

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 97/2016-T

Tema: IS - Isenção do Imposto do Selo sobre as garantias prestadas no âmbito da emissão de obrigações.

Os árbitros Dr. Jorge Lopes de Sousa (árbitro-presidente), Prof. Doutor Eduardo Paz Ferreira e Dr. A. Sérgio de Matos, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, constituído em 06-05-2016, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., S. A., pessoa colectiva ..., adiante designada por "Requerente", que incorporou por fusão a B..., Instituição Financeira de Crédito, S.A., veio, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de Janeiro (doravante RJAT), em conjugação com o disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 102.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário ("CCPT"), apresentar um pedido de constituição do tribunal arbitral colectivo, em que é Requerida a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA**.

A Requerente pretende que seja anulada a liquidação de Imposto de Selo no montante de € 4.059.390,00 sobre as garantias prestadas no âmbito da emissão obrigacionista da Requerente e que a Autoridade Tributária e Aduaneira seja condenada a pagar-lhe juros indemnizatórios.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira em 07-03-2016.

Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, o Conselho Deontológico designou como árbitros do tribunal arbitral colectivo os signatários, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em 20-04-2016 foram as partes devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação dos árbitros, nos termos conjugados do artigo 11.º n.º 1, alíneas a) e b) do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, o tribunal arbitral colectivo foi constituído em 06-05-2016.

A Autoridade Tributária e Aduaneira respondeu, defendendo a improcedência do pedido de pronúncia arbitral.

A Autoridade Tributária e Aduaneira não apresentou processo administrativo.

Por despacho de 22-06-2016 dispensou-se a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT e decidiu-se que o processo prosseguisse com alegações escritas sucessivas.

As partes apresentaram alegações.

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão devidamente representadas (arts. 4.º e 10.º, n.º 2, do mesmo diploma e art. 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março).

O processo não enferma de nulidades e não se suscita qualquer obstáculo à apreciação do mérito da causa.

Não são suscitadas excepções nem há qualquer obstáculo à apreciação do mérito da causa.

Matéria de facto

2.1. Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos:

- A Requerente aprovou a realização de dois empréstimos obrigacionistas no montante total de € 575.000.000,00 (quinhentos e setenta e cinco milhões de euros), incluindo as Obrigações A e as Obrigações B ambas com data de subscrição de 26 de Novembro de 2015;
- A colocação das Obrigações A e B referidas foi efectuada por oferta particular junto de determinados investidores institucionais, ao abrigo de um contrato de colocação com garantia de subscrição celebrado entre a Requerente e um sindicato bancário (conforme *subscription agreement* junto com o pedido de pronúncia arbitral como documento n.º 6, cujo teor se dá como reproduzido;
- A Requerente mandatou o Banco C..., S.A. ("C") para, entre outros assuntos, a representar perante a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, a D...- Sociedade Gestora de Sistemas de Liquidação e de Sistemas Centralizados de Valores Mobiliários, S.A. ("D") e a Agência Nacional de Codificação;
- O C... foi ainda designado pela Requerente como agente pagador dos montantes referentes a juros e amortizações de capital devidos aos titulares das Obrigações, nos termos do contrato de agente pagador relativo à emissão, por subscrição particular, das Obrigações, celebrado no dia 26 de Novembro de 2015 (documento n.º 7 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- A emissão das Obrigações ocorreu no dia 26 de Novembro de 2015, devendo a amortização das mesmas ser realizada pela Requerente até ao dia 26 de Novembro de 2021 no caso das Obrigações A e 26 de Novembro de 2030 no caso das Obrigações B (fichas técnicas que constam dos documentos n.ºs 8 e 9 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos);
- A liquidação física da emissão das Obrigações, ou seja, a creditação ou "entrega" da quantidade de Obrigações emitidas na conta de intermediário financeiro aberta pelo C... na CVM, foi realizada na D... (artigo 10.º do pedido de pronúncia arbitral, não questionado);
- Em virtude dessa liquidação física, a emissão das Obrigações ficou inscrita na Central de Valores Mobiliários ("CVM"), um sistema centralizado de valores

mobiliários gerido pela D..., em conformidade com o disposto no Regulamento da D... n.º .../2000, conforme alterado ("Regulamento da CVM"), tendo sido atribuído pela D... à emissão das Obrigações o código internacional de identificação de valores mobiliários (ISIN) PTFWEAO... e PTFWEBOM..., respectivamente às obrigações A e obrigações B (impressão da página de informação sobre valores mobiliários sob gestão da D... junta com o pedido de pronúncia arbitral como documento n.º 10, cujo teor se dá como reproduzido e artigo 11.º do pedido de pronúncia arbitral, não questionado);

