da análise da questão nessa perspectiva, de que ao recusar a sua prestação, pela revogação, nos termos em que o fez, o Estado se auto responsabilizou ou auto vinculou a extrair dessa revogação as consequências que nos são facultadas pelo ordenamento jurídico geral: colocar o contribuinte na situação em que ele estaria se a indedutibilidade não lhe tivesse sido imposta (ou a ela não tivesse aderido de boa-fé). Ao revogar, nos termos em que o fez, o regime consagrado no artigo 32.º do EBF o Estado-legislador comprometeu, em definitivo, a aplicação do benefício que se comprometera a conceder - e é desse concreto benefício que se trata e não de qualquer outro que tenha existido ou venha a existir e, muito menos, de um qualquer novo regime geral do qual tenha resultado “redundante” o regime especial cujas consequências de revogação aqui curamos de apurar -, o que passa, a nosso ver, inevitavelmente, pela recuperação do direito a deduzir os encargos fiscais ao abrigo do regime geral (artigo 23.º do CIRC), que, por mor do regime 32.º do EBF, e só por este, ficara impedido de relevar ou ver fiscalmente relevados. Porque, na ausência de regulamentação para a situação, o regime geral deve ser perspectivado como subsidiário do regime especial (desaparecido da ordem jurídica) e apto a regular as relações jurídico tributárias a que não caiba nenhum regime especial.

No julgamento que não apoiamos, a conclusão de dedução imediata no ano de 2014 dos encargos financeiros foi afastada através de uma tese que assenta, no essencial, em dois argumentos. Primeiramente é convocado o regime do artigo 32.º, n.º 2 do EBF e, em especial o ponto 6. da Circular n.º 7/2004, na parte em que fazia depender uma eventual dedutibilidade de encargos não concorrentes em anos anteriores para a determinação do lucro tributável à inexistência ou impossibilidade de aplicação do regime no momento da alienação. Em segundo

lugar é defendida a aplicação imediata do novo e mais benéfico (“mais generoso”) regime, consagrado no artigo 51-C do CIRC, às participações adquiridas antes de 1 de Janeiro de 2014.

Quanto ao primeiro argumento, pelas mesmas razões que no julgamento se começaram por adiantar, e que, de resto, nesta declaração de voto subscrevemos, não pode ser convocado para justificar a indedutibilidade. Ou seja, se se parte do princípio de que o regime foi integralmente revogado e de que, “consequentemente é inevitável” que a Recorrente não pode nele pretender suportar a dedutibilidade dos encargos, carece de sentido, com todo o respeito, convocar posteriormente esse mesmo regime e a doutrina constante da Circular, designadamente o “momento de alienação ali previsto”, para sustentar a indedutibilidade.

Em síntese, se o regime, por ter sido revogado, e a Circular, por ter deixado de produzir efeitos, não servem para sustentar a dedutibilidade, também, pelas mesmas razões, não podem servir para sustentar a indedutibilidade.

Quanto ao segundo, a sucessão de regimes, que no julgamento é qualificado de decisivo para a resposta que é dada à pretensão da Recorrente, e conscientes que a nossa posição pode estar “errada” e “assente num formalismo hermético”, persistimos, ainda assim, ser defensável do ponto de vista do direito constituído.

Porque não há nenhuma sucessão de regimes. O que se verificou foi a revogação de um regime especial, no caso, vertido no Estatuto dos Benefícios Fiscais, determinado por uma Lei (Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2014), sem a estipulação de qualquer norma de direito material transitório. A posterior introdução no ordenamento jurídico de um novo regime geral, em

nada contende com esta, julgamos, juridicamente relevante a conclusão de natureza formal, não conseguindo encontrar qualquer justificação legal ou princípio de direito capaz se suportar a conclusão de que formalmente há uma sucessão de regimes.

Acresce que, contrariamente ao que se decide no acórdão, não há identidade dos pressupostos materiais subjacentes a um ou outro dos regimes. Aliás, uma breve comparação dos regimes conduz-nos de imediato a identificar distinções assaz pertinentes para a questão que nos cumpre decidir: no regime consagrado no artigo 32.º do EBF os encargos financeiros não contribuían ou não eram fiscalmente relevados para a determinação do lucro tributável, enquanto no novo regime a regra é a da dedutibilidade, independentemente da futura isenção que às mais-valias (obtidas com as aquisições a que se reportam os encargos) possam vir a ser reconhecidas; a isenção de tributação das mais ou menos-valias no novo regime está dependente do preenchimento de um conjunto vasto de requisitos, ao passo que no artigo 32.º do EBF não eram, em qualquer condição, consideradas para a determinação do lucro tributável no ano em que ocorressem (note-se que da leitura do próprio relatório da Comissão de Revisão do CIRC se conclui que não há sucessão de regimes, uma vez que aí apenas se propõe a extinção do regime do artigo 32.º do EBF por, face ao novo regime a instituir, ser redundante o regime consagrado no último normativo legal citado, depreendendo-se, ainda do mesmo relatório, que a razão de ser da instituição de um novo regime se justificava por se ter concluído que regime consagrado no artigo 32.º do EBF não fora capaz ou não se revelara apto a concretizar os objectivos visados com a sua instituição. Daí a adopção de um “novo modelo”, que se afastasse do “modelo holandês”, adoptado na Lei do Orçamento de Estado para 2003).

