

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 1185/2024-T

Tema: Imposto do Selo; artigo 7.º, n.º 1, alínea d), do CIS; verba 10 TGIS; constituição de garantias; Diretiva 2008/7/CE; artigo 63.º TFUE

SUMÁRIO:

1.A proibição de impostos indiretos, prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2008/7/CE, que incide sobre as reuniões de capitais, aplica-se igualmente às operações que não estão expressamente referidas nesta proibição, quando essa imposição equivaler, na prática, a tributar uma operação que faça parte integrante de uma operação global relevante do ponto de vista da reunião de capitais, não sendo necessário que essa integração resulte de uma exigência legal.

2.A separação entre o contrato principal de emissão de obrigações e o contrato acessório de constituição de garantias seria uma operação conceitual de natureza artificial, indiferente à estreita ligação económica e funcional que se estabelece entre ambos no quadro de uma operação global de reunião de capitais.

3. Uma interpretação em conformidade com o direito da União Europeia da isenção de IS constante do artigo 7.º, n.º 1, alínea d), do CIS, obriga a alargar o seu âmbito à constituição de garantias acessória de um contrato de emissão de obrigações.

DECISÃO ARBITRAL

A..., S.A., NIPC..., com sede na Rua..., n.º ..., ...-..., Lisboa, veio, nos termos legais, pedir a constituição de tribunal arbitral.

É requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira.

I – RELATÓRIO

a) O pedido

A Requerente pede que seja declarada a ilegalidade de uma liquidação de Imposto do Selo, relativa ao mês de agosto de 2021, no montante de € 409.500,00, relativa à prestação de garantias em virtude da concretização de operações económicas intrínsecas a uma emissão obrigacionista.¹

Pede ainda que “seja declarada a ilegalidade do ato de indeferimento (tacitamente presumido) do pedido de revisão oficiosa subjacente a este processo”. E, por fim, pede também a condenação da Requerida no pagamento de juros indemnizatórios.

b) O litígio

A posição da Requerente é, em suma, a seguinte:

- aceita que a lei nacional (o CIS) não isenta de tributação a prestação de garantias em causa.
- entende, no entanto, que a sujeição a IS das operações em causa viola o consagrado na alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva relativa aos impostos indiretos que incidem sobre reuniões de capitais²,
- porquanto entende que a prestação de garantias aos subscritores de obrigações, tal qual aconteceu no caso em análise, deve ser entendida como constituindo uma

¹ Liquidação e pagamentos efetuados por B..., notária, NIF....

² Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais:

Artigo 5º (Operações não sujeitas a impostos indiretos)

1. Os Estados-Membros não devem sujeitar as sociedades de capitais a qualquer forma de imposto indireto sobre:
(...)
2. (...)
3. 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.
(...)

formalidade conexa à operação principal (emissão de obrigações) cuja tributação em impostos diretos (natureza que tem o IS) resulta expressamente proibida por tal normativo.

- acentua a existência de “(...) uma relação direta entre a constituição da garantia e a obrigação garantida que consta de um contrato que é «especialmente tributado» na Tabela, uma relação de acessoriedade entre uma garantia e a obrigação que visa garantir”.

- acessoriedade que entende existir também ao nível da tributação pois “onde houver tributação em sede de IS a título de um financiamento, não haverá tributação em virtude das garantias que forem prestadas na sua sequência”.

Ou seja, - entende - por não haver tributação da operação principal, por força de uma isenção, deixaria o sujeito passivo de poder beneficiar da exclusão de incidência por acessoriedade em tais casos. Nas palavras do Requerente:” O que se revelaria, no mínimo, contraditório: não se tributa o empréstimo obrigacionista (operação principal) por força do disposto na Diretiva sobre a reunião de capitais, mas tributa-se o contrato de garantias (operação conexa com a principal), o que se revela ainda mais oneroso do que tributar a operação principal”.

- salienta ainda que sem tais garantias não haveria empréstimo obrigacionista, já que a sua prestação foi *conditio sine qua non* para a subscrição das obrigações por parte da obrigacionista e

- que a tributação, a acontecer, frustraria totalmente o objetivo da Diretiva, que, tal como reza o respetivo preâmbulo, é eliminar /diminuir que “[o]s efeitos económicos do imposto sobre as entradas de capital...” os quais “...são desfavoráveis ao reagrupamento e ao desenvolvimento das empresas”.

- cita, a favor do seu entendimento, vários acórdãos do TJUE, dos quais assumem saliência o C-415/02 (Comissão v. Bélgica), no qual se concluiu que o artigo 5.º da Diretiva deverá ser sujeito a uma interpretação extensiva e,

- o acórdão C-299/13 (Isabelle Gielen), no qual o TJUE declarou o seguinte: “Resulta, assim, da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às disposições do artigo 11.º da Diretiva 69/335, e nomeadamente dos acórdãos FECSA e ACESA (EU:C:1998:508) e Comissão/Bélgica (EU:C:2004:450), que, em conformidade com os objetivos da referida diretiva, a proibição da tributação das operações de reunião de capitais se aplica igualmente às operações que não estão expressamente referidas nesta proibição, uma vez que essa tributação equivale a tributar uma operação que faz parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais³”.

