

O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE NAS OPERAÇÕES
FINANCEIRAS COM NÃO RESIDENTES, EM SEDE
DE IMPOSTO DO SELO

Miguel Teixeira de Abreu | Mariana Gouveia de Oliveira

O CIRE E A RECUPERAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS
EM CRISE

Paulo de Tarso Domingues

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
COM FUNDAMENTO NA DECLARAÇÃO DE NULIDADE
OU REVOGAÇÃO DE ACTOS INVÁLIDOS

Ana Gouveia Martins

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DO TRABALHO: BREVES NOTAS

Patrícia Perestrelo | Simão de Sant'Ana | Madalena Caldeira

A DICOTOMIA ESTRUTURAL DO CONTENCIOSO
TRIBUTÁRIO: IMPUGNAÇÃO JUDICIAL VS ACÇÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL

Sara Soares

EMBARGOS DE TERCEIRO: POSSE E DIREITO INCOMPATÍVEL

Isabel Sousa Castro

O FINANCIAMENTO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO
DE EMPRESAS

Bernardo Teixeira de Abreu

O Princípio da Territorialidade nas Operações Financeiras com Não Residentes, em Sede de Imposto do Selo

MIGUEL TEIXEIRA DE ABREU

LLM no London School of Economics and Political Sciences, Docente na Católica Global School of Laws

Sócio AB

MARIANA GOUVEIA DE OLIVEIRA

Pós-Graduada em Fiscalidade, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e ISG; Assistente Convidada da Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa; Membro do Católica Tax

Advogada AB

Introdução

O presente trabalho visa abordar a questão da incidência do imposto do selo sobre as operações financeiras realizadas entre entidades residentes em Portugal e entidades residentes fora de Portugal.

Em concreto, interessa-nos analisar a aplicação do princípio da territorialidade, contido no n.º 1 do artigo 4.º do Código do Imposto do Selo (CIS), a uma operação financeira (*eg.* um empréstimo) realizada por uma entidade mutuante, residente em Portugal (*eg.* uma instituição de crédito ou um accionista), a favor de uma entidade mutuária residente fora de Portugal¹.

¹ Note-se que a situação contrária (entidade mutuante residente fora de Portugal e entidade mutuária residente em Portugal) não suscita dúvidas do ponto de vista da incidência

Do Princípio da Territorialidade

Dispondo o n.º 1 do artigo 4.º do CIS que, “[S]em prejuízo das disposições do presente Código e da Tabela Geral em sentido diferente, o imposto do selo incide sobre todos os factos referidos no artigo 1º ocorridos em território nacional”, importa apurar o que se entende por factos ocorridos em território nacional.

Os factos referidos no artigo 1º são os “actos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos ou situações jurídicas previstos na Tabela Geral (...)”.

Da Utilização de Crédito

Sendo as operações de crédito o objecto desta nossa análise, quatro poderiam ser os critérios determinantes da localização da operação em território nacional:

- a) o domicílio do mutuante;
- b) o domicílio do mutuário;
- c) o local da celebração do contrato; ou
- d) o local da utilização do crédito.

Estabelece a Verba 17.1 da Tabela Geral de Imposto do Selo (TGIS) que, no caso das operações financeiras (onde se incluem as operações de crédito), o imposto é devido “[P]ela utilização de crédito, sob a forma de fundos, mercadorias e outros valores, em virtude da concessão de crédito a qualquer título excepto nos casos referidos na verba 17.2, incluindo a cessão de créditos, o factoring e as operações de tesouraria quando envolvam qualquer tipo de financiamento ao cessionário, aderente ou devedor, considerando-se, sempre, como nova concessão de crédito a prorrogação do prazo do contrato (...)”.

A relevância da utilização de crédito, enquanto facto tributário, decorre da reforma do imposto do selo, operada por efeito da Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro, a qual veio corrigir o paradigma de tributação, que assentava na

territorial do imposto do selo por força da norma de extensão contida na alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º do CIS.

existência de actos e contratos, para passar a dar relevância apenas a operações que revelassem manifestações de capacidade contributiva².

Ou seja, com a reforma de 2000, resultou claro que, para que ocorra tributação em sede de imposto do selo nas operações financeiras, é necessário que exista efectiva disponibilização de fundos – cfr. Carlos Lobo³, onde o autor esclarece que, sem disponibilização de liquidez, não pode ocorrer um facto tributário que desencadeie tributação.

Ora, o princípio constitucional da igualdade em sede tributária impõe a interpretação segundo a qual o imposto do selo só é devido quando se verifique tal aumento de liquidez, elemento essencial de legitimação do tipo fiscal⁴, porquanto apenas nesse momento se verifica uma manifestação de capacidade contributiva susceptível de tributação (artigos 13.º, 103.º e 104.º da CRP).

² Devendo o conceito de capacidade contributiva ser aqui visto com alguma cautela. Com efeito, como recorda Carlos Baptista Lobo, “*As Operações Financeiras no Imposto do Selo: Enquadramento Constitucional e Fiscal*”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 1, n.º 1, 2008 pág. 86: “(...) a tributação da utilização do crédito parece decorrer da pressuposição por parte do legislador de uma «capacidade contributiva virtual ou aparente» decorrente da disponibilização de liquidez para investimento ou despesa”. Dada a obrigação de devolução dos fundos utilizados, não existe, com efeito, manifestação de capacidade contributiva, pois o mutuário apenas ganha uma disponibilidade monetária temporária. É por isso, mesmo no caso de aumento de liquidez, muito discutível se a tributação das operações financeiras em sede de imposto do selo é conforme ao princípio constitucional de tributação segundo a capacidade contributiva.

