True and fair view e fair value: análise (des)preocupada da natureza jurídica de dois conceitos nublados

Autor(es): Lavouras, Maria Matilde

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39887>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_58_7

Accessed : 26-Apr-2023 13:54:08

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

VOLUME LVIII

2 0 1 5

COIMBRA

TRUE AND FAIR VIEWE FAIR VALUE

ANÁLISE (DES)PREOCUPADA DA NATUREZA JURÍDICA DE DOIS CONCEITOS NUBLOSOS

1. Introdução

A globalização económica e financeira esteve na origem da alteração do paradigma económico à escala global, pondo em destaque uma nova problemática para a qual os tradicionais instrumentos de regulamentação jurídica não encontravam resposta adequada. Tornou-se necessário em diversos domínios, recolocar questões que até então se julgavam solucionadas de forma adequada e introduzir normas capazes de lhes dar resposta.

A convocação de novas exigências obrigaria à mobilização de conceitos de validade para além das fronteiras de um determinado ordenamento jurídico. Não se trata agora do confinamento da validade das normas e do ordenamento jurídico a um determinado espaço geográfico, mas sobretudo da possibilidade de serem utilizadas normas de validade pluriestadual ou de ser reconhecida validade aos resultados da aplicação dessas mesmas normas por outros ordenamentos

jurídicos mais ou menos distantes, ou ainda da utilização de conceitos e soluções jurídicas compatíveis com as de outros ordenamentos jurídicos¹.

O domínio financeiro e sobretudo o domínio económico desde sempre mostraram vocação de internacionalização e não se estranha por isso que tenha sido precisamente nestes que se fez notar a tendência para a ‘mundialização’ ou ‘uniformização’ de regras jurídicas que, de forma mais ou menos intensa, se vem alargando a outras áreas.

A criação de normas jurídicas com aplicação e vigência transnacional encontra diversos entraves, sendo o maior deles a necessidade de garantia de aplicação uniforme. Mesmo que a uniformidade se bastasse com a aplicação harmonizada, esta parece ser um objetivo impossível de atingir, ainda que exista um leque de conceitos uniforme ou harmonizado, dadas as divergências existentes ao nível da aplicação concreta das normas.

É neste contexto que surgem, numa clara tentativa de criação de um sistema contabilístico de validade e aplicabilidade a nível mundial, as denominadas IAS/IFRS. Como objetivo de primeiro momento aparece o incremento do funcionamento dos mercados financeiros, objetivo este que num momento posterior se alargaria aos demais mercados, influenciando ainda os sistemas fiscais. Estavam criadas as condições para que, nos países que decidissem optar pela adesão a estas mesmas normas, fossem eliminados importantes entraves à livre circulação de capitais.

¹ Note-se que algumas das normas eram (e continuam a ser) emanadas por organizações não governamentais e por isso mesmo arredadas do normal funcionamento do procedimento de aprovação das normas jurídicas. É precisamente o que se passa com as normas do *Financial Accounting Standards Board* (FASB) e do *International Accounting Standards Board* (IASB).

O processo de harmonização das normas contabilísticas a nível mundial parece estar ainda longe de se concluir, mas no continente europeu o processo iniciado em 1968 com a aprovação da Diretiva 68/151/CEE para harmonização das legislações nacionais dos Estados-Membros em matéria de consolidação de contas culminaria com a aprovação dos Regulamentos (CE) n.º 1606/2002 e 1725/2003, este último revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1126/2008, consubstanciando uma clara tentativa de harmonização de regras contabilísticas no espaço da União Europeia e a aproximação gradual entre esta regulamentação contabilística e a sugerida pelo IASB².

A problemática perderia, do ponto de vista financeiro, interesse de maior não fosse a importância existente e reconhecida pelo direito fiscal aos resultados contabilísticos, bem como ao facto de nestas normas coexistirem com os demais conceitos

² O processo de harmonização das normas contabilísticas representa o mais amplo processo de harmonização de normas à escala global porquanto se verifica (ao menos do ponto de vista formal) desde 2002 um processo de progressiva convergência entre as normas do IASB e do FASB. Decorre diretamente do art.º 2.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (versão original) e atualmente do art.º 3.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) a necessidade de coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros e o desenvolvimento do mercado interno e, sobretudo, a garantia da livre concorrência justificariam a adoção da Diretiva 68/151/CEE, da Diretiva 77/91/CEE, da Diretiva 78/660/CEE (IV Diretiva), Diretiva 78/855/CEE, Diretiva 82/891/CEE, Diretiva 83/349/CEE (VII Diretiva) e Diretiva 84/253/CEE. (De referir que as IV e VII Diretivas foram revogadas e as suas disposições substituídas pelas da Diretiva 2013/34/UE). A partir de 1 de janeiro de 2005 as sociedades cotadas no mercado de um Estado-Membro que estivessem obrigadas à consolidação de contas passaram a ter que observar as IAS/IFRS constantes do referido Regulamento, bem como as interpretações SIC/IFRIC.

de direito fiscal a *'true and fair view'* e o *'fair value'*³. Estes últimos contribuíram para a introdução de incertezas e de uma margem de discricionariedade elevada no direito fiscal, podendo conduzir a uma disparidade na aplicação das normas. A consagração expressa dos dois conceitos, sobretudo do *'fair value'* enquanto critério de mensuração contabilística de ativos e passivos, introduziu de forma indireta critérios de subjetividade nas normas fiscais, habitualmente avessas a esse tipo de considerações⁴.

Este esforço de harmonização das normas contabilísticas na União Europeia decorre da necessidade de garantia plena da liberdade de concorrência entre as empresas cotadas com sede num dos Estados-Membros, e que poderia estar em perigo caso não fosse garantida verdadeiramente a liberdade de circulação de capitais. A tentativa de harmonização das regras de direito contabilístico, ainda que apenas circunscrita a uma determinada categoria de empresas, constituiria o pri-

³ Estes dois conceitos foram traduzidos para a língua lusa por 'imagem fiel' e 'justo valor'. Optaremos por utilizar sempre as menções em língua inglesa por duas razões diversas. Quanto à *'true and fair view'* a expressão 'imagem fiel' não nos parece capaz de traduzir todo o conteúdo signifiante. Já o 'justo valor' é um conceito não só redundante mas sobretudo uma expressão que parece colocar em destaque uma característica que consideramos não estar abrangida pelo conceito (a ideia de justiça).

⁴ Note-se que é inquestionável a vocação informativa das demonstrações financeiras mas que parece ser, em certa medida em certa medida, contrariada pelos requisitos adicionais exigidos quando seja utilizada para efeitos fiscais. Enquanto na generalidade dos casos a informação se destina maioritariamente a dar a conhecer aos sócios mas preferencialmente aos potenciais investidores a 'real' situação da empresa, quando utilizada para efeitos fiscais, serve principalmente para a determinação da capacidade contributiva de uma determinada entidade e que pode ser alcançada através, precisamente, da análise dos indicadores contabilísticos.

meiro passo de um longo percurso que ainda não está concluído e que tende a eliminar todas as barreiras a essas duas liberdades: a liberdade de circulação de capitais e a liberdade de concorrência. É entendimento generalizado que só quando existir verdadeiramente uma uniformização das regras de tributação, nomeadamente em sede de imposto sobre os rendimentos empresariais, se poderá falar em realização plena daquelas duas liberdades e encontra reflexo por via indireta na determinação da matéria coletável das empresas⁵ e por isso esta constitui um primeiro e importante passo para que esse objetivo possa ser conseguido.