No dia 26 de Novembro de 2015, para garantia do cumprimento pontual e tempestivo das obrigações de reembolso do capital e do pagamento de juros devidas pela Requerente em virtude da emissão das Obrigações, foram constituídas várias garantias a favor das entidades financiadoras, incluindo, através de escritura outorgada nesse mesmo dia, hipoteca unilateral pelas sociedades comerciais E..., S.A.; F..., S.A.; G..., S.A. e H..., S.A., todas elas sociedades dominadas pela Requerente (documentos n.ºs 1 e 2 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos);

As referidas garantias garantem o cumprimento das Obrigações, incluindo capital, juros e despesas, até ao montante máximo de € 676.565.000,00 (seiscentos e setenta e seis milhões, quinhentos e sessenta e cinco mil euros);

Pela constituição dessas garantias, incluindo a referida hipoteca, foi liquidado pelo Cartório Notarial "Notária I...", em 30-11-2015, através da Factura / Recibo n.º FT 0/..., o montante de € 4.059.390,00 (quatro milhões cinquenta e nove mil trezentos e noventa euros) a título de Imposto do Selo, com fundamento na Verba 10.3 da TGIS, tendo o referido Cartório Notarial efectuado o respectivo pagamento em 21-12-2015, através do documento n.º ... (documentos n.º 2, 3 e 4, juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos);

A Requerente pagou a quantia liquidada (documentos n.ºs 3 e 4 juntos com o pedido de pronúncia arbitral);

Em 22-02-2016, a Requerente apresentou o pedido de constituição do tribunal arbitral que deu origem ao presente processo.

2.2. Factos não provados

Não há factos relevantes para a decisão da causa que não se tenham provado.

2.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto

Os factos foram dados como provados com base no alegado no pedido de pronúncia arbitral e nos documentos com ele juntos, pois não foi apresentado processo administrativo e a Autoridade Tributária e Aduaneira não questiona a matéria de facto alegada.

3. Matéria de direito

3.1. A questão que é objecto do pedido de pronúncia arbitral

No presente processo não foi apresentado qualquer procedimento tributário relativo ao acto impugnado.

Por outro lado, a única fundamentação que se encontra no acto é a referência à “Verba 10.3 da TGIS” que consta da Factura/Recibo emitida pelo Cartório Notarial “Notária I...”.

A verba n.º 10.3 da TGIS estabelece o seguinte:

10. Garantias das obrigações, qualquer que seja a sua natureza ou forma, designadamente o aval, a caução, a garantia bancária autónoma, a fiança, a hipoteca, o penhor e o seguro-caução, salvo quando materialmente acessórias de contratos especialmente tributados na presente Tabela e sejam constituídas simultaneamente com a obrigação garantida, ainda que em instrumento ou título diferente - sobre o respectivo valor, em função do prazo, considerando-se sempre como nova operação a prorrogação do prazo do contrato:

(...)

10.3 Garantias sem prazo ou de prazo igual ou superior a cinco anos 0,6%

Neste contexto, a questão que é objecto do presente processo é a de saber se é aplicável à situação descrita na matéria de facto fixada a isenção de Imposto do Selo prevista na alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo, que estabelece o seguinte, na redacção dada pela Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro:

d) As garantias inerentes a operações realizadas, registadas, liquidadas ou compensadas através de entidade gestora de mercados regulamentados ou através de entidade por esta indicada ou sancionada no exercício de poder legal ou regulamentar, ou ainda por entidade gestora de mercados organizados registados na CMVM, que tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas;

Em face da inexistência de outra fundamentação do acto impugnado para além do enquadramento jurídico, restringir-se-á a apreciação aos pontos em que há controvérsia, considerando assentes os restantes.

