

**ZONA FRANCA DA MADEIRA: ENTRE O CANTO DO CISNE E A DEDUTIBILIDADE DOS AUXÍLIOS DE ESTADO**

*MADEIRA FREE TRADE ZONE: BETWEEN THE SWAN'S SONG AND THE DEDUCTIBILITY OF STATE AID*

ISABEL SANTOS FIDALGO

ANTÓNIO QUEIROZ MARTINS

FRANCISCA OSÓRIO DE CASTRO<sup>(1)</sup>

**RESUMO**

O presente artigo retrata uma perspetiva fiscal diferente sobre o vasto tema dos auxílios de Estado.

Com efeito, no passado, tanto a doutrina como a jurisprudência europeia já trataram uma vasta panóplia de temas tradicionais relacionados com os auxílios estatais. Contudo, raros são os exemplos de perspetivas críticas ou de publicações vocacionadas para uma análise do ponto de vista tributário do impacto da obrigação de recuperação dos auxílios de Estado que recaí sobre as empresas, em resultado de determinado regime interno ser considerado violador das regras dos auxílios de Estado.

Este tema e esta nova perspetiva fiscal é particularmente relevante depois da publicação do acórdão do caso [T-95/21 de 21 de Setembro](#) e do Caso [T-131/21 de 21 de Junho de 2023](#), uma vez que, em termos práticos, os contribuintes estão a ser notificados pela Autoridade Tributária e Aduaneira, para efetuarem os pagamentos alocados à recuperação destes auxílios.

Assim, o objetivo deste artigo, é, de forma inovadora, discutir a natureza jurídica e o correspondente tratamento fiscal do mecanismo da recuperação dos auxílios que foram considerados incompatíveis com a doutrina dos auxílios de Estado, no âmbito do Regime III da Zona Franca da Madeira – de acordo com a Decisão da Comissão Europeia.

---

<sup>(1)</sup> Advogados. Este artigo expressa opiniões pessoais que apenas vinculam os autores. Os autores podem ser contactados através dos seguintes endereços: [ifidalgo@mlgts.pt](mailto:ifidalgo@mlgts.pt) ; [aqmartins@mlgts.pt](mailto:aqmartins@mlgts.pt) ; [fcastro@mlgts.pt](mailto:fcastro@mlgts.pt) .

Após um brevíssimo enquadramento do problema e da Decisão da Comissão Europeia, os Autores analisam criteriosamente a natureza jurídica da obrigação de recuperação imposta aos sujeitos passivos que terão, alegadamente, beneficiado de auxílios ilegais (sem prejuízo de discordarmos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, bem como da interpretação e validade de determinados critérios então utilizados pela Comissão, e ainda de regimes específicos e particulares que não estão diretamente abrangidos pela Decisão da Comissão Europeia – mas que nos abtemos de discutir nesta sede). Neste contexto, os Autores concluem de forma clara que, ao nível da legislação fiscal portuguesa, os contribuintes visados têm o direito a considerar estes pagamentos como gastos fiscalmente dedutíveis em sede de IRC.

Embora conscientes da tensão existente entre o objetivo primordial da obrigação de recuperação, i.e., eliminar qualquer tipo de vantagem que as empresas possam ter recebido que seja contrária ao funcionamento do mercado único e da livre concorrência, os Autores entendem que a falta de harmonização das regras do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas na União Europeia impõe (ainda) uma resposta definitiva meramente à luz da lei interna sobre a dedutibilidade do gasto obrigatoriamente incorrido pelas empresas.

Face ao exposto, os Autores entendem que através da análise da doutrina da dedutibilidade dos custos para efeitos fiscais nos termos das regras internas portuguesas que se impõe como clara consequência a opção única de aceitar a dedutibilidade dos referidos pagamentos como custos fiscalmente aceites em sede de IRC.

**Palavras-Chave:** Zona Franca da Madeira ; Auxílios de Estado ; Custos Fiscais ; Dedutibilidade de custos ; IRC ; Direito Fiscal Europeu ; Enriquecimento sem causa ; Recuperação de auxílios.

#### *ABSTRACT*

*The present work reflects a different point of view from a tax perspective to the state aids topic. In fact, the doctrine and the ECJ have broadly covered the traditional aspects regarding state aid matters. However, few critical thinking has been published on the nature of the recovery*

*obligations that the Companies may be subject to in benefit of the State whenever a specific tax regime is considered to infringe the EU state aid legal regime.*

*This topic is particularly relevant after Case T-95/21 from 21 September and Case T-131/21 from 21 June 2023 considering that, in practice, taxpayers are being notified of the execution of recovery decisions, which represent a significant expense, in favour of the Portuguese Tax Authorities.*

*With this in mind, the purpose of this article is to, in an unprecedented manner, discuss the legal nature and correspondent tax treatment of recovery decisions in the context of unlawful and incompatible state aid through the analysis of the case of the III regime of the Madeira Free Trade Zone, which was declared incompatible with EU law by the European Commission.*

*The authors, after a brief description of the regime itself and the EC's decision, proceed with an exercise pursuant to the legal characterization of the recovery due by the companies that benefited from the state aid (without prejudice to potential discordances to the EC's decision in general as well as the possibility of taxpayers resorting to specific litigation concerning the effective meeting of the criteria laid out by the EC, or, alternatively, with the objective of differentiating certain matters that the EC's decision should not be deemed to cover, and reserving the right to, in a different publication, challenge the legal reasoning adopted), from a purely domestic perspective, which leads to the conclusion that those companies' payments must be considered deductible for tax purposes.*

*Aware of the potential conflict with the recovery's purpose, i.e., to remove any benefits that the companies received, contrary to the proper functioning of the European Union market and free competition, it is the authors' understanding that the lack of harmonization for corporate income tax purposes imposes a purely domestic view of the expense at stake.*

*As such, it is the authors' view, upon analysis of the domestic cost deductibility provisions, that the letter of the law does not contemplate an obstacle to the deductibility of the costs of recovery.*

**Keywords:** *Madeira Free Trade Zone; State Aid; Tax deductions ; CIT; EU Tax law ; Unjust Enrichment; State Aid Recovery: Cost deductibility.*

## ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO .....	5
II. O CONCEITO DE AUXÍLIOS DE ESTADO E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COMO O MERCADO INTERNO.....	6
IV. A DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA .....	12
V. AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE DE UM AUXÍLIO ESTATAL: A SUA RECUPERAÇÃO .....	14
VI A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO A FAVOR DO ESTADO.....	18
VI.1. IMPOSTO .....	18
VI.2 SANÇÃO .....	21
VI.3 INDEMNIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL.....	22
VI.4 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA .....	23
VII. A (IN)DEDUTIBILIDADE DOS MONTANTES PAGOS PELAS EMPRESAS BENEFICIÁRIAS .....	26
VII.1. A DEDUTIBILIDADE DE GASTOS PREVISTA NOS ARTIGOS 23.º E 23.º-A DO CIRC .....	27
VII.2. A DEDUTIBILIDADE DOS MONTANTES RELATIVOS À RECUPERAÇÃO DOS AUXÍLIOS ILEGAIS ESTATAIS APLICADOS POR PORTUGAL A FAVOR DA ZFM – REGIME III.....	32
VIII. CONCLUSÕES.....	34

## I. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é, de forma resumida, proceder a uma apreciação do tratamento fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”), dos montantes pagos pelas empresas beneficiárias a título de reembolso de auxílios de Estado considerados ilegais, através da análise do caso de estudo específico da Zona Franca da Madeira (“ZFM”).

De forma a enquadrar o leitor, fazemos uma pequena exposição sobre os auxílios de Estado em geral, no contexto do Direito Europeu. De seguida, procedemos a uma breve descrição do processo dos auxílios de Estado concedidos na ZFM, cuja execução foi, recentemente, em parte, considerada ilegal pela Comissão Europeia (“CE”). Enquadrado o caso de estudo do qual partimos, atentaremos nas especificidades da obrigação de reembolso que resulta de uma decisão de ilegalidade dos auxílios de Estado face ao Direito da União, da finalidade daquela e do conteúdo da prestação devida a esse título pelas empresas beneficiárias.

Por outro lado, e tendo este enquadramento como pano de fundo, passaremos ao núcleo do presente artigo: a apreciação do tratamento fiscal em sede de IRC dos montantes pagos pelas empresas a título de reembolso dos referidos auxílios de Estado. Em especial, ocupar-nos-emos da questão de saber se esses montantes devem ou não se considerar gastos dedutíveis à luz da lei fiscal portuguesa.

Para tanto, voltaremos a nossa análise para a qualificação jurídica desta obrigação de reembolso *per se*, como ponto de partida para aferir do seu impacto jurídico-tributário na esfera das empresas em causa. Quanto às distintas propostas de qualificação desta obrigação de reembolso por nós oferecidas, para além de incluirmos algumas qualificações jurídicas que foram sendo sugeridas, ao longo do tempo, por outros Estados-Membros da União Europeia (“UE”), também destinatários da obrigação de executar este tipo de reembolsos, procurámos igualmente trazer à colação institutos que, a nosso ver, merecem ser equacionados.

Adiantamos, desde já, que tendo procedido à análise da qualificação jurídica da natureza do reembolso em causa, julgamos que esta obrigação de reembolso deverá ser enquadrada no âmbito do instituto jurídico do *enriquecimento sem causa*, enquanto obrigação de repetição do indevido.

Assim sendo, estamos também em condições de afirmar que, à luz das disposições fiscais relevantes, em especial, do artigo 23.º e 23.º-A do CIRC, estes montantes devem ser dedutíveis no período em que são suportados, em particular atendendo à especial obrigação que sobre as empresas impende e à natureza da ilegalidade do auxílio em causa.