Em suma, para nós os regimes em confronto são formalmente e materialmente

distintos, e, conseqüentemente, não podem ser qualificados, nem formal nem materialmente, excepto do ponto de vista histórico, sucedâneos um do outro. Não sendo, outrossim, salvo o devido respeito, relevante apurar, nesta sede, se um dos regimes é ou não mais generoso do que outro, por não ter sido essa a questão colocada ao Tribunal. A questão colocada ao Tribunal foi, exclusivamente, a de definir os efeitos decorrentes da revogação do regime especial. E, conseqüentemente, decidir se é ilegal a manutenção na ordem jurídica da autoliquidação de IRC, relativo ao exercício de 2014, na parte em que foi desconsiderada a dedução de encargos financeiros no valor de € 1.928.563,63 euros e não qualquer decisão sobre uma futura aplicação do regime 51.º-C do CIRC.

Na verdade, temos dificuldade em perceber o salto lógico que se dá na argumentação do acórdão que fez vencimento ao considerar que da revogação de uma norma que impunha às SGPS uma proibição resulta a manutenção para o passado dessa proibição (de dedutibilidade dos custos), que expressamente se revogou sem uma tal “salvaguarda” de efeitos. Seria, no fundo, transformar esta revogação de um regime jurídico num tipo de “revogação sanção”. Algo que não tem sentido no plano dos actos legislativo-normativos e que também não encontra sequer apoio na teleologia do que se afirma ser a razão para a “mudança” do regime jurídico, porquanto essa alteração que conduz à revogação deve-se, como se diz no relatório do Grupo de Trabalho da Reforma do IRC, a uma ineficácia ou improdutos resultados do regime jurídico em vigor e não a um uso abusivo ou “agressivo” daquele regime fiscal do artigo 32.º, n.º2 do EBF. Continuamos, por isso, a não encontrar fundamento legal para a manutenção da proibição de dedução daqueles custos à luz do regime geral.

O que nos conduz, ainda assim, às duas últimas grandes objecções ao julgamento a que não aderimos, que se prendem, por um lado, com a

assumpção de que o novo regime se aplica às participações detidas pela Recorrente a 31-12-2013 e nesta data não alinhadas, atento o preceituado no artigo 12.º, n.º 3 da Lei n.º 2/2014 e, por outro, com a proposta de uma futura reavaliação da decisão dada à pretensão, caso venha a verificar-se que a Recorrente não beneficiará da isenção de tributação das mais-valias.

Quanto à disciplina consagrada no artigo 12.º, n.º 3 do CIRC, assente que apenas a Lei n.º 283-/2013, de 31 de Dezembro podia ter estabelecido uma norma material de cariz transitório, não pode ser-lhe atribuída essa função nem ser relevada para dirimir o conflito em presença.

De todo o modo, se bem vemos, também o não pretendeu ser, como resulta do facto de a Comissão de Revisão se ter limitado a propor a revogação do regime, seguramente por estar consciente que não lhe competia legislar sobre a revogação de regimes especiais ou solucionar a questão dos efeitos da revogação do benefício a revogar (no momento da proposta) ou revogado (no momento da entrada em vigor do regime geral).

Donde, não tendo o legislador na Lei que revogou o regime dado resposta expressa à questão, a mesma só podia resultar do conjunto de normas que no próprio EBF disciplinam esta matéria ou do artigo 12.º, n.º 3 da LGT, que determina que a lei nova apenas se aplica aos factos posteriores à sua entrada em vigor (note-se que a «norma contida no n.º 2 do artigo 31.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, no que se refere aos "encargos financeiros", constitui norma de incidência, na medida em que contribui para o apuramento do rendimento tributável da recorrente, versando variação patrimonial negativa que deixa de concorrer para a fixação do lucro tributável (...))E, como se diz no Acórdão n.º 620/99, "a fixação da matéria coletável constitui um momento central da determinação do montante do imposto, pois influencia decisivamente o

apuramento do respetivo quantum (interferindo, conseqüentemente, nas garantias do contribuinte). Nessa medida, consubstancia um elemento estruturante da obrigação tributária, integrando, desse modo, o núcleo fundamental do conjunto de matérias cobertas pelas normas constitucionais de âmbito fiscal". Daí decorre a sujeição de regra que influa na fixação da matéria coletável, como inegavelmente acontece com a norma alocada no n.º 2, do artigo 31.º, do EBF, ao princípio da retroatividade da lei fiscal» - acórdão do Tribunal Constitucional já citado de 9 de Janeiro de 2014).