3.1.1. Posição da Requerente

A Requerente conclui nestes termos as suas alegações:

1) No dia 22 de Fevereiro do ano corrente a Requerente apresentou, junto do Centro de Arbitragem Administrativa, um pedido de constituição de tribunal arbitral com vista à anulação do acto de liquidação de imposto do selo n.º ..., no montante de € 4.059.390,00 (quatro milhões cinquenta e nove mil trezentos e noventa de euros);

- 2) *A supra mencionada liquidação ocorreu na sequência da constituição de um conjunto de garantias, incluindo uma hipoteca voluntária sobre um conjunto de imóveis localizados em Portugal, destinadas a garantir o cumprimento pontual e tempestivo das obrigações de reembolso de capital e pagamento de juros, devidas pela Requerente no âmbito dos empréstimos obrigacionistas por si aprovados no montante global de € 575.000.000,00 (quinhentos e setenta e cinco milhões de euros).*
- 3) *É entendimento da Requerente que a quantia liquidada a título de imposto do selo não é devida por força da aplicação da isenção preceituada na alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo (CIS), conforme melhor exposto no pedido de constituição de tribunal arbitral apresentado.*
- 4) *A aplicação da referida isenção depende da verificação de duas condições, uma condição subjectiva e uma condição objectiva.*
- 5) *A condição subjectiva exige que a operação garantida seja realizada, registada, liquidada ou compensada através de (a) entidade gestora de mercados regulamentados; ou (b) entidade indicada por uma sociedade gestora de mercados regulamentados no exercício de poder legal ou regulamentar; ou (c) entidade sancionada por uma sociedade gestora de mercados regulamentados no exercício de poder legal ou regulamentar.*
- 6) *Dos factos alegados pela Requerente nos artigos 59.º a 96.º do pedido de constituição de tribunal arbitral, resulta evidente que a emissão das Obrigações se traduziu numa operação cujo registo (através da CVM) e cuja liquidação (através da CVM e dos sistemas de liquidação geridos pela D...) foi (e poderá ser no futuro) liquidada pela D...através dos sistemas por esta geridos.*
- 7) *Conforme demonstrou a Requerente no seu pedido de pronúncia arbitral, os referidos registo e liquidação realizados pela D...são actos realizados por uma entidade indicada (e por isso, sancionada) pela Euronext Lisboa (que é uma sociedade gestora de mercados regulamentados) ao abrigo de um poder atribuído a esta pelo Decreto-lei n.º 357-C/2007, de 31 de Outubro.*

- 8) *A condição objectiva exige que, estando verificadas as condições de elegibilidade subjectivas acima referidas, uma dessas entidades seja responsável pela realização, registo, liquidação ou compensação das operações garantidas.*
- 9) *Conforme sobejamente demonstrou a Requerente nos artigos 28.º a 58.º do pedido de pronúncia arbitral, no caso concreto, verificam-se não apenas um, mas sim dois elementos de contacto dos quais depende a aplicação da norma de isenção, já que não só as Obrigações foram objecto de inscrição na CVM, como também a sua liquidação física foi realizada pela Interbolsa, através da CVM.*
- 10) *Na sua resposta, a AT que a isenção prevista na alínea d) do artigo 7.º do CIS não é aplicável à situação ora em análise, baseando-se em distintos argumentos, que na opinião da Requerente não podem proceder.*
- 11) *O primeiro argumento apresentado é que a isenção se aplica apenas a operações efectuadas em mercados regulamentados ou organizados.*
- 12) *No entanto, a Requerente não compreende de onde retira a AT a consequência de que a isenção em apreço não se aplica a operações efectuadas em mercados não regulamentados ou não organizados, carecendo tal conclusão de total demonstração ou fundamentação.*
- 13) *A norma apenas refere que as operações a que respeita a isenção deverão ser realizadas, registadas, liquidadas ou compensadas através de entidade gestora de mercados regulamentados ou através de entidade por esta indicada ou sancionada.*
- 14) *Uma coisa é exigir que as operações sejam realizadas, registadas, liquidadas ou compensadas através de uma entidade gestora de mercado regulamentado e outra, bem diferente, é exigir que as operações em causa sejam realizadas em mercado regulamentado.*
- 15) *É que, conforme convenientemente ignora a AT, as sociedades gestoras de mercados regulamentados não intervêm apenas em operações que tenham lugar em mercado regulamentado, podendo os seus serviços ser prestados em relação a operações realizadas fora desses mercados.*