³ Ob. cit., pág. 86: “[A] utilização do crédito (...) tem um fundamento de legitimação bastante mais dúbio. De facto, (...) a tributação da utilização de crédito parece decorrer da pressuposição por parte do legislador de uma “capacidade contributiva virtual ou aparente” decorrente da disponibilização de liquidez para investimento ou despesa. Neste caso, e ao contrário dos juros e das comissões, o sujeito beneficiário da operação de crédito beneficia de um aumento de liquidez financeira num momento actual, sendo que a situação passiva colateral – o encargo ou dívida – se encontra disseminada num médio ou longo prazo (variando a taxa de tributação precisamente nessa função pro rata temporis), considerando o legislador suficiente para efeitos de tributação esse “súbito enriquecimento aparente” resultante de uma disponibilidade monetária instantânea” (negritos nossos).

⁴ Ainda Carlos Lobo, ob. cit., pág. 86: “(...) Ora, nestas condições os fundamentos de legitimação deste tipo tributário estão no limite da constitucionalidade. De facto, para existir tributação é necessária a existência de uma realidade económica de base que a sustente sob pena de violação do princípio da igualdade (...). Ora, a tributação da utilização do crédito encontra-se no limiar desta fundamentação – «enriquecimento temporário virtual ou aparente» – pelo que o legislador terá de ser bastante cuidadoso, máxime ao nível da proporcionalidade, de forma que a tributação não se torne ineficiente e geradora de perdas absolutas de bem-estar, contrárias ao princípio constitucional da eficiência (artigos 9.º e 81.º da CRP)”.

A disponibilização efectiva de liquidez é pois essencial para desencadear a tributação do crédito em sede de imposto do selo. Sem essa disponibilização não existe facto tributário... tributável. E, conseqüentemente, a tributação não se pode desencadear⁵.

No mesmo sentido vão outros Autores, como Silvério Mateus e Curvelo de Freitas⁶ ou José Maria Fernandes Pires⁷, posição que parece ser igualmente partilhada pela Autoridade Tributária⁸.

Ou seja, o facto a que o artigo 1.º do CIS se refere como sendo relevante para determinar a tributação, em sede de imposto do selo, das operações financeiras é a “utilização de crédito”, ou seja, o acto tributário considera-se ocorrido/verificado no momento em que o mutuário levanta (utiliza) os fundos colocados à sua disposição através do contrato de mútuo – momento

⁵ “(...) a partir de Março de 2000 (...) a única realidade a tributar (...) é o crédito realmente utilizado e nunca o crédito prometido ou a mera disponibilidade para utilização de uma conta-corrente (...)”: Carlos Baptista Lobo, “Da Tributação dos Montantes Disponibilizados em Sede de Abertura de Crédito em Data Anterior a 1 de Janeiro de 2003. O Regime Fiscal em Imposto do Selo do Crédito Utilizado Pendente”, in Revista Fisco 105/106, Novembro de 2002, pág. 76.

⁶ *Os Impostos sobre o Património Imobiliário – O Imposto do Selo. Anotados e Comentados*, Engifisco, Lisboa, 2005, pág. 733, anotação ao ponto 17 da Tabela Geral: “A concessão de crédito está sujeita a imposto do selo, qualquer que seja a natureza e forma, relevando, contudo, para o efeito a efectiva utilização do crédito concedido e não o contrato que lhe é subjacente. Pode, assim, ser celebrado um contrato de concessão de crédito sem que tal traduza facto tributário deste imposto, o que ocorrerá sempre que a utilização do crédito não seja imediata ou se não houver utilização efectiva desse contrato (...)”:

⁷ *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 381, 382: “(...) ou seja, já não se tributa a celebração do contrato de crédito, mas a realização dos seus efeitos. (...) a Lei não tributa propriamente os contractos de concessão de crédito, mas sim a utilização efectiva do crédito independentemente do tipo ou da forma da relação contratual que lhe está subjacente”.

⁸ Circular 15/2000, ponto 14. Em resposta à questão “O que deve entender-se por “realização” da operação de crédito” esclarece a AT que: “[O] momento da “realização” da operação de crédito, previsto na alínea g) do art.º 13.º do Código é aquele em que o crédito é utilizado. É que a citada alínea g) refere-se não só às aberturas de crédito, como também aos mútuos, aos empréstimos bancários propriamente ditos e a outras formas de concessão de crédito. Utilizou-se um termo com sentido amplo, de molde a abranger não só os contratos reais, em que a entrega do crédito é elemento essencial do contrato, mas também todas as situações, em que a utilização do crédito é diferida para momento ou momentos posteriores à celebração do contrato. Em termos conclusivos, pode afirmar-se que a operação de crédito se realiza quando o crédito é utilizado”.

Reforçando este entendimento diversas vezes ao longo da circular, refere-se no ponto 23 que, “[N]o referido ponto 17.1 da Tabela Geral, tributa-se a utilização de crédito, em virtude da sua concessão a qualquer título.”

exacto em que se devem verificar os demais requisitos de que depende a incidência tributária.

Um dos demais requisitos é o que decorre do facto de nem todas as utilizações de crédito serem relevantes, antes apenas as que, nos termos do que dispõe o n.º 1 do artigo 4.º do CIS, ocorram em “território nacional”.

É pois fundamental determinar o local de utilização de crédito.

Do Local de Utilização do Crédito

A utilização de fundos ocorre no local onde o seu utilizador recebe o capital mutuado, i.e., no local em que a obrigação do mutuante de entregar o capital ao mutuário é cumprida.

Ora, ocorre lembrar que, nos termos do artigo 774.º do Código Civil, aplicável por força do n.º 1 do artigo 11.º da Lei Geral Tributária (LGT), e na falta de disposição em contrário, as obrigações pecuniárias devem ser cumpridas no domicílio do credor. Estando em causa operações de crédito, várias são as obrigações pecuniárias que poderão estar em causa:

- num primeiro momento, estará em causa a obrigação pecuniária de entrega do capital mutuado, de que é credor o mutuário e devedor o mutuante (i.e., aquele que tem o dever de entregar o capital mutuado);
- subsequentemente, surgirá a obrigação de reembolsar o capital mutuado, sendo credor de tal obrigação pecuniária o mutuante e devedor o mutuário;
- poderão ainda existir, ou não⁹, obrigações pecuniárias de pagamento de juros, das quais será credor o mutuante e devedor o mutuário.

