

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 464/2017-T

Tema: Imposto do Selo – Garantias.

Decisão Arbitral

Os árbitros Cons. Jorge Lopes de Sousa (árbitro-presidente), Prof. Doutor Fernando Borges de Araújo e Dr. Olívio Mota Amador (árbitros vogais) designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, constituído em 09-11-2017, acordam no seguinte:

1. Relatório

A..., **S.A.** (doravante simplesmente “A...” ou “Requerente”), titular do número único de matrícula na Conservatória do Registo Comercial e de identificação de pessoa colectiva n.º..., com sede na Avenida ..., n.º ..., freguesia de ..., concelho de ..., ...-... ..., veio, nos termos do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 10.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, todos do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (doravante “RJAT”), requerer a constituição de Tribunal Arbitral.

A Requerente pretende que seja anulada a liquidação de Imposto do Selo, no montante de € 814.183,04, relativo ao ano de 2016, e a decisão de indeferimento da reclamação graciosa que contra aquele acto deduziu.

A Requerente pede ainda a restituição da quantia paga acrescida de juros indemnizatórios.

É Requerida a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA**.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira em 04-08-2017.

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, na redacção introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o Conselho Deontológico designou como árbitros do tribunal arbitral colectivo os signatários, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em 17-10-2017 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.

Assim, em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redacção introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o tribunal arbitral colectivo foi constituído em 09-11-2017.

A Administração Tributária e Aduaneira apresentou Resposta em que defendeu a improcedência do pedido de pronúncia arbitral.

Em 08-02-2018, foi realizada a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, em que foi produzida prova testemunhal e decidido que o processo prosseguisse com alegações escritas.

As Partes apresentaram alegações.

O tribunal arbitral foi regularmente constituído, à face do preceituado nos arts. 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º, n.º 1, do DL n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, e é competente.

As Partes estão devidamente representadas gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão 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.

2. Matéria de facto

2.1. Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos:

- a) No dia 20 de Novembro de 2013, o Banco B..., S.A. (doravante, “B...”), o qual veio a ser integrado pelo C..., S.A. (doravante, “C...”) e o Banco D..., S.A. (doravante, “D...”), conjuntamente, concederam à aqui Requerente A... um financiamento no montante de € 56.315.739,48, através da celebração do contrato de financiamento em sindicado bancário (Documento n.º 2 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- b) O montante global do financiamento acordado (€ 56.315.739,48) foi repartido nas seguintes tranches:
- Tranche A, no montante de € 7.000.000,00 (dos quais €5.000.000,00 estão adstritos ao B... e € 2.000.000,00 ao D...);
 - Tranche B, no montante de € 15.000.000,00 (totalmente adstrito ao D...);
 - Tranche C1, no montante de € 2.281.250,00 (totalmente adstritos ao D...);
 - Tranche C2, no montante de € 1.781.250,00 (totalmente adstritos ao D...);
- c) No mesmo dia, no âmbito do plano de reorganização da actividade e de reestruturação do passivo bancário, a A... emitiu:
- (i) 2.970 obrigações de cupão zero, no valor nominal global de € 29.700.000,00 - as “Obrigações A... Cupão Zero 2013/2017” (doravante, “Obrigações”); e
 - (ii) 500.000 obrigações obrigatoriamente convertíveis em acções, no montante global de € 15.000.000,00 - as “Obrigações A... 2013/2027 Obrigatoriamente Convertíveis em Acções” (doravante, “OOCA’s”) (Documento n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- d) Para garantia das responsabilidades emergentes do contrato de financiamento bancário descrito, bem como da emissão das Obrigações e das OOCA’s, foram simultaneamente celebrados (no dia 20 de Novembro de 2013) os seguintes contratos:
- (i) o Contrato de Penhor de Unidades de Participação (“UP’S) do Fundo F...
e
 - (ii) o Contrato de Garantias entre os Bancos, a A... e a sua accionista E...
- e) O Fundo F...- Fundo Especial de Investimento Imobiliário Fechado (doravante, “Fundo F...”) consistia num Organismo de Investimento Colectivo, inscrito sob

o número de pessoa colectiva ..., administrado, de forma totalmente independente, pela sociedade G...– Gestão de Fundos de Investimento (doravante, “G...”);