- 16) *Tal resulta de forma inequívoca do disposto no artigo 4.º do Decreto-lei n.º 357-C/2007, de 31 de Outubro no qual são identificadas várias actividades relevantes que, para além da gestão de mercados, podem ser exercidas pelas sociedades gestoras de mercado regulamentado.*
- 17) *Assim sendo, é evidente que para efeitos da aplicação da isenção o registo, liquidação ou compensação de operações pode ser efectuado por entidades que, sendo indicadas ou sancionadas por entidades gestoras de mercados regulamentados não gerem (nem podem gerir) mercados regulamentados.*
- 18) *Sublinhe-se igualmente que, tal como referido anteriormente, em relação às entidades gestoras de mercados regulamentados e como a Requerente teve a oportunidade de demonstrar no artigo 47.º do pedido de constituição do tribunal arbitral, também a D... disponibiliza os seus sistemas de liquidação e o sistema centralizado de valores mobiliários para o registo e liquidação de operações sobre valores mobiliários realizados fora de mercado de regulamentado.*
- 19) *Assim sendo, e sendo claro que não está na disponibilidade da AT considerar um pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, é óbvio que a exigência alegada pela AT não tem qualquer sustentação legal.*
- 20) *O segundo argumento vertido na contestação apresentada pela AT (artigos 8.º a 10.º), pretende ignorar o sentido técnico-jurídico do termo "inerência" quando associado às garantias ensaiando, por essa via argumentativa, uma reconstrução do conceito que, não só é incorrecta, como por via da distorção dos pressupostos da norma de isenção, acabaria por impedir (na prática) a aplicação da isenção a quaisquer garantias prestadas para assegurar o cumprimento das obrigações resultantes de operações "realizadas, registadas, liquidadas ou compensadas através de entidade gestora de mercados regulamentados ou através de entidade por esta indicada ou sancionada no exercício de poder legal ou regulamentar".*
- 21) *A posição da AT assenta no erróneo pressuposto de que existem operações sobre valores mobiliários em que a constituição de garantias configura um*

elemento do tipo legal, sem qualquer margem para que os interessados pudessem estruturar essas operações sem a constituição de garantias, não tendo tal entendimento qualquer acolhimento no ordenamento jurídico português. E, mais importante, não pode ser erigido a requisito de aplicação da isenção da alínea d) do artigo 7.º do CIS.

22) No caso vertente, os investidores das obrigações exigiram a prestação de garantias como condição essencial e indispensável ao financiamento dado à Requerente, o que mereceu a anuência desta, não havendo qualquer margem, por não estar em causa a colisão com os limites da autonomia privada, para qualquer pretensão de controlar externamente o mérito dessa decisão, como parece pretender a AT, ao emitir juízos sobre a indispensabilidade ou essencialidade das garantias.

23) Ao contrário do que a AT afirma, no artigo 27.º da contestação, a alínea c) do n.º 2 do artigo 348.º do CSC não se aplica à Requerente, cujo contrato de sociedade se encontra registado há mais de um ano, não tendo, por esse motivo, as garantias sido prestadas para dar cumprimento ao n.º 2 do artigo 348.º do CSC, nem sendo as garantias das Obrigações do tipo das previstas no preceito citado.

24) A título de curiosidade, veja-se como no artigo 28.º da contestação, a AT cita uma redacção do artigo 349.º do CSC que já não se encontra em vigor desde as alterações introduzidas no CSC pelo Decreto-lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro, sendo actualmente os limites à emissão de obrigações fixados em função do rácio de autonomia financeira do emitente e não do capital próprio do emitente.

25) Ao contrário do que a AT afirma no artigo 29.º da contestação, a constituição das garantias ora em análise não teve nenhuma relação com problemas relacionados com a suficiência ou insuficiência dos capitais próprios. Tal afirmação apenas se compreende pelo facto de a AT se estar a reportar a uma redacção do artigo 349.º do CSC que já não se encontra em vigor, redacção essa que, de qualquer modo, e ao contrário do que afirma a

AT no artigo 29.º da contestação, nunca previu a constituição de garantias especiais a favor dos accionistas.