Como tal, quando a lei define o facto tributário da Verba 17.1 como sendo a “utilização de crédito” estamos a falar da primeira daquelas obrigações pecuniárias: a obrigação do mutuante de entregar ao mutuário – geralmente na sequência de um pedido de utilização – uma determinada quantia em dinheiro, pelo que o credor dessa prestação é o mutuário e o devedor dela é o mutuante.

⁹ Como pode ser o caso de suprimentos de sócios.

Assim, excepto quando as partes convencionem em sentido contrário, o crédito é utilizado no domicílio do mutuário, pois é ele que é credor do direito a receber os fundos mutuados – e é ele quem beneficia do acréscimo de liquidez relevante que permite “sustentar” o ímpeto tributário do Estado em sede de imposto do selo. Pelo que é o domicílio do mutuário, não do mutuante, que é o critério relevante para efeitos de localização territorial do acto tributário (i.e., a utilização de crédito).

Ora, actualmente, com o desenvolvimento das novas tecnologias, as regras de experiência em que se baseia o Código Civil têm de ser adaptadas, na medida em que, tratando-se de operações desmaterializadas, realizadas através do sistema bancário, só se pode considerar cumprida a obrigação do mutuante quando o capital mutuado é recebido na conta bancária do mutuário. Até esse momento, o capital encontra-se na livre disposição do mutuante e a obrigação de entrega do capital mutuado não foi cumprida. Acresce que, se o capital, por alguma razão, se extraviar e não chegar à conta de destino, a obrigação de entrega do capital mutuado não se considera cumprida e, consequentemente, o crédito não foi utilizado.

É, pois, necessário que a *utilização de fundos* se verifique em território nacional, isto é, que a *recepção do capital* se realize numa conta bancária, ou noutro local convencionado pelas partes, em território português, para que se possa considerar que o facto tributário ocorreu em território nacional.

Na generalidade dos casos, tal utilização de fundos verificar-se-á em território nacional quando o mutuário aqui seja residente, porquanto os recebe em território nacional.

Como tal, da conjugação da Verba 17.1 da TGIS com a norma de incidência territorial constante do n.º 1 do artigo 4.º do CIS, resulta, então, um critério de conexão estritamente formal, segundo o qual há incidência de imposto do selo quando o facto tributário – utilização dos fundos – ocorra em território nacional, sendo o crédito utilizado no local em que o capital é recebido pelo mutuário.

Da extensão do Princípio da Territorialidade

Contudo, sendo este critério muito formal e rígido, tornar-se-ia fácil contorná-lo, bastando, para obstar à tributação efectiva, assegurar que a utilização de

fundos ocorresse sempre fora do território nacional. Por esta razão, o legislador veio estender o âmbito de incidência do imposto do selo em função do domicílio do mutuário, pretendendo, assim, prevenir as situações em que, sendo os fundos disponibilizados no estrangeiro a entidades residentes em Portugal, se evitasse o pagamento do imposto pela facilidade de manipular a regra de incidência.

Daí que as regras de incidência do CIS sejam completadas por regras de extensão da territorialidade, que constam das várias alíneas do n.º 2 do artigo 4.º. É justamente o caso da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º que dispõe que são ainda sujeitos a imposto: *“As operações de crédito realizadas e as garantias prestadas por instituições de crédito, por sociedades financeiras ou por quaisquer outras entidades, independentemente da sua natureza, sediadas no estrangeiro, por filiais ou sucursais no estrangeiro de instituições de crédito, de sociedades financeiras, ou quaisquer outras entidades, sediadas em território nacional, a quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, domiciliadas neste território, considerando-se domicílio a sede, filial, sucursal ou estabelecimento estável”*.

Em síntese, a referida norma vem determinar a incidência do imposto do selo sobre todas as operações de crédito em que o mutuário – e não o mutuante – é entidade domiciliada em território nacional, independentemente do local da utilização dos fundos, referindo-se a lei expressamente *“a quaisquer entidades (...) domiciliadas neste território”*.

Ou seja, o preceito em questão veio garantir a incidência do imposto do selo sobre todas as operações de crédito em que, em termos normais, o mutuário utilizaria o crédito em território nacional por ter aqui a sua actividade – i.e., existindo uma conexão com o território nacional por parte da entidade sobre a qual recai o encargo fiscal¹⁰, justificar-se-ia o poder tributário exercido, ainda quando o crédito fosse utilizado fora do território português. Só isto pode justificar o sentido da alteração da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º do CIS, efectuada pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro (que aprovou o Orçamento de Estado para 2002).

Por outras palavras, alterando-se o elemento de conexão da territorialidade para o domicílio do mutuário, ficam abrangidas pelo CIS as operações de crédito realizadas no estrangeiro por mutuários portugueses, quer sejam

¹⁰ I.e., o mutuário – cfr. artigo 3.º, número 1, alínea f) do CIS.

mutuantes bancos portugueses ou bancos estrangeiros. Assim, a extensão da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º pretende tão somente assegurar que, em qualquer circunstância, sempre que as operações de crédito revelem um mutuário domiciliado em Portugal, o facto tributário considera-se localizado em Portugal, independentemente do local onde o crédito é efectivamente utilizado, i.e., independentemente do local onde os fundos são recebidos pelo mutuário.

Da não incidência nas Utilizações de Crédito por Não-Residentes (em geral)

Já na situação em que o mutuário é residente fora de Portugal e o mutuante é residente em Portugal, o critério da territorialidade impõe a determinação prévia do local onde o crédito concedido é utilizado. Em condições normais, o crédito será utilizado no domicílio do credor¹¹, i.e., fora do território português.