- f) À data, a A... era titular de 33.544 UP’s escriturais, sem valor nominal, do Fundo F..., registadas na conta n.º ... junto do B..., bem como de 21.452 UP’s escriturais, sem valor nominal, do Fundo F..., registadas na conta n.º ... junto do D..., o que totalizava 54.996 UP’s escriturais, sem valor nominal, representativas de 100% do capital do Fundo F..., todas detidas então pela A...;
- g) Para garantia do bom pagamento de todas as responsabilidades decorrentes para a A... do não cumprimento pontual e integral de qualquer obrigação resultante da Tranche B e da Tranche E do contrato de financiamento em sindicato bancário, foi constituído um primeiro penhor financeiro sobre a totalidade das UP’s do Fundo F... a favor do D... (cláusula 3.º do Contrato de Penhor de UP’s F... que consta do Documento n.º 4 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- h) Para garantia do bom pagamento de todas as responsabilidades decorrentes do não cumprimento pontual e integral de qualquer obrigação resultante da emissão das Obrigações e das OOCA’s, a A... constituiu um segundo penhor financeiro sobre a totalidade das UP’s do Fundo F... a favor do B... (cláusula 4.º do Contrato de Penhor de UP’s F... junto como Documento n.º 4 e o Contrato de Constituição de Garantias que se junta como Documento n.º 5 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- i) Para garantia do bom pagamento de todas as responsabilidades decorrentes para a A... do não cumprimento pontual e integral de qualquer obrigação resultante da Tranche C1 do contrato de financiamento em sindicato bancário, foi constituído um terceiro penhor financeiro sobre a totalidade das UP’s do Fundo F... a favor do D... (cláusula 5.º do Contrato de Penhor de UP’s F... junto como Documento n.º 4);
- j) Para garantia do bom pagamento de todas as responsabilidades decorrentes para a A... do não cumprimento pontual e integral de qualquer obrigação resultante da Tranche A, da Tranche C2 e da Tranche D do contrato de financiamento em

sindicato bancário, foi constituído um quarto penhor financeiro sobre a totalidade das UP's do Fundo F... a favor do B... e do D... na proporção dos respectivos créditos (cláusula 5.º do Contrato de Penhor de UP's F... junto como Documento n.º 4);

- k) Relativamente ao financiamento concedido através do contrato de financiamento em sindicato bancário, bem como quanto à emissão das Obrigações e das OOCA's da A..., o B... e o D... liquidaram o devido IS de acordo com a Verba 17 da Tabela Geral do Imposto do Selo (“TGIS”) (Documentos n.ºs 3 e 6 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos);
- l) No que concerne à constituição das garantias (os penhores financeiros das UP's do Fundo F...), o B... e o D... não liquidaram qualquer verba em sede de Imposto do Selo, por a sua constituição não estar sujeita a tributação em sede de IS nos termos da Verba 10 da TGIS;
- m) O Fundo F... foi constituído em 17 de Novembro de 2006, tendo sido estipulada a sua duração de 10 anos contados da data da respectiva constituição (Documento n.º 7 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- n) O Fundo F... entrou em dissolução a 17 de Novembro de 2016, conforme comunicação efectuada nesta data pela G... à Comissão de Mercado de Valores Monetários e objecto de publicação no sistema de difusão de informação (Documento n.º 8 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- o) Desde a respectiva constituição até à data da sua dissolução, o Fundo F... era proprietário dos três seguintes imóveis:
 - Prédio urbano, denominado “Edifício Destinado a uma Unidade Industrial”, sito na Avenida..., n.ºs ... e..., freguesia de..., concelho de..., composto de edifício de cave, rés-do-chão e dois andares, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º..., da referida freguesia, e inscrito na respectiva matriz sob o artigo..., com o valor patrimonial tributário de € 12.305.280,00;

