

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 764/2021-T

**Tema: IS - Reenvio prejudicial. Isenção do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do CIS.
Conceito de instituição financeira previsto na legislação comunitária.**

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Alexandra Coelho Martins (árbitro presidente), Gustavo Gramaxo Rozeira e Mariana Vargas (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para formarem o Tribunal Arbitral Coletivo, constituído em 1 de fevereiro de 2022, acordam no seguinte:

I – Relatório

A... **SGPS, LDA.**, com o NIPC ... e sede na Rua ..., n.º ..., ..., ..., ..., ...-... Lisboa, abrangida pelos serviços periféricos locais do Serviço de Finanças de Lisboa ..., veio requerer, em seu nome e na qualidade de sucessora a título universal, por fusão com as sociedades **B...**, **SGPS, LDA.**, NIPC ... e sede na ..., ..., ...-... Lisboa, **C...**, **SGPS, SOCIEDADE UNIPESSOAL, LDA.**, NIPC..., com sede na Rua ..., n.º...- ..., sala ..., ...-... Lisboa e **D...**, **SGPS, LDA.**, NIPC..., com sede na ..., ..., ...-... Lisboa (adiante “Requerente”), a constituição de tribunal arbitral, ao abrigo do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT) e dos artigos 1.º e 2.º da Portaria n.º 112-A/2011 de 22 março de 22, no qual é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante Requerida ou AT).

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Exmo. Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT e, 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 redação 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 Coletivo os signatários, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

As partes foram oportuna e devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de a recusar, 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.

A. Objeto do pedido:

O pedido de pronúncia arbitral tem por objeto a apreciação da legalidade dos atos de (auto)liquidação de Imposto do Selo referentes aos períodos de julho e dezembro de 2015, no valor global de € 4 486 737,88, efetuados pelo Banco E..., SA, (E...), com o NIPC..., na qualidade de Banco Agente, referentes a operações de concessão de crédito realizadas por aquele Banco, pela F..., SA, (F...) com o NIPC..., pelo G..., SA, com o NIPC..., pela H..., SA, (H...), com o NIPC ... e pelo Banco I..., SA, (I... – posteriormente denominado J..., SA, (J...)), com o NIPC..., repercutidas sobre si e sobre as restantes sociedades incorporadas por fusão, na qualidade de beneficiárias desse crédito, bem como da decisão de indeferimento do pedido de revisão oficiosa daqueles atos de autoliquidação e da decisão de indeferimento do recurso hierárquico interposto contra a mesma.

A Requerente pretende a anulação daqueles atos de autoliquidação, que reputa de ilegais, por vício de violação de lei, com a consequente restituição do imposto pago, acrescido de juros indemnizatórios, nos termos do artigo 43.º, da Lei Geral Tributária (LGT).

B. Síntese da posição das Partes

a. Da Requerente

A Requerente fundamenta o pedido nos seguintes termos:

À data dos factos, as sociedades A... SGPS, B... SGPS, C... SGPS e D... SGPS eram SGPS, ou seja, sociedades gestoras de participações sociais, previstas e regidas pelo Decreto-

Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro e alterações subsequentes, domiciliadas em Portugal, que exerciam uma atividade económica de forma apenas indireta.

Como tal, tinham o papel de intermediário no circuito financeiro e económico, incluindo a intermediação do financiamento das suas participadas, recorrendo a financiamento junto das instituições de crédito (Bancos) mutuantes acima identificadas, também domiciliadas em Portugal.

No âmbito das operações de crédito com o E..., a F..., o G..., a H... e o I..., as mutuárias/utilizadoras do crédito A... SGPS, B... SGPS, C... SGPS e D... SGPS suportaram o Imposto do Selo liquidado.

O artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do Código do Imposto do Selo (CIS), na redação à data dos factos e ainda em vigor, prevê a isenção de imposto para *“Os juros e comissões cobrados, as garantias prestadas e, bem assim, a utilização de crédito concedido por instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras a sociedades de capital de risco, bem como a sociedades ou entidades cuja forma e objeto preencham os tipos de instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras previstos na legislação comunitária, umas e outras domiciliadas nos Estados membros da União Europeia ou em qualquer Estado, com exceção das domiciliadas em territórios com regime fiscal privilegiado, a definir por portaria do Ministro das Finanças”*.

O Imposto do Selo em causa resultou de operações de concessão de crédito (e respetivos juros e eventuais comissões) por instituições de crédito domiciliadas em Portugal a sociedades também elas aqui domiciliadas, que se reconduziam, à data dos factos, a um dos tipos de instituição financeira de entre os previstos na legislação comunitária, mais especificamente ao tipo *“sociedade gestora de participações”*.

Os tipos subjetivos previstos na norma legal de isenção relativos às entidades a quem é concedido o crédito abarcam todos os tipos possíveis de instituições financeiras, sociedades

financeiras e instituições de crédito previstos na legislação comunitária, sem exclusão de espécie alguma.