Nestes casos, não há sequer incidência do imposto do selo. O que aliás faz todo o sentido, pois não haveria razão para sujeitar a tributação em Portugal um crédito utilizado por uma entidade que não manifesta em Portugal qualquer capacidade contributiva¹².

Para além do elemento literal¹³, existem dois outros argumentos em favor desta conclusão.

Das Isenções das alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 7.º e do n.º 2 do mesmo artigo 7.º do CIS

O primeiro argumento é o que resulta da conjugação das isenções constantes das alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo. A alínea g) introduz uma isenção de imposto do selo em certas operações financeiras efectuadas por SGPS ou SCR a favor de sociedades por

¹¹ Recorde-se que o credor da prestação é o utilizador do crédito pois é ele que tem o direito a exigir do mutuante a realização dessa prestação (disponibilização de fundos).

¹² Manifesta-a o mutuante, mas não é sobre ele que recai o encargo do imposto.

¹³ A utilização de crédito que ocorra fora do território nacional só pode ser tributada em Portugal em função da norma de extensão da alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º e essa só se aplica quando o mutuário é entidade domiciliada em Portugal.

elas dominadas ou controladas, ou por estas em benefício daquelas. Já a isenção da alínea h) abrange certas operações financeiras realizadas por detentores de capital em benefício de entidades em cujo capital detenham directamente uma participação igual ou superior a 10%, por um período mínimo determinado. O n.º 2 do artigo 7.º vem estabelecer que “[O] disposto nas alíneas g) e h) do n.º 1 não se aplica quando qualquer dos intervenientes não tenha sede ou direcção efectiva no território nacional, com excepção das situações em que o credor tenha sede ou direcção efectiva noutro Estado membro da União Europeia ou num Estado em relação ao qual vigore uma convenção para evitar a dupla tributação sobre o rendimento e o capital acordada com Portugal, caso em que subsiste o direito à isenção (...)”.

À primeira vista poderiam interpretar-se as referidas isenções, e a exclusão a essas isenções contida no n.º 2 do citado artigo 7.º, como determinando que a norma de incidência territorial do artigo 4.º se aplicaria sempre e quando, numa operação financeira, mutuante ou mutuário, tivessem, qualquer deles, domicílio em Portugal. Ou seja, que uma operação de crédito realizada entre um mutuante residente em Portugal e um mutuário residente no exterior seria sempre sujeita a imposto do selo, ao contrário do que afirmámos anteriormente.

Pensamos que, passada a primeira vista, a interpretação da norma deve ser outra, tendo desde logo em atenção que, por um lado, o n.º 2 do artigo 7.º veio procurar impedir que, pela sua aplicação, se violasse o direito europeu e, pelo outro, nessa atenção, excepcionou apenas as operações “em que o credor tenha sede ou direcção efectiva noutro Estado membro da União Europeia”¹⁴.

Ou seja, se estivesse correcta a interpretação segundo a qual o n.º 1 do artigo 4.º do CIS abrange todas as operações de crédito em que o mutuante é residente em Portugal, ainda que o mutuário seja residente fora de Portugal, então o n.º 2 do artigo 7.º do CIS, no seu propósito de impedir a violação do direito europeu, teria tido de excepcionar as operações em que o credor ou o devedor tivessem sede ou direcção efectiva noutro Estado membro da União Europeia.

¹⁴ Uma nota importante para referir que, quando se fala em utilização de crédito, é devedor da obrigação o mutuante e é credor da prestação o mutuário (que tem direito a levantar os fundos mutuados). Quando se fala em operação de crédito, é credor o mutuante e devedor o mutuário. Na Verba 17.1 da TGIS o termo usado é “utilização de crédito”, mas nas isenções constantes das alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS, o termo usado é “operação de crédito”. Assim, quando se analisa o n.º 2 do artigo 7.º deve ter-se em atenção que o termo credor se refere aí ao mutuante e não ao mutuário.

Com efeito, não faria qualquer sentido que a lei fosse alterada de modo a suprir o tratamento discriminatório e continuasse a tratar discriminatoriamente todos os créditos concedidos por mutuantes residentes em Portugal a mutuários (devedores) residentes noutros Estados Membros da União Europeia. Da mesma forma que, visto de outro ângulo, não faria qualquer sentido sujeitar a imposto do selo em Portugal operações de crédito realizadas entre um mutuante português e um mutuário estrangeiro, quando é um facto que o respectivo encargo fiscal teria de ser suportado pelo mutuário estrangeiro, que não manifesta em Portugal qualquer capacidade contributiva.

Em nossa opinião, ao retirar da previsão do n.º 2 do artigo 7.º membro do CIS as situações em que o credor (e apenas este) é residente num Estado da União Europeia, o legislador já sabia que não fazia qualquer sentido alargar aos devedores da União Europeia idêntica salvaguarda porque, nessas situações, não haveria incidência de imposto do selo – por ser o crédito utilizado fora do território português.

E só assim se compreende, afinal, a afirmação do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais na instrução administrativa que emitiu – em data posterior à da Circular 15/2000, sob o título “Orçamento do Estado para 2002 – Normas Fiscais” –, e na qual refere que, “[E]fectivamente, se determinadas operações internacionais de crédito passam a ser tributadas, nos mesmos moldes das operações internas comparáveis, então é justo que as primeiras possam beneficiar das isenções consagradas para as segundas. Na verdade, mesmo com a anterior redacção do artigo 4.º, n.º 2, alínea b), a limitação prevista no artigo 6.º, n.º 3, podia ser considerada contrária ao direito comunitário e internacional fiscal por não reconhecer um tratamento similar, para sociedades da União Europeia e de países com CDT, ao estabelecido para sociedades nacionais que efectuem o mesmo tipo de operações”.