26) *Por fim, em relação à afirmação da AT no artigo 33.º da contestação, e sem prejuízo da refutação já feita do sentido do sentido dado pela AT ao termo "inerentes", a essencialidade das garantias constituídas para assegurar o cumprimento das Obrigações não pode em caso algum determinar-se em função dos limites à emissão das obrigações estabelecidos pelo artigo 349.º, n.º 1 do CSC (é certo que a AT cita o artigo 348.º, n.º 1 do CSC mas nenhum limite à emissão de obrigações de prescreve neste preceito). A prestação de garantias constitui apenas uma opção, entre outras, ao dispor das sociedades comerciais para emitir obrigações acima dos limites do artigo 349.º, n.º 1 do CSC, não sendo, por isso, correcto afirmar, como faz a AT, que a prestação de garantias para emissões de obrigações" ...é apenas exigida quando o seu valor ultrapasse o montante referido no art. 348º, n.º 1 do CSC."*

27) *Concluindo-se, portanto, que os argumentos que a AT invoca para recusar a qualificação das garantias em apreço como inerentes à emissão das obrigações parte de um conceito incorrecto de inerência, desconsidera, em absoluto, as características concretas da operação, recorre a legislação desactualizada e assenta no total desconhecimento do funcionamento dos sistemas de negociação e liquidação de valores mobiliários. Questões que certamente não passarão despercebidas aos olhos do Tribunal Arbitral.*

28) *A AT invoca ainda um terceiro e último argumento para justificar a não aplicação da isenção da alínea d) do artigo 7.º à situação subjudice, podendo a este propósito ler-se no artigo 42.º que "a prestação da garantia apenas é inerente às operações de derivados (...)"*

29) *Tal restrição não tem o mínimo de correspondência com a letra da lei que refere que a isenção se aplica às garantias inerentes a operações "que tenham objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas"*

- 30) *A emissão das obrigações escriturais, que apenas se constitui com o registo das contas individualizadas dos seus titulares (n.º 1 do artigo 73.º do Código dos Valores Mobiliários) e que, no caso de valores integrados na Central de Valores Mobiliários deve ser precedida do registo comercial (47.º do Código dos Valores Mobiliários) e da inscrição/registo na Central de Valores Mobiliários, constitui uma operação que tem por objecto valores mobiliários.*
- 31) *A Requerente refuta por isso a posição da AT no sentido de que a emissão e subscrição de obrigações não constituem operações sobre valores mobiliários. Este modo de ver da AT está relacionado com a tese de que a isenção da alínea d) do artigo 7.º do CIS apenas se aplica a operações realizadas em mercado regulamentado e se cinge às transmissões de valores mobiliários (ver, entre outros, o artigo 10.º da contestação), posição que, como a Requerente já demonstrou, não resiste a uma análise dos pressupostos da isenção.*
- 32) *Ainda que a argumentação da AT fosse de acolher, o que a Requerente não concede e equaciona apenas por cautela, essa argumentação apenas excluiria a verificação de um dos pressupostos objectivos e alternativos da isenção: a qualificação do registo da emissão das Obrigações como um registo relevante para efeitos da alínea d) do artigo 7.º do CIS. A AT não questiona a afirmação da Requerente de que as Obrigações foram e serão liquidadas através dos sistemas geridos pela D..., o que basta para a aplicação da isenção do Imposto do Selo.*

3.1.2. Posição da Autoridade Tributária e Aduaneira

A Autoridade Tributária e Aduaneira formula as seguintes conclusões nas suas alegações:

- 1) *O registo da emissão não é, ao contrário do que alega a Autora do pedido de pronúncia arbitral, uma operação sobre valores mobiliários;*
- 2) *É, sim, uma condição a preencher previamente da realização de operações sobre valores mobiliários sujeitos a essa formalidade;*
- 3) *As garantias especiais prestadas nos termos do art. 349º, nº 4, alínea c), do CSC, bem como outras garantias prestadas facultativamente pela entidade emitente, não são inerentes a qualquer operação sobre valores mobiliários e de emissão de valores mobiliários;*
- 4) *A prestação de garantia é inerente apenas às operações sobre instrumentos financeiros derivados e não sobre valores mobiliários em geral;*
- 5) *A isenção do art. 7º, nº 1, alínea c) do Código do Imposto de Selo apenas se aplica, assim, às garantias obrigatoriamente constituídas no âmbito de operações sobre instrumentos financeiros derivados com ou sem prazo;*
- 6) *É o que resulta dos antecedentes históricos dessa norma legal, como constam das presentes alegações;*
- 7) *A Autora pretende a generalização de um incentivo ao desenvolvimento do mercado de capitais a todas as operações relacionadas, ainda que indirectamente, instrumentos financeiros, motivo pelo qual a sua pretensão carece de todo o apoio legal.*