³ A Requerente entende que esta interpretação é transponível para o artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2008/7, pois que este reproduz, em termos idênticos, o artigo 11.º da Diretiva 69/335.”

Por seu lado, a Requerida começa por invocar quatro exceções, que adiante se enunciarão e analisarão.

Entende:

- que, no caso em apreço, não existe uma “reunião de capitais”, para efeitos da Diretiva 2008/7/CE, pois está em causa um negócio bilateral, entre a Requerente, emissora das obrigações, e a sociedade C... S.à.r.l., como investidora (única).
- que ” resulta dos despachos C-335/22 e C-416/22 do TJUE, ambos de 19 de julho de 2023, que as comissões ditas de “colocação” em mercado de títulos negociáveis sob a forma de obrigações e de papel comercial, numa interpretação conforme à alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º da Diretiva 2008/7/CE, devem ficar excluídas da tributação prevista na verba 17.3.4 da TGIS, “a contrario”, as garantias prestadas no âmbito de operações que não tenham essas características por maioria de razão não poderão aproveitar da exclusão da tributação da verba 10 da TGIS. 111”.
- que a expressão formalidades conexas se refere apenas às formalidades da operação de reunião de capitais propriamente dita, no caso, a emissão de papel comercial, ou seja, à sua exterioridade perante os destinatários da operação, onde cabem nomeadamente as operações de inscrição no livro registo, registos comerciais e publicações da deliberação de emissões.
- o acórdão do TJUE de 27 de outubro de 1998, processos C-31/97 e C-32/97, fornece uma ideia mais aproximada dos atos ou operações que podem incluir-se na expressão “formalidades conexas”, dando como exemplo destas o ato notarial obrigatório para o registo do reembolso do empréstimo.
- que em momento algum estava a Requerente vinculada a apresentar uma garantia para proceder à emissão obrigacionista, não podendo, assim, considerar-se que as exigências feitas por terceiros estejam abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/7/CE, porquanto estão em causa realidades distintas.

c) Tramitação processual

O pedido foi aceite em 04/11/2024.

Os árbitros foram nomeados pelo Conselho Deontológico do CAAD, aceitaram as nomeações, as quais não foram objeto de oposição.

O tribunal arbitral ficou constituído em 09/01/2025.

A Requerida apresentou Resposta e juntou o PA.

A Requerente respondeu às exceções deduzidas pela Requerida.

Por despacho de 07/04/2025, foi prescindida a realização da reunião a que se refere o art. 18.º do RJAT, bem como a produção de alegações. Nenhuma das partes se opôs.

d) Saneamento

O processo não enferma de nulidades ou irregularidades.

Para além das exceções invocadas pela Requerida, o que a seguir se apreciará, não existem outras questões que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

II- PROVA

II.1 - Factos Provados

Consideram-se provados os seguintes factos:

- a) A Requerente tem por objeto a promoção e desenvolvimento de projetos de investimento no ramo imobiliário (nomeadamente, via compra e venda de imóveis).
- b) Em concreto, a Requerente tem-se dedicado à reabilitação de imóveis que adquiriu em zonas de reabilitação urbana de Lisboa, para posterior alienação.
- c) Em agosto de 2021, a Requerente procedeu à emissão de obrigações no montante global de € 52.500.000,00, correspondentes a 525 títulos de € 100.000,00 cada.
- d) Na primeira emissão, foi emitido o montante de € 36.100.000,00, correspondente a 361 títulos de € 100.000,00 cada, a qual foi integralmente subscrita pela C... S.a.r.l., sociedade sediada no Luxemburgo (obrigacionista).
- e) Em 27 de agosto de 2021, a Requerente (Garante), a obrigacionista e a D... GmbH (agente das garantias), entre outras entidades, celebraram um contrato de

subscrição de obrigações (“Subscription Agreement”), nos termos do qual a obrigacionista se comprometeu a financiar a Requerente até ao montante máximo de € 52.500.000,00, nas condições aí previstas.

f) Tal contrato foi acompanhado pela celebração de um contrato de prestação de garantias (*Security Agreement*) entre a ora Requerente, a sociedade E... S.à.r.l.,- titular da totalidade do capital social da Requerente, a C... S.À.R.L. (obrigacionista) e a D... GmbH (agente das Garantias).

g) De tal *Security Agreement* resultou assegurada a cobertura máxima do valor de €68.250.000,00, tendo sido prestadas garantias especiais a favor da obrigacionista, nomeadamente um penhor mercantil sobre a participação social detida na emitente, de um penhor sobre eventuais recebimentos/frutos económicos atualmente existentes na estrutura acionista e de um penhor mercantil de primeiro grau sobre saldos bancários.

h) O contrato de prestação de garantias (*Security Agreement*) foi sujeito a autenticação notarial em Portugal.

i) A notária que procedeu a tal autenticação liquidou Imposto do Selo, nos termos da alínea a), do n.º 1, do artigo 2.º do CIS, que entregou ao Estado, tendo exigido ao Requerente o respetivo pagamento por ser ele o titular do interesse económico na operação.

j) Em 05/04/2024, a Requerente pediu a revisão oficiosa da liquidação que ora impugna.

k) Tal decisão foi objeto de indeferimento expresso (rejeição liminar por intempestividade), cuja notificação foi entregue “na caixa postal eletrónica do Via CTT” em 30.10.2024, considerando-se notificada em 17.11.2024.

l) Em 31/10/2024, a Requerente apresentou o presente pedido de constituição do tribunal, com fundamento em indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa.