## II. O CONCEITO DE AUXÍLIOS DE ESTADO E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COMO O MERCADO INTERNO

Os auxílios de Estado são um tema que tem ocupado o edifício do Direito Europeu desde 1958, data em que entrou em vigor o Tratado de Roma, no qual o conceito de *auxílios estatais* foi formalmente introduzido<sup>(2)</sup>. Acresce que, nos últimos anos, a relevância desta doutrina se tem agudizado no que diz respeito à análise e tratamento de regimes fiscais internos dos Estados-Membros essencialmente através do papel ativo que a CE tendo vindo a desenvolver a este nível<sup>(3)</sup>.

Neste contexto, importa não esquecer que existem ainda fortes limitações à harmonização das regras fiscais dos vários Estados-Membros, estando esta integração fiscal mais enformada por princípios gerais ínsitos nos textos fundamentais da UE que visam garantir as liberdades fundamentais (liberdade de circulação de capitais, liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de pessoas) e que têm vindo a moldar o direito interno dos Estados-Membros desde a sua adesão e a inspirar a aprovação de várias diretivas europeias nestes temas<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> O Tratado de Roma dedica especificamente aos auxílios do Estado os artigos 92.º a 94.º.

<sup>(3)</sup> Note-se, porém, que à luz da recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos [C-885/19 P | Fiat Chrysler Finance Europe v Commission](#) e [C-898/19 P | Ireland v Commission](#), em que decidiu que o regime de *tax rulings* do Luxemburgo não era violador do Direito Europeu, fica a dúvida de saber se foi uma técnica utilizada pela Comissão que cairá em desuso e sem grande apetência para este tipo de exercícios. Aliás, as relações entre o regime dos auxílios de Estado e outros regimes, designadamente os regimes de preços de transferências, são terreno fértil para disputas com as Autoridades Tributárias nacionais e europeias, tal como salientado por Hugo Lopez Lopez, consultado a 30 de outubro de 2022, disponível em [The CJEU's Ruling in the FIAT Case: One Light but Still Many Shadows - Kluwer International Tax Blog \(kluwertaxblog.com\)](#).

<sup>(4)</sup> Cf. [Diretiva 2011/96/EU](#), do Conselho, de 30 de novembro de 2011 (comumente designada por “Diretiva Mães e Filhas”); a Diretiva [2014/107/EU](#), do Conselho, de 09 de dezembro de 2014, que se impunha à entretanto revogada Diretiva 2003/48/CE, do Conselho, de 03 de junho de 2003 (comumente designada por “Diretiva da

Assim, no estado de maturidade atual do direito da UE, e uma vez que nem todos os tributos são objeto de harmonização, os Estados-Membros são obrigados a exercer as suas competências próprias em matéria fiscal, dando cumprimento integral aos tratados e demais direito europeu, designadamente no que diz respeito às denominadas liberdades de circulação<sup>(5)</sup>. O Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJUE**”) sempre deixou patente que, mesmo no âmbito de áreas do Direito que não se encontrem harmonizadas, os Estados-Membros estão vinculados, no exercício das suas competências, ao cumprimento das obrigações que assumiram ao aderirem aos tratados, entre as quais consta, designadamente, a proibição de restrições à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais previstas atualmente nos artigos 49.º e 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“**TFUE**”).

Posto isto, se é certo que os Estados-Membros conservam a liberdade de definir a organização e a conceção do seu sistema fiscal<sup>(6)</sup> e de determinar a necessidade de repartir entre si o poder de tributação<sup>(7)</sup>, não lhes é possível ignorar os condicionalismos que recaem sobre a sua ação, devendo verificar se as opções feitas em matéria fiscal tomam devidamente em conta as consequências que delas podem resultar para o bom funcionamento do mercado interno e para a consagração das liberdades fundamentais previstas no TFUE e que constituem um dos pilares basilares da UE.

É precisamente neste contexto e em sede da integração negativa – e, por vezes, não linear – que o Tribunal tem feito dos regimes fiscais internos dos Estados-Membros que a CE tem lançado mão do mecanismo dos auxílios de Estado para questionar a legalidade de normas de direito interno que possam ser consideradas incompatíveis com o mercado único<sup>(8)</sup>.

---

Poupança”); a Diretiva (UE) 2018/2001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 (comumente designada por “Diretiva CRS”); bem como as propostas de Diretiva do Conselho formalizadas pelas COM(2021) 823 final (“[proposta Pillar 2](#)”) e COM(2021) 565 final (“[proposta Unshell](#)”), da Comissão Europeia, de 22 de dezembro de 2021.

<sup>(5)</sup> Cf. Acórdão do TJUE, relativo ao Proc. [C-279/93](#) (“*Schumacker*”), de 14 de fevereiro de 1995.

<sup>(6)</sup> Cf. Acórdão do TJUE, relativo ao Proc. [C-204/90](#) (“*Bachmann*”), de 28 de janeiro de 1992.

<sup>(7)</sup> Cf. Acórdão do TJUE, relativo ao Proc. [C-307/97](#) (“*Saint-Gobain ZN*”), de 21 de setembro de 1999, disponível em e, mais recentemente, Acórdão do TJUE, relativo ao Proc. [C-48/13](#) (“*Nordea Bank Denmark*”), de 17 de julho de 2014.

<sup>(8)</sup> Cf. Acórdãos do TJUE, relativos aos [Procs. T-778/16 e T-892/16](#) (“*Caso Apple*”), de 15 de julho de 2020, tendo sido interposto recurso que está pendente de decisão e corre termos junto do TJUE com o n.º de Proc. C-465/20

Com efeito, atualmente, na UE, a regulação dos auxílios de Estado está prevista nos artigos 107.º a 109.º do TFUE. Este texto fundamental não nos concede, no entanto, uma definição do conceito de auxílios de Estado, tratando, antes, da sua (in)compatibilidade com o mercado interno<sup>(9)</sup>.

No entanto, para além do texto do artigo 107.º do TFUE, que fornece algumas pistas sobre traços identitários deste conceito fundamental na construção do mercado único<sup>(10)</sup>, também ao nível da integração negativa, as decisões da CE e a jurisprudência do TJUE contribuem de forma significativa para a densificação do conceito de auxílios de Estado e das múltiplas formas que estes podem adotar delineando, na prática, as fronteiras entre tipos de medidas que reputam compatíveis com as regras de construção do mercado único europeu e, por outro lado, aquelas medidas, adotadas pelos Estados-Membros, que se consideram suscetíveis de fazer perigar a construção e/ou manutenção desse mercado e, portanto, ilegais.

Precisamente com base nessa jurisprudência, a doutrina refere-se a uma noção ampla de auxílios de Estado, que abrangerá as *«medidas específicas ou seletivas atribuídas, independentemente dos seus objetivos e da sua forma, pelos poderes públicos nacionais ou por entidades por estes controladas, com uso mediato ou imediato de recursos públicos, que proporcionem, direta ou indiretamente, qualquer tipo de vantagem a certas empresas (setores,*

---

P; T-755/15 e T-759/15 (“Caso Fiat”), de 24 de setembro de 2019, tendo sido interposto recurso que deu origem ao Acórdão do TJUE, relativo ao Proc. C-885/19, de 08 de novembro de 2022; e T-760/15 e [T-636/16](#) (“Caso Starbucks”), de 24 de setembro de 2019.

<sup>(9)</sup> De forma a ilustrar a importância que a então Comunidade Europeia atribuiu aos Auxílios de Estado v. Primeiro Relatório sobre os Auxílios Estatais na Comunidade Europeia, Comissão das Comunidades Europeias, 1989, p. 1: “A manutenção de um sistema de concorrência livre e não falseada constitui um dos princípios fundamentais em que se baseia a Comunidade Europeia. A política comunitária em matéria de Auxílios de Estado desempenha neste contexto um papel vital, uma vez que é geralmente reconhecido, que esses auxílios podem falsear a livre concorrência, não só porque impedem uma afectação optimizada dos recursos, mas também porque têm o mesmo efeito que as barreiras aduaneiras e outras formas de protecção”.

<sup>(10)</sup> O n.º 1 do artigo 107.º do TFUE estabelece que “[s]alvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”. Podem retirar-se desta redação considerações sobre a fonte dos auxílios – “concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estaduais” – e sobre a sua seletividade em função dos seus destinatários – “favorecendo certas empresas ou certas produções”.



*produções ou regiões), e que provoquem ou possam provocar distorções de concorrência e afetação do comércio intracomunitário»*<sup>(11)</sup>.

O número 1 do artigo 107.º TFUE estabelece um princípio geral de incompatibilidade com o mercado interno de medidas que “*falseiem ou ameacem falsear a concorrência*”. No entanto, o número 2 e o número 3 do mesmo artigo preveem derrogações ao princípio geral, sendo as primeiras de aplicação de *ipso jure*, e as demais sujeitas à fiscalização da CE.

### III. A ZONA FRANCA DA MADEIRA

Feito um brevíssimo enquadramento sobre o conceito de auxílios de Estado no contexto do Direito Europeu, passemos à análise do caso concreto da ZFM<sup>(12)</sup>.

Como é sabido, durante vários anos vigoraram (e ainda vigoram) regimes de tributação reduzida das empresas que desenvolvem a sua atividade na Madeira, através de diversos mecanismos fiscais. Estes regimes de tributação reduzida têm a sua origem mesmo antes da adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia e foram sendo sucessivamente substituídos e atualizados, cumprindo todos os procedimentos necessários e previstos pela CE, designadamente, tendo sido objeto de uma prévia aprovação pela CE antes da sua entrada em vigor na lei interna.