2. Implicações da adoção das IAS/IFRS no ordenamento jurídico-fiscal português

A harmonização das regras contabilísticas através da aprovação das normas de direito derivado permitiria a dimi-

⁵ As relações entre a Contabilidade e a Fiscalidade são um domínio muito vasto e complexo, havendo basicamente dois modelos que as demarcam: o modelo de dependência ou modelo continental, e o modelo de independência ou modelo anglo-saxónico. Embora a realidade a que contabilidade e direito fiscal se aplicam possa ser idêntica, a verdade é que as questões a que cada uma se propõe dar resposta e os interesses que pretendem proteger são diversos, justificando também que possam em larga medida afastar-se os tratamentos dados a cada parcela da realidade. Sobre estas diferenças veja-se Nina Santos AGUIAR, «Modelos Normativos de Relação entre Lucro Tributário e Contabilidade Comercial», *Fiscalidade* 13/14, (Janeiro/abril 2003); Rogério Fernandes FERREIRA, “Necessidade de conciliação entre contabilidade e a fiscalidade”, *Gestão, Contabilidade e Fiscalidade*, Editorial Notícias, 2.^a ed., março de 1999.

nuição dos entraves à livre circulação de capitais e dava início a um processo de convergência – ou ao menos de compatibilização – das regras de tributação das empresas no espaço da União⁶. Afastada a solução de criação de um imposto europeu sobre sociedades, a opção pela tributação das sociedades com base na lei da residência, numa base consolidada comum única e harmonizada e obrigatória, permitiu criar as condições para o aprofundamento das liberdades, *maxime* da liberdade de circulação de capitais, bem como eliminar problemas relacionados com a determinação da capacidade contributiva real⁷, nomeadamente os decorrentes dos preços de transferência ou a comunicabilidade de ganhos e perdas.

O sistema ideal parecia ser aquele que permitisse a determinação da capacidade contributiva das empresas com base em dados contabilísticos consolidados. Restava porém determinar as regras aplicáveis a esse cálculo, bem como as regras de incidência territorial das normas tributárias, isto é, quais as regras tributárias a aplicar ao caso concreto. Quanto a esta última questão a solução encontrada passaria pela consagração

⁶ Sobre as disparidades dos sistemas tributários dentro do espaço da União Europeia, veja-se Ruth MANSON, “Made in America for European Tax: the international consistency test”, *Boston College Law Review*, 49 (2008), pp. 1277-1326; e COMISSÃO EUROPEIA, “Company Taxation in the Internal Market”, COM (2001) 582 final; Wolfgang SHÖN, “The European Commission’s Report on Company Taxation: a magic formula for european taxation?”, *European Taxation*, 42 (88 – Agosto 2002), pp. 276-286.

⁷ O princípio da capacidade contributiva não parece ter uma expressão unitária em todo o tipo de impostos, sendo mais visível nos impostos sobre o rendimento, mas perdendo importância quer nos impostos sobre o consumo, quer ainda de forma mais evidente nos impostos sobre o património. J. Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 481.

da necessidade de tributação de acordo com as regras do país onde se encontrasse a sede da entidade em causa, desde que essa mesma sede fosse num dos Estados-Membros. Ainda assim não se encontravam garantidas as condições para o cumprimento dos desideratos já referidos, mas ficava garantida ao menos uma tendencial harmonização dos dados existentes e divulgados, para a determinação do rendimento relevante para efeitos fiscais.

As dificuldades ao nível das exigências de igualdade e a coexistência de regimes fiscais díspares e que consagram também diferenças consideráveis ao nível da determinação da matéria coletável pode resultar numa desigualdade material que é impossível de eliminar. Ainda que coexistam regras de tributação diversa, porquanto os Estados-Membros mantêm, ao menos do ponto de vista teórico, total liberdade na formação do conteúdo das suas normas tributárias desde que estas respeitem as normas de Direito da União, podia-se avançar agora no sentido da tentativa de harmonização ou mesmo de uniformização da determinação da base (ou rendimento) tributável, com a vantagem de que esta opção é compatível com qualquer modelo de relação entre o Direito Fiscal e o Direito Contabilístico, pese embora o facto de ser mais simples de verificar e de executar num modelo de dependência total⁸.

⁸ Não obstante entendermos que, qualquer que seja aquele modelo de relação, é possível dar cumprimento ao desiderato de harmonização ou uniformização da matriz de determinação da matéria tributável das empresas e desde modo garantir em pleno a construção de um mercado único (ao menos para os capitais), notamos que a utilização de um modelo em que a determinação dessa base seja feita de forma completamente desligada dos dados contabilísticos levaria à preterição da autonomia dos Estados-Membros na condução da sua política fiscal porquanto a elaboração das normas tributárias teria que ser harmonizada e, por esta via, deixaria

Em Portugal o modelo contabilístico vigente desde 1977 viria a ser profundamente alterado através do Decreto-Lei n.º 35/2005, de 17 de fevereiro, aprovado na sequência da necessidade de dar cumprimento ao Regulamento (UE) n.º 1606/2002 e da transposição da Diretiva 2003/51/CE, consagrando um regime dual:

- (a) as entidades obrigadas à consolidação de contas têm que cumprir as normas contabilísticas IAS/IFRS aprovadas por referência ao Regulamento (UE) n.º 1606/2002 e têm por isso uma base de tributação harmonizada⁹, mas nas contas individuais continuam a ficar obrigadas a respeitar as normas contabilísticas

de estar na livre disponibilidade dos Estados-Membros. Note-se porém que a opção por qualquer um dos outros modelos não solucionaria do ponto de vista material esta questão, pese embora o facto de, numa perspetiva meramente formal, estarmos perante a conformação uniforme ou harmonizada de normas de Direito Contabilístico e não de Direito Fiscal.

⁹ Ficavam de fora as sociedades financeiras consideradas como integradas no setor bancário e as empresas de seguros. Contudo, as entidades de supervisão - Banco de Portugal, a Comissão de Valores Mobiliários e o Instituto de Seguros de Portugal – aprovavam diretrizes relativas à elaboração das contas individuais de acordo com normas de contabilidade convergentes com as IAS/IFRS. É o caso das Normas de Contabilidade Ajustada (NCA) aprovadas pelo Banco de Portugal através da Instrução n.º 23/2004 (alterada pela Instrução n.º 9/2005, pela Instrução n.º 33/2005 e pela Instrução n.º 28/2009) e o Plano de Contas para as Empresas de Seguros (PCES) aprovado pelo (então) Instituto de Seguros de Portugal (Norma regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 4/2007-R, de 27 de abril, alterada pela Norma Regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 20/2007-r, de 31 de dezembro e pela norma regulamentar do Instituto de Seguros de Portugal n.º 22/2010-r, de 16 de dezembro).

nacionais e demais disposições em vigor para o respetivo setor de atividade;

- (b) as demais entidades, que apenas ficam sujeitas à aplicação das normas contabilísticas internas, então constantes do Plano Oficial de Contabilidade (POC) e das Diretrizes contabilísticas e atualmente do Sistema de Normalização Contabilística¹⁰.

Estas alterações não implicariam uma modificação do modelo de relação entre o Direito Contabilístico e o Direito Fiscal, mas não deixariam de se refletir no modelo de tributação das empresas, nomeadamente com a alteração do léxico utilizado nas normas de Direito Fiscal por incorporação dos ‘novos’ conceitos das normas contabilísticas¹¹.

