



MARTINS, Graça Maria Valga, “As Reacções do Ordenamento Jurídico aos Comportamentos de Elisão - Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Processo nº 917/13.3BECBR, de 18 de Outubro de 2018”

Índice: Introdução; 1. O Planeamento Fiscal: Enquadramento do Tema; 2. A Norma Geral Anti-abuso, prevista no art. 38º nº 2 da Lei Geral Tributária; 3. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 18 de Outubro de 2018, Processo nº 917/13.3BECBR; 4. Comentário ao acórdão

Resumo: o ordenamento jurídico tributário apresenta respostas diversas aos comportamentos de elisão fiscal adoptados pelos cidadãos, consoante o grau de conformidade à lei. Dentro do conceito lato de planeamento fiscal, distinguimos o planeamento fiscal propriamente dito, a evasão fiscal e a fraude fiscal, sendo que o sistema jurídico oferece diferentes respostas, visando o combate a estes comportamentos, respostas que podem ser de ordem legislativa e administrativa. Destacam-se as normas específicas anti-abuso, previstas casuisticamente na lei, para acautelar situações concretas de abuso, e a norma geral anti-abuso, mediante a qual podem ser consideradas ineficazes operações jurídicas, uma vez demonstrado um conjunto de elementos. O acórdão em análise, no presente trabalho, enquadra-se nesta temática, pois debruçou-se sobre a aplicação, quer da norma geral anti-abuso (relativamente a uma operação de transformação de sociedade por quotas em anónima) quer de uma norma anti-abuso específica (numa situação de aumento do capital social através de entradas em espécie, questionando-se se terá sido realizada por “razões económicas válidas”).

Introdução¹

Ao longo deste trabalho, propomo-nos a analisar criticamente o acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo nº 917/13.3BECBR, de 18.10.2018, disponível em <http://www.dgsi.pt>, efectuando, primeiramente, um enquadramento acerca da problemática do planeamento fiscal e figuras afins, tentando distinguir os comportamentos lícitos, tolerados pelo Direito, dos que violam princípios e normas do ordenamento jurídico.

Seguidamente, e porque o acórdão versa sobre esta temática, abordaremos as reacções do sistema jurídico aos comportamentos de elisão, analisando, em particular a norma geral anti-abuso, prevista no art. 38º, nº 2 da Lei Geral Tributária (LGT).

¹ Este trabalho será redigido de acordo com a grafia anterior ao acordo ortográfico aprovado pela resolução da Assembleia da República nº 26/91, por se considerar que o mesmo não está em vigor com carácter de obrigatoriedade.



Finalmente, entraremos na análise crítica do acórdão escolhido, que se debruça sobre a aplicação da norma geral anti-abuso, numa situação em que a Administração Tributária entendeu que a transformação de sociedades por quotas em sociedade anónima foi efectuada com o fito de evitar a tributação em sede de mais-valias, e, ainda, sobre a aplicação de norma específica anti-abuso, prevista no art. 73º, nº 10 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC), entendendo a AT que as operações realizadas pela impugnante, de aumento do capital social através de entradas em espécie, tiveram como principal objectivo a evasão fiscal, não tendo sido realizadas por razões económicas válidas, pelo que afastou o regime de neutralidade, previsto no art. 77º, nº 1 do CIRC, na redacção em vigor à data dos factos.

1. O Planeamento Fiscal: Enquadramento do Tema

A necessidade de obtenção de receita por parte do Estado, para a prossecução de necessidades colectivas públicas, através do lançamento de tributos, colide com os interesses dos contribuintes em efectuar poupança fiscal, mediante a escolha dos meios de actuação que permitam pagar menos tributos ou diferir o seu pagamento.

Esta actuação, vulgarmente designada de *planeamento fiscal*, em sentido amplo, contempla o conjunto de comportamentos voluntários que visam o afastamento, a desoneração, a redução ou o diferimento do pagamento da prestação tributária.