Neste caso em concreto, estão em causa auxílios regionais, tendo estes o propósito de compensar as empresas que exercem a sua atividade económica em regiões ultraperiféricas<sup>(13)</sup>

---

<sup>(11)</sup> Cf. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, et. al., *Jurisprudência sobre Auxílios de Estado, Jurisprudência Portuguesa do Direito da Concorrência*, Capítulo 6. Consultado a 31 de outubro de 2022, documento disponível em:

[https://www.cideeff.pt/xms/files/04\\_PUBLICATIONS/Working\\_Papers/Grupo\\_III/Jurisprudencia\\_sobre\\_auxilios\\_de\\_estado.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo_III/Jurisprudencia_sobre_auxilios_de_estado.pdf)

<sup>(12)</sup> O regime da ZFM inclui o Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM), o Registo Internacional de Navios (MAR) e a Zona Franca Industrial (ZFI).

<sup>(13)</sup> As regiões ultraperiféricas são um grupo de regiões remotas definidas no artigo 349.º do TFUE (que inclui a Madeira, os Açores, as ilhas Canárias, a Guadalupe, a Guiana Francesa, a Martinica, a Reunião, São Bartolomeu e São Martinho).

pelos custos adicionais decorrentes das desvantagens estruturais das mesmas<sup>(14)</sup>(<sup>15</sup>), aportando valor e oportunidades de negócio a regiões europeias que se consideram obstaculizadas em alguma medida por força das suas condições geográficas e sociais.

Assim, o regime da ZFM, na sua primeira modalidade, foi negociado com a CE em 1987 (Regime I). Em 2001 foi autorizado um novo regime (Regime II), que vigorou entre 2003 e 2006, e cujos efeitos perduraram até 2011. Por fim, foi autorizado e implementado o Regime III (“Zona Franca da Madeira (ZFM) – Regime III”), que vigorou entre 1 de janeiro de 2007 e 31 de dezembro de 2020. De notar que atualmente está em vigor o Regime IV (tendo entrado em vigor a 1 de janeiro de 2015, permitindo o licenciamento de atividades até 31 de dezembro de 2023, devendo vigorar até 2027).

Em relação ao Regime III, foi levada a cabo uma fiscalização pela CE, que teve início em março de 2015 e chegou ao seu termo em julho de 2018.

Na sequência dessa fiscalização a CE concluiu que, pelo menos em parte, o Regime III terá sido ilegalmente executado, tendo a República Portuguesa sido condenada à recuperação dos auxílios de Estado concedidos e que se verifiquem incompatíveis com o Direito Europeu. Posteriormente já o TJUE decidiu, em primeira instância, que, genericamente, a decisão da CE era legal, e, tanto quanto temos conhecimento, está pendente o recurso da ZFM e de vários particulares diretamente lesados pela decisão da Comissão.

Vejam, em síntese, os antecedentes históricos da aprovação e fiscalização deste Regime específico de auxílios da ZFM<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Cf. Artigo 107.º, n.º 3 alínea a): “*Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social*”.

<sup>(15)</sup> A Decisão C(2007) 3037 final, que aprovou o regime de auxílios Zona Franca da Madeira— Regime III (N 421/2006), considerou que a Região Autónoma da Madeira era uma região ultraperiférica na aceção do artigo 299.º, n.º 2, CE e que, a este título, era elegível para auxílios regionais ao funcionamento ao abrigo do artigo 87.º, n.º 3, alínea a), CE.

<sup>(16)</sup> Note-se que Portugal defendeu, ao longo do procedimento, não estar em causa uma medida de auxílio estatal. Ignoraremos essas objeções, posto que o presente artigo supõe a correta qualificação do regime da ZFM como auxílios de Estado, uma vez que apenas nesse pressuposto seria imposta a sua recuperação.

A 27 de junho de 2007, a CE aprovou o regime de auxílios «Zona Franca da Madeira (Zona Franca da Madeira, Portugal) (ZFM) — Regime III» (N 421/2006), com o objetivo de potenciar o desenvolvimento económico da região ultraperiférica da Madeira<sup>(17)</sup>.

Em concreto, os auxílios de Estado em causa materializaram-se na possibilidade de beneficiar de *a*) uma redução da taxa do imposto sobre os rendimentos (i.e., Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas) decorrentes de atividades efetiva e materialmente realizadas na Madeira; *b*) uma isenção de impostos municipais e locais, bem como *c*) de uma isenção dos direitos de transferência de bens imobiliários para a criação de uma empresa na ZFM, até montantes máximos de auxílio baseados nos valores máximos da matéria coletável, determinados em função do número de postos de trabalho que o beneficiário mantém em cada exercício.

A 2 de julho de 2013, a Comissão autorizou ainda um aumento de 36,7 % dos limites máximos da base tributável a que seria aplicável a redução do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas<sup>(18)</sup>.

A 12 de março de 2015, em sede do exame dos regimes de auxílios existentes<sup>(19)</sup>, a Comissão solicitou informações à República Portuguesa, com o intuito de analisar se o regime português a favor das empresas estabelecidas na ZFM havia sido aplicado de acordo com as decisões da CE de 2007 e 2013 e, de um modo mais geral, a sua compatibilidade com as regras em matéria de auxílios estatais<sup>(20)</sup>.

Depois de analisadas as informações prestadas pela República Portuguesa, a Comissão, a 6 de julho de 2018 informou-a de que havia dado início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2 do TFUE<sup>(21)</sup>, sendo que a 15 de março de 2019, publicou essa decisão no Jornal

---

<sup>(17)</sup> Cf. Decisão C (2007) 3037 final.

<sup>(18)</sup> Cf. Decisão C (2013) 4043 final, no processo SA.34160 (2011/N).

<sup>(19)</sup> Previsto no artigo 108.º, n.º 1 do TFUE.

<sup>(20)</sup> A Comissão solicitou, numa primeira etapa, informações sobre o enquadramento jurídico do regime e, numa segunda etapa, verificou a sua aplicação, selecionando uma amostra de 26 beneficiários do regime da ZFM em 2012 e 2013.

<sup>(21)</sup> A Comissão considerou, a título preliminar, que o regime da ZFM constituía um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, e manifestou sérias dúvidas quanto à compatibilidade do regime, tal como aplicado por Portugal, com o mercado interno.

Oficial da União Europeia, convidando as partes interessadas a apresentarem as suas observações relativamente ao regime da ZFM<sup>(22)</sup>.

#### IV. A DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

A 4 de dezembro de 2020, a CE concluiu que o regime foi, pelo menos em parte, ilegalmente executado pelo Estado Português, tendo levado à concessão de auxílios de Estado em desconformidade com as decisões da Comissão de 2007 e de 2013, sendo estes, por esse motivo, ilegais e incompatíveis com o mercado interno (“**Decisão de 2020**”)<sup>(23)</sup>.

Em síntese, a CE considerou que, nesses casos, o regime foi ilegalmente executado tendo em conta *i)* a origem geográfica dos lucros que beneficiam da redução do imposto, e *ii)* a falta de ligação do montante de auxílio à criação/manutenção de empregos efetivos na região<sup>(24)</sup>.

Com efeito, a Comissão concluiu após a sua investigação, por um lado, que havia sido permitido, em alguns casos, que as empresas beneficiassem de auxílios sob a forma de uma taxa de imposto reduzida sobre os lucros resultantes de atividades, que não eram efetiva e

---

<sup>(22)</sup> Cf. Auxílios estatais — Portugal, Auxílio estatal SA.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) — Zona Franca da Madeira (ZFM) — Regime III — Convite à apresentação de observações nos termos do artigo 108.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO C 101 de 15.3.2019, p. 7).

<sup>(23)</sup> Cf. Decisão (EU) 2022/1414 da Comissão de 4 de dezembro de 2020 relativa ao regime de auxílios SA.21259 (2018/C) (ex-2018/NN) aplicado por Portugal a favor da Zona Franca da Madeira (ZFM) – Regime III.

<sup>(24)</sup> Cf. Decisão da Comissão, 6.2, L 217/76.

materialmente realizadas na Madeira<sup>(25)</sup>, e, por outro lado, que o cálculo da criação de postos de trabalho criados ou mantidos na ZFM não podia ser verificado<sup>(26)</sup>.

No âmbito deste processo, o Estado português recorreu da decisão da CE, sendo que, a 21 de setembro de 2022, o TJUE negou provimento ao recurso apresentado<sup>(27)</sup>. Cumulativamente, algumas empresas que beneficiaram destes auxílios, ao abrigo do Regime III, recorreram também da decisão da CE, processos esses que correm, neste momento, os seus trâmites processuais junto do TJUE<sup>(28)</sup>.

Em julho de 2022 iniciou-se o processo nacional de recuperação dos referidos montantes correspondentes aos auxílios declarados ilegais, tendo a Autoridade Tributária (“AT”) começado a notificar as empresas beneficiárias para exercer o direito de audição prévia<sup>(29)</sup>, o primeiro passo do procedimento de cobrança que será levado a cabo.

---

<sup>(25)</sup> Cf. parágrafos n.ºs 40 e 41 da Decisão de 2020, que esclarecem a necessidade para efeitos da compatibilidade do auxílio de que os lucros resultassem de atividades efetiva e materialmente realizadas na Madeira: “(40) Nos termos das decisões da Comissão de 2007 e 2013, o regime da ZFM foi aprovado na condição de a redução permitida do imposto sobre o rendimento ser aplicada aos lucros resultantes de atividades efetiva e materialmente realizadas na região. Esta condição fundamental está estreitamente ligada ao objetivo dos auxílios regionais ao funcionamento para as regiões ultraperiféricas (ou seja, a compensação dos custos adicionais que as empresas suportam nessas regiões devido às desvantagens estruturais das regiões) e explica também por que motivo a aprovação da decisão da Comissão de 2007 se baseou no estudo sobre os custos adicionais suportados pelas empresas na região ultraperiférica da Madeira. (41) A Comissão concluiu, a título preliminar, que as empresas que não exerciam as suas atividades na Madeira não suportavam quaisquer custos adicionais decorrentes do exercício de atividades numa região ultraperiférica. Por conseguinte, não podiam ser consideradas beneficiárias legítimas do regime da ZFM aprovado nem podiam ter direito ao auxílio regional ao funcionamento”.