Já no que concerne ao reflexo no regime substantivo de tributação do rendimento das empresas em IRC, seria o Decreto-lei n.º 159/2009, de 13 de julho, a modificar a redação dos art.ºs 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 28.º, 29.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º -A, 36.º, 39.º, 40.º, 42.º, 43.º, 44.º, 45.º, 58.º -A, 68.º, 70.º, 71.º, 72.º e 113.º do Código do IRC, e a adaptar as normas da tributação das empresas às normas internacionais de contabilidade adotadas pela União Europeia e ao Sistema de Normalização Contabilística (SNC).

Optou-se assim pela manutenção das especificidades

¹⁰ Excetuam-se as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Dadas as especificidades destas entidades as entidades de supervisão devem definir com maior precisão o âmbito de aplicação das IAS/IFRS.

¹¹ São disso exemplo os conceitos de: ativos biológicos, ativos intangíveis, ativos fixos tangíveis, ajustamentos, depreciação, deprecimento, gastos, imparidade, inventários, mensuração, reconhecimento, rédito, rendimento, revalorização, reversões e ajustamentos, valor presente.

relativas às depreciações e amortizações (com um regime próprio para o direito fiscal) – art.^{os} 29.º e ss. CIRC – mas refletindo nesse regime as alterações decorrentes da nova terminologia. Passaram assim a ser abrangidos pelo regime do Decreto Regulamentar n.º 25/2009 de 14 de setembro os (a) ativos fixos tangíveis, os (b) ativos fixos intangíveis, e os (c) ativos biológicos não consumíveis e (d) as propriedades de investimento que sejam contabilizadas a custo histórico, desde que com carácter sistemático, sofram perdas de valor resultantes da sua utilização ou decurso do tempo. Também o tratamento fiscal das (agora denominadas) imparidades – art.^{os} 35.º e 36.º CIRC – sofreria alterações, sendo dedutíveis fiscalmente apenas as decorrentes de créditos resultantes da atividade normal da empresa e que no fim do período possam ser considerados de cobrança duvidosa e estejam como tal evidenciadas na contabilidade bem como as que consistam em desvalorizações excecionais verificadas em ativos fixos tangíveis, ativos biológicos não consumíveis e propriedades de investimento. Temos forçosamente que referir o n.º 9 do art.º 18.º CIRC, por conter uma regra geral de acordo com a qual os ajustamentos decorrentes da aplicação do justo valor não concorrem para a formação do lucro tributável¹².

Não obstante o facto de, desde 1993, encontrarmos referência ao critério de mensuração pelo ‘justo valor’ (pelo menos na Directriz Contabilística n.º 13/93) e da referência à ‘*true and*

¹² Sobre o ‘*fair value*’ e a sua compatibilidade com a capacidade contributiva na redação anterior do Código do IRC veja-se Ana Rita CACHIM, “O Princípio da Tributação pelo Rendimento Real e o ‘Justo Valor’ no âmbito da Adopção das Normas Internacionais de Contabilidade”, *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. IV, in Paulo OTERO, Fernando ARAÚJO, João Taborda da GAMA (org.). Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 521 e ss., em especial o ponto 3.5.

fair view’ na IV e VII Diretivas e o diploma que transpuseram as suas normas para o ordenamento interno português, verdadeiramente só a partir de 2005 é que estes dois conceitos passaram a ter que ser respeitados pela generalidade das entidades tributáveis em IRC, seja diretamente no CIRC, seja indiretamente através das normas IAS/IFRS, do POC ou do SNC.

Já mais recentemente, à alteração profunda do Código do IRC aprovada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, juntar-se-iam as alterações produzidas pelas Lei n.º 82-C/2014 e 82-D/2014, ambas de 31 de dezembro. A primeira delas transpõe a Diretiva n.º 2014/86/UE, do Conselho de 8 de julho, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades mães e a sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes, e adequa o regime especial de tributação de grupos de sociedades à jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia; já a Lei n.º 82-D/2014 introduz alterações decorrentes da adoção de normas da denominada ‘fiscalidade verde’. Destas apenas as alterações decorrentes quer da Lei n.º 2/2014, quer da Lei n.º 82-C/2014 são relevantes para a nossa análise¹³. Não encontramos referência direta e imediata quer nos objetivos¹⁴ da reforma, nos considerandos ou sequer

¹³ Sobre a reforma do CIRC aprovada em 2014 veja-se A. Carlos VENTURA e André VENTURA (coord.), *A reforma do IRC: Do processo de decisão política à revisão do Código*, Vida Económica, 2014.

¹⁴ No Despacho que cria a Comissão para a Reforma do IRC – Despacho do Secretário para os Assuntos Fiscais n.º 66-A/2013, de 2 de janeiro aparece como objetivo central da reforma a promoção da competitividade, do investimento e da internacionalização das empresas portuguesas. Ora, este objetivo é uma decorrência direta da implementação e do aprofundamento da liberdade de circulação de capitais. Claramente decorrente da consagração deste objetivo é o regime da *participation exemption*, e indiretamente da *patent box* e a redução da taxa do imposto. Esta última aparece também ligada à

nas conclusões da Comissão de Reforma e que serviriam de enquadramento à opções tomadas em termos legais, à necessidade de dar cumprimento às normas de Direito da União relativas à mensuração de ativos e passivos. No entanto, a análise das normas parece ir já em sentido diverso. Encontramos a menção ao *'fair value'* nos arts. 18.º, n.º 9 al. a), 20.º, n.º 1 als. f) e g), 22.º, n.º 1 al. e), 23.º, n.º 2 al. k) e 45.º-A, n.ºs 2 e 3 do Código IRC¹⁵.

Ao nível da transparência – relevante para a *'true and fair*

necessidade/adequação de implementação de políticas fiscais que permitam fomentar a denominada concorrência fiscal entre Estados, mas sempre evitando a concorrência fiscal agressiva e/ou desleal.

¹⁵ Torna-se difícil compreender as razões que justificam o desvio de regime constante das als. f) e g) do n.º 1 do art.º 20.º e al. j) do n.º 2 do art.º 23.º, do art.º 46.º do Código do IRC. Tendo em consideração que toda a arquitetura do sistema fiscal português para a tributação das empresas assenta preferencial (e maioritariamente) na tributação do rendimento real (realizado), não pode deixar de se estranhar que relativamente a dois tipos de ativos – os instrumentos financeiros e os ativos biológicos consumíveis que não sejam explorações silvícolas plurianuais – se assista a um desvio a este regime regra, permitindo uma correspondência exata entre a contabilidade e a fiscalidade. Ademais, o regime regra para as mais-valias continua a ser o da realização, como decorre da al. f) do mesmo número e artigo, da al. b) do n.º 1 do art.º 21.º e da al. l) do n.º 2 do art.º 23.º, do n.º 2 do art.º 23.º A, a al. b) do art.º 24.º do Código de IRC. No sentido da consagração aparente do predomínio do valor de mercado (não definindo o Código esta noção) aparece-nos ainda no n.º 2 do art.º 21.º que considera como valor para cálculo das mais-valias nos bens adquiridos a título gratuito o maior de dois valores: (a) valor de mercado; (b) valor a considerar para efeitos de aplicação do Código do Imposto de Selo. Mais uma vez assistimos aqui a um desvio à realização em detrimento da 'normalidade' dos acontecimentos, aqui podendo mesmo afastar-se o valor de mercado, se o valor calculado presuntivamente for superior àquele.

view' – assiste-se a um retrocesso ao afastar-se a necessidade de divulgação na internet dos relatórios e planos de atividades onde se prestam as contas anuais, furtando-os assim a uma discussão mais generalizada. Mas existe também uma simplificação de requisitos e obrigações documentais complementada pela simplificação do regime e reforço da presunção da veracidade dos dados declarados pelo contribuinte a par de um regime simplificado para determinação da matéria coletável de certas entidades, agora consagrado no art.º 86.º-B, a que se encontra aliada uma maior simplificação de procedimentos, eliminação da necessidade de documentação conseguida pela implementação do cruzamento de dados – tudo numa tentativa de redução da complexidade¹⁶.