- Prédio urbano, denominado “Edifício Destinado a uma Unidade Industrial”, sito na Avenida ..., n.º..., freguesia de..., concelho de..., composto de edifício de rés-do-chão e quatro andares, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º ... da referida freguesia, e inscrito na respectiva matriz sob o artigo ..., com o valor patrimonial tributário de € 9.200.940,00; e
 - Prédio urbano, denominado “Edifício Destinado a uma Unidade Industrial”, sito na Avenida ..., n.ºs ... e ..., freguesia de ..., concelho de ..., composto de edifício de rés-do-chão e andar, descrito na Conservatória do Registo Predial de ... sob o n.º..., da referida freguesia, e inscrito na respectiva matriz sob o artigo ... (anterior artigo ...), com o valor patrimonial tributário de € 2.098.270,00 (Documentos n.ºs 9, 10 e 11 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos);
- p) Para efeitos de partilha do património do Fundo F..., constituído por aqueles três imóveis, a A..., enquanto titular da totalidade das respectivas UP's, deliberou adquirir os mesmos através de uma partilha em espécie do património;
- q) Com a dissolução do Fundo F..., naturalmente extinguir-se-iam as UP's detidas pela A... dadas em garantia (vulgo, penhor financeiro) ao B... (em 2016 na veste do C...) e ao D... no âmbito dos contratos supra descritos;
- r) Como condição para consentirem na dissolução e partilha do Fundo F..., foi imposta pelos Bancos, enquanto credores pignoratícios das mencionadas UP's, a constituição, em substituição dos penhores financeiros das mencionadas UP's do Fundo F..., de hipotecas a seu favor sobre os imóveis adquiridos pela A... em resultado da partilha em espécie do património do referido Fundo;
- s) No dia 29 de Novembro de 2016, foi celebrada a escritura pública de partilha do activo do Fundo F..., bem como o encerramento da respectiva liquidação (Documento n.º 12 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);

- t) Considerando a existência de penhores financeiros constituídos sobre as UP's do Fundo F... mais precisamente, sobre as 54.996 UP's, foram intervenientes na escritura de partilha o C... e o D... (Documento n.º 12);
- u) Enquanto credores pignoratícios das referidas UP's do Fundo F..., o C... e o D... consentiram – mediante a aceitação pela A... das condições impostas pelos Bancos e que se traduziram na substituição dos penhores financeiros por hipotecas a seu favor sobre os acima referidos imóveis – que a A... autorizasse a partilha em espécie do activo imobiliário do Fundo (Documento n.º 12);
- v) Os três imóveis detidos à data pelo Fundo, elencados no artigo 26.º supra, foram adquiridos pela A... em virtude da partilha em espécie do património do Fundo F...;
- w) Em substituição dos penhores financeiros constituídos em 2013 sob as UP's do Fundo F..., que iriam extinguir-se por força da dissolução do Fundo F..., foram constituídas quatro hipotecas voluntárias a favor dos Bancos sobre os três imóveis que passaram, em resultado da partilha do Fundo, para a esfera da A..., através de escritura pública celebrada nesse mesmo dia 29 de Novembro de 2016, hipotecas essas com a mesma ordem de prioridade a que obedeceu a anterior constituição de garantias (Documento n.º 13 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);
- x) A soma dos montantes máximos garantidos por aquelas hipotecas ascendeu, então, a € 135.697.174,04 que corresponde ao valor a garantir das obrigações emergentes dos contratos garantidos, i.e., do contrato de financiamento em sindicato bancário e do contrato de emissão de Obrigações e OOCA's da A... celebrados em 2013 (Documento n.º 13);
- y) A constituição daquelas hipotecas não resultou da necessidade de garantir qualquer obrigação nova que entretanto surgiu, mas sim garantir as obrigações que já emergiam dos contratos garantidos celebrados em 2013 e que se encontravam garantidas pelos penhores financeiros que, por força da respectiva dissolução e partilha do Fundo F..., pereceram;
- z) Para efectuar a escritura a A..., em 29.-11-2016, procedeu ao pagamento do IS relativo à constituição das quatro mencionadas hipotecas, nos termos da Verba