3.2. Apreciação da questão

3.2.1. Questão da existência ou não de operação que tem por objecto valores mobiliários

A Autoridade Tributária e Aduaneira defende, como primeiro obstáculo à pretensão da Requerente, que o registo da emissão de obrigações não é, ao contrário do que alega a Autora do pedido de pronúncia arbitral, uma «*operação sobre valores mobiliários*», sendo uma condição a preencher previamente da realização de operações sobre valores mobiliários sujeitos a essa formalidade, anterior à sua introdução no mercado.

Na referida alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo não se alude a «*operações sobre valores mobiliários* falando-se, antes, em «*operações*» «*que tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas*».

A constituição da garantia que, como bem diz a Autoridade Tributária e Aduaneira, não é uma operação sobre valores mobiliários.

Porém, a isenção não se reporta às **operações** mobiliárias, mas antes, precisamente, às **garantias** inerentes a operações que tenham por objecto valores mobiliários, pelo que o facto de a garantia não ser uma operação não tem qualquer relevo para afastar a aplicação da isenção.

Por isso, o que releva para aplicação da isenção é saber se a emissão de obrigações, com registo e liquidação através de uma das entidades referidas naquele artigo é uma operação do tipo aí previsto e se as garantias são inerentes a essas operações.

3.2.2. Questão da inerência das garantias a operações que têm por objecto valores mobiliários

A norma da alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo faz-se referência às «*garantias inerentes a operações*» «*que tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários (...)*».

A Autoridade Tributária e Aduaneira defende que as garantias em causa foram prestadas facultativamente pela entidade emitente, pelo que não são inerentes a qualquer operação sobre valores mobiliários e de emissão de valores mobiliários, e que «*a prestação de garantia é inerente apenas às operações sobre instrumentos financeiros derivados e não sobre valores mobiliários em geral*».

Entende a Autoridade Tributária e Aduaneira que «*resulta da expressão “inerentes”, cujo significado restritivo não pode ser ignorado pelo intérprete-aplicador do direito fiscal, que tais garantias têm de ser necessárias, intrínsecas, peculiares ou específicas das operações enunciadas nessa disposição legal, não bastando uma relação*

meramente acessória, no sentido de não essencial ou indispensável» e que «a expressão “inerência” pressupõe, como resulta do seu significado etimológico, uma relação de indissociabilidade ou inseparabilidade entre duas coisas distintas, no caso, entre a prestação da garantia e uma operação sobre valores mobiliários», pelo que «a isenção apenas abrange as garantias que sejam elemento necessário das operações sobre valores mobiliários, não sendo suficiente a mera acessoriedade entre as garantias e tais operações».

A Autoridade Tributária e Aduaneira entende que, no caso em apreço, a garantia é meramente facultativa, pelo que não se enquadra na previsão daquela alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo.

Discordando desta argumentação da Autoridade Tributária e Aduaneira, a Requerente defende, em suma:

- a posição da AT assenta no erróneo pressuposto de que existem operações sobre valores mobiliários em que a constituição de garantias configura um elemento do tipo legal, sem qualquer margem para que os interessados pudessem estruturar essas operações sem a constituição de garantias, o que não tem qualquer acolhimento no ordenamento jurídico português;
- a essencialidade e indispensabilidade das garantias apenas se pode apurar em função das características concretas e dos termos e condições da operação em causa;
- no caso vertente, os investidores das obrigações exigiram a prestação de garantias como condição essencial e indispensável ao financiamento dado à Requerente, que anuiu, no âmbito da autonomia privada, não podendo a Autoridade Tributária e Aduaneira controlar externamente o mérito dessa decisão, como parece pretender a AT, ao emitir juízos sobre a indispensabilidade ou essencialidade das garantias;
- nenhuma dúvida subsiste quanto à essencialidade e indispensabilidade das garantias prestadas para a operação de emissão das Obrigações, nem quanto ao facto de as garantias terem sido especificamente prestadas para operação em causa, sendo por esse motivo peculiares, ou seja, inerentes a essa operação;
- resulta inequivocamente das características da operação de emissão das Obrigações que a mesma envolveu a prestação de garantias, que essas garantias asseguram o

cumprimento das obrigações da Requerentes em resultado da emissão de valores mobiliários representativos de dívida e que, por isso, a decisão dos interessados foi no sentido de tratar a constituição dessas garantias como um elemento indispensável e essencial para a conclusão da operação e para o financiamento concedido à Requerente através da subscrição e realização das Obrigações por aquela emitidas.

O significado da palavra «*inerente*» que é de «*intimamente unido*», «*intrínseco*» ou «*inseparável*», «*que é próprio de algo*», «*que é atributo ou propriedade de algo*» (¹), pelo que o uso daquela palavra não tem o alcance de expressar a mera «*acessoriedade*», que é referida na verba 10 da TGIS, apontando, antes, para situações em que é legalmente obrigatória da prestação de garantia para a prática de operações dos tipos referidos na alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS.

Neste contexto, seria um argumento insuperável em favor da tese da Requerente o que invoca, sobre a alegada inexistência de qualquer situação de obrigatoriedade de prestação de garantias para a prática dos actos referidos naquela norma.

Porém, o certo é que tem havido e há situações em que é obrigatória a prestação de garantias em conexão com operações que tenham por objecto valores mobiliários, como decorre do artigo 411.º, n.º 4, do Código do Mercado de Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril, na redacção inicial, e do seu artigo 412.º na redacção do Decreto-Lei n.º 196/95, de 29 de Julho, do artigo 19.º do Regulamento da CMVM n.º 5/2007, do artigo 260.º do Código dos Valores Mobiliários, nas redacções do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, e do Decreto-Lei n.º 40/2014, de 18 de Março, do artigo 261.º do mesmo Código na redacção do Decreto-Lei n.º 357-A/2007, de 31 de Outubro (invocado pela Autoridade Tributária e Aduaneira) e também do Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, complementado pelo Decreto-Lei n.º 40/2014, de 18 de Março, e do Regulamento (EU) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013.

¹ Dicionários Priberam e Porto Editora, disponíveis em <http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/inerente> e <http://www.priberam.pt/dlpo/inerente>.

As situações em que é obrigatória a cobertura, através de garantias, de riscos de operações que tenham por objecto valores mobiliários, são aquelas em relação às quais é adequado afirmar que as garantias são «*inerentes*» às operações.

Na falta de outros elementos que induzam à eleição do sentido menos imediato do texto, o intérprete deve optar em princípio por aquele sentido que melhor e mais imediatamente corresponde ao significado natural das expressões verbais utilizadas, na pressuposição (imposta pelo n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, que vale até que se demonstre que não é correcta) de que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. (²)

No caso em apreço, não há elementos que apontem no sentido de a expressão «*garantias inerentes*» ter sido incorrectamente utilizada, para aludir também a garantias prestadas facultativamente.

Na verdade, os argumentos históricos invocados pela Autoridade Tributária e Aduaneira corroboram esta interpretação.

Com efeito, a isenção em causa tem origem evidente na prevista no n.º 4 do artigo 94 da TGIS aprovada pelo Decreto n.º 21916, de 28-11-1932, aditado pelo Decreto-lei 85/96, de 29 de Junho, que tem o seguinte teor:

4 - Ficam isentas do imposto as garantias inerentes às operações a prazo realizadas, registadas, liquidadas ou compensadas através da bolsa e que tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas

Como resulta explicitamente do preâmbulo deste Decreto-Lei n.º 85/96, a isenção foi justificada pela «*entrada em funcionamento do mercado de operações sobre futuros e opções, realizadas em bolsas nacionais destinadas à realização de operações a prazo*».

Este diploma foi aprovado pelo Governo com base na autorização legislativa concedida pelo artigo 30.º da Lei n.º 10-B/96, de 23 de Março, que permitiu ao Governo

No mesmo sentido, no *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, refere-se como significado de «*inerente*»: «*que está por natureza unido, ligado a alguém ou alguma coisa*».

(²) BAPTISTA MACHADO, *Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador*, página 182.

«estabelecer o regime fiscal aplicável, nos impostos relevantes, a **novos instrumentos financeiros, designadamente futuros e opções**, tendo em conta as suas especificidades, a finalidade da operação, a diversidade dos intervenientes no mercado e as características deste, tendo em vista a criação de um quadro fiscal adequado às necessidades de desenvolvimento do mercado mas preventivo da fraude e evasão fiscal».

É, assim, claro que, originariamente a isenção apenas abrangia os «**novos instrumentos financeiros**», o que não era o caso das obrigações.

Aliás, sendo este o sentido da autorização legislativa, seria inconstitucional o Decreto-Lei n.º 85/96 na medida em que estendesse a isenção a hipotéticas garantias conexas com a emissão de obrigações, pois, por força do disposto no artigo 115.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa de 1992, então vigente, os decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa estavam subordinados às correspondentes leis.

A isenção foi mantida exactamente nos mesmos termos no artigo 6.º, n.º 1, alínea d), do Código do Imposto de Selo, aprovado pela Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro.

As alterações ao texto efectuadas pela Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro (que é o actualmente vigente), consistiram na supressão da referência a operações a prazo e da substituição da referência à bolsa, pela referência a todas as operações efectuadas através de entidade gestora de mercados regulamentados ou através de entidade por esta indicada ou sancionada no exercício de poder legal ou regulamentar ou ainda por entidade gestora de mercados organizados registados na CMVM.

Mas, quanto aos **tipos de operações** cujas garantias inerentes são abrangidas pela isenção não houve qualquer alteração nesta nova redacção, continuando a dizer-se, como inicialmente, que são as operações que «*tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas*».

A manutenção textual pela Lei n.º 107-B/2003 daquela fórmula operações que «*tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas*», que seguramente não abrangia a emissão de obrigações, para referenciar os tipos de operações cujas garantias inerentes são

abrangidas pela isenção, indicia uma intenção legislativa de manter o seu âmbito, quanto aos tipos de operações abrangidas, e não de o alterar.

Por outro lado, a única alteração quanto aos *tipos de operações* cujas garantias inerentes são abrangidas pela isenção que se detecta na fórmula da Lei n.º 107-B/2003 consiste na extensão desta às garantias inerentes *a operações daqueles tipos que não sejam a prazo*.

Mas, esta alteração nada tem a ver com a emissão de obrigações, pelo que as garantias prestadas em conexão com operações deste tipo, que não estavam incluídas na fórmula inicial da isenção, continuam a não ser por ela abrangidas. (³)

Para além disso, a referência feita no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 85/96 ao objectivo de implementação do mercado de operações sobre futuros e opções revela que se tiveram em vista operações realizadas no âmbito do mercado secundário, que tenham por objecto transacções de valores mobiliários já criados, e não operações do mercado primário, designadamente a criação e emissão de novos valores mobiliários. Aliás, é esta a interpretação que melhor se compagina com a fórmula legislativa utilizada de «*operações ... que tenham por objecto ... valores mobiliários*».

Conclui-se, assim, que a Requerente não tem direito à isenção que pretende, pelo que improcede o pedido de pronúncia arbitral.

4. Juros indemnizatórios

Improcedendo o pedido de pronúncia arbitral quanto à questão da ilegalidade da liquidação, improcede o pedido de juros indemnizatórios, que pressupõe a o reconhecimento da sua ilegalidade (artigo 43.º, n.º 1, da LGT).

5. Decisão

³ A situação processual em causa neste processo é diferente da que foi objecto do acórdão arbitral de 30-11-2014, proferido no processo n.º 69/2014-T, pois aí houve consenso das partes quanto ao enquadramento naquela norma das garantias destinadas a cobrir as responsabilidades do emitente de um empréstimo obrigacionista, reduzindo-se a divergência à questão de saber se a Interbolsa era uma das entidades referidas na alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º da TGIS.

Nestes termos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar improcedente o pedido de pronúncia arbitral;
- b) Absolver a Autoridade Tributária e Aduaneira dos pedidos.

6. Valor do processo

De harmonia com o disposto no art. 306.º, n.º 2, do CPC e 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária fixa-se ao processo o valor de € **4.059.390,00**.

7. Custas

Nos termos do art. 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € **51.408,00**, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Requerente.

Lisboa, 19-09-2016

Os Árbitros

(Jorge Manuel Lopes de Sousa)

(Eduardo Paz Ferreira)

(A. Sérgio de Matos)