

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 502/2021-T

Tema: Adicional de Solidariedade sobre o Sector Bancário; reenvio prejudicial.

DECISÃO ARBITRAL

Os Árbitros Carla Castelo Trindade, Armando Oliveira e Arlindo José Francisco, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”) para formar o Tribunal Arbitral, acordam no seguinte:

1. A..., com local de representação em ..., ..., ..., ..., pessoa colectiva n.º ... (“Requerente”), vem requerer a constituição de tribunal arbitral, ao abrigo do disposto nos artigos 95.º, n.º 1 e 2 da Lei Geral Tributária (“LGT”), e ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º e dos artigos 10.º e seguintes do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (“RJAT”), com vista à pronúncia deste Tribunal relativamente à anulação da decisão de indeferimento da reclamação graciosa que apresentou quanto ao acto de autoliquidação do Adicional de Solidariedade sobre o Sector Bancário (“ASSB”) referente ao passivo apurado no primeiro semestre de 2020.

2. A Requerente fundamentou o seu pedido com base nos seguintes argumentos:

O Adicional de Solidariedade sobre o Sector bancário é um imposto especial sobre o sector bancário que não se confunde com a Contribuição do Sector Bancário.

O ASSB é um imposto que não tem carácter excepcional e cuja receita é integralmente afecta ao Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social (“FEFSS”), o que viola o princípio geral da não consignação de receitas previsto na Lei de Enquadramento Orçamental (“LEO”).

A receita proveniente do ASSB não se encontra discriminada de forma concreta e individualizada no Orçamento do Estado e no Orçamento Suplementar para 2020, pelo que não

é possível apurar com segurança e clareza a caracterização, a natureza e a classificação daquela receita, o que viola o princípio da especificação orçamental consagrado na LEO e na Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

O ASSB assenta sobre um facto tributário de natureza complexa que incide sobre a média semestral dos saldos finais de cada mês, que tenham correspondência nas contas relativas ao primeiro semestre de 2020. Cada um dos saldos é autónomo face aos demais, tendo por base um cálculo que inicia e finda a cada mês, o que significa que o ASSB apenas entrou em vigor após a formação do facto tributário. Ainda que se entendesse que o facto tributário apenas se forma com a média do semestre, isto é, no final do sexto mês, o ASSB continua a ter entrado em vigor após a verificação do facto tributário. Nestes termos, o ASSB é inconstitucional por configurar um caso de retroactividade própria/autêntica proibida pela CRP. Se, no limite, se considerasse que o facto tributário só se verificava em 2021, o ASSB seria ainda assim inconstitucional por consistir num caso de retroactividade inautêntica/imprópria, já que os contribuintes do sector bancário tinham a expectativa de não vir a ser onerados com um novo imposto relativamente à mesma base de incidência já tributada pela CSB, não existindo um interesse público prevalecente a essa expectativa, dado que o fundamento deste imposto não era fazer face às necessidades provenientes do contexto da pandemia mas sim mitigar a despesa fiscal associada à isenção do IVA nas operações financeiras.

Caso o ASSB seja qualificado como uma contribuição verifica-se que não existe qualquer prestação pública que justifique, ainda que de modo difuso, a sujeição da Requerente a imposto, já que a receita deste consiste num recurso exclusivo do FEFSS, que visa unicamente financiar os mecanismos de protecção prestados pela segurança social destinados às pessoas singulares residentes em Portugal, o que significa que a Requerente enquanto sucursal de um banco estrangeiro nunca poderá beneficiar de segurança social

Caso o ASSB seja qualificado como imposto, constata-se que a sua estrutura viola o princípio da capacidade contributiva. Isto porque a sua base de incidência objectiva abrange os principais complementos do balanço e incide de forma desajustada sobre um determinado grupo de contribuintes que acabam por suportar sectorialmente o que deveria ser imposto a todos os contribuintes, já que se tributa exclusivamente o sector bancário quando existem outros sectores

que beneficiam igualmente da isenção de IVA e que contribuem igualmente para essa despesa fiscal.

Nos termos dos artigos 18.º e 49.º do TFUE, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro (“EM”) da União no território de outro EM, sendo que o artigo 54.º do TFUE equipara as pessoas singulares nacionais às sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um EM e que aí tenham a sua sede estatutária, a sua administração central ou o seu principal estabelecimento. A liberdade de estabelecimento proíbe todas as medidas nacionais susceptíveis de dificultar ou tornar menos atraente a constituição e a gestão de empresas, bem como a criação de agências, sucursais ou filiais num EM, pelas sociedades sedeadas ou estabelecidas (residentes) noutra EM.

O ASSB incide sobre o passivo deduzido, quando aplicável, dos elementos do passivo que integram os fundos próprios e dos depósitos abrangidos pela garantia do Fundo de Garantia de Depósitos e pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (ou equivalente). Sucede que as sucursais não têm personalidade jurídica, efectuando directamente, no todo ou em parte, operações inerentes à actividade da instituição de crédito não residente que integram, o que significa que não têm capitais e fundos próprios tal como estes são considerados e contabilizados para efeito das instituições de crédito residentes em Portugal.

O regime do ASSB determina que, no caso das sucursais, o respectivo passivo relevante para a aplicação do ASSB inclui todas as dívidas para com a sede e/ou outras sucursais desta, as quais são, assim, e sem qualquer distinção, consideradas dívidas para com terceiros, negando-se qualquer relevância ao *free capital*. Mas mesmo que se admitisse que uma sucursal poderia reconhecer o seu capital alocado como capital próprio, a verdade é que estas continuariam a ser objecto de um tratamento discriminatório quando comparadas com instituições de crédito residentes, já que existe um conjunto vasto de elementos que “segundo as normas de contabilidade aplicáveis” poderiam ser “reconhecidos como capitais próprios” que estão presentes nas instituições de crédito residentes, e não nas sucursais, mas que as sucursais não têm, por serem apenas emitidos por entidades com personalidade jurídica, designadamente obrigações convertíveis, obrigações participantes, acções preferenciais remíveis ou *contingent convertible bonds*.

No fundo, o regime jurídico do ASSB impossibilita as sucursais de instituições de crédito não residentes de deduzirem ao passivo os capitais próprios, colocando-as numa situação mais desfavorável face às sucursais residentes, que são tributadas pelo seu passivo “líquido” e não pelo seu “passivo” bruto. Ao estarem as sucursais e as instituições de crédito residentes numa situação objectivamente comparável e ao não existirem razões imperiosas de interesse geral que justifiquem a discriminação enunciada, conclui-se que o ASSB é incompatível com a liberdade de estabelecimento.

Acresce que a Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, que estabelece um enquadramento harmonizado a nível europeu para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento estabeleceu os critérios gerais a nível europeu para determinar a fixação e o cálculo das contribuições das instituições de crédito para os mecanismos nacionais de financiamento das medidas de resolução e para efeitos de financiamento do Fundo Único de Resolução. O ASSB consubstancia um tributo *sui generis* não previsto na Directiva que viola o regime harmonizado europeu no que respeita ao sistema de tributação do sector bancário, medidas de resolução e ao seu financiamento através da tributação do passivo deste sector. Isto sem contar que a imposição do ASSB à Requerente determina uma sobreposição insanável de tributação que contraria o TFUE e a Directiva, designadamente por consistir numa restrição do acesso ao mercado por via da violação das liberdades fundamentais. Por um lado, porque o legislador europeu excluiu a possibilidade de os EM tributarem as sucursais de bancos domiciliados noutros EM, determinando que a sua tributação respeita o princípio da sede e não o da fonte. Por outro lado, porque o passivo da Requerente é duplamente tributado, duas vezes em Portugal através da CSB e do ASSB e de novo em França através das contribuições previstas na Directiva.

Por fim, o ASSB viola o princípio da concorrência livre, igual e não falseada que enforma do direito da União Europeia, já que as instituições de crédito residentes noutros EM e que aqui disponham de sucursal sofrem uma oneração acrescida que prejudica a sua actuação no mercado europeu e põe em causa os objectivos da harmonização concretizada pela Directiva 2014/59/UE.

3. A Requerida, tendo sido devidamente notificada para o efeito, apresentou a sua Resposta e juntou o processo administrativo, tendo-se defendido por impugnação e concluído pela improcedência do pedido de pronúncia arbitral com base, sumariamente, nos seguintes argumentos:

O ASSB é um imposto indirecto que visa compensar a não tributação em IVA da generalidade das operações financeiras e que está indissociavelmente associado ao contexto histórico da pandemia COVID-19, como resposta aos custos da resposta à crise pandémica. A consignação das receitas do ASSB ao FESS tem enquadramento legal na Lei de Bases da Segurança Social e na LEO que prevê como excepção ao princípio da não consignação a afectação de receitas fiscais ao financiamento da segurança social e dos seus diferentes sistemas e subsistemas.

O ASSB foi aprovado no âmbito do Orçamento Suplementar 2020, tendo a estimativa das respectivas receitas sido incluída no Mapa X – Receitas da Segurança Social por Classificação Económica, rúbrica 06 – Transferências correntes – Estado, sendo certo que a identificação do tipo de tributo está devidamente efectuada e respeita o princípio da anualidade.

O facto tributário que origina a obrigação de pagamento do ASSB é o momento da aprovação das contas e não o do encerramento do exercício. O que releva para efeitos da proibição da retroactividade fiscal não é o momento da liquidação do tributo, mas sim o momento em que ocorre o acto que determina o seu pagamento, porque é este acto que dá origem à constituição da obrigação tributária. Seguindo a jurisprudência do STA relativamente à CSB, conclui-se que não está em causa um facto tributário de formação sucessiva, mas antes um facto tributário que apenas se verifica na ordem jurídica com a aprovação do passivo e no ano em que a mesma ocorre (embora respeitando ao ano económico anterior ao ano da aprovação). Assim sendo, quando entrou em vigor o regime do ASSB, ainda não tinha ocorrido o facto que determina o pagamento do imposto, razão pela qual não se verifica qualquer situação de retroactividade.

O ASSB não é um imposto discriminatório por não abranger outros sectores de actividade isentos de IVA. Ao contrário do que sucede com a generalidade das isenções daquele imposto que têm subjacentes razões de política económica, social ou ambiental, no caso dos serviços financeiros a isenção de IVA deve-se à dificuldade em determinar o valor tributável

em uma parte substancial das suas operações. Esta isenção é colmatada em parte com a sujeição a Imposto do Selo, contudo, não só as taxas deste imposto se afiguram substancialmente inferiores à taxa média do IVA, como ficam de fora da sua incidência as restantes operações em que intervêm instituições de crédito, designadamente transacções financeiras e locações financeiras. As isenções em IVA representam justamente excepções ao princípio da igualdade, que implicam perda de receita fiscal, distorção e desigualdade entre operadores, mas também de desigualdade na distribuição do esforço tributário. Assim, a introdução do ASSB representa um propósito de justiça fiscal e não de penalização do sector bancário.

O regime do ASSB não comporta um tratamento discriminatório baseado na nacionalidade das instituições de crédito, razão pela qual não viola a liberdade de estabelecimento prevista nos artigos 18.º, 26.º e 49.º do TFUE.

Não se encontra vedado às sucursais de instituições de crédito residentes noutros EM a dedução de capitais próprios, estando na disponibilidade da sucursal qualificar os fundos que lhe são afectos pela sede como passivo ou como capital próprio, em função, entre outros critérios, de serem, ou não, passíveis de remuneração e do carácter de permanência.

As sucursais e os restantes sujeitos passivos do ASSB estão sujeitos às mesmas regras contabilísticas e de apuramento da base de incidência de imposto, independentemente da respectiva nacionalidade, de tal forma que a não dedução de capitais próprios, caso a sucursal os não tenha, não significa a existência de um tratamento diferenciado.

O ASSB não consiste numa forma de financiamento das medidas de resolução nem do Fundo Único de Resolução, posto que não se encontra abrangido pela referida Directiva e isto explica que o legislador tenha ignorado todo o enquadramento europeu resultante da Directiva 2014/59/EU e da sua transposição para o direito nacional. Ao não estar o ASSB relacionado com os mecanismos nacionais de financiamento das medidas de resolução, não se verifica qualquer situação de dupla tributação.

4. A matéria de facto relevante para a apreciação do mérito da causa é a seguinte:

- a) A Requerente é a sucursal em Portugal da A..., S.A., instituição de crédito de direito francês, que tem sede e administração efectiva em França;
- b) Desde 1996 que a A..., S.A. assegura a sua presença em Portugal através da Requerente;

- c) Em 11 de Dezembro de 2020, a Requerente procedeu à autoliquidação do ASSB referente à média anual dos saldos finais do passivo de cada mês relativo às contas do primeiro semestre de 2020, mediante a submissão da declaração relevante Modelo 57;
- d) Na sequência da submissão daquela declaração foi apurado um montante de ASSB no valor de € 364.229,67, que foi integralmente pago pela Requerente;
- e) Em 5 de Janeiro de 2021 a Requerente apresentou reclamação graciosa quanto à autoliquidação do ASSB;
- f) Em 21 de Maio de 2021 foi proferido despacho de indeferimento, pelo Chefe de Divisão de Serviço Central da Divisão de Justiça Tributária da Unidade dos Grandes Contribuintes, ao abrigo de delegação de competências;
- g) Em 23 de Agosto de 2021 a Requerente apresentou o presente pedido arbitral.

5. Parte dos vícios imputados pela Requerente ao acto de autoliquidação do ASSB têm subjacente a apreciação da conformidade daquele imposto com o Direito da União Europeia, designadamente com a liberdade fundamental de estabelecimento prevista no artigo 49.º do TFUE e com a Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio de 2014.

6. O ASSB foi criado pelo artigo 18.º e respectivo anexo VI da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de Julho, que aprovou o Orçamento Suplementar para 2020.

O intuito da sua criação residiu no reforço dos mecanismos de financiamento do sistema de segurança social através da consignação ao FEFSS da receita arrecadada com a respectiva cobrança, conforme resulta do n.º 2, do artigo 1.º e do artigo 9.º do citado anexo VI.

A criação do ASSB e a sua aplicação exclusiva ao sector bancário foi justificada, de acordo com o estabelecido no n.º 2, do artigo 1.º, do referido anexo VI, enquanto forma de compensação pela isenção de IVA aplicável à generalidade dos serviços e operações financeiras, aproximando por esta via a carga fiscal suportada pelo sector financeiro à que onera os demais sectores.

7. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do citado anexo VI são sujeitos passivos do ASSB (a) as instituições de crédito residentes em Portugal, (b) as filiais em Portugal de instituições de

crédito residentes noutros Estados e (c) as sucursais em Portugal de instituições de crédito residentes noutros Estados.

Para efeitos de aplicação do ASSB deve entender-se por instituições de crédito, filiais e sucursais as entidades definidas nas alíneas u), w) e ll) do artigo 2.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

8. Quanto à incidência objectiva, determinou-se no do artigo 3.º do citado anexo VI que o ASSB incide sobre o passivo ajustado e sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço, ambos apurados contabilisticamente no final do exercício. Em concreto, determinou-se naquele artigo o seguinte:

“Artigo 3.º

Incidência objectiva

O adicional de solidariedade sobre o sector bancário incide sobre:

a) O passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos deduzido, quando aplicável, dos elementos do passivo que integram os fundos próprios, dos depósitos abrangidos pela garantia do Fundo de Garantia de Depósitos, pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo ou por um sistema de garantia de depósitos oficialmente reconhecido nos termos do artigo 4.º da Directiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa aos sistemas de garantia de depósitos ou considerado equivalente nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 156.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, dentro dos limites previstos nas legislações aplicáveis, e dos depósitos na Caixa Central constituídos por caixas de crédito agrícola mútuo pertencentes ao sistema integrado do crédito agrícola mútuo, ao abrigo do artigo 72.º do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e das Cooperativas de Crédito Agrícola, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro;

b) O valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos.

Tendo-se previsto no artigo 4.º do citado anexo VI a seguinte definição de passivo:

Artigo 4.º

Quantificação da base de incidência

1 - Para efeitos do disposto na alínea a) do artigo anterior, entende-se por passivo o conjunto dos elementos reconhecidos em balanço que, independentemente da sua forma ou modalidade, representem uma dívida para com terceiros, com exceção dos seguintes:

- a) Elementos que, segundo as normas de contabilidade aplicáveis, sejam reconhecidos como capitais próprios;*
- b) Passivos associados ao reconhecimento de responsabilidades por planos de benefício definido;*
- c) Os depósitos abrangidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo relevam apenas na medida do montante efetivamente coberto por esses Fundos;*
- d) Passivos resultantes da reavaliação de instrumentos financeiros derivados;*
- e) Receitas com rendimento diferido, sem consideração das referentes a operações passivas; e*
- f) Passivos por ativos não desreconhecidos em operações de titularização.*

2 - Para efeitos do disposto na alínea a) do artigo anterior, observam-se as regras seguintes:

- a) O valor dos fundos próprios, incluindo os fundos próprios de nível 1 e os fundos próprios de nível 2, compreende os elementos positivos que contam para o seu cálculo de acordo com o disposto na parte II do Regulamento (UE) 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012, tendo em consideração as disposições transitórias previstas na parte X do mesmo Regulamento que, simultaneamente, se enquadrem no conceito de passivo tal como definido no número anterior;*
- b) Os depósitos abrangidos pela garantia do Fundo de Garantia de Depósitos, pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo ou por um sistema de garantia de depósitos oficialmente reconhecido nos termos do artigo 4.º da Directiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, ou considerado equivalente nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 156.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, dentro dos limites previstos nas legislações aplicáveis relevam apenas na medida do montante efetivamente coberto por esses Fundos.*

9. Portanto, a questão que se coloca quanto à conformidade do ASSB com a liberdade fundamental de estabelecimento prevista no artigo 49.º do TFUE centra-se no facto de prever que os sujeitos passivos possam deduzir ao seu passivo apurado e aprovado o valor dos fundos próprios e de certos elementos do passivo que contam para o cálculo dos fundos próprios de nível 1 e os fundos próprios de nível 2, de acordo com o disposto na parte II do Regulamento (UE) 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013, possibilidade esta de que aproveitam as instituições de crédito residente, mas não as sucursais de entidades não residentes, na medida em que correspondem a instrumentos que apenas são susceptíveis de serem emitidos por entidades com personalidade jurídica.

10. Já no que respeita à conformidade com a Directiva 2014/59/UE, de 15 de Maio de 2014, está essencialmente em causa determinar a admissibilidade da tributação em Portugal das sucursais de instituições financeiras residentes noutra Estado-Membro da União Europeia com base num regime nacional como o do ASSB, que incide sobre o passivo ajustado e sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço e cujas receitas não são afectas aos mecanismos nacionais de financiamento das medidas de resolução e para efeitos de financiamento do Fundo Único de Resolução.

REENVIO PREJUDICIAL

11. No presente processo coloca-se, portanto, em causa, a interpretação de normas do Direito da União Europeia relativamente às quais não se conhece uma pronúncia prévia, expressa e específica do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”).

A divergência quanto à correcta interpretação do Direito da União Europeia é notória nas posições defendidas pelas partes, tendo inclusive a Requerente suscitado a título subsidiário a colocação de questões ao TJUE a título prejudicial.

Ora, o TJUE tem admitido de forma constante e uniforme na sua jurisprudência a possibilidade de os tribunais arbitrais formularem questões prejudiciais quanto à interpretação do Direito da União Europeia. Na eventualidade de não serem um “acto claro” e de serem necessárias para o correcto julgamento da causa, as questões

prejudiciais têm de ser obrigatoriamente formuladas, já que nos tribunais arbitrais não existe possibilidade de recurso ordinário quanto ao mérito da pretensão.

Da jurisprudência do TJUE resulta também que mesmo nos casos em que se discute a compatibilidade de normas de direito interno com normas de Direito da União Europeia, cujo conhecimento compete aos órgãos jurisdicionais nacionais, o TJUE continua a ser competente para fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais os elementos de interpretação do Direito da União Europeia que estes precisem para interpretar e aferir correctamente da compatibilidade acima referida.

12. Em face do exposto, nos termos e para os efeitos do artigo 267.º do TFUE e do artigo 272.º, n.º 1, do CPC, decide este Tribunal suspender a instância e submeter à apreciação do TJUE as seguintes questões prejudiciais:

1 – A Diretiva 2014/59/UE, de 15 de Maio de 2014, opõe-se à tributação, num Estado-Membro, das sucursais de instituições financeiras residentes noutro Estado-Membro da União Europeia, através de uma legislação como o regime doméstico português do Adicional de Solidariedade sobre o Sector Bancário caso o tributo incida sobre o passivo ajustado e sobre o valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço e cujas receitas não são afectas aos mecanismos nacionais de financiamento das medidas de resolução e para efeitos de financiamento do Fundo Único de Resolução?

2 – A liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º do TFUE opõe-se a uma legislação nacional, como a que está em causa no regime doméstico português do Adicional de Solidariedade sobre o Sector Bancário, que permite deduzir ao passivo apurado e aprovado certos elementos do passivo que contam para o cálculo dos fundos próprios de nível 1 e os fundos próprios de nível 2, de acordo com o disposto na parte II do Regulamento (UE) 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e

que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012, tendo em consideração as disposições transitórias previstas na parte IX do mesmo Regulamento, que apenas podem ser emitidos por entidades com personalidade jurídica, isto é, que não podem ser emitidos por sucursais de instituições de créditos não residentes?

Notifique-se.

Lisboa, 24 de Maio de 2022.

Os árbitros,

Carla Castelo Trindade

Armando Oliveira

Arlindo José Francisco