<sup>(26)</sup> Cf. parágrafo n.º 225 da Decisão de 2020.

<sup>(27)</sup> Cf. Decisão do TJUE proferida no processo T-95/2011, disponível em [EUR-Lex - 62021TJ0095 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/lexuris/ui/entry.do?entryId=62021TJ0095-EN).

<sup>(28)</sup> Neste artigo não pretendem os autores discutir a bondade ou legalidade da Decisão da Comissão, nem tão pouco da Decisão do Tribunal de Justiça, deixando que os processos judiciais que estão a correr sigam os seus normais trâmites.

<sup>(29)</sup> Através do exercício do direito de audição, os referidos contribuintes poderão contestar os valores imputados à correção da matéria coletável decorrente da decisão da Comissão Europeia. De seguida, e em caso de improcedência, poderão vir a ser emitidos “atos de liquidação”, os quais serão, igualmente, suscetíveis de impugnação.

## V. AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE DE UM AUXÍLIO ESTATAL: A SUA RECUPERAÇÃO

Seria a nosso ver extemporânea, além de alheia ao objeto do presente trabalho, uma apreciação da (i)legalidade da aplicação do Regime III, que estará a ter lugar em sede própria junto do TJUE. Assim, a este respeito, o trabalho que se apresenta é agnóstico em relação a esse juízo prévio, abordando-se apenas a eventualidade de as empresas se verem efetivamente obrigadas a devolver os montantes aqui considerados, na eventualidade de não serem capazes de demonstrar o preenchimento dos pressupostos de que depende o direito aos auxílios de Estado tal como definidos pela CE.

Com efeito, conforme pode ler-se no artigo 4.º da Decisão de 2020, o Tribunal de Justiça da União Europeia ordenou que “*Portugal [procedesse] à recuperação dos auxílios incompatíveis concedidos ao abrigo do regime referido no artigo 1.º [regime de auxílios da ZFM] junto dos beneficiários*”.

Quanto à justificação desta obrigação de obter os montantes ilegalmente concedidos, o Tribunal esclarece, no parágrafo n.º 211 da Decisão de 2020, que “*dado que a medida em causa foi aplicada em violação do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE, e deve ser considerada um auxílio ilegal e incompatível, o auxílio deve ser recuperado a fim de restabelecer a situação existente no mercado interno antes da sua concessão. A recuperação deve abranger o período compreendido entre a data em que o auxílio foi colocado à disposição do beneficiário e a data da sua recuperação efetiva. O montante a recuperar vence juros até à sua recuperação efetiva*”.

### V.1. FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO

Como acabámos de descrever, resulta da Decisão de 2020 que a recuperação dos auxílios que foram declarados ilegais tem como objetivo restabelecer a situação existente no mercado interno antes da sua concessão. No fundo, está em causa a reposição da situação de plena concorrência que o mercado interno impõe, posto que os auxílios, por serem incompatíveis

com o Direito da UE, causaram uma distorção ilegal daquela, a favor das empresas beneficiárias, que deve ser anulada<sup>(30)</sup>.

É também isso que resulta da jurisprudência do TJUE, que tem expressado de forma reiterada que a obrigação que incumbe a um Estado-Membro de suprimir um auxílio considerado pela Comissão como incompatível com o mercado interno visa o restabelecimento do *statu quo ante*<sup>(31)</sup>.

Precisamente neste sentido se pronunciou o Tribunal no caso Comissão/Itália, quanto à finalidade da restituição: «*esse objectivo atinge-se a partir do momento em que os auxílios em causa, acrescidos, se for caso disso, de juros de mora, são restituídos pelo beneficiário (...). Através dessa restituição, o beneficiário perde, efectivamente, a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes, e a situação anterior à concessão do auxílio é reposta*»<sup>(32)</sup>.

Aliás, a Comissão alinha exatamente pelo mesmo diapasão, de acordo com o exposto na Comunicação da Comissão 2019/C 247/01 (“**Comunicação da Comissão**”) relativa à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis com o mercado único<sup>(33)</sup>, que foi publicada com o intuito de explicar as regras e os procedimentos da UE que regem a recuperação de auxílios estatais e o modo como a Comissão trabalha com os Estados-Membros para assegurar o cumprimento das suas obrigações ao abrigo do direito da UE<sup>(34)</sup>: «[a] finalidade da recuperação consiste em repor a situação que existia no mercado interno antes de o auxílio ser pago. Ao restituir o auxílio ilegal, o seu beneficiário perde, efetivamente, a vantagem de que beneficiou relativamente aos seus concorrentes»<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Neste sentido, JOSÉ NOGUEIRA DE ALMEIDA, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 1997, p. 110.

<sup>(31)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça [1990], *Bélgica/Comissão*, [C-142/87](#), ECLI-125, n.º 66; Acórdão do Tribunal de Justiça [2012], *Espanha/Comissão*, [C-610/10](#), ECLI-781, n.º 105; Acórdão do Tribunal de Justiça [1995], *Itália/Comissão*, [C-348/93](#), ECLI-95, n.º 27; Acórdão do Tribunal de Justiça [2011], *Polónia/Comissão*, [C-331/09](#), ECLI-250, n.º 56.

<sup>(32)</sup> *Cf.* Acórdão do Tribunal de Justiça [1995], *Itália/Comissão*, [C-348/93](#).

<sup>(33)</sup> *Cf.* Comunicação da Comissão 2019/C 247/01, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0723\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0723(01)&from=PT).

<sup>(34)</sup> *Cf.* §2 da Comunicação da Comissão.

<sup>(35)</sup> *Cf.* §16 da Comunicação da Comissão.

## V.2. OS JUROS APLICÁVEIS À RECUPERAÇÃO

Conforme referimos, a Decisão de 2020 esclarece que para além da obrigação de recuperação dos montantes ilegalmente obtidos, há também a obrigação de cobrança de juros, desde a concessão dos referidos montantes até à efetiva restituição<sup>(36)</sup>. Em termos gerais, determina o Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão<sup>(37)</sup> que a taxa de juro aplicável é a taxa em vigor na data em que o auxílio ilegal tiver sido posto à disposição do beneficiário, sendo que esta será aplicada numa base composta durante todo o período que decorrer entre a data em que o auxílio ilegal foi posto à disposição do beneficiário e a data da sua recuperação.

A este respeito, a Comunicação da Comissão esclarece que a obrigação do pagamento de juros visa eliminar a vantagem financeira da disponibilização do montante do auxílio, na medida exata do tempo em que aquele esteve indevidamente na posse das empresas beneficiárias:

*«[a] fim de eliminar as vantagens acessórias ao auxílio ilegal, devem também ser cobrados juros sobre o montante do auxílio concedido ilegalmente (os «juros aplicáveis à recuperação»). Ao pagar os juros aplicáveis à recuperação, o beneficiário do auxílio perde a vantagem financeira que provém da colocação à disposição, gratuitamente, do auxílio, desde a data em que foi colocado à disposição do beneficiário até à sua restituição»<sup>(38)</sup>.*

## V.3. O QUANTUM DA RECUPERAÇÃO

No caso concreto, é no parágrafo n.º 216 da Decisão de 2020 que a Comissão esclarece que *«para determinar o montante do auxílio incompatível a recuperar junto de cada beneficiário, Portugal deve utilizar a seguinte metodologia:*

---

<sup>(36)</sup> Cf. § n.º 218 da Decisão de 2020: “Os montantes a recuperar vencem juros desde a data em que foram colocados à disposição dos beneficiários até à data da sua recuperação efetiva. Os juros devem ser calculados numa base composta, em conformidade com o capítulo V do Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão”.

<sup>(37)</sup> Cf. artigo 11.º do [Regulamento \(CE\) n.º 794/2004](#) da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do [Regulamento \(CE\) n.º 659/1999 do Conselho](#) que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE.

<sup>(38)</sup> Cf. §16 da Comunicação da Comissão.



- a) determinar, por cada ano, o número de postos de trabalho, em UTA criados e mantidos na região por cada beneficiário;
- b) determinar, por cada ano, a base tributável relativa aos rendimentos relacionados com uma atividade efetiva e materialmente realizada na Madeira;
- c) aplicar a taxa de imposto da ZFM a esta base tributável, tendo em conta o número de postos de trabalho criados identificados na alínea a), com base nos quadros de cálculo apresentados nos considerandos 12 e 16 da presente decisão;
- d) o montante do auxílio será igual ao montante efetivamente recebido por cada beneficiário por cada ano, menos o montante efetivamente relacionado com as atividades realizadas na Madeira, calculado conforme indicado na alínea c)».

Resulta claro destas orientações sobre o cômputo do montante da recuperação que o que se pretende é isolar apenas a parte do auxílio que se considere indevida. Assim, como explicámos atrás, tendo sido aprovado pela Comissão, não é o auxílio em si mesmo que é considerado ilegal e incompatível com o Direito da União, mas apenas a parte concedida sem que os pressupostos subjacentes se encontrassem de facto cumpridos no caso concreto, face a uma avaliação casuística.

Desta forma, o *quantum* do montante a reembolsar por cada empresa beneficiária obtém-se através do cálculo do montante em excesso de auxílios de Estado de que tenha beneficiado<sup>(39)</sup>.

Pretende-se, portanto, reconstruir o montante do imposto que deveria ter sido pago à data pelas empresas beneficiárias se as condições para a concessão dos auxílios tivessem sido cumpridas, aplicando o critério *de minimis* e procedendo ao apuramento da diferença entre o montante de IRC que teria sido devido à data sem a aplicação do Regime III e o montante de IRC efetivamente suportado pelas empresas em causa.