Com Joaquim Freitas da Rocha², diremos que este conceito se desdobra em três espécies, utilizando como critério, na sua distinção, a ilicitude, o que significa que a classificação dos comportamentos terá por base o seu grau de conformidade com o ordenamento jurídico.

Assim, podemos distinguir:

i) em primeiro lugar, o planeamento fiscal em sentido estrito, que pode ser definido como “o conjunto de actos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, num quadro de licitude, têm por objectivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento fiscal”³. Destaca-se a voluntariedade dos actos, que podem ser activos ou omissivos, e a licitude, pois que, para este autor, apenas se considera planeamento fiscal propriamente dito, os casos em que as condutas praticadas são conformes à lei, ou seja, *intra legem*, situações em que os contribuintes “fazem um aproveitamento negativo da tipicidade fiscal”⁴, procurando explorar os vazios normativos, sendo

² Seguiremos a conceptualização adoptada por Joaquim Freitas da Rocha, em “Direito Fiscal e Autonomia da Vontade. Do Direito à Livre Planificação Fiscal”, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35871/1/Direito%20fiscal%20e%20autonomia%20da%20vontade.pdf> (consultado em 4.6.2019).

³ *Ibidem*, p. 7.

⁴ *Ibidem*, p. 8.

que os comportamentos respeitam tanto a letra como o espírito da lei. Por outro lado, o resultado visado tem de ser o da poupança fiscal, que pode revestir diversas formas, como se deixou dito.

ii) Em segundo lugar, a evasão fiscal “consiste no conjunto de actos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, embora praticados num quadro genérico de licitude, são qualificados pelas normas tributárias como anómalos ou abusivos, tendo em vista o fim que pretendem atingir”⁵. Aqui existe um grau de ilicitude moderada, verificando-se a prática, pelo contribuinte, de uma conduta *extralegem*, em que o acto voluntário praticado é lícito, mas visa alcançar um resultado fiscalmente ilícito, que não foi querido pelo legislador fiscal, pois existe uma intenção abusiva de obter poupança fiscal.

iii) A fraude fiscal, por seu turno, “consiste no conjunto de actos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, praticados num quadro de ilicitude, têm por objectivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento tributário”⁶. Nestes casos, o comportamento *contralegem* viola tanto a letra como o espírito da lei, revestindo acentuada ilicitude e recebendo, por parte do ordenamento jurídico uma resposta violenta, na medida em que pune tais comportamentos com sanções penais ou contra-ordenacionais.

Já Saldanha Sanches distingue planeamento fiscal legítimo e ilegítimo, definindo o planeamento fiscal legítimo como uma técnica de redução da carga fiscal através da qual “o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, de entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menores encargos fiscais”⁷. Já o planeamento fiscal ilegítimo será, para este autor, “qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo”⁸.

Por outro lado, considera Saldanha Sanches que o conceito de evasão fiscal é demasiado amplo pelo que divide o planeamento fiscal ilegítimo em fraude fiscal e fraude à lei fiscal, sendo que na fraude fiscal há um comportamento que viola um dever de cooperação do sujeito passivo aplicando-se uma sanção penal ou contra-ordenacional, enquanto na fraude à lei fiscal se verifica um contorno da lei fiscal sem a violação expressa⁹.

O ordenamento jurídico reage a estas situações de forma diversa, tendo em conta que diversa é a sua natureza.

No planeamento fiscal, propriamente dito, dado que os comportamentos são completamente lícitos, não há qualquer sanção. Note-se que, muitas vezes, os comportamentos

⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁶ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁷ Cf. SANCHES, J. L. Saldanha, “Os Limites do Planeamento Fiscal”, Coimbra Editora, 2006, p. 21.

⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁹ *Ibidem*, p. 22.

são até desejados pelo legislador (caso da atribuição de benefícios fiscais, com vista a incentivar o desenvolvimento de certas actividades económicas), sendo sempre, em qualquer dos casos, lícitos. Veja-se, por exemplo, a exclusão de tributação relativamente a mais-valias, quando o valor de realização seja reinvestido, dentro de determinado prazo, na aquisição, construção, ampliação ou melhoramento de um outro imóvel destinado à habitação própria e permanente do sujeito passivo ou do seu agregado familiar (art. 10º, nº 5, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS)).

Na fraude fiscal, já se adiantou que a resposta do sistema se situa no âmbito criminal ou contra-ordenacional, com a previsão de aplicação de sanções dessa natureza.

O combate à evasão fiscal é mais amplo, podendo revestir diversas modalidades: podemos identificar instrumentos legislativos de combate à evasão e instrumentos administrativos.

Ao nível legislativo, podemos identificar cinco importantes modos de combater a evasão fiscal:

i) em primeiro lugar, o alargamento do tipo tributário. Por exemplo, se o legislador descobre uma lacuna, ou seja, um facto que, até então, escapou à tributação, certamente vai tributá-lo no ano seguinte, fazendo com que o tipo legal passe a abranger esse facto tributário;

ii) em segundo lugar, o recurso a presunções ou ficções. Como não consegue atingir a realidade sociológica, o legislador assume determinados factos mediante o uso de ficções (que não admitem contra-prova) ou presunções;

iii) em terceiro lugar, as denominadas normas anti-abuso. Estas normas têm o propósito específico de combater o abuso de formas jurídicas e a poupança fiscal ilegítima. A norma geral anti-abuso tem carácter subsidiário em relação às normas anti-abuso específicas, apenas sendo utilizada se inexistir norma específica, no caso concreto;

iv) em quarto lugar, a criminalização de condutas, para os casos mais graves de condutas fraudulentas;

v) finalmente, a imposição de deveres acrescidos de declaração, de que é exemplo o DL nº 29/2008, de 25 de Fevereiro, diploma de combate ao planeamento fiscal abusivo, em que se impõe o dever de comunicar esquemas de planeamento abusivo.

Ao nível administrativo, quanto a medidas de reacção à evasão fiscal, por parte da Administração Tributária, temos a inspecção tributária (para verificação do cumprimento das obrigações tributárias), o recurso à avaliação indirecta ou a métodos indirectos, em que a AT pode presumir (presunções administrativas) a matéria colectável do contribuinte, o acesso aos dados bancários ou derrogação do sigilo bancário (art. 63.º-B LGT) e as liquidações adicionais, sempre que tal se justifique.

2. A Norma Geral Anti-Abuso, prevista no art. 38º nº 2 da Lei Geral Tributária

Uma das normas cuja aplicabilidade se discute no acórdão em análise, contempla a designada norma ou cláusula geral anti-abuso, estabelecida no art. 38º, nº 2 da LGT, na redacção anterior à Lei nº 32/2019, de 3 de Maio, que dispunha:

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

A leitura do artigo permite intuir a razão de ser que lhe subjaz, amplamente tratada pela doutrina, e que se traduz, com Saldanha Sanches¹⁰, em “evitar que os contribuintes frustrem as intenções do legislador fiscal” ou, na expressão de Gustavo Lopes Courinha¹¹, na “única resposta dinâmica existente no Sistema Fiscal Português, de combate à elisão fiscal.”

A previsão legal de uma cláusula com este sentido e alcance traduz-se, de facto, na “possibilidade de aceitação ou não aceitação de uma opção contratual do sujeito passivo, com atribuição à Administração de poderes para a desconsideração de certos negócios jurídicos”, o que implica, pois, a previsão de “um conjunto de cautelas e restrições quer no próprio texto da lei habilitante, quer, como sucede entre nós, por um conjunto de procedimentos administrativos que condicionam a aplicação da norma”¹².