Com a recente reforma de 2014 (operada pela Lei n.º 2/2014) assistiu-se a uma profunda reorganização do capítulo III, relativo à determinação da matéria coletável. Nota-se uma clara aproximação entre as disposições fiscais e contabilísticas, denunciada pela estruturação seguida do atual Código de IRC¹⁷, mas mantendo uma diferenciação de regimes

¹⁶ Dando aliás cumprimento a uma orientação da OCDE no sentido da simplificação e agilização da relação jurídico-tributária.

¹⁷ Encontramos uma adesão à estrutura do balanço, distinguindo-se entre ativos correntes e ativos não correntes e consideram-se as perdas por imparidade conjuntamente com os ativos que lhes estão subjacentes. Enquanto nos ativos correntes as normas contabilísticas a aplicar são a IAS 36 (NCRF12), IAS 32, IAS 39, IFRS 7 e IFRS 9 (NCRF 27) e IAS 2 (NCRF 18). Apesar das alterações mantém-se o elenco taxativo das provisões fiscalmente dedutíveis e, no caso da provisão para reparação de danos de carácter ambiental continua a observar-se um regime que se afasta em larga medida da consideração contabilística, embora se tenha quanto a este último assistido a uma aproximação: o sujeito passivo deixa de ficar obrigado a obter a autorização para a consideração daquele valor como provisão, bastando-lhe que o comunique à Autoridade

noutras situações, como sejam a ‘relevância’ do justo valor (e das suas variações) no caso dos instrumentos de capital próprio¹⁸ e das variações patrimoniais positivas e negativas decorrentes de operações sobre ações, quotas e outros instrumentos de capital próprio da entidade emitente¹⁹, bem como das propriedades de investimento e dos ativos bioló-

Tributária. Questionamo-nos acerca da exequibilidade desta solução: pese embora a sua manifesta bondade, apenas o decurso do tempo nos permitirá apurar se e como a Autoridade Tributária reagirá a este novo modo de atuação.

¹⁸ Apenas têm efeitos fiscais as variações de justo valor das participações sociais com preço formado no mercado regulamentado em que o sujeito passivo não detenha direta ou indiretamente uma participação no capital superior a 5% do capital social, reconhecendo-se nesses casos apenas efeitos fiscais às variações de justo valor reconhecidas em resultados (NCRF 27). Esta solução – a da remissão para a NCRF 27 sem mais – pode levar a que tenha sido criada pelo legislador uma situação de desigualdade ou de não neutralidade da opção fiscal: é que o § 2 da NCRF 27 permite que a entidade aplique a al. b) do § 55 da IAS 39, reconhecendo essa variação de valor no capital próprio. Ou seja, se a entidade optar por aplicar a IAS 39 (ou as entidades que a isso estejam obrigadas) as variações do justo valor dos instrumentos de capital próprio apenas são tidas em consideração para efeitos de tributação no momento do desreconhecimento. Parece-nos contudo uma solução mais acertada do que a da tributação em cada período em que se assiste a um ajustamento do justo valor, não obstante as implicações que tal possa ter em cada período de tributação (aumentando ou diminuindo o lucro tributável), aproximando-se do modelo de realização.

¹⁹ Cfr. arts. 21.º e 24.º do Código do IRC.

gicos²⁰ e ativos intangíveis²¹.

²⁰ Os aumentos ou diminuições de justo valor são irrelevantes tratando-se quer de propriedades de investimento quer de ativos biológicos, como decorre do n.º 9 do art.º 18.º do Código do IRC, porquanto não encontramos disposição em sentido diverso da 1.ª parte daquele normativo e estamos já perante uma situação em que o modelo contabilístico aplicável é o da mensuração pelo justo valor. Compreende-se essa solução que é aliás complementada pelo referido no art.º 29.º, n.º 1 al. b) do Código do IRC, permitindo-se que, sempre que os ativos biológicos não consumíveis e as propriedades de investimento tenham sido contabilizadas ao custo de aquisição fiquem sujeitos ao âmbito de aplicação do Regime Jurídico das Depreciações e Amortizações. Dá-se assim a entender que o *'fair value'* verá ser um valor que corresponde ao valor de aquisição subtraído do valor acumulado das amortizações e depreciação (na mesma data). Já nos casos em que os mesmos ativos e propriedades tenham sido mensurados posteriormente ao *'fair value'* estes não podem ser sujeitos a amortização ou depreciação (para efeitos fiscais), optando-se antes por um sistema (fiscal) que calcula essa mesma 'quota de amortização' dividindo o seu valor de aquisição subtraído da quota mínima de amortização pelo período de vida útil.

²¹ No caso dos ativos intangíveis as dificuldades do seu reconhecimento autónomo na contabilidade e a sua autonomização enquanto objeto contratual (ou a possibilidade de poderem ser considerados juridicamente como uma coisa) justifica as cautelas por parte do legislador fiscal. Optou-se pela consagração de uma solução de aproximação da contabilidade face à fiscalidade, apenas se reconhecendo a relevância fiscal caso também a tenham contabilisticamente, ou seja, apenas quando reconhecidos autonomamente na contabilidade pode aos ativos fixos intangíveis ser reconhecido relevo para efeitos fiscais. Há-de tratar-se de ativos fixos intangíveis com duração indefinida. Por não lhes ser possível imputar em muitos casos um período de duração, o legislador fiscal optou por ficcionar que a 'amortização' dos mesmos durará 20 anos, permitindo assim que o seu valor de aquisição seja deduzido como um custo, em partes iguais, ao longo desse período.

3. A exigência da tributação pelo rendimento real

3.1. Generalidades

Da evolução referida supra e sobretudo das alterações recentes no Código do IRC resulta uma aproximação do modelo de tributação face ao modelo contabilístico (ou um não afastamento) recebendo-se dentro das normas de Direito Fiscal agora de forma quase plena a mensuração pelo justo valor para a generalidade dos ativos aos quais é aplicado de acordo com o modelo contabilístico esse mesmo modelo de mensuração. A solução encontrada pelo legislador fiscal é compatível com o modelo contabilístico seguido entre nós, quer seja o decorrente do SNC quer o das IAS/IFRS, embora seja necessário referir que a compatibilização com a tributação do rendimento real das empresas decorrente do n.º 2 do art.º 104.º da Constituição da República Portuguesa já não resulta tão clara.

Esta questão, ligada diretamente à determinação da matéria tributável e à opção pela tributação do rendimento em detrimento (ou em conjunto) da tributação do património encontra a sua base na discussão mais ampla do conceito de riqueza e de fortuna que aqui não iremos abordar. É que o princípio da capacidade contributiva radica na ideia da ‘capacidade de pagar’ que terá necessariamente de estar ligada à detenção (a título de propriedade) de dinheiro ou bens convertíveis em dinheiro que cada contribuinte dispõe. Mas se a exigência de pagamento de imposto sobre o rendimento é em certo sentido renovável, também o terão de ser os rendimentos que possam ser destinados ao seu pagamento, de onde decorre que a capacidade para pagar imposto depende

“do rendimento de cada contribuinte”²², do rendimento *obtido* em cada período por cada contribuinte²³, ou seja, o acréscimo durante o período em património líquido (ativo menos passivo) seja ele resultante ou não da contribuição para a atividade produtiva, rendimento monetário ou em espécie²⁴.