Da lógica inerente ao Princípio da Territorialidade. Exemplos

O segundo argumento é o que resulta da lógica inerente ao princípio da territorialidade – o qual impõe uma forte ligação entre a entidade que suporta o imposto¹⁵ e o território nacional.

¹⁵ Ainda que a entidade que suporta o imposto não seja o sujeito passivo de imposto. Com efeito, em sede de imposto do selo, o sujeito passivo pode ser determinado em função de

Por que razão haveria o legislador português de procurar colocar os credores portugueses (*eg.* instituições de crédito) numa posição competitiva desfavorável e discriminatória, perante credores de outros Países, sempre que ambos concorressem para a concessão de crédito a mutuários residentes fora de Portugal?

Imagine-se: perante uma proposta de financiamento de um banco português, a cujos custos acresce imposto do selo a pagar em Portugal, e outra proposta de financiamento de um banco espanhol, a cujos custos não acresce esse imposto, a qual delas responderá afirmativamente um mutuário residente em Espanha? Sendo que, se Espanha tivesse um imposto similar e um regime similar ao que a AT defende para Portugal, esse mutuário teria de suportar dois encargos em sede de imposto do selo, se contratasse o seu empréstimo junto do banco português¹⁶.

Imagine-se ainda o seguinte exemplo: Empresa A, residente em Portugal, empresta fundos a uma empresa directamente controlada B, residente em Espanha. Os fundos são utilizados em Espanha, local onde é depositado o montante correspondente ao empréstimo, e servem para que a empresa espanhola assegure investimentos em território espanhol. B não manifesta pois qualquer capacidade contributiva em Portugal.

Em alternativa, Empresa C, residente em Espanha, empresta fundos a uma empresa directamente controlada D, residente em Portugal. Os fundos são utilizados em Portugal, local onde é depositado o montante correspondente ao empréstimo, e servem para que a empresa portuguesa assegure investimentos em território português. D manifesta pois capacidade contributiva em Portugal.

Se considerássemos que o n.º 1 do artigo 4.º do CIS abrange todas as operações de crédito em que é mutuante uma entidade residente e mutuário uma entidade não residente, ambas as operações estariam sujeitas a imposto do selo em Portugal, a primeira por aplicação da regra geral do n.º 1 do artigo 4.º e a segunda por aplicação da alínea b) do n.º 2 do mesmo artigo 4.º.

considerações práticas (facilidade de retenção e entrega do imposto, a que acresce a facilidade de fazer recair o valor do imposto pago sobre o utilizador do crédito).

¹⁶ Tudo numa situação em que o utilizador do crédito, a quem cabe suportar o imposto, nenhuma capacidade contributiva demonstra possuir em território português.

Todavia, a isenção da alínea h) do nº 1 do artigo 7.º do CIS não se aplicaria a nenhuma destas duas situações pois, como refere o nº 2 do artigo 7.º, um dos intervenientes (mutuário no primeiro exemplo, mutuante no segundo exemplo) não tem sede nem direcção efectiva no território nacional. Certo? Errado, pois a segunda parte do nº 2 do artigo 7.º exceptiona da excepção as situações em que o credor (mutuante) tem sede ou direcção efectiva noutro Estado Membro da União Europeia – ou seja, vem repor a isenção no segundo exemplo, em que o credor (Empresa C, residente em Espanha) tem sede noutro Estado Membro da União Europeia.

Mas não repõe a isenção quanto ao primeiro exemplo, que continuaria assim a ser sujeito a imposto do selo, pois, nessa situação, quem reside noutro Estado Membro da União Europeia é o devedor e não o credor – sendo que a excepção da segunda parte do nº 2 do artigo 7.º só se refere a credores e não a devedores, conforme referimos anteriormente.

Seria então atingido um resultado inaceitável. Onde existisse manifestação de capacidade contributiva numa operação financeira entre duas empresas de Estados Membros da União Europeia, haveria isenção. Onde não existisse essa manifestação haveria tributação.

A este respeito, relembrem-se as palavras do Prof. Saldanha Sanches¹⁷, ao referir que “(...) como última instância dos princípios de interpretação das leis fiscais – e como fundamento legal supletivo para a interpretação teleológica no ordenamento jurídico-tributário português – temos a interpretação constitucionalmente conforme. Trata-se do método que, entre os vários resultados possíveis de interpretação de um texto legislativo, escolha aquele que se possa considerar compatível com os princípios constitucionalmente consagrados”.

Cabe assim, interpretar as normas do CIS conforme a Constituição, procurando a cada momento, a capacidade contributiva que legitima a tributação. Ora, uma interpretação da norma de incidência do imposto do selo que levasse a esta conclusão seria uma interpretação totalmente inaceitável à luz dos princípios de direito fiscal¹⁸, da mesma forma que representaria uma restrição inaceitável à liberdade de circulação e, por conseguinte, uma violação do Direito Europeu.

¹⁷ *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 147.

¹⁸ Princípio da igualdade traduzido no princípio da capacidade contributiva.

Da violação do Direito Europeu pelo n.º 2 do artigo 7.º do CIS, numa interpretação que passe por considerar que existe incidência sempre que o mutuante seja residente em território nacional

A este respeito, refira-se que o artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 56.º do TCE, anterior artigo 73.º-B) estabelece que “[N]o âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros (...)”.

Conforme expressamente definido pela Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988 para execução do artigo 67g. do Tratado, os empréstimos, designadamente os de curto prazo, são considerados movimentos de capitais.

Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou, no acórdão Sandoz, que “(...) a proibição constante do artigo 73.º-B, n.º 1, do Tratado abrange quaisquer restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e entre os Estados-Membros e países terceiros. 19. (...) uma legislação como a que está em causa no processo principal priva os residentes num Estado-Membro da possibilidade de beneficiarem de uma eventual não tributação dos mútuos contraídos fora do território nacional. Por isso, tal medida é de molde a dissuadi-los de contraírem mútuos com pessoas estabelecidas noutros Estados-Membros (v. acórdão de 14 de Novembro de 1995, *Svensson e Gustavsson*, C-484/93, *Colect.*, p. I-3955, n.º 10). 20. Tal legislação constitui por isso uma restrição aos movimentos de capitais no sentido do artigo 73.º-B, n.º 1, do Tratado”.

Existindo uma restrição à livre circulação de capitais, é necessário então verificar se tal restrição pode ser justificada face às disposições do Tratado.

Conforme ressalva, aliás, o artigo 65.º, n.º 1, alínea a) do TFUE (anterior artigo 58.º, n.º 1, alínea a) do TCE), “[O] disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros (...) aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência (...)”, esclarecendo, no entanto, o n.º 3 que “[A]s medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º”.

Assim, é necessário aferir se a desigualdade de tratamento, no exemplo acima transcrito, respeita a situações não comparáveis (sendo assim uma desi-

gualdade justificada) ou se se justifica por razões imperiosas de interesse geral, conforme tem sido defendido pela Jurisprudência do TJUE.

No exemplo referido, estaríamos perante um imposto de obrigação única, cobrado sobre o valor de um acto, pelo que se teria de concluir, necessariamente, pela comparabilidade das situações entre residentes e não residentes.

Ora, conforme tem sido, de modo constante, decidido pelo TJUE, “(...) *perante uma vantagem fiscal cujo benefício seja recusado aos não residentes, uma diferença de tratamento entre estas duas categorias de contribuintes pode ser qualificada de discriminação, na acepção do Tratado, quando não exista qualquer diferença objectiva de situação susceptível de justificar diferenças de tratamento, quanto a este aspecto, entre as duas categorias de contribuintes (acórdãos Schumacker, já referido, n.ºs 36 a 38, e Asscher, já referido, n.º 42)*”.

É, então, forçoso concluir que o n.º 2 do artigo 7.º do CIS, *numa interpretação que passe por considerar que existe incidência sempre que o mutuante seja residente em território nacional*, constitui uma restrição da liberdade de circulação de capitais e uma discriminação arbitrária entre residentes e não residentes¹⁹, sendo que, não se encontrando qualquer razão de interesse público que possa justificar tal tratamento discriminatório, ter-se-á de concluir que constitui uma restrição injustificada à liberdade de circulação de capitais e um tratamento discriminatório dos não residentes.

Além do mais, a nosso ver, uma tal interpretação resultaria absurda: com efeito, que sentido faria que o legislador, que procurou com a introdução da salvaguarda contida no n.º 2 do artigo 7.º do CIS impedir a violação do direito europeu²⁰, viesse depois validar uma interpretação da norma de incidência que implicaria necessariamente essa violação?

¹⁹ Na medida em que exclui a aplicação da isenção a entidades *devedoras* residentes na União Europeia.

²⁰ Relembrem-se as palavras do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, quando – na instrução administrativa que emitiu sob o título “Orçamento do Estado para 2002 – Normas Fiscais” – refere que: “[E]fectivamente, se determinadas operações internacionais de crédito passam a ser tributadas, nos mesmos moldes das operações internas comparáveis, então é justo que as primeiras possam beneficiar das isenções consagradas para as segundas”.

A nossa opinião a respeito do Selo nas Operações Financeiras

Chegados a este ponto, resumamos numa tabela o que consideramos ser uma correcta interpretação do CIS e da TGIS no que diz respeito a utilizações de crédito²¹:

Utilização de Crédito (Verba 17.1 TGIS); Operações de crédito (isenção artigo 7º, nº 1, al h) e i)			
<p>Nota: Quando se fala em utilização de crédito, é devedor da obrigação o mutuante e é credor da prestação o mutuário (que tem direito a levantar os fundos mutuados). Quando se fala em operação de crédito, é credor o mutuante e devedor o mutuário. Na Verba 17.1 da TGIS o termo usado é "utilização de crédito"; na isenção do artigo 7.º, nº 1, al. h) e i), o termo usado é "operação" de crédito.</p>			
Domicílio do Credor na operação de crédito	Incidência	Domicílio do Devedor na Operação de Crédito	Observações
Portugal	Princípio da territorialidade (art 4.º(1) CIS)	Portugal	Aplica-se a isenção das alíneas h) e i) do nº 1 artigo 7º do CIS
UE	Extensão do princípio da territorialidade (art 4(2)(b) CIS)	Portugal	Aplica-se a isenção das alíneas h) e i) do nº 1 do artigo 7º do CIS, dado que o credor da "operação de crédito" é residente na UE
Portugal	Não Incidência pois o facto tributário (utilização de crédito) ocorre fora de Portugal, na UE, pois aí tem domicílio o credor da prestação.	UE	Não há que falar das isenções das alíneas h) e i) do nº 1 do artigo 7º do CIS. Assim, faz todo o sentido o nº 2 do artigo 7º do CIS falar apenas das situações em que o residente da UE é credor da operação (ainda que devedor quando se trata da utilização do crédito).

²¹ Na elaboração da tabela, pressupõe-se que os fundos são entregues ao mutuário na jurisdição do seu domicílio.

Da posição da Autoridade Tributária. Crítica

Uma nota final para referirmos que estamos cientes que a Autoridade Tributária tem vindo a adoptar uma tese distinta da que defendemos acima, considerando que existe incidência de imposto do selo nas operações financeiras, sempre que o mutuante seja residente em território nacional.

Esta posição da Autoridade Tributária funda-se essencialmente na posição adoptada por António Campos Lares e por Jorge Belchior Lares numa anotação ao CIS publicada em 2000, logo após a reforma do imposto do selo aprovada pela Lei 150/99 de 11 de Setembro²².