Tanto assim é que a AT já considerou como instituição financeira, para efeitos da isenção a que se refere o artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do CIS, entre outros, os Fundos de Capital de Risco (FCR) e os Fundos de Investimento Imobiliário (FII).

As sociedades gestoras de participações são instituições financeiras ao abrigo da legislação comunitária, como resulta da Diretiva n.º 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 e o Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013, em vigor à data dos factos.

O ponto 22 do artigo 3.º da Diretiva 2013/36/UE dispõe que, para efeitos dessa Diretiva, entende-se por “«Instituição financeira»: uma instituição financeira na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 26), do Regulamento (UE) n.º 575/2013”.

O artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, define no n.º 3 “«Instituição»: uma instituição de crédito ou uma empresa de investimento” e no n.º 26 “«Instituição financeira»: uma empresa que não seja uma instituição, cuja atividade principal é a aquisição de participações ou o exercício de uma ou mais das atividades enumeradas no Anexo I, pontos 2 a 12 e 15, da Diretiva 2013/36/UE, incluindo uma companhia financeira, uma companhia financeira mista, uma instituição de pagamento, na aceção da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno e uma sociedade de gestão de ativos, mas excluindo as sociedades gestoras de participações no setor dos seguros e as sociedades gestoras de participações de seguros mistas, na aceção do artigo 212.º, n.º 1, ponto g) da Diretiva 2009/138/CE”.

À data dos factos, nem a A... SGPS, nem nenhuma das sociedades a que sucedeu por fusão (a B... SGPS, a C... SGPS e a D... SGPS) eram consideradas, “instituição” para efeitos

desta legislação comunitária, pois não eram “empresa de investimento ou uma instituição de crédito”, antes eram SGPS, sociedades cujas aquisições e património eram constituídas nos termos da lei por (i) participações noutras sociedades, (ii) representativas de pelo menos 10% do total do capital social dessas outras sociedades, (iii) detidas de forma duradora, isto é, durante pelo menos um ano, e (iv) cujo objeto único era a gestão destas participações sociais adquiridas para serem mantidas, a par com a permissão legal de prestação acessória de serviços técnicos de administração e gestão a essas participadas ou concessão de crédito às mesmas.

Já anteriormente a Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício (revogada posteriormente pela citada Diretiva 2013/36/UE) definia no seu artigo 4.º ponto 5), uma instituição financeira como “uma empresa que não seja uma instituição de crédito cuja atividade principal consista em tomar participações ou em exercer uma ou mais das atividades referidas nos pontos 2 a 12 da lista do Anexo I”.

Também a Proposta de Diretiva que aplica uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transações financeiras (COM (2013) 71 final, de 14 de fevereiro de 2013), a que a AT já recorreu para “dissipar qualquer dúvida” (nas suas próprias palavras) quanto à inclusão dos FCR no conceito de “instituição financeira” para efeitos do preenchimento do requisito subjetivo para aplicação da isenção de Imposto do Selo prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do CIS, afirma (capítulo II, secção 3.3.2) que “a definição de instituição financeira é vasta e inclui, essencialmente, as empresas de investimento, os mercados organizados, as instituições de crédito, as empresas de seguros e de resseguros, os organismos de investimento coletivo e respetivas sociedades de gestão, os fundos de pensões e respetivos gestores, as sociedades gestoras de participações sociais (...)”.

Não restam, pois, dúvidas de que a A... SGPS, a B... SGPS, a C... SGPS e a D... SGPS subsumiam-se, à data dos factos, ao tipo de instituição financeira prevista na legislação comunitária que se reconduz às sociedades aí designadas por se tratar de empresas cuja

atividade principal é a aquisição de participações sociais (por oposição à compra e venda, ou à negociação e venda de participações sociais) ou, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, parágrafo 26, do Regulamento UE n.º 575/2013), por “sociedades gestoras de participações”.

As alterações posteriores no normativo objeto da remissão, tais como as introduzidas pelo Regulamento (UE) n.º 2019/876, de 20 de maio de 2019, aplicáveis a partir de 27 de junho de 2019 (cfr. artigo 3.º, n.º 3), no Regulamento (UE) n.º 575/2013, concretamente no Ponto 26 do artigo 4.º, se algo fazem é justamente confirmar a contrario sensu o que anteriormente à entrada em vigor destas alterações inequivocamente já resultava do normativo objeto da remissão da norma de isenção do CIS.

O normativo em referência apenas exclui do conceito de instituição financeira as “sociedades gestoras de participações no setor dos seguros e as sociedades gestoras de participações de seguros mistas, na aceção do artigo 212.º, n.º 1, ponto g) da Diretiva 2009/138/CE.

Ora, à data dos factos, a A... SGPS, a B... SGPS, a C... SGPS e a D... SGPS, sociedades gestoras de participações sociais, não tinham no seu ativo qualquer participação no setor das empresas de seguro ou de resseguro, nem controlavam ou dominavam direta ou indiretamente qualquer empresa do setor dos seguros ou resseguros, pelo que, para além de preencherem o conceito de instituição financeira nos termos da legislação comunitária, não caíam na exclusão desse conceito.

Assim sendo, a A... SGPS, a B... SGPS, a C... SGPS e a D... SGPS, preenchem o requisito subjetivo da isenção previsto para o mutuário no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do CIS, encontrando-se igualmente preenchidos os restantes requisitos da isenção, designadamente o relativo ao mutuante, um banco, uma instituição de crédito.

b. Da Requerida

A Autoridade Tributária, na sua resposta, refere o seguinte.

As operações subjacentes às liquidações contestadas no presente pedido de pronúncia arbitral estão sujeitas ao imposto do selo, por força do artigo 1.º, n.º 1 do Código do Imposto do Selo e Verbas 17.1 e 17.3. da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS).

A Requerente defende que estão preenchidas as condições para beneficiar da isenção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do Código do Imposto do Selo, estando em causa saber se, na qualidade de sociedade gestora de participações sociais (SGPS) e contraparte nas operações de concessão de crédito e de cobrança de juros e comissões integra, ou não, o elemento subjetivo da norma de isenção, onde cabem, no que aqui tem relevo, *“sociedades ou entidades cuja forma e objeto preenchem os tipos de instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras previstos na legislação comunitária”*.

A Requerente interpreta a remissão para a legislação comunitária, quanto à qualificação das entidades a quem são cobrados juros e comissões, concedido crédito ou prestadas garantias, como levando a aplicar a isenção a todas as entidades que correspondem aos tipos de instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras previstos na legislação comunitária, invocando a Diretiva n.º 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, o Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2013, o Regulamento (UE) 2019/876 e a Proposta de Diretiva do Conselho que aplica uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transações financeiras (Documento COM/2013/071 final - 2013/0045).

Porém, as disposições do Regulamento (UE) n.º 575/2013 devem ser interpretadas em conjunto com as disposições da Diretiva n.º 2013/36/UE, pelo que, em conjunto, constituem o enquadramento legal que rege as atividades bancárias, o quadro de supervisão e as regras prudenciais aplicáveis às instituições de crédito e às empresas de investimento, visando a harmonização e a coordenação das legislações nacionais relativamente às “Instituições”, que

abrangem (cf., artigo 4.º, ponto 3) do Regulamento UE n.º 575/2013) as “Instituições de crédito” e as “Empresas de investimento”.

O artigo 3.º, n.º 1, ponto 22) da Diretiva 2013/36/UE, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, entende por «“Instituição financeira”»: uma instituição financeira na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 26), do Regulamento (UE) n.º 575/2013».

O artigo 4.º, ponto 26) do Regulamento (UE) n.º 575/2013, 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, define “Instituição financeira” como «uma empresa que não seja uma instituição, cuja atividade principal é a aquisição de participações ou o exercício de uma ou mais das atividades enumeradas no Anexo I, pontos 2 a 12 e 15, da Diretiva 2013/36/UE, incluindo uma companhia financeira, uma companhia financeira mista, uma instituição de pagamento, na aceção da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, e uma sociedade de gestão de ativos, mas excluindo as sociedades gestoras de participações no setor dos seguros e as sociedades gestoras de participações de seguros mistas, na aceção do artigo 212. n.º 1, ponto g) da Diretiva 2009/138 /CE».

O texto da definição classifica como “Instituição Financeira” uma “Companhia financeira” (“Financial holding company” – «uma instituição financeira cujas filiais sejam exclusiva ou principalmente instituições ou instituições financeiras, sendo pelo menos uma destas filiais uma instituição, e que não seja uma companhia financeira mista» (cfr., artigo 4.º, ponto 20) do Regulamento) e uma “Companhia financeira mista” (“Mixed financial holding company” – «uma companhia financeira mista na aceção do artigo 2.º, ponto 15, da Diretiva 2002/87/CE» (cfr. artigo 4.º, ponto 21) do Regulamento), sendo aí definida como «uma empresa-mãe, que não é uma entidade regulamentada, a qual em conjunto com as suas filiais, de que pelo menos uma é uma entidade regulamentada sediada na Comunidade, e com

quaisquer outras entidades, constitui um conglomerado financeiro»)), mas não integra uma “Companhia mista” (“Mixed activity holding company”), definida no art.º 4.º, ponto 22) do Regulamento como “uma empresa que não seja uma companhia financeira ou uma instituição ou uma companhia financeira mista em cujas filiais se inclua, pelo menos, uma instituição”, que surge, porém, abrangida pelo conceito “Entidades do setor financeiro” (art. 4.º, ponto 27 do Regulamento).

A diferente categorização destes três tipos de companhias projeta-se, nomeadamente, na sujeição a regras diferenciadas no domínio da supervisão em base consolidada (cf. artigos 119.º a 125.º da Diretiva).

A Requerente entende que qualquer sociedade gestora de participações sociais sujeita ao regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, cuja atividade principal é a aquisição de participações, que não no setor dos seguros, é subsumível no conceito de “instituição financeira” e deve ser considerada para efeitos do disposto no artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Código do Imposto do Selo.

Porém, a análise desta matéria exige maior rigor, imposto desde logo pela determinação do artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva e do artigo 4.º do Regulamento, de que as definições dos termos e expressões servem os efeitos previstos em cada um destes atos legislativos.

O âmbito da definição “Instituição financeira” na parte referente a “uma empresa que não seja uma instituição, cuja atividade principal é a aquisição de participações” é delimitado pela operatividade das disposições da Diretiva e do Regulamento que regulam domínios específicos ligados sobretudo à supervisão em base consolidada e ao exercício das liberdades de estabelecimento e de prestações de serviços e, nesse sentido, não compreende toda e qualquer SGPS.

Também não procede o argumento de que a exclusão expressa da definição do artigo 4.º, ponto 26) do Regulamento das “sociedades gestoras de participações do setor dos seguros e

sociedades gestoras de participações de seguros mistas, na aceção do artigo 212.º, n.º 1, ponto g) da Diretiva 2009/138/CE”, indica que todas as demais sociedades gestoras de participações são automaticamente abrangidas pela definição de “Instituições financeiras”.

Assim como não colhe a referência à alteração introduzida pelo Regulamento n.º 2019/876 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, ao ponto 26) do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento n.º 575/2013, pois todos os atos tributários de liquidação aqui contestados ocorreram antes da entrada em vigor da alteração mencionada.

Por outro lado, o objeto do Regulamento n.º 2019/876, que altera o Regulamento (UE) n.º 575/2013, no que respeita ao rácio de alavancagem, ao rácio de financiamento estável líquido, aos requisitos de fundos próprios e passivos elegíveis, ao risco de crédito de contraparte, ao risco de mercado, às posições em risco sobre contrapartes centrais, às posições em risco sobre organismos de investimento coletivo, aos grandes riscos e aos requisitos de reporte e divulgação de informações, e o Regulamento (UE) n.º 648/2012, visa o reforço de regras uniformes de mecanismos de supervisão do sistema financeiro e redução dos riscos a ele associados, como decorre do preâmbulo do diploma.

A Requerente (assim como as sociedades a que sucedeu por fusão) tem como atividade principal o CAE 64202, que compreende as atividades das sociedades gestoras de participações sociais, que através de participações controlam uma ou mais sociedades NÃO financeiras. Não administra, não supervisiona nem gere outras unidades da empresa ou empresas das quais detém o controlo, por isso não estava (à data dos factos) nem está sujeita ao específico e rigoroso quadro regulatório, sancionatório e de supervisão financeira, aplicável às entidades regulamentadas e autorizadas a funcionar dentro do sistema financeiro e não pode ser enquadrada no conceito de “instituição financeira” quer comunitário, quer nacional.

A Requerente invoca a Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu

exercício (revogada pela Diretiva 2013/36) que definia, no seu artigo 4.º ponto 5), uma “Instituição financeira” como «uma empresa que não seja uma instituição de crédito cuja atividade principal consista em tomar participações ou em exercer uma ou mais das atividades referidas nos pontos 2 a 12 da lista do Anexo I».

Contudo, aquela definição não deve ser lida em termos gerais e abstratos, ou seja, descontextualizada do quadro normativo em que se insere e para cujos efeitos foi gizada.

Adicionalmente, a Requerente chama ainda a atenção para a Proposta de Diretiva do Conselho que aplica uma cooperação reforçada no domínio do imposto sobre as transações financeiras (Documento COM/2013/071 final - 2013/0045), Proposta que se encontra ainda em fase de discussão e não integra ainda o acervo da “legislação comunitária”.

Finalmente, quanto ao argumento de uma alegada discriminação entre as SGPS e outros tipos de entidades – os FCR, SCR, FII – que a AT terá qualificado como “instituição financeira” para efeitos da Verba 17.3 da Tabela Geral do Imposto do Selo, não faz sentido empreender um exercício de comparação, tanto mais que o enquadramento legal, tanto no plano nacional como europeu, são distintos, não sendo legítimo o recurso à analogia, proibido pelo artigo 10.º do EBF, aplicável às isenções de imposto do selo, pelo disposto no artigo 1.º do mesmo Estatuto para se estenda às SGPS o entendimento firmado relativamente aos FFI, FCR e SCR.

Conclui a AT pela improcedência do pedido de pronúncia arbitral.

C. Questão a apreciar

A questão de direito a apreciar respeita à qualificação da Requerente e restantes sociedades incorporadas, enquanto sociedades gestoras de participações sociais (“SGPS”), como “Instituição Financeira”, na aceção do Direito da União Europeia e, dessa forma,

integram o elemento subjetivo do regime de isenção previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do Código do Imposto do Selo.

Embora esta questão respeite à interpretação de uma norma fiscal de direito interno, emitida dentro das competências próprias do legislador português, que não tem a sua fonte no Direito da União Europeia, limitando-se a remeter para este, dentro da livre margem de opção do legislador nacional, a adesão da legislação nacional às (ou em consonância com as) soluções acolhidas pelo Direito da União, para situações em que todos os elementos estão confinados a um só Estado-Membro, é encarada como uma “remissão implícita” para o Direito Europeu, pelo que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem apreciado estes pedidos de decisão prejudicial.

Existindo sobre esta questão diversa jurisprudência arbitral, com posições antagónicas (v. entre outras, as decisões arbitrais n.ºs 911/2019-T e 110/2020-T, no sentido preconizado pela Requerente, e n.ºs 37/2020-T e 559/2020-T, no sentido defendido pela Requerida), colocam-se a este Tribunal Arbitral dúvidas sobre a interpretação a conferir ao direito da União Europeia, nos termos supra expostos, não se conhecendo jurisprudência clarificadora do TJUE.

Assim, atento o disposto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), foram as partes notificadas nos termos do despacho arbitral de 14-03-2022, para, no prazo de 10 dias, se pronunciarem sobre a intenção do Tribunal Arbitral em suspender a instância e suscitar o reenvio prejudicial, formulando as pertinentes questões prejudiciais.

A Requerente informou não se opor ao reenvio prejudicial, sem, contudo, formular qualquer questão a colocar ao TJUE.

A Requerida nada disse.

II. SANEAMENTO

Em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o tribunal arbitral coletivo foi regularmente constituído em 1 de fevereiro de 2022.

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

O processo não enferma de nulidades nem foram suscitadas exceções.

III - FUNDAMENTAÇÃO

Matéria de facto

Os factos relevantes para a decisão da causa que são tidos como assentes são os seguintes:

1. A Requerente é uma sociedade por quotas com sede em Lisboa, inscrita no registo comercial desde 27-05-2015, que tem por objeto a “gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta do exercício de atividades económicas, nos termos previstos na lei” (cfr. Doc. n.º 1 junto ao PPA).
2. Em 01-07-2015, foi celebrado um contrato de Mútuo entre os mutuantes E..., SA, F..., SA e G..., SA como Bancos, o E..., SA como Banco Agente, o E..., SA, o H..., SA, a I..., SA e o G..., SA como Arrangers e as sociedades mutuárias A..., SGPS, LDA, B..., SGPS LDA, C... SGPS, SOCIEDADE UNIPESSOAL LDA e D... SGPS, LDA (Doc. n.º 17 junto ao PPA).
3. Pela concessão do crédito, cada uma das referidas sociedades suportou, por referência aos meses de julho de dezembro de 2015, o correspondente Imposto do Selo, liquidado pelos mutuantes e entregue nos cofres do Estado, no montante global de € 4 486 737,88, conforme os quadros seguintes:

- a. Declaração emitida pelo E..., SA, por solicitação da A... SGPS, Ld.^a (Doc. n.º 3 junto ao PPA).

Período	Guia n.º	Código	Montante	Pagamento
Jul-2015	...	317	707,377.02 €	2015-08-20
Dez-2015	...	317	70,324.25 €	20-01-2016

- b. Declaração emitida pelo E..., SA, a pedido da sociedade B... SGPS, Ld.^a (Doc. n.º 4 junto ao PPA).

Período	Guia n.º	Código	Montante	Pagamento
Jul-2015	...	317	1,352,178.38 €	2015-08-20
Dez-2015	...	317	134,427.50 €	20-01-2016

- c. Declaração emitida pelo E..., SA, a pedido da C..., SGPS, Sociedade Unipessoal, Ld.^a (Doc. n.º 5 junto ao PPA).

Período	Guia n.º	Código	Montante	Pagamento
Jul-2015	...	317	1,341,295.46 €	2015-08-20
Dez-2015	...	317	133,345.59 €	20-01-2016

- d. Declaração emitida pelo E..., SA, a pedido da D..., SGPS, Ld.^a (Doc. n.º 6 junto ao PPA).

Período	Guia n.º	Código	Montante	Pagamento
Jul-2015	...	317	680.170.21 €	2015-08-20
Dez-2015	...	317	67.619.47 €	20-01-2016

4. Em 25-05-2016, foi registada a fusão da Requerente, na qualidade de sociedade incorporante, segundo a modalidade de transferência global de patrimónios, com as sociedades B..., SGPS LDA, C... SGPS, SOCIEDADE UNIPESSOAL LDA e D... SGPS, LDA, na qualidade de sociedades incorporadas (Docs. n.ºs 1 e 2 juntos ao PPA).
5. Em 28-12-2018, a Requerente e as sociedades a que sucedeu por fusão, apresentaram um pedido de revisão oficiosa, no qual requereram a anulação das liquidações do Imposto do Selo identificadas (Cfr. o processo administrativo – PA).

6. Por ofício da AT – Direção de Serviços de IMT, datado de 21-11-2019, foi a Requerente notificada da decisão de indeferimento do procedimento de revisão oficiosa, registado sob o n.º ...2019... (Doc. n.º 7 junto ao PPA e PA).
7. Em 19-12-2019, a Requerente e as restantes sociedades incorporadas interpuseram recurso hierárquico da decisão de indeferimento do pedido de revisão oficiosa a que alude o ponto precedente (Doc. junto ao PA).
8. O recurso hierárquico, a que coube o n.º ...2019..., foi indeferido por despacho da Senhora Diretora Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, de 05-08-2019, notificado à Requerente pelo ofício n.º ..., da Direção de Serviços de IMT, datado de 18-08-2021 (Doc. n.º 8 junto ao PPA e PA).

Factos não provados

Não existem factos com interesse para a decisão da causa que devam considerar-se como não provados.

Motivação da decisão de facto

Os factos pertinentes para o julgamento da causa foram escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, em face das soluções plausíveis das questões de direito, nos termos da aplicação conjugada dos artigos 123.º, n.º 2 do CPPT, 596.º, n.º 1 e 607.º, n.º 3 do Código de Processo Civil (“CPC”), aplicáveis por remissão do artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e) do RJAT, não tendo o Tribunal de se pronunciar sobre todas as alegações das Partes.

O Tribunal formou a sua convicção quanto à factualidade provada com base nos documentos juntos à petição e no processo administrativo junto pela Autoridade Tributária e Aduaneira com a resposta, e em factos não questionados pelas partes.

Matéria de direito

1. A questão decidenda

Tal como já foi acima indicado, a questão de direito a apreciar respeita à qualificação, à data dos factos (2015), da Requerente e restantes sociedades incorporadas, enquanto sociedades gestoras de participações sociais (“SGPS”), como “Instituição Financeira”, na aceção do Direito da União Europeia, a fim de saber se, dessa forma, integram o elemento subjetivo do regime de isenção previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do Código do Imposto do Selo.

Para apreciação de tal questão, necessário se torna traçar o quadro legislativo vigente à data dos factos tributários, tendo em conta, antes de mais, o disposto no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do Código do Imposto do Selo, de acordo com o qual:

“Artigo 7.º - Outras isenções

1 – São também isentos do imposto:

[...]

e) Os juros e comissões cobrados, as garantias prestadas e, bem assim, a utilização de crédito concedido por instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras a sociedades de capital de risco, bem como a sociedades ou entidades cuja forma e objeto preencham os tipos de instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras previstos na legislação comunitária, umas e outras domiciliadas nos Estados membros da União Europeia ou em qualquer Estado, com exceção das domiciliadas em territórios com regime fiscal privilegiado, a definir por portaria do Ministro das Finanças;”

Importa ainda convocar as pertinentes disposições do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, com as alterações subsequentes¹, que contêm o Regime Jurídico das SGPS, categoria classificatória em que a Requerente e as sociedades incorporadas se enquadravam:

¹ Cf. Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro; Decreto-Lei n.º 378/98, de 27 de novembro; e Decreto-Lei n.º 318/94, de 24 de dezembro.

“Artigo 1.º - Sociedades gestoras de participações sociais

1 – As sociedades gestoras de participações sociais, adiante designadas abreviadamente por SGPS, têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas.

2 – Para efeitos do presente diploma, a participação numa sociedade é considerada forma indireta de exercício da atividade económica desta quando não tenha carácter ocasional e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada, quer por si só quer através de participações de outras sociedades em que a SGPS seja dominante.

3 – Para efeitos do número anterior, considera-se que a participação não tem carácter ocasional quando é detida pela SGPS por período superior a um ano.

4 – As SGPS podem adquirir e deter participações de montante inferior ao referido no n.º 2, nos termos dos n.ºs 3 a 5 do artigo 3.º.

Artigo 2.º - Tipo de sociedade e requisitos especiais do contrato

1 - As SGPS podem constituir-se segundo o tipo de sociedades anónimas ou de sociedades por quotas.

2 - Os contratos pelos quais se constituem SGPS devem mencionar expressamente como objeto único da sociedade a gestão de participações sociais de outras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas, nos termos do n.º 2 do artigo anterior.

3 - O contrato da sociedade pode restringir as participações admitidas, em função quer do tipo, objeto ou nacionalidade das sociedades participadas quer do montante das participações.

4 - A firma das SGPS deve conter a menção «sociedade gestora de participações sociais» ou a abreviatura SGPS, considerando-se uma ou outra dessas formas indicação suficiente do objeto social.

Artigo 3.º - Participações admitidas

1 - As SGPS podem adquirir e deter quotas ou ações de quaisquer sociedades, nos termos da lei.

2 - As SGPS podem adquirir e deter participações em sociedades subordinadas a um direito estrangeiro, nos mesmos termos em que podem adquirir e deter participações em sociedades sujeitas ao direito português, salvas as restrições constantes dos respetivos contratos e ordenamentos jurídicos estrangeiros.

3 - Com exceção do disposto na parte final do n.º 2 do artigo 1.º, as SGPS só podem adquirir e deter ações ou quotas correspondentes a menos de 10% do capital com direito de voto da sociedade participada nos seguintes casos:

a) Até ao montante de 30% do valor total das participações iguais ou superiores a 10% do capital social com direito de voto das sociedades participadas, incluídas nos investimentos financeiros constantes do último balanço aprovado;

b) Quando o valor de aquisição de cada participação não seja inferior a 1 milhão de contos, de acordo com o último balanço aprovado;

c) Quando a aquisição das participações resulte de fusão ou de cisão da sociedade participada;

d) Quando a participação ocorra em sociedade com a qual a SGPS tenha celebrado contrato de subordinação.

4 - No ano civil em que uma SGPS for constituída, a percentagem de 30% referida na alínea a) do número anterior é reportada ao balanço desse exercício.

5 - Sem prejuízo da sanção prevista no n.º 1 do artigo 13.º, a ultrapassagem, por qualquer motivo, do limite estabelecido na alínea a) do n.º 3 deve ser regularizada no prazo de seis meses a contar da sua verificação.

6 - Em casos excecionais, o Ministro das Finanças, a requerimento da SGPS interessada, poderá, mediante despacho fundamentado, prorrogar o prazo estabelecido no número anterior.

Artigo 4.º - Prestação de serviços

1 - É permitida às SGPS a prestação de serviços técnicos de administração e gestão a todas ou a algumas das sociedades em que detenham participações previstas no n.º 2 do artigo 1.º e nas alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 3.º ou com as quais tenham celebrado contratos de subordinação.

2 - A prestação de serviços deve ser objeto de contrato escrito, no qual deve ser identificada a correspondente remuneração.

3 - (Revogado).

Artigo 5.º - Operações vedadas

1 - Às SGPS é vedado:

a) Adquirir ou manter na sua titularidade bens imóveis, excetuados os necessários à sua própria instalação ou de sociedades em que detenham as participações abrangidas pelo n.º 2 do artigo 1.º, os adquiridos por adjudicação em ação executiva movida contra os seus devedores e os provenientes de liquidação de sociedades suas participadas, por transmissão global, nos termos do artigo 148.º do Código das Sociedades Comerciais;

b) Antes de decorrido um ano sobre a sua aquisição, alienar ou onerar as participações abrangidas pelo n.º 2 do artigo 1.º e pelas alíneas a) a c) do n.º 3 do artigo 3.º, exceto se a alienação for feita por troca ou o produto da alienação for reinvestido no prazo de seis meses noutras participações abrangidas pelo citado preceito ou pelo n.º 3 do artigo 3.º ou ainda no caso de o adquirente ser uma sociedade dominada pela SGPS, nos termos do n.º 1 do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais;

c) Conceder crédito, exceto às sociedades que sejam por ela dominadas nos termos do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais ou a sociedades em que detenham participações previstas no n.º 2 do artigo 1.º e nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 3.º, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 - Para efeitos da alínea c) do número anterior, a concessão de crédito pela SGPS a sociedades em que detenham participações aí mencionadas, mas que não sejam por ela

dominadas, só será permitida até ao montante do valor da participação constante do último balanço aprovado, salvo se o crédito for concedido através de contratos de suprimento.

3 - As operações a que se refere a alínea c) do n.º 1, efetuadas nas condições estabelecidas no número anterior, bem como as operações de tesouraria efetuadas em benefício da SGPS pelas sociedades participadas que com ela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, não constituem concessão de crédito para os efeitos do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro.

4 - As SGPS e as sociedades em que estas detenham participações previstas no n.º 2 do artigo 1.º e nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 3.º, deverão mencionar, de modo individualizado, nos documentos de prestação de contas, os contratos celebrados ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e as respetivas posições credoras ou devedoras no fim do ano civil a que os mesmos documentos respeitam.

5 - O prazo previsto na parte final da alínea b) do n.º 1 é alargado para a data correspondente ao fim do segundo exercício seguinte ao da realização da alienação, quando se trate de participação cujo valor de alienação não seja inferior a 1 milhão de contos.

6 - O valor de aquisição inscrito no balanço das SGPS relativo aos bens imóveis destinados à instalação de sociedades em que possuam as participações previstas no n.º 2 do artigo 1.º não pode exceder 25% do capital próprio das SGPS.”

Sobre o conceito de “Instituição Financeira” na legislação da União Europeia, interessa convocar o disposto no artigo 4.º, ponto 26) do Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, para o qual remete o artigo 3.º, ponto 22) da Diretiva 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento.