Parece-nos evidente, desde logo, resultando esta conclusão da própria Decisão de 2020, que o cálculo deste montante tem de ser feito à luz do regime de tributação geral existente à

---

<sup>(39)</sup> Sem prejuízo do limiar *de minimis* de € 200.000 abaixo do qual não é devido o reembolso, de acordo com os parágrafos n.º 146 e 147 da Decisão de 2020.

data em cada caso individualmente considerado, atendendo às especificidades concretas do quadro fiscal de cada uma das entidades beneficiárias.

Assim, julgamos que terá de atender-se, nomeadamente, à existência de prejuízos fiscais dedutíveis à data ao abrigo do regime geral, que não tenham sido utilizados pela circunstância de a coleta não ter magnitude suficiente para os absorver, e que não tenham sido total ou parcialmente aproveitados em exercícios posteriores. Reconstruindo-se o quadro da tributação à data, nessa eventualidade, parece-nos que haverá que operar essa dedução, de forma a determinar a tributação que seria de facto devida no exercício respetivo. Apenas dessa forma se pode apurar a vantagem efetiva recebida pela empresa beneficiária atribuível aos auxílios concedidos.

A este respeito, o facto de a AT estar a executar a decisão através de correções à matéria coletável do exercício em que os auxílios foram colocados à disposição, à partida, permitirá garantir a observância destes critérios.

## **VI A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO A FAVOR DO ESTADO**

### **VI.1. IMPOSTO**

Em primeiro lugar, e uma vez que o *quantum* da prestação devida pelas empresas se apura através da quantificação do imposto que deveria ter sido pago, não tivesse o auxílio sido ilegalmente concedido, pode questionar-se se a prestação em causa deve ser qualificada como *imposto*.

Antecipamos, desde já, que a resposta se nos afigura claramente negativa.

Entre nós, e atendendo ao princípio da legalidade em matéria tributária, em especial, à exigência material de tipicidade das leis fiscais, a cobrança de imposto só é possível quando na lei estejam definidos todos os elementos essenciais do imposto com rigor, assegurando que o contribuinte é capaz de prever com razoável segurança jurídica e precisão o montante do

imposto que será chamado a suportar<sup>(40)</sup>. Daqui pode retirar-se o seguinte ensinamento: onde a lei não contemple determinada realidade, não deve (ou não pode) ser cobrado imposto.

Ora, não há dúvidas de que, à data da ocorrência dos factos tributários, *i.e.*, no decurso dos exercícios durante os quais terão sido concedidos Auxílios de Estado ilegais, a lei não previa a tributação dos montantes agora peticionados em sede de reembolso, posto que estabelecia um regime favorável às empresas beneficiárias, nomeadamente através da aplicação de uma taxa reduzida e da consagração de uma série de isenções, melhor descritas *supra*.

Não está em causa, portanto, que as empresas beneficiárias tenham pagado imposto a menos, face àquele que a lei fixava, pelo que não está em causa, naturalmente, uma liquidação adicional de imposto que vise o ressarcimento de imposto devido e não pago.

Atribuindo-se à cobrança que o Estado português foi chamado a levar a cabo a natureza de imposto, face àquilo que acaba de se dizer, estaríamos perante uma cobrança de um imposto verdadeiramente retroativo, para lá dos exercícios fiscais precedentes, coisa que, à luz da nossa Lei Fundamental, não se admite. Como é consabido, a lei fiscal não pode aplicar-se a factos anteriores à sua entrada em vigor, de harmonia com o princípio da proibição da retroatividade fiscal, consagrado no artigo 103.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)<sup>(41)</sup>, bem como dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, que decorrem do artigo 2.º da CRP. Aliás, admitindo-se esta hipótese – como mero caso hipotético – sempre seríamos levados a concluir que seria um imposto determinado por um legislador sem competência constitucional (nacional ou europeia) para criar este imposto.

O TJUE já foi, inclusivamente, chamado a pronunciar-se sobre o potencial confronto entre os princípios constitucionais dos Estados e a obrigação de estes levarem a cabo a recuperação destes montantes. Especificamente quanto à violação da proibição de tributos retroativos, é útil a análise do Acórdão do TJUE no Caso C-183/91<sup>(42)</sup>, em que o Estado grego alegou impossibilidade de proceder à recuperação em causa por considerar que a cobrança posterior de uma taxa que não tinha sido cobrada pelo Estado constituiria uma taxa financeira retroativa, o que seria contrário à proibição da estatuição de impostos ou de outros encargos

---

<sup>(40)</sup> Cf. SÉRGIO VASQUES, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª edição, Almedina, 2018, p. 337.

<sup>(41)</sup> Encontramos uma expressão deste princípio no [artigo 12.º, n.º1 da Lei Geral Tributária](#): “as normas tributárias aplicam-se aos factos posteriores à sua entrada em vigor não podendo ser criados quaisquer tributos retroativos”.

<sup>(42)</sup> Acórdão de 10 de Junho de 1993, Comissão/República Helénica, proc. [C-183/91](#), Rec., p. 3130-3153.

financeiros retroativos, para lá do exercício fiscal precedente, estabelecida na Constituição grega.

Em resposta, o TJUE esclareceu que *«tratando-se no caso concreto em análise, de uma ajuda concedida sob a forma de uma exoneração fiscal, cuja ilegalidade foi devidamente provada, é inexacto sustentar como o faz o governo grego, que a recuperação de uma ajuda deva necessariamente tomar a forma de uma taxa retroactiva, que enquanto tal, tornaria possível a invocação de uma impossibilidade absoluta de execução, em obediência, nomeadamente aos princípios gerais do direito comunitário. Com fundamento na decisão 89/659, compete somente às autoridades gregas tomar as medidas adequadas, ordenando às empresas beneficiárias da ajuda, o pagamento das somas devidas, no montante correspondente ao valor da exoneração fiscal ilegalmente consentida»*<sup>(43)</sup>.

A posição do Tribunal é perfeitamente ilustrativa do que vimos de explicar até agora, no sentido de não estar em causa a cobrança de um verdadeiro imposto. Existe, antes, a obrigação de reposição de uma quantia, que se apura através do cenário hipotético desse imposto ser devido – na ausência dos Auxílios de Estado –, mas que nem por isso adquire essa natureza. Não pode operar-se uma qualificação jurídica por apropriação das características-base do litígio em causa.

Refira-se, por último, que o facto de a AT ser a entidade responsável pelo processo de cobrança tão-pouco deve empurrar-nos para a figura do imposto. De facto, não resulta da Decisão de 2020 qualquer atribuição de competências à AT. O Tribunal limita-se a ordenar ao Estado que efetue a recuperação, sendo que caberá a este a atribuição dessa responsabilidade a uma entidade dotada de meios para o efeito.

Note-se que nos casos de atribuição de subsídios ou de subvenções, usualmente, será a entidade que atribui essas quantias que as deve reaver. No caso que nos ocupa, sendo a AT a entidade com competência atribuída para a cobrança dos impostos em Portugal, determinou-se ser esta a entidade mais adequada para efetuar a cobrança, desde logo, por dispor de informação relevante através das declarações de IRC em relação aos exercícios em causa, e por ter estruturas idóneas para obter as quantias em causa junto das empresas beneficiárias. Em

---

<sup>(43)</sup> Acórdão de 10 de Junho de 1993, Comissão/República Helénica, proc. [C-183/91](#), Rec., p. 3130-3153, em especial, fundamentação 17, p. 3150.

qualquer caso, parece-nos que qualquer outra entidade a quem o Estado concedesse essa tarefa seria igualmente apta para assegurar a boa cobrança destes montantes<sup>(44)</sup>.

Assim, parece-nos que qualquer alusão a liquidações adicionais ou corretivas<sup>(45)</sup> de imposto neste contexto deve ser entendida *cum grano salis*. De facto, a AT vai corrigir a receita que deveria ter auferido das empresas beneficiárias em cada um dos exercícios, e fá-lo-á de acordo com os procedimentos de que dispõe, mas, em rigor, os montantes entregues por estas não são imposto *proprio sensu*. Aliás, é isso que resulta, nomeadamente, da inaplicabilidade dos prazos de prescrição e de caducidade em matéria tributária previstos no ordenamento jurídico interno<sup>(46)</sup>.

## VI.2 SANÇÃO

Neste contexto importa ainda levar em linha de análise outros casos de auxílios de Estado em que esta questão já foi suscitada e dirimida pelo Tribunal. Com efeito, diversos Estados-Membros, face a decisões semelhantes que ordenaram a recuperação de auxílios, levantaram objeções à execução da decisão da Comissão pressupondo a qualificação da obrigação de reembolso como uma sanção aplicada às empresas beneficiárias.

Não vemos, no entanto, que a prestação em causa possa qualificar-se como uma sanção.

Desde logo, sendo uma sanção a consequência jurídica de uma ação (ou omissão) violadora de uma disposição normativa, não existe, entre nós, tanto ao nível do direito interno como ao nível do direito europeu, regulamentação específica quanto aos auxílios de Estado ilegais onde esteja prevista qualquer sanção para as empresas beneficiárias. Para além disso, tendo em consideração que a pretensa conduta ilícita, traduzida na errónea execução do regime dos auxílios de Estado na ZFM, pertence, em rigor, ao Estado português, e não às empresas, só este poderia ser chamado a suportar quaisquer sanções.

---

<sup>(44)</sup> Ainda que assim seja, atendendo ao facto de se ter incumbido a AT desta tarefa, e tendo em conta que esta recorre a meios típicos do procedimento tributário na execução da mesma, parece-nos que o contencioso que naturalmente se seguirá obedecerá igualmente às regras relativas ao processo tributário, na ausência de uma forma de processo especificamente regulada para o caso em apreço.

<sup>(45)</sup> Na notificação para exercício do direito de audição que a AT faz às empresas beneficiárias refere-se o “projeto de correções das liquidações”.