Para atingir de ineficácia a operação jurídica posta em causa em cada caso concreto, haverá que demonstrar-se a reunião de um conjunto de elementos. Gustavo Lopes Courinha¹³ sistematiza os pressupostos de aplicação da norma do seguinte modo:

i) o elemento meio, respeitante à forma utilizada (aqui, o que deve ser aferido, em concreto, é o “nível de incoerência entre a forma ou estrutura escolhida e o propósito económico-prático final do contribuinte, entre o fim para que é empregue essa forma adoptada e a causa que lhe é própria”¹⁴;

ii) o elemento resultado, respeitante à vantagem fiscal e equivalência económica obtidas;

iii) o elemento intelectual, respeitante à motivação do contribuinte;

¹⁰ Op. cit., p. 165.

¹¹ Cf. COURINHA, Gustavo Lopes, “A cláusula geral anti-abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua compreensão”, Almedina, Coimbra, Abril de 2009, p. 15.

¹² Saldanha Sanches, op. cit., p. 165

¹³ Op. cit, p. 163 e ss.

¹⁴ Op. cit, p. 166.



iv) o elemento normativo, respeitante à reprovação normativo-sistemática da vantagem obtida;

v) o elemento sancionatório, este já relativo à estatuição da norma e respeitante à efectivação da cláusula

Outros autores, como Sérgio Vasques¹⁵, defendem outra sistematização. Assim, distingue este autor três elementos essenciais na norma geral anti-abuso, cuja verificação é imperativa: em primeiro lugar, a prática de acto ou negócio artificialoso, com abuso das formas jurídicas, ou seja, “esquemas negociais que ocultem os seus verdadeiros propósitos e aos quais seja dada uma utilização manifestamente anómala face à prática jurídica comum”; em segundo lugar, a prática desses esquemas negociais terá de ter visado a obtenção de uma vantagem fiscal, com a preterição de objectivos económicos reais; finalmente, da lei terá de resultar claramente a intenção de tributar os bens económicos em causa, nos mesmos termos em que seriam tributados se o contribuinte tivesse recorrido às práticas negociais mais comuns.

A Lei nº 32/2019, de 3 de Maio, que visou transpor a Directiva que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal, a Directiva 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016, introduziu uma nova redacção ao art. 38º da LGT, passando a dispor:

“nº 2 - As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.”

A al. a), do nº 3, explicitando o que se entende por ausência de genuinidade na construção, vai importar o conceito dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, de “razões económicas válidas”. Se estas não existirem, mantém-se a operação, mas a vantagem fiscal é desconsiderada. Desconsidera-se a construção privatística, porém não se anula negócios privados. Em segundo lugar, considera-se os resultados fiscais que seriam devidos se não houvesse o abuso daquela forma jurídica.

¹⁵ Cf. VASQUES, Sérgio, “Manual de Direito Fiscal”, 2ª edição, Almedina, p. 375-376.



3. O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 18 de Outubro de 2018, Processo nº 917/13.3BECBR

O acórdão sob análise foi proferido no recurso apresentado pela Fazenda Pública, que não se conformou com a sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra, na impugnação judicial, instaurada na sequência da liquidação que resultou da aplicação da norma geral anti-abuso, prevista no art. 38º da LGT e da norma anti-abuso específica, prevista no art. 73º, nº 10 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC).

No âmbito de uma inspecção tributária, a AT entendeu que as operações de transformação de diversas sociedades por quotas em sociedades anónimas, e a sua posterior transmissão, através de uma permuta de participações sociais, visaram essencialmente dois propósitos.

Por um lado, evitar que as mais-valias realizadas pela impugnante na transmissão dessas participações fossem efectivamente tributadas em sede de IRS, pois, com estas transformações societárias, visou-se a não tributação das transmissões, por força do disposto na alínea a) do nº 2 do art. 10º do CIRS, que excluía de tributação as mais-valias provenientes da alienação de acções detidas pelo seu titular durante mais de 12 meses, isenção esta que não era aplicável às mais-valias realizadas na transmissão de quotas.