Quando falamos em rendimento real pretendemos abranger aqui quer o rendimento real efetivo, isto é, aquele que se apura que o contribuinte obteve, quer o rendimento que se supõe que obteve, ou seja, o rendimento real presumido. Afastamos assim o rendimento normal, quer este resulte da média de uma série de anos quer se refira apenas a um determinado ano. Nestes dois últimos casos, a determinação da capacidade contributiva seria feita por referência não ao rendimento que se sabe ou se presume que aquele contribuinte obteve, mas antes ao rendimento que este poderia ter obtido caso tivesse operado em condições normais²⁵.

²² J. J. Teixeira RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a ed. refundida e atualizada, Coimbra Editora, 1996, pp. 264.

²³ Desta ideia resulta aquela outra do princípio da igualdade tributária: estão em igualdade de condições para pagar impostos aqueles indivíduos que obtenham o mesmo rendimento e estarão em situação diversa aqueles que obtenham rendimento diferente, devendo por isso pagar um montante de imposto também ele diferente.

²⁴ No caso das entidades sujeitas a tributação dos seus rendimentos em sede de IRC, dado que a obtenção dos rendimentos em espécie tem que ser considerada para efeitos contabilísticos, a atribuição do valor é feita de acordo com um modelo contabilístico baseado em avaliações, permitindo a sua consideração para determinação da capacidade contributiva daquela entidade. Sérgio Vasques refere que o princípio da capacidade contributiva encontra o seu fundamento nos finais do séc. XIX e nas transformações sociais e políticas que então ocorreram e que levariam a uma rutura com o pensamento económico até então vigente.

²⁵ O afastamento da opção de tributação do rendimento nor-

Do que acabamos de referir constata-se que as nossas inquietações em torno da utilização do *'fair value'* para efeitos fiscais pode levar a uma introdução (ou adesão) ao modelo da tributação pelo lucro normal em detrimento da tributação pelo lucro real²⁶. Trata-se de um critério de mensuração

mal aparece justificada pela Doutrina numa única ideia: a de desincentivar o investimento, não obstante constituir um estímulo para a maximização da eficiência na utilização dos recursos que possui. Neste sentido veja-se J. J. Teixeira RIBEIRO, *ob. cit.*, pp. 308 e ss. e Casalta NABAIS, *ob. cit.*, pp. 169 e ss. Por mera curiosidade, é de referir que no Relatório que antecede o Decreto n.º 16 731, de 13 de abril de 1929 pode ler-se que “Há um verdadeiro interesse público em permitir um certo grau de evasão do imposto pelo aumento da produção ou rendimento acima do que é vulgar – é um estímulo seguro e forte de atividade, de aperfeiçoamentos e de progresso”. Em Portugal a tributação pelo lucro normal manteve-se até ao Código da Contribuição Industrial de 1961 em que, pelo menos para as entidades que integrassem o grupo A, se passaria a tomar em consideração o lucro ‘real’, sendo as do grupo B tributadas pelo rendimento real presumido e as do grupo C pelo rendimento normal. O conceito de rendimento a ser considerado para efeitos fiscais acompanha e densifica as necessidades práticas da tributação, ou seja, é antes de mais um conceito operativo. Sobre as várias doutrinas em confronto, veja-se Sérgio Vasques *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, 2008; Robert M. Haig, “The Concept of Income- Economic and Legal Aspects”, *The Federal Income Tax*, Columbia University Press. (1921) pp. 1–28; Henry Henry Simons, *Personal Income Taxation: the Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, University of Chicago Press, 1938, p. 49.

²⁶ Isto quando nos estivermos a referir à tributação através de impostos diretos. Seguimos de perto a distinção utilizada por De Vitti DE MARCO, *Principi di Economia Finanziaria*, Einaudi, 1934, p. 103, e que nos é lembrada por Teixeira RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 309 e ss.. A tributação do rendimento real já foi entre nós aquando da vigência do Código da Contribuição industrial - o regime regra para a tributação das empresas, consagrando os regimes de tributação

que, ao recorrer a/‘o’ preço de/‘o’ mercado introduz dentro da contabilidade, e por esta via dentro do direito fiscal notas de ‘normalidade’ de valores que não deixarão de se refletir na classificação do rendimento tributável como rendimento ‘real, mas com notas de rendimento normal’; ou se preferirmos a designação utilizada por Casalta NABAIS “o rendimento real não deixa de ser, em alguma medida um rendimento normal” pois aquele é determinado com base em componentes apuradas em termos de normalidade sem cuidar de se saber se correspondem ou não à realidade, como sejam as considerações decorrentes da contabilidade elaborada com base em critérios mais de normalidade do que de realidade²⁷.

Importa saber se o legislador ao não afastar o relevo fiscal decorrente de todas (sem exceção) as considerações relativas à mensuração pelo *‘fair value’*, quer estas sejam em sentido de incremento ou de decréscimo do valor, desligando esse facto de uma qualquer realização poderá colocar em causa (ou não) a tributação pelo rendimento real, como parece impor a Constituição da República Portuguesa, ou se ao invés devemos considerar que o rendimento real constitui uma utopia, impossível de concretizar na prática por se tratar de uma riqueza assente no rendimento (mais do que no património).

dos lucros presumidos ou normalizados. Veja-se ainda Ana Rita CACHIM, *ob. cit.*, pp. 538 e ss.

²⁷ Na verdade apenas nos casos em que estejamos perante dados de nível 1 poderemos com um elevado grau de certeza falar em preço de mercado. Já nos casos em que se torne necessário mobilizar dados de nível inferior (níveis 2 ou 3) e exista ou não necessidade de ajustamento, fica afastada a possibilidade de referirmos que em concreto estamos a falar em preço ‘normal’ de mercado porquanto o valor é determinado por referência a inúmeros indicadores de valor que diretamente não mantêm qualquer relação com o (potencial) preço de mercado daquele item.

Parece-nos, contudo, que a exigência constitucional, ao referir que deve ter-se em consideração na tributação das empresas ‘fundamentalmente’ o rendimento real, abre a possibilidade de introduzir mais notas de tributação de rendimento ‘normal’, desde que tal não leve a que se perca a matriz da tributação do rendimento real²⁸.

3.2. A ‘true and fair view’ como princípio normativo

Em virtude das exigências dos mercados, sobretudo do mercado financeiro, as instâncias da União Europeia viram-se compelidas a adotar dentro do espaço da União normas contabilísticas que permitissem a garantia da liberdade de circulação de capitais e a competitividade das empresas a nível internacional bem como a abertura e atração de investidores estrangeiros. Contudo, a União não se limitou a introduzir sem mais essas

²⁸ No mesmo sentido veja-se Amândio SILVA, “Novo regime Simplificado de Tributação em IRC”, in A. Carlos VENTURA, André VENTURA (coord.), *A Reforma do IRC – Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica, pp. 155-156, alertando porém que uma das razões para a validade do regime da tributação pelo rendimento normal existente no atual Código do IRC do regime de tributação simplificada como apurando a capacidade contributiva das empresas a ele sujeitas através do rendimento normal é válido por ser: opcional e voluntário. Estas têm sido também as orientações decorrentes da Jurisprudência dos Tribunais em diversos processos. Acórdãos do STA 05.02.2013, Proc. 0339/13, de 12.05.2007, Proc. 0959/06, de 26.06.2007, Proc. 0163/07. Veja-se que neste regime sempre o sujeito passivo pode provar que não obteve o rendimento que lhe é imputado por aplicação daquele regime. José Casalta NABAIS, *ob. cit.* p. 26; Rui Duarte MORAIS, *Apostamentos ao Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, Almedina, 2007, pp. 170-173.

normas: fê-lo não só de modo progressivo, mas sujeitando-o também ao cumprimento de determinados requisitos.