Referiam então estes autores o seguinte:

“A questão gira à volta de saber se o facto a que alude o n.º 1 do artigo 4.º que, por sua vez, remete para os «factos referidos no artigo 1.º», é, no caso em apreciação, a concessão do crédito ou a sua utilização.

Começaremos por dizer que os factos referidos no artigo 1.º são, entre outros, os actos e contratos.

Ora, derivando a operação de crédito em causa de um contrato – o contrato de concessão de crédito –, logo se vê que aquela operação está ali referida e, portanto, constitui um facto tributário.

E é assim – todas as vezes que as suas disposições têm de identificar o facto tributário – que o Código sempre se refere às operações de crédito ou às concessões de crédito, como pode ver-se, entre outros, dos seus artigos 3.º, n.º 3, alínea f), 4.º, n.º 2, alínea b), 6.º, n.º 1, alíneas g), h) e m), e 13.º, alínea g).

Repare-se que é esta última disposição – alínea g) do artigo 13.º – que marca o nascimento da obrigação tributária, estabelecendo que o mesmo se verifica, «nas operações de crédito, no momento em que forem realizadas», surgindo, nesse mesmo momento, o facto tributário.

Deste modo, sendo a operação de crédito em causa realizada por uma entidade domiciliada em território português, o facto tributário ocorreu no mesmo território, pelo que a situação está contemplada no n.º 1 do artigo 4.º, e, por isso, seria contraditório identificá-la no n.º 2.

Se o facto tributário referido naquele n.º 1 fosse a utilização do crédito – mas que não é, como vimos – então não teria o legislador necessidade de incluir no n.º 2 e sua alínea

²² Código do Imposto do Selo Anotado e Comentado, Alda Editores, Queluz, 2000, págs. 38-39.

b) as operações de crédito concedidas por entidades domiciliadas no estrangeiro a entidades domiciliadas em território português, uma vez que, neste caso, a utilização ocorre neste território e, então, a situação estaria (naquela lógica) já contemplada no n.º 1.

O argumento extraído da citada verba n.º 17.1 não colhe, dado que é o Código que define as regras de incidência, incluindo as isenções, e o nascimento da obrigação tributária e do consequente facto tributário, como se vê das disposições que citamos.

Da referida verba n.º 17.1 apenas se pode, e deve, extrair a regra de que o imposto só é devido no momento e na medida da utilização do crédito concedido.

Podemos, para finalizar, dizer que a sujeição ao imposto do selo se verifica no momento em que foi realizada a concessão de crédito, embora sob a condição suspensiva da sua efectiva utilização, ou seja, quando e na medida em que for utilizado o crédito concedido.

Conclui-se, portanto, que, ocorrendo a concessão de crédito em território nacional – facto tributário –, a situação prefigurada esta abrangida pelo citado n.º 1 do artigo 4º e, conseqüentemente, sujeita a imposto do selo.”

Salvo o devido e enorme respeito, consideramos que esta posição não é a que resulta das regras de incidência do CIS, desde logo, por dois motivos.

O primeiro, porque os referidos Autores sustentam a sua tese numa distinção entre o facto tributário (o contrato de concessão de crédito), e o momento em que é devido o imposto (aquando da efectiva utilização e na medida dessa utilização) – a nosso ver, e na linha da generalidade da doutrina, e em conformidade com a própria posição da Autoridade Tributária na Circular 15/2000, esta tese não tem suporte legal após a reforma do CIS operada em 2000.

O segundo, porque a disposição de extensão do princípio da territorialidade, contida na alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º do CIS – que estes Autores utilizam para *a contrario* defenderem a sua tese de que o facto tributário não pode ser a utilização de crédito²³ – não visa abordar uma situação não abrangida pelo n.º 1, mas tão-somente impedir as partes, nos empréstimos realizados

²³ “Se o facto tributário referido naquele n.º 1 fosse a utilização do crédito – mas que não é, como vimos – então não teria o legislador necessidade de incluir no n.º 2 e sua alínea b) as operações de crédito concedidas por entidades domiciliadas no estrangeiro a entidades domiciliadas em território português, uma vez que, neste caso, a utilização ocorre neste território e, então, a situação estaria (naquela lógica) já contemplada no n.º 1 (...)”.

por não residentes a favor de residentes, de manipularem a regra de incidência através da liberdade que têm de determinar o local de utilização do crédito²⁴.

Sendo patente do CIS que a disponibilidade de liquidez é essencial à verificação do direito de tributar, António Campos Laires e Jorge Belchior Laires procuram ajustar esta realidade à sua tese dizendo que “(...) a sujeição ao imposto do selo se verifica no momento em que foi realizada a concessão de crédito, embora sob a condição suspensiva da sua efectiva utilização, ou seja, quando e na medida em que for utilizado o crédito concedido”.

Em primeiro lugar, há que dizer que esta posição é contrariada por diversos outros autores, incluindo os que citámos atrás²⁵.

Em segundo lugar, há que realçar que o conceito de concessão de crédito não é um conceito técnico, mas antes um conceito de mercado, que não se reveste de autonomia económica ou tributária.

Na verdade, a concessão de crédito é em si mesma, em regra irrelevante, porquanto se traduz na celebração, directa ou indirecta, de um mútuo, i.e., na celebração de um “contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade” – artigo 1142.º do Código Civil.

Com efeito, o contrato de concessão de crédito só ganha relevância no campo da fiscalidade, designadamente em sede de imposto do selo, quando se traduz numa (imediata) entrega de fundos, e não quando reflecte apenas uma assunção de um compromisso de entrega de fundos num momento futuro a determinar, caso em que consubstancia, quanto muito, uma mera promessa de mútuo ou uma abertura de crédito.