Por outro lado, entendeu que foi igualmente com o intuito de afastar a tributação, que a impugnante optou por transmitir as participações que detinha nas sociedades referidas, mediante o aumento do capital da sociedade anónima adquirente, a P SGPS, S.A, que havia sido constituída pouco antes, sendo que aquele aumento de capital foi realizado através da entrada em espécie dessas acções. A entrada em espécie, traduzida na entrega de acções, permitiu caracterizar aquela operação como uma permuta de partes sociais abrangida pelo regime de neutralidade fiscal e assim excluir de tributação as mais-valias realizadas na transmissão das sociedades cujas acções não tinham sido detidas há mais de 12 meses.

A AT, considerando estar em presença de práticas abusivas, recorreu a duas normas anti-abuso que lhe permitiram contrariar os efeitos fiscais normais da transformação da forma societária e a subsequente permuta das partes sociais realizada ao abrigo do regime de neutralidade fiscal:

- Desconsiderou, para efeitos fiscais, a referida transformação da forma jurídica das sociedades, ao abrigo do disposto no art. 38º, nº 2, da LGT;

- Recorrendo à norma anti-abuso prevista no nº 10 do art. 73º do CIRC (por remissão do art. 10º, nº 9, al. b), do CIRS), a AT afastou os efeitos do diferimento de tributação previsto para as operações de permuta de partes sociais realizadas sob o regime de neutralidade fiscal, estabelecido nos artigos 73º e seguintes do CIRC.

O Tribunal, seguindo a sistematização proposta por Gustavo Lopes Courinha¹⁶, entendeu não estarem preenchidos os pressupostos para aplicação da cláusula geral anti-abuso, no primeiro caso, esmiuçando os elementos identificados por aquele autor do seguinte modo:

- quanto ao elemento resultado, considerou que, comparando, de uma forma isolada, os negócios jurídicos da transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima, com a subsequente venda das acções com a manutenção da sociedade como sociedade por quotas e a subsequente venda das quotas, resulta inequívoco que a primeira situação beneficiava de um regime legal de tributação mais vantajoso do que a segunda, o que significa que este elemento está verificado, pois a vantagem fiscal foi obtida com a transformação da sociedade por quotas em sociedade anónima.

- no que se refere ao elemento intelectual, considerou não estar o mesmo verificado, porquanto a opção de modificação da estrutura das sociedades em causa foi justificada por motivos económicos válidos, relacionados com “a concentração dos poderes de gestão no órgão de administração, onde possam ter assento profissionais independentes do corpo accionista” (cfr. acórdão) e com a maior facilidade de recurso ao mercado financeiro através de sociedades anónimas. Por outro lado, a AT falhou ao não fazer a ponderação entre a motivação fiscal e a extra-fiscal, conforme era exigido pelo art. 38º, nº 2, da LGT e 63º, nº 9, al. b), do CPPT.

- quanto ao elemento normativo, também considerou não estar verificado. O Tribunal, sufragando o ensinamento de Saldanha Sanches, entendeu que, “se o legislador ao mesmo tempo que tributa as mais-valias das alienações de quotas, deixa por tributar as mais-valias das acções ou as tributa com uma taxa mais reduzida, não pode deixar de se aceitar fiscalmente a transformação de uma sociedade comercial em sociedade por acções mesmo que a transformação seja motivada por razões exclusivamente fiscais” (cfr. acórdão).

O acórdão referido aprecia, ainda, a aplicação da norma específica anti-abuso, contida no art. 73º, nº 10, do CIRC, na versão aplicável, ou seja, na redacção em vigor até à Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro, cuja redacção era a seguinte:

10 - O regime especial estabelecido não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objectivo ou como um dos principais objectivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das

¹⁶ Op. cit., p. 165 e ss.



sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto.

Está em causa, no caso do acórdão, uma permuta de participações sociais em várias empresas por novas participações sociais, desta feita numa Sociedade Gestora de Participações Sociais (SGPS), a P SGPS, S.A..