<sup>(46)</sup> *Cfr.* artigos [45.º](#) e [48.º](#) da LGT.

Como vimos, a obrigação de restituição dos montantes ilegalmente concedidos não visa punir as empresas, mas tão somente repor a legalidade, expurgando, na medida do possível, os benefícios que as empresas obtiveram indevidamente.

Acresce, nesta linha, que a qualificação como *sanção* tem vindo a ser consistentemente afastada tanto pela Comissão como pelo TJUE. A jurisprudência do Tribunal de Justiça já se pronunciou diversas vezes nesse mesmo sentido, nomeadamente, no Caso Bélgica/Comissão (“*Maribel bis/ter scheme*”)<sup>(47)</sup>, em que refere “*através [da] restituição, o beneficiário perde a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes, e a situação anterior à concessão do auxílio é reposta (...). Uma vez que a restituição visa apenas o restabelecimento da situação legal anterior, não pode, em princípio, ser considerada uma sanção*”.

É também este o entendimento da Comissão, que, na Comunicação da Comissão, afasta expressamente esta qualificação, ao considerar que “*a recuperação de auxílios estatais não constitui uma sanção, mas sim uma consequência lógica do facto de estes terem sido declarados ilegais (...)*”<sup>(48)</sup>.

### VI.3 INDEMNIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

No ordenamento jurídico português o dever de indemnizar está consagrado no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil segundo o qual «*[a]quele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*».

Em abstrato, em relação ao caso da recuperação dos montantes dos Auxílios de Estado aqui em causa, seria possível equacionar que o dever de reembolso que impende sobre as empresas beneficiárias se trata de um dever de indemnizar um dano resultante da violação do Direito da União. No entanto, resulta difícil afirmar que se encontram preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, pelo menos em relação a estas empresas.

---

<sup>(47)</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão (“*Maribel bis/ter scheme*”), [C-75/97](#), ECLI:EU:C:1999:311, n.º 65.

<sup>(48)</sup> Cf. § 26 da Comunicação da Comissão.

Conforme amplamente descrito pela doutrina e pela jurisprudência, para que haja o dever de indemnizar, é necessário que se verifiquem determinados pressupostos cumulativos, a saber, *i*) a existência de um facto voluntário praticado pelo agente lesante, *ii*) a ilicitude, *iii*) a culpa, *iv*) o dano e *v*) o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Encontramos, desde logo, diversos obstáculos ao preenchimento destes pressupostos em relação às empresas beneficiárias no caso dos auxílios de Estado considerados ilegais. Em primeiro lugar, não é possível afirmar que haja qualquer atuação ilícita por parte das empresas. Com efeito, as empresas beneficiaram dos Auxílios de Estado por força da estrita aplicação das previsões legais que compunham a sua prestação tributária. É certo, porém, que a aplicação das normas em que assentou essa tributação veio, posteriormente, a ser declarada ilegal por ser incompatível com o Direito da União. No entanto, o ato ilícito provém de uma atuação do Estado português, que ergueu disposições de direito interno incompatíveis com o Direito da União, não podendo, a nosso ver, a estrita aplicação linear desse direito significar qualquer ato ilícito por parte das empresas beneficiárias.

Por outro lado, também não é possível proceder à imputação de culpa às empresas beneficiárias, uma vez que estas se limitaram a aplicar a legislação em vigor à data dos factos, cuja conformidade com o Direito da União não tinham o dever (nem o poder) de averiguar.

Ora, sem a existência de um ato ilícito (cuja ausência seria desde já bastante) e sem a imputação de qualquer culpa às empresas beneficiárias, não é possível atribuir a estas um dever de indemnizar. Coisa diferente se passa no que diz respeito ao Estado português, que terá atribuído auxílios ilegais, em desrespeito pelas decisões da Comissão e induzido em erro as empresas em causa. Nesse campo, já seria possível enquadrar a responsabilidade do Estado, mas não é sobre este que recai a obrigação de prestar...

#### **VI.4 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA**

O Código Civil, no atual artigo 473.º, regula especificamente o instituto do enriquecimento sem causa, estabelecendo o princípio geral de que se não deve enriquecer sem causa à custa alheia. Assim, estatui-se no número 1 do referido artigo que “[a] *quele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou*, estando a composição da repetição do indevido prevista no seu número 2, segundo o qual «[a] *obrigação de restituir, por enriquecimento sem causa, tem de*

*modo especial por objecto o que for indevidamente recebido, ou o que for recebido por virtude de uma causa que deixou de existir ou em vista de um efeito que não se verificou».*

Vejam, então, se o reembolso a que as empresas beneficiárias estão obrigadas é passível de ser enquadrado na obrigação de repetição do indevido.

Em primeiro lugar, compete aferir se pode considerar-se ter existido um enriquecimento à custa de outrem na esfera destas empresas. Ora, julgamos pacífico que se conclua de forma afirmativa.

Com efeito, o enriquecimento não tem de implicar um acréscimo no património do enriquecido, i.e., uma entrada de capital, admitindo-se também o chamado *enriquecimento negativo*<sup>(49)</sup>. De facto, conforme vimos, os Auxílios de Estado da ZFM não revestiam a forma de subsídios ou subvenções, que implicassem uma transferência de fundos do Estado para a esfera das empresas. Diferentemente, os auxílios concedidos às empresas beneficiárias materializaram-se numa redução da tributação destas empresas face aos demais sujeitos passivos. Assim, este caso representa uma despesa do Estado, e, portanto, um empobrecimento deste, na exata medida da abdicação da receita fiscal que resultou da concessão dos auxílios às empresas que deles beneficiaram.

Estamos, portanto, perante um enriquecimento na esfera das empresas beneficiárias – concretizado por um não empobrecimento –, à custa de outrem – i.e., do sacrifício da receita do Estado português.

Resta saber se esse enriquecimento se deu “sem justa causa”. A este respeito também nos parece relativamente claro o preenchimento do tipo legal acima descrito. As empresas adquiriram o direito de receber os auxílios em virtude do direito interno, aplicável à data, que havia de resultar das Decisões de 2003 e 2007 da Comissão. No entanto, tendo a atribuição dos auxílios sido declarada ilegal e incompatível com o Direito da União Europeia, deixou de existir causa justificativa da sua atribuição. Por outras palavras, os auxílios em causa foram

---

<sup>(49)</sup> Cf. [JÚLIO GOMES, \*O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa\*](#), Porto, UCP, 1998, p. 232: “[o] enriquecimento pode também traduzir-se numa diminuição do passivo, designadamente sob a forma de extinção de uma dívida, o que, por vezes, se designa por *enriquecimento negativo*”.



atribuídos “*por virtude de uma causa que deixou de existir*”, i.e., a manutenção de um regime jurídico interno, cuja execução, em parte, se tornou ilegal<sup>(50)</sup>.

Julgamos ser esta a qualificação que se impõe. Com efeito, estando demonstrado o preenchimento do tipo legal deste instituto, resulta para as empresas a obrigação de repetir o indevido, sem que lhes possa ser assacada qualquer violação da lei vigente à data dos factos ou atribuída qualquer culpa. Reside aqui uma das principais diferenças entre este instituto e o da indemnização por responsabilidade civil extracontratual, uma vez que a obrigação de prestar não depende de culpa. De facto, não é pressuposto da obrigação de repetição do indevido que o enriquecimento seja imputável ao enriquecido<sup>(51)</sup>. O que se pretende é que, independentemente de culpa, ou de uma qualquer conduta do enriquecido, seja reposta a harmonia do ordenamento jurídico (harmonia essa, neste caso, analisada por referência à interpretação feita pela Comissão e Tribunal de Justiça nas suas Decisões da coerência do mercado único).

Compete ainda fazer um breve apontamento quanto aos juros devidos pelas empresas beneficiárias que crescem ao montante a reembolsar. Como é sabido, os juros destinam-se a compensar uma privação de capital durante um certo período de tempo, sendo que, dependendo da sua função, a doutrina os classifica como remuneratórios, compensatórios ou indemnizatórios<sup>(52)</sup>.

Creemos que os juros em causa devem classificar-se como compensatórios, na medida em que se destinam a compensar o credor por uma privação de capital que não deveria ter

---

<sup>(50)</sup> A este respeito remetemos quer para a posição do Estado português durante o procedimento levado a cabo pela inspeção, que se estendeu para a fase recursiva, quer para informações emitidas pelas autoridades fiscais relevantes durante a vigência do Regime III, de onde resulta claramente que o legislador havia estatuído um regime cujos requisitos eram consideravelmente menos restritos face àqueles que a CE explicitou. Existia, portanto, uma causa – um regime mais permissivo –, que deixou de existir – tendo a CE decidido pela violação do Direito Europeu. Julgamos evidente que, para as empresas que à data cumpriam também os requisitos agora explicitados pela CE, não se verifica o desaparecimento de uma causa que justificou o enriquecimento daquelas, posto que já à data cumpriam os requisitos tal como a CE os definiu na decisão por esta proferida.

<sup>(51)</sup> Neste sentido, v. JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 223: “*a obrigação de restituir o que se obteve injustificadamente não depende de um comportamento culposo ou sequer de um comportamento ilícito do enriquecido – em rigor, não é mesmo necessário que tenha havido qualquer conduta do enriquecido, podendo este ter obtido algo à custa alheia em virtude de um comportamento da própria pessoa que vem agora exigir a restituição, de um terceiro pelo qual não é responsável ou, até, em consequência de um acontecimento natural (...)*”.

<sup>(52)</sup> VICTOR HUGO VENTURA, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das obrigações em geral*, UCE, 2018, pág. 539. Parece gralha manifesta a referência inicial a “juros moratórios” em vez de a “juros remuneratórios”.

ocorrido, sem que esteja em causa o incumprimento de qualquer obrigação por parte do devedor (fundamento da obrigação de pagar juros indemnizatórios).