Acresce que, constando apenas do artigo 12.º, n.º 3 do diploma que aprovou a Lei n.º 2/14, que «O disposto no artigo 51.º-C do Código do IRC, na redação dada pela presente lei, é aplicável à parte da diferença positiva entre as mais-valias e as menos-valias, realizadas antes de 1 de janeiro de 2001, ainda não incluída no lucro tributável nos termos do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 7 do artigo 7.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, ou do n.º 8 do artigo 32.º da Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro, quando o reinvestimento tenha sido concretizado, no respetivo prazo legal, na aquisição de partes sociais», não logramos compreender, atento o seu campo de aplicação, qual a influência ou impacto que essa estatuição tem para a decisão que temos que tomar quanto à legalidade ou ilegalidade da autoliquidação cuja legalidade em concreto apreciamos.

Dito de outro modo, não entendemos que seja nessa norma que a questão da dedutibilidade ou não dos encargos financeiros em que a Recorrente incorreu entre 2009 e 2013 vá encontrar distinta resposta jurídica.

Aliás, a afirmação, neste julgamento, de que, por força do CIRC, as aquisições de participações sociais anteriores a 1-1-2014 são merecedoras de relevância fiscal, não só não mereceu acolhimento na decisão recorrida como, se bem

vemos, também não é acolhida, pelo menos expressamente, pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 638/2020, de 16 de Novembro de 2020, nem pela doutrina citada. E, mais uma vez, desvirtua a questão, que não passa por saber se as mais-valias vão ou não ser tributadas, mas se os encargos deduzidos com a sua aquisição vão ser fiscalmente relevados. Não existindo norma transitória e produzindo o novo regime apenas efeitos para os factos ocorridos após 1-1-2014, qual o fundamento legal que suporta a afirmação de que a não dedutibilidade dos encargos suportados com as aquisições em causa será afastada caso se venha no futuro a verificar que a situação não preenche as condições de isenção das mais-valias que eventualmente venha a gerar (designadamente por o período de detenção, a percentagem de participação ou as exigências ou exclusões quanto à sede ou objecto da sociedade cujo capital é participado não se mostrarem respeitadas)?

Não o logramos encontrar. Nem sequer no novo regime instituído encontra suporte, e daí que não seja mencionada no julgamento, já que a regra, neste, e para os encargos financeiros suportados a partir da sua entrada em vigor (1-1-2014) com a aquisição de participações sociais é a regra da dedutibilidade eventualmente cumulada com a isenção de tributação de mais-valias.

É, de resto, por essa razão, que neste julgamento se admite a possibilidade da questão da eventual dedução dos encargos poder vir a ser “revisitada”, em casos que prevê contados. Ou seja, é esta a razão pela qual se admite que a situação possa ter que ser objecto de reavaliação. O que, para além de resultar numa interpretação incerta da questão jurídica enunciada como fundamental não responde em definitivo à questão concreta colocada pela Recorrente (se, no seu caso concreto, lhe deve ser ou não permitida a dedução em 2014 dos encargos suportados nos exercícios fiscais anteriores desconsiderados para efeitos de determinação do lucro tributável e, conseqüentemente, se a

autoliquidação impugnada é ou não ilegal).

Em conclusão, revogado in totum o regime especial que impedia de forma excepcional e condicionada a dedução dos encargos suportados com a aquisição de participações sociais até à alienação das mais-valias com o compromisso legal de não tributação dessas mais-valias nos termos preconizados nesse regime especial, deve ser reconhecido, ao abrigo do regime geral e dos princípios da legalidade e da justiça, ao sujeito passivo obrigado a esse regime ou a que ele de boa-fé aderiu, o direito a deduzir imediatamente após essa revogação os encargos financeiros que não contribuíram para o apuramento do rendimento tributável da Recorrente. Ou seja, deve ser reconhecido à Recorrente, o direito a que os referidos encargos financeiros sejam relevados, enquanto variação patrimonial negativa, na determinação do lucro tributável do ano para que concorreram.

Julgaria, com esta fundamentação, procedente o pedido de anulação da autoliquidação.

Anabela Ferreira Alves e Russo

Fonte: <http://www.dgsi.pt>