Os accionistas da P SGPS, S.A. deliberaram aumentar o capital social da sociedade, que foi subscrito pelos accionistas mediante a entrada em espécie de outras participações, detidas em sociedades anónimas (que haviam sido objecto de transformação prévia, de sociedades por quotas em sociedades anónimas).

No acórdão em causa, o Tribunal considerou não estarem verificados os pressupostos para a aplicação de tal norma, porquanto entendeu que, conforme decorre dos factos provados, a sociedade P SGPS S.A. “é detentora de outra sociedade para além das supra invocadas, sendo que a estrutura do grupo permite compensar dificuldades financeiras das várias e de cada uma das empresas do grupo, além de que o grupo tem relações comerciais quer no mercado interno, quer no mercado externo e, neste último, em Angola”. Atendendo aos factos provados, entendeu “existir a conexão entre o facto de a maioria do capital da SGPS ser da família do sujeito passivo e o objectivo de criar um Grupo económico em que a SGPS era a detentora do capital das sociedades participadas, mas onde os sócios das participadas adquiriam as mesmas participações no seio da SGPS, ou seja, existem razões económicas quer para a transformação quer para a entrada das participações no capital da SGPS”.

4. Comentário ao Acórdão

Quanto à aplicação da norma geral anti-abuso, inserta no art. 38º, nº 2, da LGT, o Tribunal foi elencando os diversos elementos integrantes da mesma, concluindo pela não verificação dos designados elementos intelectual e normativo.

Considerou que o elemento intelectual não resultou demonstrado, atenta a factualidade assente, por entender que a realização dos negócios de transformação das sociedades visou objectivos económicos, que se inseriam na estratégia empresarial prosseguida, pelo que não visaram apenas vantagens fiscais.

Ora, atentando nos factos que foram levados ao probatório, e que não podem ser desconsiderados na análise do acórdão, não podemos deixar de concordar que a transformação da estrutura societária, levada a cabo pelos sócios, teve outros propósitos que não meramente os de obtenção de poupança fiscal em sede de IRS.

Na verdade, consignou-se no elenco de factos provados que “a transformação em acções teve como objectivo motivar os potenciais investidores” [facto provado sob a alínea P)] e que “A estrutura do grupo permite compensar dificuldades financeiras das várias e de cada uma das empresas do grupo” [facto provado sob a alínea R)].

É bem verdade que a transmissão de acções, à data, beneficiava de um regime fiscal mais favorável do que a transmissão de quotas, pelo que poder-se-á dizer que a impugnante escolheu, nas palavras de Alberto Xavier¹⁷, o “negócio fiscalmente menos oneroso”, ou seja, de entre as possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico, a transmissão de acções é menos onerosa, do ponto de vista da tributação. Como refere o mencionado autor, “os casos conhecidos na doutrina por evasão tributária legítima caracterizam-se essencialmente pela equivalência económica do resultado proporcionado por um acto jurídico não tributado ou menos tributado relativamente ao resultado económico do acto a cuja prática as partes renunciavam”¹⁸.

Com efeito, é perfeitamente legítimo, aos agentes económicos, prosseguirem actividades, operando sob a forma societária que melhor entenderem, que tanto pode ser sociedade por quotas ou por acções ou outra legalmente prevista, desde que reunidos os pressupostos necessários à sua constituição.

Assim, independentemente de se ter provado que a transformação das sociedades não teve apenas o propósito de conseguir uma vantagem fiscal, consideramos que a aplicação da norma geral anti-abuso não poderia deixar de ser afastada, pelas razões também consignadas no acórdão (e que subscrevemos inteiramente), relativamente ao que Gustavo Lopes Courinha designa de elemento normativo.