Pese embora o facto de encontrarmos referência à ‘*true and fair view*’ logo na IV Diretiva, só com a aprovação do Regulamento (UE) n.º 1606/2002 encontrámos mais referências a este conceito. De todas as normas e considerando em que se encontre mencionado resulta uma ideia clara: a ‘*true and fair view*’ é um conceito de difícil interpretação e cujo valor jurídico não se reconduz ao dos demais conceitos positivados²⁹. Não é disso que se trata.

Estamos aqui perante uma exigência que se impõe:

- (a) aos órgãos da União quando discutem a adoção ou não de uma IAS/IFRS/IFRIC no espaço da União e a sua consagração (da norma contabilística) num determinado diploma normativo;
- (b) ao aplicador das normas contabilísticas (em princípio um técnico da área da contabilidade);
- (c) aos auditores, ou seja àqueles que no cumprimento da sua função hajam de ajuizar da correta aplicação ou mobilização de uma determinada norma contabilística, tendo em conta o cumprimento das demais normas e regras;
- (d) ao estado (nomeadamente e sobretudo a administração fiscal), quando se torne necessário, para verificação da correta aplicação das normas e determinação de outros efeitos para os quais seja determinada a

²⁹ A dificuldade de interpretação e de tradução do conceito ‘*true and fair view*’ resulta bem patente logo na versão em língua portuguesa do Regulamento (CE) n.º 1606/2002, em que a referência inicial a “forma verdadeira e fiel” é retificada pela Retificação publicada no JOC L 51, de 26.02.2003, p. 23, alterando-a para “imagem verdadeira e apropriada”.

adequação da informação constante dos dados contabilísticos;

- (e) para o julgador, em termos similares ao que sucede com o estado.

Esta diversidade de utilizadores impõe algumas cautelas quer na definição do princípio quer da sua classificação jurídica. Para a determinação desta última não-de concorrer não só os objetivos da norma, mas sobretudo a sua função. Sem cuidarmos de nos determos alongadamente sobre esta classificação, deixaremos apenas algumas notas introdutórias, que mais não serão do que pistas para leitores mais experimentados e atentos à questão da interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Da leitura dos considerandos do Regulamento (UE) n.º 1606/2002 resulta claro que, antes da adoção de uma norma internacional de contabilidade para aplicação na União, é necessário, que seja de concluir-se que a aplicação desta permita obter uma *‘true and fair view’* da situação financeira e os resultados obtidos por uma empresa, “sendo este princípio ponderado à luz das mencionadas diretivas do Conselho, sem que tal implique uma estrita conformidade com todas as disposições dessas diretivas”³⁰; posição esta reiterada precisamente no 1.º travessão do n.º 2 do art.º 1.º do Regulamento citado que, ao remeter para os (então) n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva 78/660/CEE e n.º 3 do artigo 16.º da Diretiva 83/349/CEE, faz depender a introdução da norma internacional de contabilidade da verificação desse requisito. Não pode deixar de considerar-se relevante o facto de esta exigência se encontrar mencionada antes da verificação da correspondência “ao interesse público europeu”.

³⁰ Cfr. considerando n.º 9.

Ademais, e mesmo após a adoção da norma, a sua aplicação ao caso concreto tem novamente que garantir o cumprimento da *'true and fair view'*. Do que ficou dito retira-se que a *'true and fair view'* aparece não apenas como um requisito que em abstrato as normas contabilísticas (NIC) têm que respeitar para que possam ser adotadas pela União Europeia, como se impõe ainda que na aplicação concreta das mesmas normas, se coloquem exigências de informação acrescida (serem disponibilizadas informações adicionais) ou, no limite e quanto tudo o mais não for suficiente para se obter uma *'true and fair view'* ser (excecionalmente) derogada a norma para que, da aplicação de outra(s) normas(s) possa ser obtida uma *'true and fair view'*, dado que o objetivo principal da adoção das normas internacionais de contabilidade se reconduz a “assegurar um elevado grau de transparência e de comparabilidade das demonstrações financeiras” seguindo-se o de assegurar um “funcionamento eficiente do mercado de capitais da União e do mercado interno”³¹.

³¹ Veja-se neste sentido a Jurisprudência do (então) TJCE (agora TJUE), nomeadamente Acórdãos proferidos nos: Processo C-234/94, Caso *Tomberg*, in Col. I, p. I-3133; Processo C-275/97, Caso *DE + ES, Bauunternehmung GmbH*; Processo C-306/99, Caso *Biao*. Parece que se torna necessária a existência de uma correspondência entre a realidade material e a realidade resultante da contabilidade, sendo esta entendida como coerência nas contas, aproximando-se do conteúdo filosófico que autores como FLINT e HARRIS reconhecem à *'true and fair view'*. D. FLINT, *A true and fair view in Company's account*, Institute of Chartered Accountants of Scotland Glee & Cos. Limited, (1982) e N. G. HARRIS, “Fairness in Financial Reporting”, *Journal of Applied Philosophy*, 4 (1987-1), pp. 77-88.

3.3. A indeterminação do 'fair value' e a sua (in)compatibilidade com o princípio da legalidade fiscal

A tributação dos rendimentos gerados pelas empresas fora da tributação dos rendimentos distribuídos aos sócios constitui um complexo que exige, além de alguma abstração quanto à existência de capacidade contributiva, a necessidade de serem criadas regras específicas para a determinação daquela capacidade bem como do quantum tributário. A determinação do rendimento aparece assim ligada necessária e quase irremediavelmente à contabilidade e aos pressupostos sobre que esta assenta.

Do que já referimos, parece não restarem dificuldades em determinar esse quantum, tanto mais que para as empresas qualquer ocorrência que implique o aumento do ativo ou do passivo ou a sua diminuição terá de ser quantificada (ou se preferirmos, mensurada). Logo aqui começam as dificuldades. A atribuição de um valor a um item em espécie requer necessariamente a intermediação de considerações de normalidade, de preços normais de mercado, podendo (e devendo) estes ser corrigidos de acordo com as especificidades do caso concreto, podendo existir especificidades que colocam questões complexas ou de resposta ambígua. Mesmo a contabilidade tem demonstrado dificuldades em encontrar um modelo concreto e uniforme para a determinação do valor de todos os itens do ativo e do passivo, pese embora o facto de se ter caminhado para uma uniformização de critérios. Encontramos por um lado o critério do custo histórico e por outro lado o modelo do 'fair value'. Se o primeiro conta já com largas décadas de aplicação a todo o tipo de ativos e passivos, o segundo vê a sua aplicação limitada (ainda hoje) a algumas categorias de itens, não sem suscitar sempre uma polémica em torno da

fiabilidade e validade dos resultados apresentados³². Estas divergências estão, bem se vê, na ordem do dia, tanto mais que entre nós só agora vamos começar a ter pronúncias judiciais sobre o sentido e alcance deste critério de mensuração.