Estes factos estão confirmados pela documentação junto aos autos, não tendo suscitado qualquer divergência entre as partes.

II.2 – Factos não provados

Não foram apurados quaisquer factos tidos por “não provados” com relevância para a decisão.

III - O DIREITO

III.1 – Exceções

De seguida se apreciarão as exceções deduzidas pela Autoridade Tributária.

a) Da inutilidade superveniente da lide – da perda de objeto

Como foi dado como provado, em data anterior à propositura do presente pedido de pronúncia arbitral, foi proferido despacho de rejeição liminar, por intempestividade, sobre o pedido de revisão oficiosa apresentado pela Requerente.

A Requerida sustenta que, a partir do momento em que o ato expresso de indeferimento foi notificado ao destinatário, é este ato expresso que passa a vigorar na ordem jurídica como definidor da situação concreta do particular.

Conclui que, “apesar de validamente notificada da prolação do ato expresso de rejeição liminar, a Requerente não requereu a ampliação ou a substituição do objeto do pedido arbitral, pelo que, não subsistindo já na ordem jurídica o indeferimento tácito impugnado (o qual permanece como o objeto do presente processo arbitral), há que concluir pela impossibilidade da lide, o que justifica a extinção da instância, de harmonia com o preceituado na alínea e) do artigo 277.º do CPC, subsidiariamente aplicável por força do disposto no artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAMT, com a conseqüente absolvição da Autoridade Tributária e Aduaneira da instância - artigo 278.º, n.º 1, alínea e), do CPC”.

Apreciando,

Temos, em primeiro lugar, que a notificação do indeferimento expresso (feita para lá do termo do prazo legal de decisão, acentue-se) apenas produziu efeitos depois de ter sido interposta a presente ação arbitral (a respetiva notificação, por via eletrónica é considerada pela lei como tendo sido efetuada depois da interposição da ação arbitral).

Ora, se o ato administrativo só produz efeitos (só “existe”) após a notificação (o mesmo é dizer, no caso, após a interposição da presente ação arbitral) poderíamos, sem mais, concluir que a existência do indeferimento expresso não poderia ser tida em consideração atento o *princípio da prevalência da impugnação judicial*, do qual decorre que os recursos gratuitos pendentes, com o mesmo objeto, ficam

automaticamente suspensos por efeito da apresentação da petição judicial (arbitral) de impugnação⁴.

Não obstante,

Esta exceção parte daquilo que consideramos ser uma incompreensão conceptual quanto ao que constitui o objeto do processo de impugnação.

Admitindo que continuamos a estar perante um contencioso de mera anulação (e não de plena jurisdição, pese embora as afirmações legais em sentido diverso), o certo é que, verdadeiramente, o único objeto do processo (de um “processo feito a um ato”, como afirma correntemente a doutrina, relativamente ao contencioso de mera anulação) é, tão só e apenas, a liquidação (ou liquidações) impugnada.

A decisão, ainda que expressa, do meio gracioso utilizado não é, em rigor, objeto do processo de impugnação, pela simples razão de que o mérito de tal decisão, atentos os fundamentos nela invocados, não pode ser objeto de análise pelo tribunal, salvo tratando-se de uma reclamação necessária, pois, nestes casos, será a primeira vez que a AT se pronuncia, enunciando as razões pelas quais, a seu ver, a liquidação deve ser mantida.

O que queremos salientar é que o uso (corrente) das expressões “objeto imediato do processo” e “objeto mediato do processo” originam um equívoco: ao tribunal não cumpre apreciar a legalidade de dois atos administrativos, mas apenas de um, o ato de liquidação do imposto.

A anulação da decisão administrativa confirmatória não implica qualquer decisão autónoma do tribunal (a apreciação de uma outra questão), antes é consequência automática da procedência do pedido principal de anulação da liquidação, da qual a decisão de indeferimento, em sede de recurso administrativo, é mera decorrência.

Mais importante será salientar que nunca poderia incidir sobre a Requerente o ónus de requerer a ampliação ou a substituição do objeto do pedido arbitral, pela simples razão de que a eventual necessidade de tal pedido não lhe pode ser imputada, mas

⁴ Art. 111º, nº 2, al. 3, do CPPT (que se tem por aplicável também aos casos de pedido de revisão oficiosa); caso haja sido apresentada, anteriormente à receção da petição de impugnação, reclamação graciosa relativamente ao mesmo ato, esta deve ser apensa à impugnação judicial, no estado em que se encontrar, sendo considerada, para todos os efeitos, no âmbito do processo de impugnação.:

Note-se ainda que a decisão de indeferimento expresso em causa não foi proferida ao abrigo do disposto no art. 13º do RJAT.

sim à Requerida, atenta a data em que a decisão de indeferimento expresso produziu efeitos e a data de interposição do presente processo.