O Tribunal, no acórdão em apreço, deixou exarada uma resenha histórica da evolução legislativa da norma relativa à tributação de mais-valias resultantes da transmissão de acções, donde resulta a conclusão que o legislador optou, expressamente, por tributar a transmissão de quotas e por não tributar a transmissão das acções naquele contexto, conforme decorre das normas aplicáveis. E fê-lo de forma deliberada e reiterada, atendendo a que se trata de norma que foi várias vezes revista e alterada.

De facto, o legislador não desconhecia a existência de um regime fiscal mais favorável para a transmissão de acções, por comparação com a transmissão de quotas, sendo que nada fez para o alterar (à data dos factos em julgamento), sendo de considerar que pretendia até incentivar a criação de sociedades anónimas.

“Neste contexto, detecta-se uma opção legislativa deliberada no sentido de afastar a tributação das mais-valias não especulativas, como incentivo à criação de sociedades anónimas,

¹⁷ Cf. XAVIER, Alberto, “Manual de Direito Fiscal”, I, FDL, Lisboa, 1981, p. 257.

¹⁸ Cf. XAVIER, Alberto, op. Cit., p. 256

formas de organização mais avançada, que proporciona tendencialmente gestão mais profissionalizada e eficiente, com benefícios para a economia em geral e, reflexamente, para o próprio interesse da tributação de rendimentos empresariais.

Por outro lado, é de notar que a afirmação do interesse público em não tributar as mais-valias não especulativas derivadas da detenção de acções foi, conscientemente, considerado superior ao da arrecadação das receitas que a tributação podia gerar e que esta afirmação foi efectuada já depois da Lei Geral Tributária ter previsto a cláusula geral antiabuso, no seu artigo 38.º, n.º 2¹⁹.

Quanto à aplicação da norma anti-abuso, pronuncia-se Sérgio Vasques²⁰: “O cuidado posto na construção da cláusula anti-abuso mostra a preocupação de isolar os casos em que o exercício da autonomia privada e o direito ao planeamento atentam grosseiramente contra a igualdade”.

Em concreto, Saldanha Sanches²¹ refere-se expressamente à tributação das mais-valias resultantes da alienação de participações sociais, em caso de transformação da estrutura societária. Na verdade, tomando como referência o princípio da determinabilidade da lei fiscal, o autor refere-se ao procedimento administrativo de aplicação da cláusula anti-abuso como solução de última *ratio*, para corrigir “*inevitáveis vazios da previsão legal*”. E prossegue nos seguintes termos, cuja pertinência para o caso impõe a respectiva transcrição:

“(…) teremos de concluir que não podemos ter um recurso administrativo ao instituto da fraude à lei nos múltiplos sectores em que o legislador, por incúria ou falta de coragem política, deixou que se multiplicassem as situações, mesmo quando anti-sistemáticas, de não tributação de certos tipos de negócios jurídicos (...).

Consideremos, por exemplo, o que sucede com as tributações das mais-valias: se o legislador, ao mesmo tempo que tributa as mais-valias das alienações de quotas, deixa por tributar as mais-valias das acções ou as tributa com uma taxa mais reduzida, não pode deixar de se aceitar fiscalmente a transformação de uma sociedade comercial em sociedade por acções mesmo que a transformação seja motivada por razões exclusivamente fiscais.

A operação em si mesma – a sociedade que se transformou em sociedade anónima tem o seu capital em poucas mãos e não vai recorrer ao mercado de capitais -, poderia ser catalogada entre as que têm uma mera motivação fiscal e, por isso, desconsiderada, mas para tal seria necessário que houvesse da parte do legislador uma intenção clara de tributar qualquer tipo de mais-valias tal como se pode discernir no texto normativo a respeito dos rendimentos de capital.”

Assim, se figura como requisito da aplicação do expediente contido no art. 38.º, n.º 2 da

¹⁹ Acórdão do Centro de Arbitragem Administrativa, nº 320/2014-T, de 26.11.2014, disponível em <https://caad.org.pt/tributario/decisoaes/>, consultado em 5.6.2019.