A escrituração com base no *'fair value'* permite que se encontrem refletidas na contabilidade das empresas mais-valias potenciais, antecipações de lucros (ou de prejuízos), através dos quais se obtenham resultados ainda não verificados e de verificação incerta. Será com base nestes resultados potenciais (e deste modo também artificiais) que vão ser votadas: a distribuição de lucros aos acionistas, o pagamento (e aumento) dos salários, bónus aos administradores, etc., e, se o critério de mensuração não for afastado pelo direito fiscal, será também com base neste mesmo resultado que vão ser pagos os impostos sobre o rendimento que hajam de ser liquidados e pagos. Uma situação deste tipo pode gerar situações de falta

³² Entendemos que esta dicotomia não se reconduz àquela outra de oposição entre valor contabilístico e valor de mercado, pese embora o facto de muitos autores nas análises que fazem parecerem reconduzir o custo histórico ao valor contabilístico e o *'fair value'* ao valor de mercado. Nenhum dos dois pressupostos é verdadeiro. O custo histórico, ao menos no momento inicial é um valor de mercado e no momento do desreconhecimento permite também obter um valor de mercado, o *'fair value'* pode não corresponder, em nenhum destes momentos, ao valor de mercado. Tudo dependerá, neste último caso, ao critério plasmado na norma contabilística. O custo histórico representa o critério de mensuração em que os itens são reconhecidos contabilisticamente pelas quantias monetárias pagas ou a pagar, consoante se trate de custo histórico, de valor realizável, ou de valor presente. Já de acordo com o critério do *'fair value'* os ativos e passivos são escritos na contabilidade pela quantia pela qual um ativo pode ser adquirido ou um passivo liquidado, entre partes conhecedoras e dispostas a isso, numa transação em que não haja relacionamento entre elas.

de fundos de tesouraria (liquidez e não necessariamente disponibilidades de caixa) e, no caso dos tributos, representam para nós uma clara fuga à tributação do rendimento real. Este problema será tanto mais grave quanto menor for o grau de liquidez dos ativos ou passivos a mensurar; isto é, existindo um mercado ativo com cotações a falta de coincidência de valores, decorrente da utilização do *bid price* e não do *ask price* ou da média entre os dois para a determinação do valor contabilístico. Esta falta de coincidência de valores será minimizada pela utilização dos dados de nível 1 e é mais visível quando se utilizam dados de nível 2 ou dados de nível 3³³.

Considerando a configuração do princípio da legalidade fiscal e a indeterminação que aparece habitualmente ligada ao modelo do '*fair value*', em que o primeiro requer a previsibilidade do imposto e o segundo demanda uma classificação como conceito discricionário de conteúdo aberto e tendencialmente impreciso, parece existir uma incompatibilidade entre ambos e que só poderá ser solucionada com a delimitação do sentido e sobretudo do alcance da reserva de lei fiscal, de onde decorre a necessidade de determinabilidade da lei fiscal e o princípio da tipicidade³⁴.

A existência de uma margem de liberdade interpretativa decorrente da existência de conceitos indeterminados nas normas de incidência tributária e que introduziria notas de discricionariedade na aplicação nas normas de incidência fis-

³³ A estes problemas podemos acrescentar o que decorre da necessidade de reavaliação anual de ativos e passivos ao justo valor, e que era eliminada no modelo do custo histórico, mercê da existência/aplicação do regime contabilístico (e fiscal) das amortizações.

³⁴ A introdução de regras próprias para o relevo fiscal do '*fair value*' não nos parece ser suficiente para reduzir a margem de apreciação que as opções concedidas pelas normas contabilísticas de mensuração apresentam, limitando-se antes a remeter para elas.

cal, parece não se afastar atualmente da interpretação teleológica, ao menos no que à corrente de pensamento metodológico diz respeito.

As exigências decorrentes do princípio da legalidade, e que se fundam na necessidade de aprovação dos impostos a suportar pelos contribuintes por lei (em sentido formal e material) da Assembleia da República, parecem não ser cumpridas no caso da mera remissão para normas relativamente às quais se verifica menor exigência de requisitos; ou seja, a remissão para normas de idêntica hierarquia mas relativamente às quais foi possível adoptar um procedimento legislativo menos exigente, e claramente não sujeitas ao mesmo escrutínio das demais normas de incidência, coloca a questão de determinar se ainda assim se mostra cumprida aquela exigência de lei em sentido material. Não nos parece que possa ser de outro modo, até porque pode invocar-se aqui a ‘sanção’ dessa falha, ao remeter-se diretamente na lei fiscal para aqueles outros normativos. A remissão feita pela lei fiscal (que cumpre todos os requisitos constitucionalmente exigidos) dá precisamente cumprimento àquela exigência, não furtando ao crivo do órgão legislativo as normas de incidência tributária. Só assim se explica que em alguns casos essa remissão fique sujeita a condicionalismos ou possa mesmo ser afastada, dado que dos impostos resultam importantes restrições à liberdade individual e/ou à propriedade³⁵.

Ainda que consideremos o princípio da tributação do rendimento real em sentido amplo, como o faz Casalta NABAI, englobando todos os pressupostos, de que resulta o nascimento da obrigação do imposto bem como todas as

³⁵ Neste sentido veja-se Armindo MONTEIRO, *Direito Fiscal*, vol. I – *Lições Taquigrafadas* publicadas por Loureço Pereira, Arrobas Ferro e Agostinho de Oliveira, Pol., 1947, pp. 85 e ss.

conexões que definem os rendimentos tributáveis de sujeitos passivos residentes, e mesmo que não nos identifiquemos com um princípio da legalidade fechado, como o defendido por Alberto Xavier, a admissibilidade de cláusulas gerais, a introdução de notas de discricionariedade ou de critérios de mensuração pelo *'fair value'* nas normas tributárias parece ser contrária àquele princípio. A necessidade de descrição minuciosa nas normas fiscais das circunstâncias de facto e de direito, que levam à formulação precisa cada um dos elementos do imposto, não elimina a margem decisória do julgador que em certa medida é também ela discricionária, embora se trate de uma 'discricionariedade' pautada por exigências diferentes das que orientam a introdução nas normas de conceitos em si mesmos imprecisos. À semelhança do que acontecia já em disposições constitucionais anteriores, parecem ficar de fora do âmbito desta norma outros pontos relativos ao imposto que entram dentro da 'capacidade regulamentária da administração', desde que esta não seja exercida para além dos limites que lhe estão fixados na norma mencionada.

O problema de mais difícil resolução relativamente ao *'fair value'* e à sua compatibilidade com o princípio da legalidade fiscal advém não tanto da questão do cumprimento da reserva de lei, mas antes da dimensão de determinabilidade que está associada e que decorre desse mesmo princípio. Da análise da norma relativa ao *'fair value'* (IAS/13) não resulta claro ou determinável por mera análise qual a densificação a dar ao conteúdo. Perante um caso concreto o aplicador pode (e tem que) "utilizar técnicas de avaliação apropriadas às circunstâncias e para as quais existam dados suficientes para mensurar o justo valor, maximizando a utilização de dados observáveis e minimizando a utilização de dados não observáveis", sem que sejam estabelecidos parâmetros orientadores da decisão.

O problema de maior complexidade parece residir em saber, não tanto se é cumprido o princípio da tributação pelo rendimento real, mas antes se é possível utilizar o *'fair value'* e ao mesmo tempo cumprir o princípio da legalidade fiscal na sua dimensão de determinabilidade, quando na determinação do *quantum* tributário se utiliza a um conceito impreciso e de certo modo indeterminado, cuja concretização depende também ela da consideração de conceitos imprecisos e de mobilizar a discricionariedade do aplicador. São em nossa opinião introduzidas aqui notas de discricionariedade que não podem, a não ser numa interpretação extensiva da norma, considerar-se ainda dentro do princípio da legalidade fiscal.