A questão resulta espúria: o tribunal aceitou – deu como provado – a existência da decisão expressa, nos termos e no tempo em que aconteceu. O que pode perfeitamente fazer, atento o princípio do inquisitório que deve presidir à sua atividade.

Esclarecida que é a questão (ou, se se quiser, completado oficiosamente o constante da petição inicial), que, repete-se, não se refere ao verdadeiro pedido formulado - o de anulação da liquidação - perde sentença a objeção formulada, aliás de natureza meramente formal.

Objeção (“exceção”) que sempre seria de recusar atento o princípio *pro actione* que, hoje, deve reger o contencioso tributário.

b) *Da incompetência material por inidoneidade do meio processual*

A Requerida, assumindo a fundamentação constante do ato expresso de indeferimento, conclui que o objeto imediato dos presentes autos é a legalidade da decisão de rejeição liminar do procedimento de revisão oficiosa por intempestividade do mesmo.

Em resumo, entende que, após a revogação do nº 2 do art. 78º da LGT, não existindo erro imputável aos serviços, a reação administrativa do interessado apenas pode acontecer no prazo que a lei fixa para a reclamação graciosa, prazo manifestamente ultrapassado aquando da apresentação, pela Requerente, do pedido de revisão oficiosa.

E entende que tendo havido rejeição liminar do pedido de revisão oficiosa com fundamento, em intempestividade, o meio processual próprio para se recorrer judicialmente de tal decisão seria a ação administrativa, para cujo julgamento os tribunais arbitrais não são competentes.

Este entendimento, que a AT continua a invocar recorrentemente, tem sido rejeitado pela jurisprudência, desde logo a do STA, abundantemente citada pela Requerente⁵

⁵ A título de exemplo: “[a] impugnação judicial é o meio processual adequado para discutir a legalidade do ato de liquidação – artigo 99.º do CPPT - independentemente de ter sido ou não precedida de meio gracioso e, no caso de assim ter acontecido, independentemente do teor da decisão que sobre ele recaiu, ou seja, de ser uma decisão formal ou de mérito (...). Ao invés, a ação administrativa, meio contencioso comum à jurisdição administrativa e tributária, será o meio processual a usar quando a pretensão do interessado não implique a

Na realidade, a rejeição liminar em causa, muito embora fundamentada numa pretensa intempestividade, tem subjacente a apreciação da legalidade da liquidação.

Não da sua legalidade intrínseca é certo, mas legalidade no sentido de impossibilidade de ser posta em causa por se ter tornado, pelo decurso do tempo, uma decisão administrativa definitiva.

Ora, tal não consubstancia uma verdadeira intempestividade do pedido de revisão, um vício alheio à liquidação cuja revisão é peticionada. Tal aconteceria, por exemplo, se tal pedido tivesse sido formulado para além do prazo de quatro anos que a lei prevê. Então sim, por estar em causa um vício do pedido de revisão e não uma questão relativa à liquidação (a sua pretensa definitividade pelo decurso do tempo), o meio processual de reação a ser utilizado seria a ação administrativa.

Termos em que improcede esta exceção.

c) Da inimpugnabilidade do ato tributário de liquidação em apreço

A Requerida entende, em resumo:

- que estão excluídas da jurisdição do CAAD as pretensões relativas à ilegalidade de autoliquidações que não tenham sido precedidas de recurso à via administrativa [artigo 2.º/1-a) da Portaria 112-A/2011, de 22 de março];
- que o pedido de revisão oficiosa não pode ser equiparado à reclamação necessária prevista em tal norma;
- que o pedido de revisão oficiosa em apreço foi apresentado muito depois do prazo de dois anos previsto para a reclamação administrativa. Pelo que, à data da apresentação do pedido de revisão oficiosa - apresentado em 05-01- 2024 - há muito, que se encontrava consolidada na ordem jurídica a autoliquidação em apreço.

Apreciando,

Afirma a Requerida “Pese embora parte da doutrina equipare o procedimento de revisão oficiosa ao procedimento de Reclamação Graciosa, para efeitos de verificação do cumprimento do ónus de reclamação necessária previsto no artigo 131.º do CPPT. Tal

apreciação da legalidade do ato de liquidação” (ac. do STA no processo n.º 0129/18.9, de 13 de janeiro de 2021, citado pela Requerente).

doutrina pressupõe que no procedimento de revisão oficiosa a AT se tenha pronunciado quanto à legalidade da autoliquidação. O que não se verificou no caso concreto, porquanto o pedido de revisão foi liminarmente rejeitado com fundamento na sua intempestividade. Não se podendo considerar dessa forma cumprido o ónus de reclamação prévia necessária”.

Este tribunal partilha o entendimento de que, para efeitos de permitir o acesso à via judicial, existe uma equiparação substantiva entre o recurso ao instituto da reclamação graciosa e ao do pedido de revisão oficiosa. Isto porquanto, em ambos os casos, se dá igual oportunidade à AT para expressamente se pronunciar sobre a legalidade dos atos tributários que foram por ela praticados, se os “confirma” ou revoga. De outro modo, teríamos uma situação em que a administração fiscal poderia ser demandada com base em factos que até aí desconhecia, por ações cometidas por outrem.