²⁰ Op.cit. p. 376.

²¹ Op. cit., , p. 182.

LGT que o sujeito passivo se tenha furtado a uma tributação desejada e prevista pelo legislador, manifestamente não poderá dar-se o requisito por preenchido numa situação, como a descrita no acórdão, em que se constata existir uma “lacuna consciente de tributação”²².

Em conclusão, será de considerar a ocorrência de uma situação de planeamento fiscal em sentido estrito ou planeamento fiscal legítimo, pois que foi usado um meio lícito, para obter um resultado que não se pode dizer que seja atípico ou contrário ao espírito da lei.

Debruçamo-nos, agora, sobre a segunda questão apreciada no acórdão, a aplicação da norma específica anti-abuso, contida no art. 73º, nº 10, do CIRC, na versão aplicável, por remissão do art. 10º, nº 9, al. b), do CIRS.

No acórdão em causa, o Tribunal considerou não estarem verificados os pressupostos para a aplicação de tal norma, porquanto entendeu que não foi praticado qualquer acto que possa considerar-se dirigido essencial ou primacialmente à obtenção de vantagens fiscais, sendo que não foi utilizado qualquer meio artificioso ou fraudulento para obtenção de vantagens fiscais.

A norma prevista no art. 73º, nº 10, do CIRC, na versão aplicável, resulta da transposição da Directiva das fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções, a Directiva 90/434/CEE, que foi sendo sucessivamente alterada, dando lugar a uma versão codificada, culminando na aprovação da Directiva 2009/133/CE, actualmente em vigor²³.

A aplicação do regime previsto no art. 77º do CIRC, na versão vigente à data dos factos, levou a que a permuta das participações sociais (realizada com a entrada em espécie para subscrever o aumento de capital social da P SGPS, S.A.) beneficiasse do regime de neutralidade fiscal, ou seja, do diferimento da tributação das mais-valias decorrentes de tal operação de reestruturação.

Porém, a Directiva continha (e contém) uma norma anti-abuso, que foi adoptada pelo legislador português, traduzida no nº 10º, do art. 73º do CIRC, permitindo que seja recusada a aplicação do regime da neutralidade no caso, que para aqui interessa, de as operações não terem sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das actividades das sociedades que nelas participam, tendo como consequência a ineficácia do negócio jurídico realizado e a tributação da operação.

A existência ou inexistência de razões económicas válidas deve ser apreciada à luz da operação de reestruturação ou de racionalização das actividades das sociedades que participam na operação, o que constitui um problema de prova²⁴. Assim, compete à Administração Fiscal

²² Cf. SANCHES, J. L. Saldanha,, op.cit, p. 182-184.

²³ Cf. RIBEIRO, João Sérgio, “Direito Fiscal da União Europeia: Tributação Directa”, Almedina, 2018, p. 161 e ss

²⁴ Assim, CÂMARA, Francisco de Sousa da, “As Operações de reestruturação e a cláusula anti-abuso prevista no artigo 67º/10 do CIRC”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2009, p. 86.



provar a inexistência daquelas razões, para lhe ser permitido aplicar a norma anti-abuso e desconsiderar as operações.

No caso em apreço, afigura-se-nos que, tendo em conta os factos que resultaram provados, não será de aplicar a norma anti-abuso, contida no art. 73º, nº 10, do CIRC.

Na verdade, provou-se que a P SGPS é detentora de outra sociedade para além das que aqui estão em causa, sendo que a estrutura do grupo permite compensar dificuldades financeiras das várias e de cada uma das empresas do grupo, além de que o grupo tem relações comerciais, quer no mercado interno, quer no mercado externo, pelo que é de admitir que a operação em causa, efectuada pelos accionistas das diversas sociedades, vem trazer vantagens, designadamente ao nível financeiro, não tendo sido realizada (pelo menos primacialmente) com o intuito de obtenção de vantagem fiscal.