10.3 da TGIS, num total de € 814.183,04 (oitocentos e catorze mil cento e oitenta e três euros e quatro cêntimos), correspondente a 0,6% do somatório dos montantes máximos de € 135.697.174,04 das hipotecas acima elencadas (Documento n.º 13);

aa) A A... considerou que liquidação de IS é ilegal e sobre a constituição das hipotecas em substituição dos penhores financeiros que havia constituído sobre as UP's do Fundo F..., pelo qual apresentou reclamação graciosa contra o acto de liquidação de IS no dia 29 de Março de 2017 (Documento n.º 14 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);

bb) A Requerente veio a ser notificada para exercício do direito de audição relativamente a um projecto de indeferimento da decisão da reclamação graciosa, baseado numa informação que consta do processo administrativo, cujo teor se dá como reproduzido, em que se refere, além do mais o seguinte:

1. Através dos elementos integrados no processo e conhecidos nos Serviços, constata-se que:

2. No dia 29 de Novembro de 2016, foram adjudicados à reclamante os prédios inscritos na matriz urbana da freguesia de ..., concelho de ..., sob os artigos..., ... e..., tendo efetuado o pagamento do IMT e IS verba 1.1, conforma escritura junta aos autos.

3. No mesmo dia (29/11/2016) foi celebrada uma escritura de constituição de hipoteca em que a Reclamante deu como garantia do pagamento os prédios inscritos na matriz urbana da freguesia de ..., concelho de ..., sob os artigos..., ... e ..., tendo efetuado o pagamento do IS verba 10.3 na importância de €814.183,04, cujo Pagamento foi efetuado em 13/12/2016 através da " guia ... com a referência de pagamento ..., emitida em nome de Instituto dos registos e do Notariado, IP, NIF:.... .

Ora, sobre a não sujeição a IS sobre a substituição de garantias importa referir:

4. O Código de Imposto de Selo (CIS), no seu artº 1", nº 1, estabelece a incidência objetiva do imposto de selo, determinando que o mesmo "incide

sobre todos os atos, contratos, documentos, títulos, livros, papéis e outros factos previstos na Tabela Geral, Incluindo a transmissão gratuita de bens."

5. *No que diz respeito às garantias das obrigações, como é o caso da hipoteca e da garantia bancária, a Tabela Geral do Imposto de Selo, na verba 10, prevê que o imposto de selo incide sobre tais atos "qualquer que seja a sua natureza ou forma, designadamente o aval, a caução, a garantia bancária autónoma, afiança, a hipoteca, o penhor, 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 (...)"*.

6. *Por seu lado, o art. 5º, do mesmo Código, relativo ao nascimento da obrigação tributária, determina que a obrigação tributária se considera constituída, designadamente: - "nos atos e contratos, no momento da assinatura pelos outorgantes" [alínea a)].*

- "nas operações realizadas por ou com intermediação de instituições de crédito, sociedades financeiras ou outras entidades a elas legalmente equiparadas, no momento da cobrança de juros, prémios, comissões e outras contraprestações, considerando-se efetivamente cobrados (...) os juros e comissões debitados em contas correntes à ordem de quem a eles tiver direito." [alínea h)].

7. *Conforme o Ofício-Circulado n.º 40091, de 17 de Setembro de 2007 da Direção de Serviços do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, do Imposto do Selo, dos Impostos Rodoviários e das Contribuições: "A hipoteca tem natureza acessória quando existe um direito de crédito associado à sua sorte: a noção de acessoriedade exprime então a conexão temporal entre a garantia e o crédito garantido. Assim, quando exista acessoriedade e caso o crédito se extinga ou reduza, a garantia termina ou diminui. Não existe acessoriedade quando a hipoteca vise garantir não só as responsabilidades emergentes de um contrato de empréstimo, mas também as responsabilidades assumidas ou que venham a ser assumidas pelo mutuado [mutuário] junto da instituição de crédito e emergentes de quaisquer outras operações bancárias."*

8. Assim: o entendimento resultante do Ofício-Circulado n.º 40091 é compatível com o disposto na Verba n.º 10 da TGIS, e é aplicável a todas as garantias constituídas nos termos da mesma verba.

D.CONCLUSÃO

1. Assim, nos termos do disposto no n.º 1, do art.º 1º, do CIS, conjugado com as verbas 10 e 10.3 da Tabela Geral daquele imposto, a hipoteca, ainda que unilateral, está sujeita a Imposto do Selo.

2. Face do exposto, afigura-se-me não assistir razão ao reclamante pelo que proponho o indeferimento da presente reclamação.

cc) A Requerente exerceu o direito de audição;

dd) A reclamação graciosa veio a ser indeferida através do Ofício n.º..., datado de 05 de Maio de 2017, notificado à A... no dia 9 de Maio de 2017 (documento n.º 1 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido);

ee) A decisão de indeferimento da reclamação graciosa manifesta concordância com uma informação, cujo teor se dá como reproduzido, em que se refere, além do mais o seguinte:

Verifica-se que no dia 29 de Novembro de 2016 foi celebrada escritura de partilha e encerramento da liquidação de fundo de investimento, da qual consta que:

- Que o valor líquido global do Fundo na data de liquidação é de € 42.382.964,47, dividido por 154.976 unidades de participação.

- A A... S A é titular de cem por cento do fundo

- O fundo se dissolveu decorrido o prazo para que foi constituído (dez anos).

Dado que no dia 29 de Novembro de 2016, foram adjudicados à reclamante os prédios inscritos na matriz urbana da freguesia de ..., concelho de ..., sob os artigos..., ... e ..., tendo efetuado o pagamento do IMT e IS verba 1.1, conforma a referida escritura junta aos autos, e no mesmo dia (29/11/2016) foi celebrada uma escritura de constituição de hipoteca em que a Reclamante deu como garantia do pagamento os referidos prédios

inscritos na matriz urbana da freguesia de ..., concelho de ..., sob os artigos..., com o valor patrimonial de € 12.305280,00, 804 com o valor patrimonial de € 9.200.940,00 e ... com o valor patrimonial de € 2.098.270,00, e obrigações A... S A obrigatoriamente convertíveis em ações, tendo efetuado o pagamento do IS verba 10.3 na importância de € 814.183,04 (sobre o valor correspondente ao somatório dos montantes máximos de € 135.697.174,04).

Assim, o entendimento resultante do Ofício-Circulado n.º 40091 "A hipoteca tem natureza acessória quando existe um direito de crédito associado à sua sorte: a noção de acessoriedade exprime então a conexão temporal entre a garantia e o crédito garantido. Assim, quando exista acessoriedade e caso o crédito se extinga ou reduza, a garantia termina ou diminui. Não existe acessoriedade quando a hipoteca vise garantir não só as responsabilidades emergentes de um contrato de empréstimo, mas também as responsabilidades assumidas ou que venham a ser assumidas pelo mutuado [mutuário] junto da instituição de crédito e emergentes de quaisquer outras operações bancárias.", é compatível com o disposto na Verba n.º 10 da TGIS, e é aplicável a todas as garantias constituídas nos termos da mesma verba.

Constata-se assim que

- A lei utilizou o conceito de acessoriedade em sentido formal e não substancial, pelo que, havendo dois actos, ambos serão tributados, ainda que um seja (substancialmente) acessório do outro.*
- E daí que o penhor só seja de "excluir" daquela tributação quando "constituído como acessório de contrato especialmente tributado na tabela", isto é, quando concretizado pelo mesmo acto em que foi constituída a obrigação principal.*
- De modo que, na espécie em apreço, o penhor tenha sido constituído por instrumento diverso de contrato principal (o valor líquido global do Fundo na data de liquidação é de € 42.382.964,47 e vaiar da hipoteca €*

135.697.174,04), não é "acessório" deste e, assim, está sujeito ao imposto do selo, nos termos do citado artigo da tabela.

ff) Em 04-08-2017, a Requerente apresentou o pedido de pronúncia 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 provados baseiam-se nos documentos juntos pela Requerente e que constam do processo administrativo.

Não há controvérsia sobre a matéria de facto.

A prova testemunhal corroborou os factos que constam dos documentos.

3. Matéria de direito

3.1. Termos em que é colocada a questão que é objecto do processo

Resulta da matéria de facto que a Requerente contraiu um financiamento junto de entidades bancárias (B..., actualmente "C...", e D...), em 2013, tendo constituído, para garantia das responsabilidades emergentes do contrato (no montante de € 56.315.739,48), bem como da emissão de obrigações (no valor nominal de € 44.700.000,00), um contrato de penhor de unidades de participação do "Fundo F...", que era proprietário de três imóveis.

Foi liquidado Imposto do Selo, relativamente ao contrato de financiamento e não quanto ao de penhor, de harmonia com o disposto na verba 10. da TGIS.

Tendo ocorrido a dissolução do "Fundo F...", a Requerente, titular da totalidade das unidades de participação daquele fundo, deliberou adquirir o total dos seus bens, composto por três imóveis e foi acordado entre a Requerente e as entidades bancárias que asseguraram o financiamento, que seria constituída hipoteca sobre os três imóveis que transitaram da esfera patrimonial do Fundo para a Requerente, hipotecas que foram constituídas no dia 29 de Novembro de 2016, sobre os imóveis adquiridos pela Requerente com a partilha do "Fundo F...", sendo credores hipotecários o B... (aí já "C...") e o D... .

Na decisão da reclamação graciosa, a Autoridade Tributária e Aduaneira entendeu que é devido Imposto de Selo relativamente à constituição das hipotecas, com fundamento nos artigos 1.º, n.º 1, do CIS e da verba 10. da TGIS.

O artigo 1.º, n.º 1, do CIS estabelece que *«o imposto do selo incide sobre todos os atos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos ou situações jurídicas previstos na Tabela Geral, incluindo as transmissões gratuitas de bens»*.

A verba 10. 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 (...)

A Requerente defende, em suma, que

- *«as hipotecas que substituíram, através da escritura pública celebrada a 29 de Novembro de 2016, os penhores financeiros das UPs do Fundo F... mantêm a acessoriedade material face aos contratos de financiamento celebrados em 20 de Novembro de 2013, porquanto destinam-se exclusivamente a garantir as*

- obrigações e responsabilidades emergentes destes contratos, sobre os quais incidiu IS em 2013, e não quaisquer outras e novas obrigações»;*
- *«não estamos perante O nascimento de uma qualquer nova obrigação cuja necessidade de garantir surgisse em 2016 aquando da substituição dos penhores financeiros, pelas hipotecas sobre os imóveis, estando esta substituição justificada unicamente pelo perecimento do objecto dado em penhor»;*
 - *«a tipificação da norma de incidência objectiva prevista na Verba 10 da TGIS determina a tributação em sede de IS apenas quando estamos perante a constituição de garantias destinadas a garantir obrigações também elas novas (inclusivamente, em virtude de um alargamento de obrigações já constituídas), mas não quando estamos perante a mera substituição de garantias anteriormente prestadas e que, por efeito natural ou legal, pereceram»;*
 - *«a Verba 10 da TGIS, ao sujeitar a IS a substituição de garantias, quando é motivada exclusivamente pelo perecimento das garantias anteriormente prestadas e é destinada unicamente a garantir as mesmas obrigações anteriormente garantidas, padece de inconstitucionalidade material e formal, por violação das do princípio constitucional da legalidade tributária e do seu corolário da tipicidade quanto as normas de incidência tributária, ínsitos no n.º 2 do artigo 103.º da CRP. Viola, ainda o princípio constitucional da proporcionalidade ínsito nos artigos 13.º e n.º 2 do artigo 266.º da CRP»;*
 - *«apela-se ainda a um princípio de substância sob a forma, porquanto: quer em 2013 através da constituição dos penhores financeiros das UP's, quer em 2016 através da constituição das hipotecas sobre os imóveis atribuídos à Requerente em resultado da partilha do Fundo, a efectiva garantia das obrigações principais assumidas nos aludidos contratos de financiamento é justamente os imóveis que O Fundo F... detinha».*

A questão que é objecto do presente processo é a de saber se é devido Imposto do Selo, à face do artigo 1.º, n.º 1, do CIS e da verba 10 da TGIS, relativamente a este contrato de constituição das hipotecas.

3.2. Apreciação da questão do enquadramento da situação na verba 10. da TGIS

A verba 10. da TGIS prevê tributação em Imposto do Selo para as garantias das obrigações «*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*».

Como se vê, para que a constituição e garantias não seja tributada é necessário que, além de estas serem materialmente acessórias dos contratos tributados (no caso o de financiamento, tributado pela verba 17. da TGIS), que sejam «*constituídas simultaneamente com a obrigação garantida*».

No caso da constituição das garantias efectuada em 2013, não houve tributação por aplicação desta verba 10. da TGIS porque se verificavam os dois requisitos que a afastam: as garantias eram materialmente acessórias de um contrato de financiamento que era tributado em IS e as garantias foram constituídas *simultaneamente*.

Relativamente as garantias constituídas em 2016, verifica-se a acessoriedade material em relação ao contrato de financiamento, mas é manifesto que não se verifica o requisito da *constituição simultânea*.

O princípio da prevalência da substância sob a forma, invocado pela Requerente, não pode sobrepor-se a uma norma especial que explicitamente o afasta, como é aquela verba 10 da TGIS, que impõe a tributação, apesar da existência de acessoriedade material com um contrato tributado, quando a constituição das garantias não é feita simultaneamente.

Assim, não pode deixar de se concluir que não se verifica um dos requisitos previstos na parte final da verba 10. da TGIS para a não tributação das garantias, pelo que a liquidação impugnada encontra nela fundamento.

A Requerente suscita, porém, uma questão de inconstitucionalidade, de cuja solução pode resultar a inaplicabilidade desta norma, por força do disposto no artigo 204.º da CRP, que estabelece que «*nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*».

3.3. Apreciação da questão de inconstitucionalidade da verba 10. da TGIS

A Requerente defende que *«a Verba 10 da TGIS, ao sujeitar a IS a substituição de garantias, quando é motivada exclusivamente pelo perecimento das garantias anteriormente prestadas e é destinada unicamente a garantir as mesmas obrigações anteriormente garantidas, padece de inconstitucionalidade material e formal, por violação das do princípio constitucional da legalidade tributária e do seu corolário da tipicidade quanto as normas de incidência tributária, ínsitos no n.º 2 do artigo 103.º da CRP. Viola, ainda o princípio constitucional da proporcionalidade ínsito nos artigos 13.º e n.º 2 do artigo 266.º da CRP»*.

O artigo 103.º, n.º 2, da CRP estabelece que *«os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes»*.

A verba 10. da TGIS tem a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, que foi aprovado pelo Governo no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 26/2003, de 30 de Julho.

A *«lei»* a que se refere aquele artigo 103.º, n.º 2, da CRP, abrange a possibilidade de emissão de diplomas pelo Governo, no âmbito da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, ao abrigo de autorização legislativa, como decorre dos artigos 112.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, alínea i), e 198.º, n.º 1, alínea b), da CRP.

Por isso, não se vê qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na verba 10. da TGIS, à face do artigo 103.º, n.º 2, da CRP e dos princípios da legalidade tributária e da tipicidade das normas que criam impostos.

Relativamente ao princípio da proporcionalidade a que alude o artigo 266.º, n.º 2, da CRP, a que também se refere o artigo 55.º da LGT, impõe à Administração Pública que adopte comportamentos adequados aos fins prosseguidos, não afectando as posições dos particulares para além do necessário para que os objectivos sejam alcançado (como explicita o artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo).

Não se vê que este princípio tenha aplicação na situação em apreço, pois a liquidação é o acto adequado a concretizar tributação que legislativamente está prevista.

No que concerne ao artigo 13.º da CRP, invocado pela Requerente, enuncia o princípio da igualdade e não da proporcionalidade.

O princípio da igualdade, como limite à discricionariedade legislativa, não exige o tratamento igual de todas as situações, mas, antes, implica que sejam tratados igualmente os que se encontram em situações iguais e tratados desigualmente os que se encontram em situações desiguais, de maneira a não serem criadas discriminações arbitrárias e irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. O princípio da igualdade não proíbe se estabeleçam distinções, mas sim, distinções desprovidas de justificação objectiva e racional. (¹)

As situações em que as garantias são prestadas simultaneamente com um contrato de financiamento não são idênticas àquelas em que as garantias são prestadas posteriormente de forma autónoma, designadamente vários anos depois.

Na verdade, apesar de o Imposto do Selo abranger tributação de situações manifestamente distintas (*«actos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos ou situações jurídicas previstos na Tabela Geral, incluindo as transmissões gratuitas de bens»*), como se refere no artigo 1.º, n.º 1, do CIS), legislativamente identificadas de forma avulsa e com congruência duvidosa, é possível entrever que subjacente à tributação está a

(¹) Essencialmente neste sentido, podem ver-se, entre outros, os seguintes acórdãos do Tribunal Constitucional:

- n.º 143/88, de 16-6-1988, proferido no processo n.º 319/87, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 378, página 183;
- n.º 149/88, de 29-6-1988, proferido no processo n.º 282/86, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 378, página 192;
- n.º 118/90, de 18-4-90, proferido no processo n.º 613/88, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 396, página 123;
- n.º 169/90, e 30-5-1990, proferido no processo n.º 1/89, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 397, página 90;
- n.º 186/90, de 6-6-1990, proferido no processo n.º 533/88, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 398, página 81;
- n.º 155/92, de 23-4-1992, proferido no processo n.º 204/90, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 416, página 295;
- n.º 335/94, de 20-4-1994, proferido no processo n.º 61/93, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 436, página 129;
- n.º 468/96, de 14-3-1996, proferido no processo n.º 87/95, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 455, página 152;
- n.º 1057/96, de 16-10-1996, proferido no processo n.º 347/91, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 460, página 284;
- n.º 128/99, de 3-3-1999, proferido no processo n.º 140/97, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 485, página 26.

capacidade contributiva dos sujeitos passivos que determinadas operações deixam perceber. (²)

Desta perspectiva, a celebração de um contrato de financiamento com concomitante acessória prestação de garantias permite concluir pela existência de uma única capacidade contributiva no único momento em que ocorre a celebração dos contratos (³), que pode justificar o afastamento da dupla tributação económica, enquanto a posterior autónoma celebração do contrato de prestação de garantias permite identificar no momento desta celebração uma nova manifestação de capacidade contributiva.

O caso em apreço evidencia que haverá razão para a distinção entre as situações em que há apenas uma manifestação de capacidade contributiva e aquelas em que há mais que uma, desde logo porque o montante relevante para tributação em Imposto do Selo quanto às garantias prestadas em 2016 é muito superior ao que foi considerado para a tributação em 2013, o que, na perspectiva legislativa, é revelador de uma nova e aumentada capacidade contributiva.

Afigura-se, assim, que há fundamento para distinguir legislativamente entre as situações em que as garantias são prestadas simultaneamente com um contrato de financiamento e aquelas em que as garantias são prestadas em momento diferente.

Pelo exposto, não se pode considerar material ou formalmente inconstitucional a verba 10. da TGIS.

3.4. Reembolso de quantia paga e juros indemnizatórios

Pelo exposto, improcede o pedido de pronúncia arbitral quanto a questão da ilegalidade da liquidação, pelo que o pagamento do imposto não foi indevido.

Dependendo o reembolso e juros indemnizatórios da existência de um pagamento indevido (como se infere do artigo 43.º, n.º 1, da LGT), a improcedência do pedido

² Como se refere no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, relativamente ao Imposto do Selo, «a reforma de 2000 marcou uma tendência para a alteração de uma das suas mais ancestrais características, que de imposto sobre os documentos se tende a afirmar cada vez mais como imposto sobre as operações que, independentemente da sua materialização, revelem rendimento ou riqueza» (negrito nosso).

³ Como se refere no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24-10-2012, processo n.º 0258/12, existe simultaneidade «quando a garantia e a obrigação garantida nascem no mesmo dia, ainda que sejam constituídas ou formalizadas em documentos distintos».

principal relativo à anulação da liquidação implica a improcedência dos pedidos consequentes.

4. Decisão

De harmonia com o exposto, acordam neste Tribunal Arbitral em:

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

5. Valor do processo

De harmonia com o disposto no art. 296.º, n.º 1, 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 € **814.183,04**.

6. Custas

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € **11.628,00**, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Requerente.

Lisboa, 07-03-2018

Os Árbitros

(Jorge Lopes de Sousa)

(Fernando Borges de Araújo)

(Olívio Mota Amador)