Mostra-se, pois, cumprido pelo Requerente o ónus do uso do (de um) meio gracioso de recurso antes de enveredar pela via arbitral/judicial.

Quanto à questão do “conteúdo da decisão de indeferimento”, tal foi já objeto de apreciação no ponto anterior, pelo que não nos repetiremos.

Relativamente à questão do prazo para a interposição do pedido de revisão oficiosa temos que a mesma questão foi já invocada, ainda que com enfoque algo diferente, na primeira exceção alegada. Também aqui não nos repetiremos.

Temos, porém, por importante salientar o seguinte. Contrariamente ao que a Requerida alega (e que está subjacente à invocação desta exceção), a Requerente não praticou o ato de liquidação do imposto que ora impugna. Na perspetiva da Requerente não estamos perante uma situação de autoliquidação.

No caso, o sujeito passivo é o notário (art.2º, nº1, al. a) do CIS), é ele quem autoliquida o imposto.

O Requerente é o beneficiário económico da operação, razão pela qual é chamado a suportar o encargo do imposto por força de algo que, por simplicidade, poderemos configurar como um caso de substituição fiscal sem retenção na fonte⁶.

⁶ Acórdão do STA, de 19 de fevereiro de 2020, proferido no âmbito do processo n.º 2244/12.3BEPRT 0898/1No acórdão suprarreferido, o STA veio esclarecer a respeito da liquidação do IS que, “(...) apesar de imprópria, a relação jurídica aqui subjacente é ainda qualificável como substituição tributária e não como uma mera repercussão legal do encargo fundada numa relação jurídico-privada de cobrança de uma dívida (ou seja, como se de um direito disponível se tratasse). É que o fundamental neste caso é que o legislador fiscal interessa-se por que esta exigência do montante do imposto pelo sujeito passivo ao titular do interesse económico efectivamente se verifique, pois este é ainda um passo complementar da tributação, que, por essa razão, não é alheio à relação jurídica fiscal que se constitui entre a Administração Tributária e o sujeito passivo. Diremos que, impropriamente, esta relação jurídica tributária também se estende à posição jurídica do titular do interesse económico, sendo a

A legitimidade processual do Requerente advém não de ser sujeito passivo, mas de suportar o encargo económico em que a tributação se traduz.

Estamos, pois, relativamente ao Requerente, perante uma **heteroliquidação**.

Na realidade que é a moderna tendência para “privatização” de funções que, tradicionalmente, eram levadas a cabo por funcionários, a lei passou a cometer algumas de tais tarefas, nomeadamente as de liquidação e cobrança, a particulares, de algum modo relacionados com o contribuinte.

O caso mais vulgar será o da substituição fiscal.

Por tal razão, é sobre este tipo de casos que existe jurisprudência algo abundante, equiparando os erros (as ilegalidades) cometida pelos substitutos a erros cometidos pelos serviços.

Neste sentido, veja-se, a título exemplificativo, a decisão arbitral proferida no âmbito do processo n.º 866/2023-T, correspondente a uma situação similar à dos presentes autos, que passamos a transcrever: “A ilegalidade da liquidação em substituição, efetuada por terceiro, quando não é baseada em informações erradas do contribuinte, não lhe é imputável, mas sim «aos serviços» (...), devendo entender-se que se integra neste conceito a entidade que procede à liquidação, na qualidade de substituto tributário, que assume perante quem suporta o encargo do imposto o papel da Administração Tributária na liquidação e cobrança do imposto. Como se refere no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 09-11-2022, processo n.º 087/22.5BEAVR, relativamente a substituição através de actos de retenção, praticados por terceiros, «justifica-se igualmente nestas situações que os erros praticados no ato de retenção sejam imputáveis à Administração Tributária, para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 78º da LGT, pois está fora de questão responsabilizar o contribuinte pela atuação do substituto, sob pena de violação dos seus direitos garantísticos».

O que bem se compreende: não existem razões objetivas que possam justificar uma diminuição das garantias dos contribuintes nos casos em que cabe a um particular liquidar e cobrar os impostos, comparativamente às situações que as mesmas tarefas são executadas por funcionários dos serviços públicos de administração fiscal.

d) Da caducidade do direito de ação

sua posição económica que a tributação visa atingir e, nessa medida, o sujeito passivo surge aqui interposto com carácter funcional equivalente ao do substituto tributário nos casos de retenção na fonte” (sublinhados da Requerente).

A Requerida configura uma outra (?) exceção com base, essencialmente, nos mesmos argumentos já utilizados para fundamentar as anteriores, como a não apreciação do mérito do pedido revisão oficiosa, a pretensa intempestividade do pedido de revisão, porque apresentado decorridos mais de dois anos desde a data da liquidação, não existindo – no entender da Requerida – erro imputável aos serviços.

Citando a Requerida, temos que o fundamento desta exceção seria o seguinte: “Do que vem exposto, facilmente se conclui que, no caso em análise, o Requerente, não poderia pedir a revisão oficiosa dos atos tributários em causa dentro do prazo em que a AT a poderia efetuar (4 anos), por inexistência de pretensão erro imputável aos serviços (matéria analisada no âmbito da Revisão Oficiosa, objeto deste pedido de pronúncia arbitral, que consta do PA). Sendo manifesta a intempestividade do pedido de revisão oficiosa apresentado e não tendo em momento algum o órgão decisor feito a apreciação do mérito do pedido resulta a determinação da necessária intempestividade do presente pedido de constituição do tribunal arbitral.”