De facto, os juros destinam-se apenas a reconstituir a situação em que estariam as empresas se não tivessem beneficiado dos auxílios, o que implica necessariamente que seja tido em conta o valor financeiro da disponibilidade do capital na sua esfera<sup>(53)</sup>. De outra forma – não sendo pagos juros – ficaria retida nas empresas a vantagem financeira de ter tido acesso gratuito ao capital, desde a disponibilização até ao efetivo reembolso.

Assim, subjacente ao pagamento dos sobreditos juros está ainda a restituição do indevido integralmente considerado. Por outras palavras, a recuperação impõe não apenas o dever de restituição do capital não entregue ao Estado, mas ainda a “restituição” do benefício da utilização desse capital sem qualquer custo associado.

## **VII. A (IN)DEDUTIBILIDADE DOS MONTANTES PAGOS PELAS EMPRESAS BENEFICIÁRIAS**

Face ao exposto, coloca-se a questão de saber como devem os montantes em causa pagos a título de reembolso do auxílio de Estado ser tratados em sede de IRC e, em especial, se podem ser deduzidos pelas empresas beneficiárias desses auxílios, sobre as quais incide a obrigação de reembolso, ao respetivo rendimento líquido apurado em determinado ano.

Considerando que o Direito Fiscal é um direito de sobreposição, sempre teria a qualificação jurídica dos montantes aqui em causa, que têm vindo a ser agora exigidos às empresas, de preceder a resposta à questão da (in)dedutibilidade.

De facto, vindo de concluir que esta prestação pecuniária é devida a título do enriquecimento sem causa, haverá que encontrar no regime dos gastos dedutíveis em sede IRC qual o tratamento correspondente.

---

<sup>(53)</sup> Em abstrato, as empresas poupam os encargos financeiros que resultariam do recurso a um empréstimo e obtêm os rendimentos decorrentes do investimento dessas quantias.

### VII.1. A DEDUTIBILIDADE DE GASTOS PREVISTA NOS ARTIGOS 23.º E 23.º-A DO CIRC

O artigo 23.º do CIRC fornece-nos uma cláusula geral de dedução de gastos, bem como um enunciado exemplificativo dos gastos fiscais<sup>(54)</sup>. Por outro lado, o [artigo 23.º-A do CIRC](#) contém um elenco taxativo dos gastos e perdas não dedutíveis.

Na dogmática fundamental do IRC, a análise do catálogo contemplado no artigo 23.º do CIRC, bem como no artigo 23.º-A do CIRC não é de menor importância, considerando que este será o teste fundamental para que os sujeitos passivos de IRC possam apurar o seu rendimento líquido e o seu lucro, como medida certa da tributação, tal como imposta pela Constituição.

Esta justa medida de balanceamento entre custos dedutíveis e não dedutíveis – que se revela através de um teste de proporcionalidade necessária – assume particular relevância em casos, como o presente, em que esse teste se repercute em exercícios passados e, que, por isso, representa um impacto negativo na situação patrimonial das empresas de natureza retroativa, que estas eram incapazes de antecipar.

A este respeito avaliamos com especial cuidado a previsão normativa das alíneas *f*) e *a*) do n.º 2 do artigo 23.º e 23.º-A, respetivamente<sup>(55)</sup>, *d*) e *e*) do artigo 23.º-A<sup>(56)</sup> e *m*) e *g*) dos mesmos dois dispositivos, também respetivamente<sup>(57)</sup>.

As primeiras duas alíneas apontam para que se desconsidere fiscalmente o gasto relativo a encargos fiscais e parafiscais e, nomeadamente, ao IRC, incluindo as tributações autónomas, e quaisquer outros impostos que direta ou indiretamente incidam sobre os lucros. Seria, de facto, este o fundamento que impediria a dedutibilidade fiscal dos montantes recuperados a

---

<sup>(54)</sup> Cf. n.º 2 do [artigo 23.º](#) do CIRC.

<sup>(55)</sup> A alínea *f*) do n.º 2 do artigo 23.º do CIRC refere-se aos gastos e perdas “de natureza fiscal e parafiscal e a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 23.º-A do CIRC refere-se ao «IRC, incluindo as tributações autónomas, e quaisquer outros impostos que direta ou indiretamente incidam sobre os lucros».

<sup>(56)</sup> As alíneas *d*) e *e*) do artigo 23.º-A do CIRC referem-se, respetivamente, às «despesas ilícitas, designadamente as que decorram de comportamentos que fundamentadamente indiciem a violação da legislação penal portuguesa, mesmo que ocorridos fora do alcance territorial da sua aplicação» e às “multas, coimas e demais encargos, incluindo os juros compensatórios e moratórios, pela prática de infrações de qualquer natureza que não tenham origem contratual, bem como por comportamentos contrários a qualquer regulamentação sobre o exercício da atividade».

<sup>(57)</sup> A alínea *m*) do artigo 23.º do CIRC refere-se às «indenizações resultantes de eventos cujo risco não seja segurável» e a alínea *g*) do artigo 23.º-A do CIRC refere-se às «indenizações pela verificação de eventos cujo risco seja segurável».

título de Auxílios de Estado ilegalmente concedidos, caso tivéssemos concluído que os mesmos configuram um verdadeiro imposto, algo que, vimos atrás – ponto VI.I do presente artigo – rejeitámos fundamentadamente.

Por outro lado, as duas segundas alíneas – d) e e) do artigo 23.º-A –, apontam para que se impeça a consideração fiscal de *«despesas ilícitas, multas, coimas e demais encargos, incluindo os juros compensatórios e moratórios, pela prática de infrações de qualquer natureza que não tenham origem contratual, bem como por comportamentos contrários a qualquer regulamentação sobre o exercício da atividade»*, realidades com que não confundimos, pelas razões que enunciámos no ponto VI.2 desta nota, o *quantum* das prestações devidas pelas empresas beneficiárias a este título.

Finalmente, as alíneas m) e g) dos artigos 23.º e 23.º-A do CIRC, respetivamente, fazem referência ao afastamento das *«indenizações resultantes de eventos cujo risco não seja segurável»* e, bem assim, das *«indenizações pela verificação de eventos cujo risco seja segurável»*, para os efeitos da determinação do lucro tributável das empresas beneficiárias, algo que não se estranharia no contexto em que os montantes relativos à recuperação dos Auxílios de Estado ilegais aplicados por Portugal a favor da ZFM – Regime III assim pudessem ser qualificados.

Acontece, porém, que, conforme referimos no ponto V.3. *supra*, não é esta a qualificação que considerámos aceitável para aquelas prestações, não sendo, com efeito, também estas as normas aplicáveis ao caso concreto para efeitos da sua dedutibilidade em sede de IRC.

Ora, inexistindo no elenco exemplificativo dos artigos em análise uma norma especial em que se subsumam os montantes sobre que nos debruçamos no presente artigo, não resta ao intérprete outra possibilidade que não a de proceder ao exame da situação concreta à luz da cláusula geral da norma relativa aos gastos fiscais – o artigo 23.º do CIRC –, cláusula esta que dispõe que *«são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC»*.

Como é consabido, o conceito fulcral em torno do qual se encontrava construído o artigo 23.º do CIRC – o da *indispensabilidade* dos gastos (*«consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto*

ou para a manutenção da fonte produtora») – foi eliminado em 2014, após a [Reforma do CIRC](#). A partir de então, passou a exigir-se que os mencionados gastos tivessem uma *relação produtiva ou empresarial* com a atividade do sujeito passivo. A essa luz, serão, hoje, fiscalmente dedutíveis os gastos que mostrem estar correlacionados com *todo e qualquer ativo*, contanto que resultem de decisões de gestão que *visem o interesse da empresa*.

De resto, foi esse o entendimento adotado pela [Comissão para a Reforma do IRC no Relatório Final](#): «na doutrina, é hoje bastante consensual que a indispensabilidade dos gastos deve, num plano geral, ser entendida como considerando dedutíveis aqueles que sejam incorridos no interesse da empresa, na prossecução das respetivas atividades. Tem-se afastado, pois, a interpretação do conceito de indispensabilidade como significando uma necessária ligação causal entre gastos e rendimentos. A jurisprudência tem firmado, consistentemente, uma linha interpretativa na qual se sustenta que o critério da indispensabilidade foi criado para impedir a consideração fiscal dos gastos que não se inscrevam no âmbito da atividade das empresas sujeitas a IRC»<sup>(58)</sup>.

E é também aquele que tem vindo a ser adotado pelos Tribunais; veja-se, a título de exemplo, os Acórdãos proferidos pelo CAAD a 10 de setembro de 2019, nos autos do processo n.º [13/2019-T](#), e a 23 de fevereiro de 2021, nos autos do processo n.º [398/2020-T](#).

De acordo com a decisão proferida neste último processo arbitral – citamo-la pela sua relevância para a demonstração a que nos propomos e por, de uma certa forma, traduzir o estado da arte desta discussão nesta sede –: «[p]ara que um gasto possa ser aceite fiscalmente deve existir uma relação causal entre tal gasto e os rendimentos da empresa, o mesmo é dizer que se consideram dedutíveis os gastos que sejam incorridos no interesse da empresa e na prossecução da respetiva atividade».

A propósito do contraste entre a atual e a anterior redação do artigo 23.º, o Tribunal arbitral refere que «[a]nteriormente à reforma do IRC, o n.º 1 do art.º 23.º do CIRC estabelecia que: “Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora...”. A exclusão, propositada, da menção “comprovadamente sejam indispensáveis”, não significa uma

---

<sup>(58)</sup> Cf. Relatório Final da Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, 30 de junho de 2013, disponível em <https://www.occ.pt/fotos/editor2/relatorioirc.pdf>.