4. Notas para reflexão

Reconhecida a importância das normas contabilísticas e em especial das normas internacionais de contabilidade para o cumprimento dos objetivos da União Europeia, sobretudo da liberdade de circulação de capitais e da internacionalização das economias, restaria determinar a natureza jurídica da *'true and fair view'* e a (in)compatibilidade do modelo do *'fair value'* com o princípio da legalidade fiscal, sobretudo com o princípio da capacidade contributiva na sua vertente de determinabilidade. Note-se que se trata de duas questões de resposta complexa e para as quais este trabalho pretende ser apenas mais um contributo, sem a pretensão de dar por agora respostas definitivas.

Quanto à primeira questão que nos propusemos expor, inclinamo-nos para a classificação da *'true and fair view'* como princípio normativo que deve ser observado quer aquando da

adoção das normas, quer na sua aplicação. É por isso um princípio que se impõe quer ao legislador quer aos aplicadores das normas contabilísticas, sejam eles técnicos da área da contabilidade ou juristas, e impõe-se também ao julgador, orientando o sentido da sua decisão. Por esse facto não pode deixar de considerar-se na interpretação do sentido do *'fair value'*, nomeadamente permitindo que, mesmo nos casos em que existam dados de nível 1 estes sejam preteridos e utilizados outros que, aparentemente, são menos fidedignos e adequados, por exigência da *'true and fair view'*.

E, independentemente dessas considerações, poderão as normas de direito fiscal na determinação da incidência objetiva do imposto remeter para a aplicação de normas técnicas que sejam dependentes de juízos subjetivos e indeterminados sem que isso contenda com o princípio da legalidade fiscal, ou pelo contrário, não há diferença significativa para o caso concreto pois na aplicação da norma ao caso concreto há sempre a mediação de juízos subjetivos que mais não serão do que a introdução de juízos discricionários ou conceitos que permitem uma margem de discricionariedade ao aplicador da norma.

A questão no direito fiscal acaba por se reconduzir precisamente ao entendimento que tenhamos do princípio da legalidade fiscal: se uma interpretação aberta e que permite que em si se considere a (co)existência de conceitos de conteúdo indeterminado sem que o mesmo princípio seja posto em causa ou uma interpretação mais restrita que não seja compatível com um a existência de tais conceitos, ou em alternativa uma interpretação mitigada, compatível com a existência destes conceitos, mas exigindo um elevado grau de determinabilidade.

Diverso disto é saber se a utilização deste critério permite ainda assim o cumprimento das exigências constantes do n.º 2 do art.º 103.º da Constituição e da tributação com

base no rendimento real. Não obstante considerarmos que a remissão, ainda que parcial, para os resultados contabilísticos introduz no regime de tributação algumas notas de tributação pelo lucro ‘normal’, parece-nos que a utilização como critério de mensuração-regra o ‘*fair value*’ permite agora que a tributação se aproxime em demasia da tributação pelo lucro normal. Não que nos oponhamos à escolha ou opção por esse tipo de modelo, mas a sua compatibilização com o princípio constitucional já nos parece mais difícil de assegurar.

Bibliografia

- AGUIAR, Nina Santos (2003): “Modelos Normativos de Relação entre Lucro Tributário e Contabilidade Comercial”, *Fiscalidade*, 13/14 (janeiro/abril).
- CACHIM, Ana Rita (2011): “O Princípio da Tributação pelo Rendimento Real e o ‘Justo Valor’ no âmbito da Adopção das Normas Internacionais de Contabilidade”, *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanchez*, vol. IV, in Paulo OTERO, Fernando ARAÚJO, João Taborda da GAMA (org.). Coimbra: Coimbra Editora, pp. 521 e ss.
- COMISSÃO EUROPEIA (2001): “Company Taxation in the Internal Market”, COM 582 final.
- DE MARCO, De Vitti (1934): *Principi di Economia Finanziaria*, Einaudi.
- FERREIRA, Rogério Fernandes (1999): “Necessidade de conciliação entre contabilidade e a fiscalidade”, *Gestão, Contabilidade e Fiscalidade*, Editorial Notícias, 2.^a ed..
- FLINT, D. (1982): *A true and fair view in Company’s account*, Institute of Chartered Accountants of Scotland Glee & Cos. Limited.
- HAIG, Robert M. “The Concept of Income- Economic and Legal Aspects”, *The Federal Income Tax*, Columbia University Press. (1921) pp. 1–28.
- HARRIS, N. G. (1987-1): “Fairness in Financial Reporting”, *Journal of Applied Philosophy*, 4, pp. 77-88.

- MANSON, Ruth (2008): “Made in America for European Tax: the international consistency test”, *Boston College Law Review*, vol. 49, pp. 1277-1326.
- MONTEIRO, Armindo (1947): *Direito Fiscal*, vol. I – Lições Taquigrafadas publicadas por Loureço Pereira, Arrobas Ferro e Agostinho de Oliveira, Pol., pp. 85 e ss.
- MORAIS, Rui Duarte (2007): *Apontamentos ao Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, Almedina.
- NABAIS, J. Casalta (1998): *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, Coimbra, p. 481.
- RIBEIRO, J. J. Teixeira (1996): *Lições de Finanças Públicas*, 5.^a e 4.^a refundida e actualizada, Coimbra Editora.
- SHÖN, Wolfgang (2002): “The European Commission’s Report on Company Taxation: a magic formula for european taxation?”, *European Taxation*, 42 (88 – Agosto 2002), pp. 276-286.
- SANTOS, A. Carlos; VENTURA, André (coord.) (2014): *A reforma do IRC: Do processo de decisão política à revisão do Código*, Vida Económica.
- SILVA, Amândio (2014): “Novo regime Simplificado de Tributação em IRC”, A. Carlos SANTOS, André VENTURA (coord.), *A Reforma do IRC - Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*, Grupo Editorial Vida Económica.
- SIMONS, Henry, *Personal Income Taxation: the Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, University of Chicago Press, 1938, p. 49.
- VASQUES, Sérgio - 2008 - *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina.

Resumo: O objetivo do presente texto consiste na análise de algumas das implicações decorrentes da adoção do modelo contabilístico de avaliação pelo ‘fair value’ e das exigências decorrentes da ‘true and fair view’ no ordenamento jurídico-fiscal português, bem como da sua compatibilidade quer com a tributação do rendimento real, quer com o princípio da legalidade fiscal. Pretendeu-se sobretudo deixar algumas notas reflexivas e que são importantes para a resposta àquelas questões, sobre a natureza (normativa) do princípio da ‘true and fair view’ e da indeterminação decorrente do modelo do ‘fair value’.

Palavras-chave: princípio da legalidade fiscal; normas internacionais de contabilidade; *true and fair view* e ‘fair value’.

True and fair view and ‘fair value’: a (un)concerned analysis of the legal nature of two slippery concepts

Abstract: The aim of this work is to deliver a few reflective notes on some of the implications of the adoption of the ‘fair value’ model and ‘true and fair view’ requirement in the Portuguese legal system. It also refers the compatibility with the real income taxation model and constitutional principles. No less important is the reference to the (normative) nature ‘true and fair view’ and to the indeterminacy of value arising from the ‘fair value’ model.

Keywords: tax legality principle; international accounting standards; true and fair view; ‘fair value’.

Maria Matilde Lavouras

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra