CAAD: Arbitragem Tributária
Processo n.º: 246/2024-T
Tema: Imposto do Selo (verba 17.3.4 da TGIS) e artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7/CE.

DECISÃO ARBITRAL

SUMÁRIO:

O artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7/CE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê a incidência de um imposto do selo sobre a remuneração que uma instituição financeira recebe de uma sociedade de gestão de fundos de investimento pela prestação de serviços de comercialização para efeitos de novas entradas de capital destinadas a subscrição de participações de fundos recentemente emitidas.

***

Carla Almeida Cruz, árbitro das listas do CAAD, designada pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formar o Tribunal Arbitral singular, constituído em 02-05-2024, elabora nos seguintes termos a decisão arbitral no processo identificado.

1. RELATÓRIO

A...– SOCIEDADE GESTORA DE ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO, S.A., com o número único de matrícula e identificação fiscal ..., com sede na Rua ..., n.º ... –..., ...-... Lisboa (doravante designada, abreviadamente, por "A..." ou "Requerente), veio, nos termos do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º, do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, constante do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, com a redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, (doravante, abreviadamente designado de "RJAT"), requerer a constituição de Tribunal Arbitral, com vista à declaração da ilegalidade da decisão de

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

indeferimento da reclamação graciosa n.º ...2023..., e consequente anulação dos atos de liquidação de Imposto do Selo (doravante "IS"), respeitantes ao período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, que incidiram sobre as comissões de comercialização cobradas pelas entidades comercializadoras, aos fundos de investimento por si geridos, no montante de € 11.246,31.

A Requerente peticiona também o reembolso do imposto pago em excesso, no montante de € 11.246,31, acrescido dos correspondentes juros indemnizatórios.

É Requerida nestes autos a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA** ("Requerida" ou "AT").

O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD em 23-02-2024 e foi notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) em 28-02-2024.

Nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 1 e do artigo 11.º, n.º 1, alínea b) do RJAT, o Conselho Deontológico designou como árbitro do Tribunal Arbitral, com árbitro singular, a signatária, que manifestou a aceitação do encargo, no prazo legal.

Em 12-04-2024 as partes foram devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado intenção de recusar a designação do árbitro, nos termos previstos nas normas do artigo 11.º, n.º 1, alíneas a) e b) do RJAT e nas normas dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Assim, e em conformidade com a disciplina constante do artigo 11.º, n.º 1, alínea c), do RJAT, o Tribunal Arbitral foi constituído em 02-05-2024.

A Requerida, através de despacho arbitral proferido em 02-05-2024, foi notificada para os efeitos previstos no artigo 17.º da RJAT.

Em 05-06-2024, a Requerida apresentou a sua Resposta, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido, na qual se defende por impugnação e pugna pela improcedência e consequente absolvição dos pedidos.

Em 05-06-2024, a Requerida remeteu também ao tribunal arbitral, cópia do processo administrativo ("PA").

Por despacho de 06-06-2024 foi dispensada a realização da reunião a que alude o artigo 18.º, do RJAT e determinada a notificação das partes para produzirem alegações escritas.

Em 25-06-2024, a Requerente e a Requerida apresentaram as suas alegações.

Por despachos de 30-10-2024 e de 26-12-2024, foi determinada, nos termos do disposto na norma do artigo 21º-2 do RJAT, a prorrogação, pelo período de dois meses, do prazo para ser proferida a decisão arbitral nestes autos.

2. SANEAMENTO

O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e é materialmente competente, face ao preceituado nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º, n.º 1, do DL n.º 10/2011, de 20 de Janeiro.

O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo, porque apresentado no prazo previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do RJAT.

As partes estão devidamente representadas, gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade (cf. artigos 4.º e 10.º, n.º 2, do RJAT, e artigo 1.º, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

O processo não enferma de nulidades, não tendo sido invocadas quaisquer exceções ou suscitadas questões prévias que obstem ao conhecimento de mérito e de que cumpra conhecer.

3. FUNDAMENTAÇÃO

3.1. MATÉRIA DE FACTO

3. 1.1. Factos provados

Com relevância para a decisão, consideram-se provados os seguintes factos:

A) A Requerente é uma sociedade tem por objeto social o exercício da atividade das sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo, no âmbito da qual gere diversos fundos de investimento imobiliário (cf. documentos n.ºs. 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

B) Em resultado da operação realizada em 18-03-2022 de fusão por incorporação mediante a transmissão global do património da entidade B..., S.A. ("B..."), com o número único de matrícula e identificação fiscal..., para a Requerente, esta passou a exercer, com efeitos a partir de dezembro de 2022, as funções de entidade gestora dos fundos de investimento imobiliário ("fundos de investimento") geridos pela antiga B... (cf. documento n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

C) No âmbito da sua atividade, a B... e a Requerente cobravam àqueles fundos de investimento, comissões de gestão, sobre as quais liquidaram Imposto do Selo, à taxa de 4%, nos termos da verba 17.3.4 da Tabela Geral do Imposto do Selo ("TGIS") (cf. documentos n.ºs. 1, 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

D) Adicionalmente, a atividade de comercialização das unidades de participação dos referidos fundos de investimento aos investidores privados e institucionais é desenvolvida por entidades comercializadoras (normalmente, instituições de crédito devidamente autorizadas para o efeito) que atuam enquanto intermediários financeiros (cf. documentos n°.s. 1, 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

E) Até Março de 2021, as entidades comercializadoras cobravam as comissões de comercialização às sociedades gestoras dos organismos de investimento coletivo, as quais, por sua vez, imputavam a totalidade dos custos aos fundos de investimento por via da cobrança das comissões de gestão (cf. documentos n.°s. 1, 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

F) A partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.° 144/2019, de 23 de setembro, as entidades comercializadoras passaram a cobrar as comissões de comercialização diretamente aos fundos de investimento geridos pela Requerente, sobre as quais liquidam Imposto do Selo, à taxa de 4%, nos termos da verba 17.3.4 da TGIS (cf. documentos n.°s. 1, 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

G) O B..., bem como a Requerente, recorrem a entidades comercializadoras para efeitos da comercialização das suas unidades de participação, não prestando a B... e agora a Requerente este mesmo serviço, razão pela qual as referidas comissões são cobradas exclusivamente pelo Banco C..., sobre as quais liquida Imposto do Selo, à taxa de 4%, nos termos da verba 17.3.4 da TGIS (cf. documentos n.°s. 1, 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

H) A Requerente é a sociedade gestora do Fundo de Investimento Imobiliário "D...– Fundo de Investimento Imobiliário Aberto", com o NIF ... (cf. documentos n.°s. 4 e 5 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido e PA).

I) No período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, foi liquidado Imposto do Selo, nos termos da verba 17.3.4 da TGIS, sobre comissões de comercialização cobradas ao fundo de investimento imobiliário gerido pela Requerente, "D... – Fundo de Investimento Imobiliário Aberto", pela E..., S.A., NIPC ... (E...), no montante total de **€ 11.246,31**, conforme decorre da tabela seguinte (cf. cópias das faturas juntas como documento n.° 1 com o PPA e por acordo das partes):

Av.ª Duque de Loulé n.° 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

Meses	Comissão de comercialização	Imposto do Selo (4%)
Janeiro	25.540,80	1.021,63
Fevereiro	23.549,23	941,97
Março	26.374,34	1.054,97
Abril	26.076,75	1.043,07
Maio	27.426,03	1.097,04
Junho	25.228,94	1.009,16
Julho	25.057,48	1.002,30
Agosto	25.430,58	1.017,22
Setembro	24.877,96	995,12
Outubro	26.058,69	1.042,35
Novembro	25.537,02	1.021,48
Total	**281.157,82**	**11.246,31**

J) A liquidação do Imposto do Selo em questão foi promovida através da entrega das declarações mensais de Imposto do Selo durante o período em apreço, tendo a Requerente efetuado o pagamento do Imposto do Selo relativo às liquidações que efetuou (Cf. documento n.º1 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido, PA e por acordo das partes).

K) Em 30 de agosto de 2023, a Requerente apresentou reclamação graciosa, contra os atos tributários de autoliquidação de Imposto do Selo referentes ao período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, tendo peticionado a respetiva anulação (cf. *documento* n.º 4 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido, e PA).

L) Por despacho de 06-11-2023, do qual a Requerente foi notificada em 24-11-2023, foi indeferida a reclamação graciosa que esta apresentou (Cf. documento n.º 5 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

M) Em 21-02-2024, a Requerente apresentou o pedido de pronúncia arbitral que deu origem ao presente processo [cf. sistema informático de gestão processual do CAAD].

3.1.2. Factos considerados não provados

Não foram considerados como não provados nenhum dos factos alegados, com efetiva relevância para a boa decisão da causa.

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

3.1.3. Fundamentação da decisão da matéria de facto

Os factos pertinentes para o julgamento da causa foram escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, à face das soluções plausíveis das questões de direito, nos termos da aplicação conjugada dos artigos 123.º, n.º 2, do CPPT e 607.º, n.º 3, do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT.

Não há controvérsia sobre a matéria de facto, pelo que no tocante à matéria de facto dada como provada, a convicção do Tribunal fundou-se nos factos articulados pelas Partes, cuja aderência à realidade não foi posta em causa e, portanto, admitidos por acordo, bem como na análise crítica da prova documental que consta dos autos, designadamente os documentos juntos pela Requerente, cuja correspondência à realidade não é contestada pela Autoridade Tributária e Aduaneira.

Não se deram como provadas, nem não provadas alegações feitas pelas partes, com natureza meramente conclusiva, ainda que tenham sido apresentadas como factos, por serem insuscetíveis de comprovação, sendo que o seu acerto só pode ser aferido em confronto com a fundamentação da decisão da matéria jurídica, constante do capítulo seguinte.

Finalmente, importa sublinhar que a questão essencial a decidir é de direito e assenta na prova documental junta aos autos pela Requerente e na documentação constante do processo administrativo junto pela Autoridade Tributária e Aduaneira.

3.2. MATÉRIA DE DIREITO

3.2.1 Objeto do litígio

A questão *decidenda* consiste em determinar se as comissões cobradas pela entidade comercializadora contratada para o efeito, no caso a E..., ao Fundo de Investimento imobiliário gerido pela Requerente – "D...– Fundo de Investimento Imobiliário Aberto" – devem ou não ser excluídas de tributação em sede de Imposto do Selo, ao abrigo da verba 17.3.4 da TGIS, por tal tributação poder configurar uma violação da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2008/7/CE, de 12 de Fevereiro de 2008 que proíbe a tributação indireta das reuniões de capital.

Em caso de procedência do PPA, este tribunal terá, ainda, de decidir acerca do pedido, formulado pela Requerente, de reconhecimento do direito ao reembolso do imposto pago acrescido de juros indemnizatórios.

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

3.2.2 - Posição das partes

A Requerente peticiona que:

a) Seja determinada a ilegalidade e anulada a decisão de indeferimento proferida em sede de procedimento de reclamação graciosa na matéria de direito aqui em causa e, bem assim, declarada a ilegalidade dos atos de liquidação de Imposto do Selo da Requerente, respeitantes ao período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, sobre as comissões de comercialização cobradas pelas entidades comercializadoras.

b) Seja determinado o reembolso do montante de € 11.246,31 a título de Imposto do Selo pago em excesso, no período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, acrescido dos correspondentes juros indemnizatórios.

A Requerente para fundamentar os pedidos que deduz, alega em síntese que:

i. A sujeição a Imposto do Selo das comissões de comercialização cobradas pelas entidades comercializadoras aos fundos de investimento anteriormente geridos pela B... e agora geridos pela Requerente no período de 2022, não se encontrar em conformidade com as disposições da Diretiva n.º 2008/7/CE do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2008 ("Diretiva"), relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, e, consequentemente, em conformidade com o Direito da União Europeia cuja aplicação na ordem interna está constitucionalmente consagrada nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa ("CRP").

ii. Foi instituído pela referida Diretiva que os Estados-membros não poderiam aplicar impostos indiretos às reuniões de capitais, desígnio este que consta expresso na alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º da mencionada Diretiva.

iii. Para efeitos daquela Diretiva, os fundos de investimento são equiparados a sociedade de capitais (*cfr.* artigo 2.º), devendo igualmente ser-lhes aplicáveis as regras do mercado interno de capitais, mais especificamente a proibição de qualquer tributação indireta sobre a atividade de colocação e negociação de unidades de participação (mormente, a atividade de comercialização).

iv. As comissões de comercialização, estando inequivocamente enquadradas na alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva, não poderão ser sujeitas a Imposto do Selo,

porquanto respeitam à remuneração pelo exercício da atividade de comercialização das unidades de participação dos fundos de investimento. |

v. Ainda que assim não se entendesse, vem o TJUE estatuir, no âmbito do Processo C-656/21 (que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD), a propósito da interpretação do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capital, que "*tendo em conta o objetivo prosseguido por esta diretiva, o artigo 5.º da mesma deve ser objeto de uma interpretação lato sensu, para evitar que as proibições que prevê sejam privadas de efeito útil*" pelo que "*a proibição de imposição das operações de reunião de capitais aplica-se igualmente às operações que não estão expressamente referidas nesta proibição, uma vez que esta imposição equivale a tributar uma operação que faz parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais*".|

vi. Visando a comissão de comercialização remunerar o serviço prestado pelos intermediários financeiros com referência à comercialização e distribuição das unidades de participação dos fundos de investimento por si geridos por via da subscrição daqueles títulos, é pacífico que o Imposto do Selo que sobre a mesma incide nos termos da Verba 17.3.4 da Tabela Geral tem claro cabimento na norma acima referida, enquanto imposto indireto que visa tributar "A criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação de acções, de partes sociais ou de outros títulos da mesma natureza, bem como de certificados representativos desses títulos, independentemente de quem os emitiu".

vii. Declarada a ilegalidade dos atos de liquidação de Imposto do Selo aqui impugnados, deverá ter-se por verificado erro imputável aos serviços, assistindo à Requerente direito não só ao respetivo reembolso, mas, também, ao abrigo do artigo 43.º da Lei Geral Tributária, a juros indemnizatórios contados desde a data do pagamento das liquidações anuladas, até integral reembolso do montante de € 11.246,31.

A AT, por seu turno, peticiona a improcedência da ação e a sua absolvição dos pedidos, tendo alegado, para sustentar a sua posição, em resumo, que:

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

i. O fundo gerido pela Requerente e a quem a E... cobrou as comissões devidas pela comercialização das suas UP, não se enquadra na Diretiva 2009/65/CE, qualificando-se, ao invés, na medida em que é um OII, como um organismo de investimento *alternativo (OIA), nos termos do RGOIC (presentemente revogado pelo RGA, aprovado pelo DL n.º 27/2023, de 28 de abril, que os requalificou como OIA imobiliários), ou FIA´s nos termos da Diretiva 2011/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011).*

ii. Sendo o fundo de investimento D... um OII (OIA imobiliário na linguagem do novo RGA), um tipo de organismo de investimento coletivo que objetivamente não se qualifica como "fundo comum de investimento" abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2009/CE/65, isto é, como OICVM, devem as liquidações de Imposto do Selo que incidiram sobre a cobrança das comissões referentes à comercialização das suas UP ser consideradas legais, uma vez que de acordo com a jurisprudência que emana ponto 32 do Acórdão C-656/21 só as liquidações de Imposto do Selo que incidam sobre as comissões de "fundos comuns de investimento" abertos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2009/CE/65 ficam protegidas de tributação prevista na verba 17.3.4 da TGIS, por força da aplicação da alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2008/7/CE.

iii. Os atos tributários de liquidação de Imposto do Selo pela verba 17.3.4 da TGIS, respeitantes ao período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, atos esses atacados por via da reclamação graciosa apresentada pela Requerente, são legais, não padecendo de qualquer vício que os inquine.

iv. As liquidações em causa não provêm de qualquer erro imputável aos Serviços, pelo que não são devidos juros indemnizatórios, nos termos do disposto no art.º 43.º da LGT.

3.2.3. Apreciação da questão

Vejamos então se as comissões em questão, estão ou não excluídas de tributação em sede de Imposto do Selo, ao abrigo da verba 17.3.4 da TGIS, por tal tributação configurar uma violação da alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2008/7/CE, que proíbe a tributação indireta das reuniões de capital.

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

Os argumentos e as posições das partes quanto a esta questão encontram-se já detalhadamente enunciados no antecedente ponto 3.2.2), pelo que se passa a apreciar e decidir a questão.

Para apreciar a questão a decidir, importa atender ao disposto nas normas aplicáveis de direito interno e da União Europeia, que a seguir se transcrevem na parte relevante:

*

CÓDIGO DO IMPOSTO DO SELO

"Capítulo I - Incidência

Artigo 1.º

Incidência objectiva

1 - 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."

*

TABELA GERAL DO IMPOSTO DO SELO

"17 Operações financeiras:

[…]

17.3 Operações realizadas por ou com intermediação de instituições de crédito, sociedades financeiras ou outras entidades a elas legalmente equiparadas e quaisquer outras instituições financeiras - sobre o valor cobrado:

17.3.1 Juros por, designadamente, desconto de letras e bilhetes do Tesouro, por empréstimos, por contas de crédito e por crédito sem liquidação 4%

17.3.2 Prémios e juros por letras tomadas, de letras a receber por conta alheia, de saques emitidos sobre praças nacionais ou de quaisquer transferências 4%

17.3.3 Comissões por garantias prestadas 3%

17.3.4 Outras comissões e contraprestações por serviços financeiros, incluindo as taxas relativas a operações de pagamento baseadas em cartões 4%"

*

DIRETIVA 2008/7/CE DO CONSELHO, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2008,

RELATIVA AOS IMPOSTOS INDIRETOS QUE INCIDEM SOBRE AS REUNIÕES DE CAPITAIS

"Artigo 5.º

Operações não sujeitas a impostos indirectos

1. Os Estados-Membros não devem sujeitar as sociedades de capitais a qualquer forma de imposto indirecto sobre:

a) Entradas de capital;

b) Empréstimos ou prestações de serviços, efectuadas no âmbito das entradas de capital;

c) Registo ou qualquer outra formalidade prévia ao exercício de uma actividade a que uma sociedade de capitais esteja sujeita em consequência da sua forma jurídica;

d) Alterações do acto constitutivo ou dos estatutos de uma sociedade de capitais, designadamente as seguintes:

i) a transformação de uma sociedade de capitais numa sociedade de capitais de tipo diferente,

ii) a transferência de um Estado-Membro para outro Estado-Membro da sede de direcção efectiva ou da sede estatutária de uma sociedade de capitais,

iii) a alteração do objecto social de uma sociedade de capitais,

iv) a extensão do período de duração de uma sociedade de capitais;

e) As operações de reestruturação referidas no artigo 4.

2. Os Estados-Membros não devem sujeitar a qualquer forma de imposto indirecto:

a) A criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação de acções, de partes sociais ou de outros títulos da mesma natureza, bem como de certificados representativos desses títulos, independentemente de quem os emitiu;

b) Os empréstimos, incluindo os estatais, contraídos sob a forma de emissão de obrigações ou outros títulos negociáveis, independentemente de quem os emitiu, e todas as formalidades conexas, bem como a criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação dessas obrigações ou de outros títulos negociáveis."

A questão de violação do Direito da União Europeia suscitada pela Requerente foi apreciada pelo TJUE no acórdão de 22-12-2022, proferido no âmbito do processo n.º C-656/21, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º do TFUE, pelo CAAD (Processo nº 88/2021-T), que estabeleceu a jurisprudência que se passa a reproduzir:

"Nestas condições, o Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa CAAD) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

«1) O artigo 5.°, n.° 2, da Diretiva [2008/7] opõe-se a uma legislação nacional, como a verba 17.3.4 do Código do Imposto do Selo, que prevê a tributação em Imposto do Selo das comissões cobradas por bancos às entidades gestoras de fundos mobiliários abertos, por prestação de serviços a estas relativos à atividade dos bancos dirigida à concretização de novas subscrições de UP, isto é, dirigida a novas entradas de capitais para os fundos de investimento, consubstanciadas na subscrição de novas unidades de participação emitidas pelos fundos?

2) O artigo 5.°, n.° 2, da Diretiva [2008/7] opõe-se a uma legislação nacional que prevê a tributação em Imposto do Selo das comissões de gestão cobradas pelas entidades gestoras aos fundos mobiliários abertos, na medida em que essas comissões de gestão incluam o redébito das comissões cobradas por bancos, às entidades gestoras, pela atividade referida?»"

"(…)

"22 A título preliminar, importa recordar que, segundo o seu artigo l.°, alínea a), a Diretiva 2008/7 regulamenta a aplicação de impostos indiretos sobre as entradas de capital nas sociedades de capitais. Entre esses impostos indiretos figuram o imposto do selo sobre os títulos e os outros impostos indiretos com características idênticas às do imposto do selo sobre os títulos.

23 O artigo 2.°, n.°2, da referida diretiva prevê, por outro lado, que qualquer sociedade, associação ou pessoa coletiva com fins lucrativos que não pertença às categorias de sociedades de capitais mencionadas no n.° 1 do mesmo artigo é equiparada a uma sociedade de capitais.

24 No caso em apreço, resulta da decisão de reenvio que o imposto em causa no processo principal constitui um imposto do selo cobrado sobre a remuneração dos bancos a título dos serviços de comercialização de novas subscrições de participações de fundos comuns de investimento. Daqui resulta igualmente que, em direito português, o conceito de «fundo de investimento» visa uma massa de património, sem personalidade jurídica, que pertence aos participantes segundo o regime geral de comunhão.

25 Ora, o Tribunal de Justiça já declarou que um agrupamento de pessoas sem personalidade jurídica, cujos membros entram com capitais para um património separado para atingir um fim lucrativo, deve ser considerado uma «associação com fins lucrativos» na aceção do artigo 2.°, n.° 2, da Diretiva 2008/7, pelo que, em aplicação desta última disposição, é equiparado a uma sociedade de capitais para efeitos desta diretiva (v., neste sentido, Acórdão de 12 de novembro de 1987, Amro Aandelen Fonds, 112/86, EU:C:1987:488, n.° 13).

26 Decorre destas considerações que fundos comuns de investimento, como os que estão em causa no processo principal, devem ser equiparados a sociedades de capitais e, por conseguinte, são abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/7.

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

27 Feitas estas observações preliminares, há que recordar que o artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7 proíbe os Estados-Membros de sujeitarem a qualquer forma de imposto indireto a criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação de ações, de partes sociais ou de outros títulos da mesma natureza, bem como de certificados representativos desses títulos, independentemente de quem os emitiu.

28 Todavia, tendo em conta o objetivo prosseguido por esta diretiva, o artigo 5.° da mesma deve ser objeto de uma interpretação latu sensu, para evitar que as proibições que prevê sejam privadas de efeito útil. Assim, a proibição da imposição das operações de reunião de capitais aplica-se igualmente às operações que não estão expressamente referidas nesta proibição, uma vez que essa imposição equivale a tributar uma operação que faz parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais (v., neste sentido, Acórdão de 19 de outubro de 2017, Air Berlin, C-573/16, EU:C:2017:772, nãos 31 e 32 e jurisprudência referida).

29 Assim, o Tribunal de Justiça declarou que, uma vez que uma emissão de títulos só tem sentido a partir do momento em que esses mesmos títulos são adquiridos, uma taxa sobre a primeira aquisição de títulos de uma nova emissão tributaria, na realidade, a própria emissão dos títulos, na medida em que ela faz parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais. O objetivo de preservar o efeito útil do artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7 implica assim que a «emissão», na aceção desta disposição, inclua a primeira aquisição dos títulos efetuada no quadro da sua emissão (v., por analogia, Acórdão de 15 de julho de 2004, Comissão/Bélgica, C-415/02, EU:C:2004:450, n°s 32 e 33).

30 Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça considerou que a transmissão de titularidade, apenas para efeitos de uma operação de admissão dessas ações na Bolsa e sem consequências sobre a sua propriedade efetiva, deve ser vista apenas como uma operação acessória, integrada nessa operação de admissão, a qual, em conformidade com o artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7, não pode ser sujeita a qualquer imposição, seja de que forma for (v., neste sentido, Acórdão de 19 de outubro de 2017, Air Berlin, C-573/16,EU:C:2017:772, nãos 35 e 36).

31 Ora, uma vez que serviços de comercialização de participações em fundos comuns de investimento, como os que estão em causa no processo principal, apresentam uma ligação estreita com as operações de emissão e de colocação em circulação de partes sociais, na aceção do artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7, devem ser considerados parte integrante de uma operação global à luz da reunião de capitais.

32 Com efeito, sob reserva de uma verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, esses fundos estão abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2009/65, por força do seu artigo l.°, nãos 1 a 3. A este respeito, o pagamento do preço correspondente às participações adquiridas, único objetivo de uma operação de comercialização, está ligado à substância da reunião de capitais e é, como resulta do artigo

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

87.° da Diretiva 2009/65, uma condição que deve ser preenchida para que as participações de fundos em causa sejam emitidas.

33 Daqui resulta que o facto de dar a conhecer junto do público a existência de instrumentos de investimento de modo a promover a subscrição de participações de fundos comuns de investimento constitui uma diligência comercial necessária e que. a esse título, deve ser considerada uma operação acessória, integrada na operação de emissão e de colocação em circulação de participações nos referidos fundos.

34 Além disso, uma vez que a aplicação do artigo 5.°, n.°2, alínea a), da Diretiva 2008/7 depende da ligação estreita dos serviços de comercialização com essas operações de emissão e de colocação em circulação, é indiferente, para efeitos dessa aplicação, que se tenha optado por confiar essas operações de comercialização a terceiros em vez de as efetuar diretamente.

35 A este respeito, há que recordar que, por um lado, esta disposição não faz depender a obrigação de os Estados-Membros isentarem as operações de reunião de capitais de nenhuma condição relativa à qualidade da entidade encarregada de realizar essas operações. Por outro lado, a existência ou não de uma obrigação legal de contratar os serviços de um terceiro não é uma condição pertinente quando se trata de determinar se uma operação deve ser considerada parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais (v., neste sentido, Acórdão de 19 de outubro de 2017, Air Berlin, C-573/16, EU:C:2017:772, n.° 37).

36 Daqui resulta que serviços de comercialização como os que estão em causa no processo principal fazem parte integrante de uma operação de reunião de capitais, pelo que o facto de os onerar com um imposto do selo está abrangido pela proibição prevista no artigo 5.o, N.O. 2, alínea a), da Diretiva 2008/7.

37 Por outro lado, há que observar que o efeito útil desta disposição ficaria comprometido se, apesar de impedir a incidência de um imposto do selo sobre as remunerações auferidas pelos bancos a título de serviços de comercialização de novas participações de fundos comuns de investimento junto da sociedade de gestão destes, fosse permitido que esse imposto do selo incidisse sobre as mesmas remunerações quando estas são redebitadas pela referida sociedade de gestão aos fundos em causa.

38 Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 5°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê a incidência de um imposto do selo, por um lado, sobre a remuneração que uma instituição financeira recebe de uma sociedade de gestão de fundos comuns de investimento pela prestação de serviços de comercialização para efeitos de novas entradas de capital destinadas à subscrição de participações de fundos recentemente emitidas e, por outro, sobre os montantes que essa sociedade de gestão recebe dos fundos comuns de investimento na

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

medida em que esses montantes incluam a remuneração que a referida sociedade de gestão pagou às instituições financeiras por esses serviços de comercialização.

Como corolário destas considerações, o TJUE declarou o seguinte:

"O artigo 5.°, n.° 2, alínea a), da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, deve ser interpretado no sentido de que: se opõe a uma legislação nacional que prevê a incidência de um imposto do selo, por um lado, sobre a remuneração que uma instituição financeira recebe de uma sociedade de gestão de fundos comuns de investimento pela prestação de serviços de comercialização para efeitos de novas entradas de capital destinadas à subscrição de participações de fundos recentemente emitidas e, por outro, sobre os montantes que essa sociedade de gestão recebe dos fundos comuns de investimento na medida em que esses montantes incluam a remuneração que a referida sociedade de gestão pagou às instituições financeiras por esses serviços de comercialização."

As liquidações impugnadas têm subjacente a aplicação da verba 17.3.4. da TGIS, interpretada como prevendo, a incidência de Imposto do Selo sobre as comissões cobradas pela entidade comercializadora contratada para o efeito, no caso a E..., ao Fundo de Investimento imobiliário "D...– Fundo de Investimento Imobiliário Aberto", gerido pela Requerente, situação enquadrável na jurisprudência citada.

O artigo 8.°, n.° 4, da CRP estabelece que «*as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*».

Desta norma decorre a primazia do Direito da União Europeia sobre o Direito Nacional, quando não está em causa os princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Como tem sido pacificamente entendido pela jurisprudência e é corolário da obrigatoriedade de reenvio prejudicial prevista no artigo 267.° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (que substituiu o artigo 234.° do Tratado de Roma, anterior artigo 177.°), a jurisprudência do TJUE tem carácter vinculativo para os Tribunais nacionais, quando tem por objecto questões de Direito da União Europeia[1] .

[1] Cf. neste sentido, de entre outros Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 25-10-2000, processo n.º 25128, publicado em apêndice ao Diário da República de 31-1-2003, página 3757; de 7-11-2001, processo n.º 26432, publicado em Apêndice ao Diário da República de 13-10-2003, página 2602; de 7-11-2001, processo n.º 26404, publicado em Apêndice ao Diário da República de 13-10-2003, página 2593.

Assim, aplicando, com as devidas adatações para o caso em apreço, a mencionada jurisprudência do TJUE, conclui-se que as liquidações impugnadas são ilegais, por a verba 17.3.4. da TGIS, em que se basearam, ser ilegal, por incompatibilidade com o artigo 5.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2008.

Termos em que, dando cumprimento à mencionada jurisprudência do TJUE, o Tribunal julga procedente o pedido da Requerente, com a consequente anulação da decisão de indeferimento da reclamação graciosa em apreço, assim como das liquidações impugnadas.

3.2.4. <u>Do reembolso do imposto pago e do pagamento de juros indemnizatórios</u>

Quanto ao pedido de reembolso do imposto pago, acrescido de juros indemnizatórios, formulado pela Requerente, o artigo 43.º, n.º 1, da LGT estabelece que são devidos juros indemnizatórios quando se determine, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido.

Como tendo sido entendido pelo Supremo Tribunal Administrativo, a imputabilidade para efeitos de juros indemnizatórios apenas depende da prática de um acto ilegal, por iniciativa da Administração Tributária, mesmo em situações em que a ilegalidade deriva apenas do direito da União Europeia[2].

Tal como é também entendimento do Supremo Tribunal Administrativo, «*os juros indemnizatórios previstos no art. 43ºda LGT são devidos sempre que possa afirmar-se, como no caso sub judicibus, que ocorreu erro imputável aos serviços demonstrado, desde logo e sem necessidade de mais, pela procedência de reclamação graciosa ou impugnação judicial da correspondente liquidação*»[3].

Tendo existido reclamação graciosa em que a Autoridade Tributária e Aduaneira manteve as liquidações, os erros que as afectam são-lhe imputáveis pelo menos desde a data da decisão de indeferimento, proferida em 06-11-2023, pelo que é desta data que se devem contar juros indemnizatórios.

[2] Cf. a titulo exemplificativo, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 31-10-2001, processo n.º 26167, publicado em Apêndice ao Diário da República de 13-10-2003, página 2466, e de 24-04-2002, processo n.º 117/02, publicado em Apêndice ao Diário da República 08-03-2004, página 1197.

[3] Cf. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 28-11-2001, processo n.º 26223, publicado em Apêndice ao Diário da República de 13-10-2003, página 2824, e de 16-01-2002, processo n.º 26508, publicado em Apêndice ao Diário da República 16-2-2004, página 77.

Esta situação de a Autoridade Tributária e Aduaneira manter uma situação de ilegalidade, quando devia repô-la deverá ser enquadrada, por mera interpretação declarativa, no n.º 1 do artigo 43.º da LGT, pois trata-se de uma situação em que há nexo de causalidade adequada entre um erro imputável aos serviços e a manutenção de um pagamento indevido e a omissão de reposição da legalidade quando se deveria praticar a acção que a reporia deve ser equiparada à acção[4].

Neste mesmo sentido tem vindo a ser decidido de forma uniforme o Supremo Tribunal Administrativo, como pode ver-se, a título de exemplo pelos acórdãos de 09-12-2021, proferido no processo n.º 1098/16.5BELRS e de 13-07-2022, proferido no processo n.º 1693/09.9BELRS.

Nestes termos, importa concluir que a Requerente tem direito a juros indemnizatórios, calculados sobre a quantia de € €11.246,31, contados desde 06-11-2023, até integral reembolso das quantias indevidamente pagas, à taxa legal supletiva, nos termos dos artigos 43.º, n.º 4, e 35.º, n.º 10, da LGT, do artigo 61.º do CPPT, do artigo 559.º do Código Civil e da Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril.

4. DECISÃO

Nos termos expostos, o Tribunal Arbitral decide:

1. Julgar integralmente procedente o pedido de pronúncia arbitral formulado pela Requerente, e em consequência:
   a) Anular a decisão de indeferimento da reclamação graciosa n.º. ...2023...;
   b) Anular os atos de liquidação de Imposto do Selo sobre as comissões de comercialização cobradas pela E..., S.A. ao fundo de investimento imobiliário gerido pela Requerente, "D...– Fundo de Investimento Imobiliário Aberto", no período compreendido entre janeiro e novembro de 2022, no montante de €11.246,31;

[4] ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, 10.ª edição, página 528:«A omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um acto que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano».

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt

c) Condenar a Requerida no reembolso à Requerente do imposto por esta pago, no montante de €11.246,31;

d) Condenar a Requerida no pagamento à Requerente de juros indemnizatórios, nos termos referidos no ponto 3.2.4 desta decisão.

2. Condenar a Requerida no pagamento das custas do processo.

5. VALOR DO PROCESSO

Fixa-se o valor do processo em €11.246,31 (onze mil, duzentos e quarenta e seis euros e trinta e um cêntimos), nos termos do artigo 97.º-A, n.º 1, alínea a) do CPPT e do artigo 306.º, n.º 2, do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e) do RJAT e do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

6. CUSTAS

Fixa-se o valor da taxa de arbitragem em € 918,00, nos termos da Tabela I do Regulamento das Custas dos Processos de Arbitragem Tributária e do disposto nos artigos 12.º, n.º 2, e 22.º, n.º 4, ambos do RJAT, e artigo 4.º, n.º 5, do citado Regulamento, a pagar pela Requerida.

Notifique-se.

Lisboa, 24 de Fevereiro de 2025

O Árbitro,

_____

(Carla Almeida Cruz)

Av.ª Duque de Loulé n.º 72 A • 1050-091 LISBOA • 213 189 027 / 217 653 423 (Chamada para a rede fixa nacional) •
www.caad.org.pt • geral@caad.org.pt