Dispõe o citado artigo 4.º ponto 26) o seguinte:

“Artigo 4.º - Definições

1. Para efeitos do presente regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

26) “Instituição financeira”: uma empresa que não seja uma instituição, cuja atividade principal é a aquisição de participações ou o exercício de uma ou mais das atividades enumeradas no Anexo I, pontos 2 a 12 e 15, da Diretiva 2013/36/UE, incluindo uma companhia financeira, uma companhia financeira mista, uma instituição de pagamento, na aceção da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, e uma sociedade de gestão de ativos, mas excluindo as sociedades gestoras de participações no setor dos seguros e as sociedades gestoras de participações de seguros mistas, na aceção do artigo 212.º, n.º 1, ponto g) da Diretiva 2009/138/CE;”.

As partes não discutem que os créditos foram concedidos por instituições de crédito e reconhecem que estas instituições, a Requerente e as restantes sociedades beneficiárias desse crédito não estão domiciliadas em Estado-membro ou em território onde vigore qualquer regime fiscal privilegiado. Apenas dissentem quanto à suscetibilidade das SGPS se submeterem ao conceito de instituição financeira ou ao tipo e forma de instituição financeira para que o legislador nacional remete no artigo 7.º, n.º 1, alínea e) do CIS.

O conceito de instituição financeira previsto “na legislação comunitária” para que remete a mencionada norma de isenção do Imposto do Selo, indica que a solução do litígio não passa apenas pela interpretação de normas nacionais, antes passa pela interpretação de preceitos do direito da União Europeia e pela densificação do que deve entender-se por “sociedades ou entidades cuja forma e objeto preenchem o tipo de instituições financeiras previstos na legislação comunitária”. Passa, mais concretamente, por saber se uma SGPS, constituída ao abrigo do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, que tem por único objeto contratual a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indireta de

exercício de atividades económicas, se subsume ao conceito de instituição financeira previsto no artigo 4.º, n.º 1, ponto 26) do Regulamento (UE) n.º 575/2013.

A interpretação de conceitos de Direito da União cabe, em primeira linha, ao TJUE, e os Tribunais Nacionais só devem dispensar a pronúncia expressa daquele Tribunal nas situações em que (i) a questão não seja necessária, nem pertinente para o julgamento do litígio principal; (ii) o TJUE já se tiver pronunciado de forma firme sobre a questão a reenviar, ou quando exista jurisprudência sua consolidada sobre a mesma; (iii) o juiz nacional não tenha dúvidas razoáveis quanto à solução a dar à questão de Direito da União, por o sentido da norma em causa ser claro e evidente, conforme estabelecido no Acórdão Cilfit, de 6 de outubro de 1982, processo 283/81.

Subsistindo dúvidas sobre a interpretação a conferir ao Direito da União Europeia, nos termos supra expostos e não se conhecendo jurisprudência clarificadora do Tribunal de Justiça, pretende este Tribunal Arbitral suspender a instância e suscitar o reenvio prejudicial, nos termos do disposto no artigo 267.º do TFUE formulando a seguinte questão prejudicial:

Uma sociedade gestora de participações sociais (SGPS) domiciliada em Portugal, regulada pelo disposto no Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro, que tem como único objeto a gestão de participações sociais de outras sociedades como forma indireta de exercício de atividades económicas, e que, neste âmbito, adquire e detém com carácter duradouro essas participações, em regra, não inferiores a 10% do capital social das sociedades participadas, que não integram o setor dos seguros nem o setor financeiro, subsume-se ao conceito de instituição financeira constante do artigo 3.º, n.º 1, ponto 22, da Diretiva 2013/36/UE e do artigo 4.º, n.º 1, ponto 26, do Regulamento UE n.º 575/2013?

III – DECISÃO

Em face de quanto antecede, acordam os árbitros deste Tribunal Arbitral em suspender a instância, até à pronúncia do Tribunal de Justiça, e determinar a passagem de carta a dirigir pelo CAAD à Secretaria daquele Tribunal Europeu, com pedido de decisão prejudicial, acompanhado do traslado do processo, incluindo cópias do pedido inicial e da resposta da Autoridade Tributária e Aduaneira, bem como cópia dos diplomas legais mencionados na presente decisão.

IV. VALOR DO PROCESSO

De harmonia com o disposto no artigo 306.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, 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 € 4 486 737,88 (quatro milhões, quatrocentos e oitenta e seis mil, setecentos e trinta e sete euros e oitenta e oito cêntimos), equivalente ao valor das liquidações impugnadas, indicado pela Requerente e não contestado pela Requerida.

V. CUSTAS

O montante das custas será fixado a final na dependência do decaimento.

Notifique-se.

Lisboa, 12 de abril de 2022.

A Presidente do Tribunal Arbitral

Alexandra Coelho Martins

O Árbitro vogal

Gustavo Gramaxo Rozeira

O Árbitro vogal

Mariana Vargas (relatora)