E continua: “Assim, tendo o presente ppa sido deduzido em consequência da rejeição liminar daquele pedido de revisão e sendo este intempestivo, igualmente se mostra o presente pedido de pronúncia arbitral intempestivo, tendo os atos de liquidação de imposto de selo se consolidado na ordem jurídica, verificando-se a exceção de inimpugnabilidade dos mesmos, enquadrada na categoria das exceções dilatórias, nos termos do artigo 89.º, n.º 2 e n.º 4, alínea i) do CPTA, e dos artigos 278.º, n.º 1, 576.º e 608.º do CPC, aplicáveis ao abrigo do disposto no artigo 29.º, n.º 1, alíneas c) e e) do RJAT”.

Tudo questões que foram já apreciadas a propósito das exceções anteriores. Tudo argumentos que foram considerados improcedentes pelas razões atrás explanadas, para as quais se remete também enquanto fundamento do indeferimento de mais esta exceção.

III.2- O Mérito da causa

O tribunal arbitral teve presente o acórdão arbitral nº 892/2024-T, relatado pelo árbitro Prof. Doutor Jónatas Machado.

Por entender que mantêm toda a pertinência as considerações aí expendidas, toma-se a liberdade de reproduzir, com as necessárias adaptações, o essencial da parte decisória de tal aresto:

No presente caso estão em causa operações financeiras que tiveram por base um contrato de emissão obrigacionista. Paralelamente, foi celebrado um contrato de

garantia (Security Agreement) gerador de diversas pretensões sobre determinados elementos do património do devedor tendo como objetivo a garantia dessas obrigações, compreendendo, genericamente, penhores de ações e penhores de créditos, relativamente ao qual foi cobrado e pago Imposto de Selo de acordo com a TGIS, verba 10.2.

A amplitude das garantias prestadas deve-se ao montante do crédito concedido. Uma das maiores preocupações de qualquer credor após a concessão de um empréstimo consiste, precisamente, no risco de fissura e vazamento do sistema de garantias — i.e. quando um ativo escapa à sua disponibilidade — num cenário de incumprimento ou inadimplência. Entre outras coisas, o Security Agreement visa reduzir os riscos incorridos pelo credor, viabilizando a obtenção de crédito.

Um Security Agreement tem sempre por base uma transação (i.e. concessão de crédito), de que depende para a sua existência e concreta conformação. Materialmente, ele constitui um elemento acessório e contemporâneo da transação de base, sendo executado em conjunto com ela. Formalmente, os instrumentos do Security Agreement são parte do acervo dos “documentos do empréstimo”.

A despeito da sua acessoriedade, o Security Agreement estabelece com o contrato de concessão de crédito (v.g. mútuo; emissão de obrigações) uma relação interna de condicionamento recíproco. O montante do crédito concedido dependerá das garantias constituídas; o montante das garantias constituídas dependerá do crédito que se pretende obter dos financiadores. Neste tipo de operações, sem prejuízo de disposição em contrário, é comum que o contrato de crédito só comece a ser executado, com a disponibilização do montante emprestado, depois de o Security Agreement estar na posse do Security Agent⁷.

Do direito da União Europeia resulta que os impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, podem facilmente dar origem a discriminações, duplas tributações e disparidades que dificultam a livre circulação de capitais. Por isso, existe uma forte restrição à criação e aplicação de impostos indiretos às mais variadas operações financeiras que estejam relacionadas com essas reuniões de capitais. Assim se compreende, dada a facilidade com que os ordenamentos jurídicos nacionais podem fazer uma utilização protecionista do sistema fiscal, colocando os interesses nacionais acima do interesse público europeu de dinamização de um

⁷ Marc D. Wassermann, “United States - lender liability: agent bank obligations”, *Journal of International Banking Law*, (6) 1994, 134 ss.

mercado interno assente nas várias liberdades fundamentais, entre as quais a liberdade de circulação de capitais.

A livre circulação de capitais é um dos quatro pilares do TFUE, juntamente com a livre circulação de bens, de serviços e de trabalhadores, sendo estes indissociáveis dos princípios da igualdade e não discriminação em função da nacionalidade. O Artigo 63.º do TFUE proíbe limitações à livre circulação de capital entre Estados-Membros e entre estes e países terceiros, ao passo que o Artigo 65.º permite algumas exceções.

A doutrina da livre circulação de capital supõe não apenas que a moeda possa circular livremente no mercado interno da União Europeia, como também se aplica a domínios como a compra de imóveis, o investimento em títulos de participação ou a tributação de indivíduos e sociedades pelos Estados-Membros. A não conformidade com o TFUE por parte dos Estados-Membros na criação e aplicação da lei fiscal nacional constitui a principal ameaça à livre circulação de capitais. Tem sido responsabilidade do TJUE interpretar os artigos 63.º e 65.º de modo a prevenir e reprimir as violações dessa liberdade fundamental, devendo os tribunais nacionais desaplicar normas e atos que lhe sejam contrários.

A Diretiva 69/335/EC e a Diretiva 2008/7/CE, que a revogou e substituiu, procederam a uma harmonização exaustiva dos casos em que os Estados-Membros podem sujeitar as reuniões de capitais a impostos indiretos, aplicando um quadro normativo bastante restritivo desses impostos.⁸ Da letra da Diretiva 2008/7/CE não resulta que a reunião de capitais (v.g. emissão de obrigações) deva necessariamente envolver um número mínimo de investidores para ser abrangida pelo seu âmbito e programa normativo. Já da sua teleologia parece resultar que o número de investidores (v.g. adquirentes de títulos) numa operação desse tipo é economicamente indiferente, visto que se pretende, em última análise, é viabilizar a reunião de capitais.

O artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2008/7/EC – que reproduz o artigo 11.º, n.º 2, da Diretiva 69/335/EC – dispõe que os Estados-Membros não devem sujeitar a qualquer forma de imposto indireto “[o]s 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

⁸ C-178/05, Comissão/Grécia, 07.06.2007.

a criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação dessas obrigações ou de outros títulos negociáveis”. Porém, a proibição da cobrança de impostos indiretos sobre as operações de reunião de capitais na Diretiva 2008/7/CE não é absoluta, como se vê no artigo 6.^o.

Porém, nada, no artigo 6.^o da Diretiva 2008/7/EC, permite sustentar a tributação indireta da prestação de garantias. Com efeito, as derrogações deste artigo à proibição de impostos indiretos do artigo 5.^o apenas abrangem a) impostos sobre a transmissão de valores mobiliários, cobrados forfetariamente ou não; b) direitos de transmissão, incluindo os encargos de registo de propriedade que incidem sobre a entrada, numa sociedade de capitais, de bens imóveis ou de estabelecimentos comerciais sitos no respetivo território; c) direitos de transmissão sobre ativos de qualquer natureza que constituam entradas de capital numa sociedade de capitais, na medida em que a transmissão dos referidos ativos não seja remunerada através de partes sociais; d) direitos que onerem a constituição, inscrição ou extinção de privilégios e hipotecas; e) direitos com carácter remuneratório; e f) imposto sobre o valor acrescentado. O Security Agreement não permite concluir que se esteja diante da constituição de privilégios ou hipotecas para que se permita a previsão legal de direitos que os onerem.

*Da jurisprudência do TJUE resulta que, tendo em conta os objetivos prosseguidos, os vários artigos da Diretiva 69/335/CE e o artigo 5.^o da Diretiva 2008/7/CE devem ser objeto de uma interpretação *latu sensu*, para evitar que as proibições previstas nestas disposições sejam privadas de efeito útil¹⁰. O tribunal do Luxemburgo privilegiou claramente uma interpretação teleológica do direito primário e secundário relevante, orientada para a criação das condições jurídicas e económicas necessárias à reunião de grandes quantidades de capital e ao aumento do investimento no seio do mercado interno.*

Neste sentido, o TJUE declarou que, em conformidade com os objetivos do artigo 11.^o da Diretiva 69/335/CE e do artigo 5.^o, n.^o 2, da Diretiva 2008/7/CE, a proibição da tributação indireta das operações de reunião de capitais se aplica igualmente às operações que não estão expressamente referidas nesta proibição, quando essa

⁹ Cfr., Acórdão do CAAD no Processo n.^o 636/2022-T, de 10.03.2022.

¹⁰ C-335/22, A. S.A, v. Autoridade Tributária e Aduaneira, de 19.07.2023 § 22; C-656/21, IM Gestão de Ativos, de 22.12.2022; C-415/02, Comissão/Bélgica, de 15.07.2004; C-466/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, de 28.06.2007; C-569/07, HSBC Holdings e Vidacos Nominees, de 01.10.2009.

imposição equivaler, na prática, a tributar uma operação que faça parte integrante de uma operação global relevante do ponto de vista da reunião de capitais, não sendo necessário que essa integração resulte de uma exigência legal¹¹.

Do mesmo modo, o TJUE já esclareceu que o artigo 11.º, alínea b), da Diretiva 69/335, disposição cuja redação era idêntica à do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2008/7/CE, que revogou a Diretiva 69/335/CE, devia ser interpretado no sentido de que a proibição de sujeitar um empréstimo obrigacionista ao imposto se opõe igualmente à tributação de todas as formalidades conexas, incluindo o ato notarial obrigatório para registar o reembolso desse empréstimo.¹² O número de investidores/credores envolvido não foi considerado relevante. A orientação do TJUE atribuiu relevância decisiva à substância económica das operações.

Do princípio do primado do direito da União Europeia deduz-se o dever de interpretação do direito nacional em conformidade o mesmo e, o que é o mesmo, com a leitura que dele é feita, de maneira autorizada, pelo TJUE. Pelo que o sentido interpretativo acima exposto não pode ser preterido quanto se analisa a tributação indireta de uma constituição de garantias económica e funcionalmente acessória de uma emissão de obrigações. A mesma afigura-se necessária e indispensável à viabilização da própria emissão de obrigações e da correlativa obtenção de crédito. De acordo com a jurisprudência do TJUE, o critério decisivo obriga a indagar se a constituição de garantias efetuada pelo Security Agreement deve ser considerada uma operação acessória integrada na operação de emissão das obrigações em presença, estabelecendo com ela uma estreita relação e integrando ambas uma operação global de reunião de capitais¹³.

Difícilmente será viável a concessão de crédito e a reunião de grandes quantidades de capital sem a existência acessória de sistemas eficazes de redução do risco de crédito, como é o caso da constituição de garantias. Trata-se de operações de tal forma estreitamente ligadas que formam, objetivamente, uma única realidade económica indissociável, cujos elementos se apresentam, não apenas inseparáveis, mas também colocados no mesmo plano, do ponto de vista da substância económica, visto que ambos são indispensáveis à realização do objetivo de reunião de capitais

¹¹ C-299/13, Gielen, de 09.0.2014

¹² C-31/97 e C-32/97, FECSA e ACESA, de 27.10.1998.

¹³ C-335/22, A. S.A, v. Autoridade Tributária e Aduaneira, de 19.07.2023, §§ 23-29.

Ínsito na edificação do mercado interno da União Europeia e subjacente ao artigo 63.º do TFUE.

Em abstrato, a constituição de garantias é economicamente dissociável das operações como o mútuo ou a emissão de obrigações. Em concreto, o Security Agreement em presença é económica e juridicamente indissociável do contrato obrigacionista. Proibir a tributação indireta de uma emissão de obrigações e permitir essa mesma tributação na prestação de garantias seria o mesmo que deixar entrar pela janela o que primeiro se fez sair pela porta.

O contrato de garantia (Security Agreement), longe de constituir um fim em si mesmo, representa um elemento materialmente acessório de um contrato principal de concessão de crédito (i.e. emissão obrigacionista), sendo concebido como um meio para a sua viabilização. A separação entre o contrato principal de emissão de obrigações e o contrato acessório de constituição de garantias seria uma operação meramente conceitual, de natureza artificial, indiferente à estreita ligação substantiva – económica e funcional – que se estabelece entre ambos.

O Security Agreement não tem uma finalidade autónoma que o justifique, a não ser a de tornar possível a realização da operação principal de financiamento (v.g. emissão obrigacionista), sendo de constituição simultânea e materialmente acessória da mesma. Daí que se deva alargar ao contrato acessório o tratamento fiscal concedido ao contrato principal, de acordo com uma lógica que o TJUE tem adotado, por exemplo, em matéria de IVA. Uma interpretação da isenção de IS do artigo 7.º, n.º 1, alínea d), do CIS, em conformidade com o direito da União Europeia reconduz à mesma a prestação de garantias constante do Security Agreement em presença¹⁴.

A proibição de tributação indireta das operações de emissões de obrigação e de todas as formalidades conexas, deve incluir a constituição de garantias, sob pena de, de outro modo, se privar as disposições do artigo 5.º da Diretiva 2008/7/CE – e o próprio artigo 63.º do TFUE que lhe serve de suporte – de qualquer efeito útil. Aplica-se aqui o raciocínio, seguido pelo TJUE, segundo o qual operações estreitamente

¹⁴ Cfr. Opinião do Advogado Geral Priit Pikamäe e Decisão no caso C-231/19, *Blackrock Investment Management (UK)*, respetivamente de 11.03.2020 e 02.07.2020.

relacionadas com uma operação isenta devem beneficiar da sua isenção, a fim de permitir que essa isenção goze de plena eficácia¹⁵.

IV- JUROS INDEMNIZATÓRIOS

De acordo com o n.º 1 do artigo 43.º da LGT, “[s]ão devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido.”

Já deixámos acima enunciadas as razões pelas quais é de equiparar o erro de direito cometido pelo notário, a quem incumbe a liquidação e cobrança do Imposto do Selo relativamente a operações que autentica (no caso o contrato de prestação de garantia).

Mostra-se assim a Requerente com direito a, para além do reembolso do indevidamente pago, receber juros indemnizatórios

Porém, haverá que ter em consideração que o Requerente lançou mão do instituto da revisão oficiosa para repor a legalidade da sua situação tributária. Assim, há que aplicar o disposto na al. c) do n.º 3 do art. 43 da LGT, pelo que os juros só são devidos desde um ano após o pedido de revisão oficiosa.

V - DECISÃO

Pelos fundamentos expostos, decide este Tribunal Arbitral:

- a) Anular o ato tributário acima identificado;
- b) Anular a decisão de indeferimento proferida no procedimento de revisão oficiosa;
- c) Condenar a AT ao reembolso do IS pago, acrescido de juros indemnizatórios nos termos previstos no artigo 43.º, n.º 3, al. c) da LGT.

Valor: € 409.500,00 (o da liquidação impugnada)

¹⁵ Nestes precisos termos, C-231/19, Blackrock Investment Management (UK), 02.07.2020, § 43.

Custas arbitrais, no montante de € 6.732,00, a cargo da Requerida por ter sido total o seu decaimento.

6 de maio de 2025

Os Árbitros

Rui Duarte Morais

Adelaide Moura

Maria Antónia Torres