*alteração radical nas regras da dedutibilidade. A doutrina considera que é bastante consensual que a indispensabilidade dos gastos deve, num plano geral, ser entendida como considerando dedutíveis aqueles que sejam incorridos no interesse da empresa, na prossecução das respetivas atividades. De facto, não se eliminou toda a subjetividade que poderia existir com a anterior redação, pois a relevância fiscal de um gasto continuará a depender de uma ponderação de critérios, tais como, a prova da sua necessidade, adequação, ou da produção do resultado, sendo que a falta geral dessas características gera a dúvida sobre se é um gasto efetivamente incorrido no interesse da empresa e, como tal, se estamos perante um gasto aceite fiscalmente ou não».*

E quanto à razão de ser dos limites à dedutibilidade dos gastos, o Tribunal arbitral esclarece que um dos objetivos prosseguidos é o de *«impedir eventuais situações de abuso fiscal, daí que o legislador tenha estabelecido uma lista exemplificativa de gastos dedutíveis por forma a limitar as reduções indevidas de impostos, ou estaria aberto o caminho à prossecução de interesses alheios, mormente dos sócios em detrimento dos da empresa, resultando numa violação do princípio da tributação do lucro real».*

Em palavras nossas, o que se pretende é o afastamento dos gastos que devam reputar-se verdadeiramente alheios à atividade empresarial. A este respeito, recorde-se que, no juízo a formular sobre a dedutibilidade de um custo, não compete à AT avaliar a bondade ou a oportunidade da decisão de gestão que determinou esse gasto (no caso apreciado pelo Tribunal arbitral: a cessão do crédito por um determinado valor), nem tão-pouco sindicar a obrigatoriedade de suportar um gasto, mas apenas formular um juízo externo, de tipo cognoscitivo, sobre a provável inserção dessas decisões no seu escopo lucrativo, com referência ao momento em que foram tomadas e às circunstâncias do negócio global em que foram inseridas.

Tem-se como assente e constitui entendimento jurisprudencial firme que da *«noção legal de custo fornecida pelo artigo 23.º do Código de IRC não resulta que a Administração Tributária possa pôr em causa o princípio da liberdade de gestão, sindicando a bondade e oportunidade das decisões económicas da gestão da empresa e considerando que apenas podem ser assumidos fiscalmente aqueles de que decorram diretamente proveitos para a*

*empresa ou que se revelem convenientes para a empresa»<sup>(59)</sup>.*

Nessa mesma linha de entendimento, o STA, referindo-se ao antigo conceito de indispensabilidade, e chamando a atenção para o carácter casuístico do seu preenchimento, formula o seguinte critério: *«A regra é que as despesas corretamente contabilizadas sejam custos fiscais; o critério da indispensabilidade foi criado pelo legislador, não para permitir à Administração intrometer-se na gestão da empresa, ditando como deve ela aplicar os seus meios, mas para impedir a consideração fiscal de gastos que, ainda que contabilizados como custos, não se inscrevem no âmbito da atividade da empresa, foram incorridos não para a sua prossecução mas para outros interesses alheios. Em rigor, não se trata de verdadeiros custos da empresa, mas de gastos que, tendo em vista o seu objeto, foram abusivamente contabilizados como tal. Sem que a Administração possa avaliar a indispensabilidade dos custos à luz de critérios incidentes sobre a sua oportunidade e mérito»<sup>(60)</sup>.*

Vindo o mesmo aresto a concluir que, *«sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva, a Administração só pode excluir gastos não diretamente afastados pela lei debaixo de uma forte motivação que convença de que eles foram incorridos para além do objetivo social, ou, ao menos, com nítido excesso desviante, face às necessidades e capacidades objetivas da empresa».*

Em síntese conclusiva, deve entender-se que a atividade empresarial que gere custos dedutíveis há de ser aquela que se traduza em operações que tenham um propósito (e não um obrigatório nexos de causalidade imediata) de obtenção de rendimento ou a finalidade de manter o potencial de uma fonte produtora de rendimento.

Nesse sentido, a atividade produtiva não deverá ser entendida em sentido restritivo, mas sim em sentido amplo, significando atividade relacionada com uma fonte produtora de rendimento da entidade que suporta os gastos.

Ao buscar-se o sentido do conceito de atividade das empresas, ele não pode circunscrever-se a meras ou simples operações de produção de bens ou serviços, mas pressupõe uma relação com as operações económicas globais de exploração ou com as operações ou atos

---

<sup>(59)</sup> Cf. Acórdão do TCA Sul de 6 de outubro de 2009, Processo 03022/09 e, em idêntico sentido, Acórdão do TCA Norte, de 12 de janeiro de 2012, Processo 00624/05

<sup>(60)</sup> Cf. Acórdão de 29 de março de 2006, Processo n.º 1236/05.

de gestão que se insiram no interesse próprio da entidade que assume os custos<sup>(61)</sup>.

É nesse âmbito compreensivo que se enquadra a nova redação introduzida pela Lei n.º 2/2014, que, visando implementar um maior grau de certeza na aplicação concreta dos critérios de dedutibilidade, passou a consagrar como princípio geral que são dedutíveis os gastos relacionados com atividade do sujeito passivo por este incorridos ou suportados, reforçando a ideia de que basta a conexão com a atividade empresarial, independentemente da efetiva contribuição para os rendimentos sujeitos a imposto.

A cláusula geral de dedutibilidade dos gastos incorridos pelas empresas está ainda assim dependente de diversos requisitos e, entre eles, que o gasto se encontre comprovado documentalmente, como ressalta do artigo 23.º, n.º 3, que se traduz na necessidade de suporte contabilístico do gasto para efeito de um possível controlo pela AT.

## **VII.2. A DEDUTIBILIDADE DOS MONTANTES RELATIVOS À RECUPERAÇÃO DOS AUXÍLIOS ILEGAIS ESTATAIS APLICADOS POR PORTUGAL A FAVOR DA ZFM – REGIME III**

Tendo por base o que vem a ser dito, não cremos que haja uma grande margem para questionar que, estando demonstrado o preenchimento do tipo legal do instituto do enriquecimento sem causa, as prestações relativas à recuperação dos Auxílios ilegais estatais pelas empresas beneficiárias – a quem, repita-se, não pode ser assacada qualquer violação da lei vigente à data dos factos ou atribuída qualquer culpa – são dedutíveis para efeitos da determinação do lucro tributável sujeito a IRC, dado representarem, nos termos gerais e tendo por base a cláusula geral ínsita na norma do artigo 23.º do Código deste imposto, *gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC*.

Posto isto, parece-nos que resta uma última prova: a de avaliar a bondade desta conclusão face à finalidade da obrigação de reembolso. É que não ignoramos que, sendo o objetivo da Comissão, ao exigir que os Estados obtenham o reembolso dos Auxílios indevidamente concedidos, colocar as empresas (e a concorrência interna) no estado em que

---

<sup>(61)</sup> Cf., neste sentido, o Acórdão arbitral proferido no Processo n.º [480/2016-T](#).



estariam sem que esses Auxílios houvessem sido concedidos, a possibilidade de dedução desses montantes pode representar um entrave a essa finalidade.

Com efeito, dependendo da magnitude de lucros tributáveis que as empresas possuam no exercício da dedução e nos exercícios subsequentes, o impacto económico do reembolso será potencialmente mitigado.

No entanto, julgamos que essa entorse sempre terá de se considerar admissível, uma vez que, atendendo ao direito interno, não há nenhum obstáculo legal à dedução, nem tão-pouco se descortina limitação alguma à luz do direito europeu. Aliás, poderemos antes referir-nos à inevitabilidade dessa entorse, já que a solução que a lei fiscal portuguesa nos oferece é a única que releva nesta sede.

A este respeito cumpre relembrar que mais nenhuma entidade internacional tem competência tributária para impor a limitação da dedutibilidade de certos gastos no apuramento do IRC devido por empresas residentes fiscais em Portugal.

A harmonização do Direito da União Europeia não está, ainda, num grau de maturidade que se compadeça com o cálculo de um Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas verdadeiramente europeu<sup>(62)</sup>.

Adicionalmente, acrescente-se que esta adaptação ao caso concreto das empresas é exigida pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que o sistema jurídico repudia a imposição de um sacrifício patrimonial sem limite a uma realidade inteiramente verificada no passado, num contexto em que as empresas apenas se limitaram a aplicar a lei tal como aprovada pelo Estado Português.

Neste contexto, dúvidas não restam de que não há instrumentos internacionais de direito europeu que pudessem eventualmente ser utilizados para pretender limitar a dedutibilidade dos custos elegíveis para efeitos fiscais nacionais, sendo, portanto, definitiva a ideia de que é unicamente à luz da lei interna que o tema deve ser solucionado, conforme vem a ser feito.

---

<sup>(62)</sup> Sem querer recuperar as discussões (sem dúvida interessantes) sobre o CCTB ou o CCCTB, em rigor nenhuma dessas propostas foi aceite. Poderemos ter novidades a curto-médio prazo a este respeito a propósito do desenho da base tributável do Pilar 2, ou mesmo da Proposta BEFIT. Em todo o caso, da análise do percurso histórico por estas iniciativas mais longínquas ou mais recentes, ressalta um elemento em comum: não estão em vigor.

## VIII. CONCLUSÕES

Face ao exposto, para os fins de averiguar a dedutibilidade fiscal dos montantes relativos à recuperação dos Auxílios de Estado ilegais aplicados por Portugal a favor da ZFM – no âmbito do Regime III, promovida pela AT em cumprimento da decisão da Comissão Europeia notificada com o número C (2020) final, de 4 de dezembro de 2020, junto daquela entidade –, respondemos no presente trabalho de forma categoricamente positiva, enquadrados que sejam – como consideramos deverem ser – os montantes em causa no tipo legal do *enriquecimento sem causa*.