²⁴ A utilização de crédito por residentes (em empréstimos concedidos por não residentes) ocorre geralmente em Portugal, conforme bem atestam António Campos Laires e Jorge Belchior Laires, e resulta do disposto no artigo 774.º do Código Civil. Nesse sentido, o n.º 1 do artigo 4.º do CIS abrange já essas situações, pelo que a extensão da alínea b) do n.º 2 dessa disposição pareceria redundante. Todavia, as Partes podem, pela liberdade contratual de que dispõem, manipular a regra de incidência deslocalizando para o estrangeiro o local de utilização do crédito. Nesses casos, ser-lhes-ia possível afastar a incidência do n.º 1 do artigo 4.º do CIS. É, a nosso ver, para evitar este tipo de manipulações, que a alínea b) do n.º 2 dessa disposição vem mencionar que, sempre que o mutuário é residente, é sempre devido imposto do selo.

²⁵ Nomeadamente, Silvério Mateus e Curvelo de Freitas, José Maria Fernandes Pires e Carlos Baptista Lobo.

Referem ainda os citados autores, em defesa da sua tese, o disposto nos artigos 3.º, n.º 3, alínea f), 4.º, n.º 2, alínea b), 6.º, n.º 1, alínea g), h) e m), e 13.º, alínea g)²⁶, sendo o seu argumento o de que essas disposições, ao procurarem identificar o facto tributário, se referem sempre a *operações de crédito* ou a *concessões de crédito* e não a utilizações de crédito.

Não compreendemos o argumento utilizado.

Em primeiro lugar, porque a utilização de crédito, enquanto facto tributário, não deixa de consubstanciar uma *operação de crédito*, operação essa que tem na sua génese a concessão de crédito.

Em segundo lugar, o acto de concessão de crédito é sempre um acto essencial à utilização de crédito, seja ou não previamente contratualizado. Mas ele nada vale, do ponto de vista do CIS, nem em si integra qualquer acto tributário, se a utilização não ocorrer efectivamente. Dito de outra forma, a assinatura de um contrato de concessão de crédito, em que a utilização não chega a ocorrer, não faz nascer um acto tributário; já em contrapartida, a utilização de crédito sem a assinatura prévia de um contrato de concessão de crédito gera sempre um acto tributário.

Na verdade, é a própria lei que determina (alínea g) do artigo 5.º (à altura 13.º) do CIS) que o nascimento da obrigação tributária se verifica, “*nas operações de crédito, no momento em que forem realizadas*”. Ou seja, é a utilização do crédito, e não a sua contratualização, que relevam enquanto facto tributário no CIS, pois é nessa utilização, e não na contratualização da operação que a possibilita, que se encontra uma possível manifestação de capacidade contributiva.

Em nossa opinião, a adopção de uma tese, segundo a qual há que distinguir um facto tributário, que não revela ele próprio qualquer tipo de capacidade contributiva, de uma condição suspensiva da tributação (a utilização do crédito), ela sim, susceptível de demonstrar alguma capacidade contributiva, ainda que virtual ou aparente, levantaria enormes questões de interpretação, decorrentes do facto de, nos termos do artigo 36.º da Lei Geral Tributária (LGT), com a verificação do facto tributário, se constituir uma relação jurídica tributária.

Entre essas questões, estariam seguramente as seguintes.

²⁶ No texto actual do CIS, as citadas disposições correspondem aos artigos 3.º, n.º 3, alínea f), 4.º, n.º 2, alínea b), 7.º, n.º 1, alíneas g) e h) (a alínea m) foi revogada) e artigo 5.º, alínea g).

Ao considerar que o facto tributário nasce com o contrato de concessão de crédito, estaríamos então perante uma situação atípica em que se constituiria a relação jurídico tributária sem que o contribuinte ficasse incumbido de qualquer dever declarativo ou de pagamento?

E quanto aos prazos de caducidade e de prescrição? As regras sobre contagem de prazos de caducidade e de prescrição nada dispõem sobre condições suspensivas de factos tributários, pelo que resultaria da tese de António Campos Laires e Jorge Belchior Laires que o momento relevante seria o da verificação do facto tributário, que é o termo inicial da contagem dos prazos estabelecido nos artigos 45.º e 48.º da LGT, e não o da data de liquidação do imposto, i.e. a sua efectiva utilização.

Pretender-se-ia defender que, se a utilização dos fundos ocorresse 5 anos após a concessão do crédito, i.e., 5 anos após a verificação do facto tributário, já não seria possível liquidar o imposto do selo devido (nos termos do artigo 45.º da LGT)?

E o que dizer acerca da aplicação da lei no tempo? Deveria aplicar-se a taxa de imposto em vigor no momento da concessão do crédito ou da sua utilização? De acordo com os princípios constitucionais e as regras estabelecidas no artigo 12.º da LGT, a lei aplicável é a que vigora no momento da verificação do facto tributário...

Então, se as partes celebrarem um contrato de concessão de crédito no ano N, e no ano N+1, altura em que os fundos são utilizados, a taxa de imposto subir, a taxa a aplicar seria a do ano N, i.e., a taxa em vigor no momento da verificação do facto tributário? Não constituiria esta interpretação uma violação do princípio da igualdade (na medida em que dois sujeitos passivos que manifestem igual capacidade contributiva num mesmo momento poderão estar sujeitos a tributação a taxas diferentes)²⁷?

Dito isto, teremos de notar que a obra referida, cujo valor se não contesta, foi apresentada no ano 2000, na sequência quase imediata da entrada em vigor da reforma do CIS, pelo que deveria hoje – 13 anos volvidos – ser interpretada em perspectiva. No entanto, atendendo ao facto de a Autoridade Tributária a citar constantemente como forma de justificar a sua posição, não pudemos

²⁷ Recorde-se que, sobre este ponto, a Autoridade Tributária vem expressamente dar relevância ao momento da utilização do crédito na sua Circular 15/2000, de 5 de Julho.

deixar de fazer reflectir neste trabalho o nosso pensamento a respeito da tese que estes autores então defenderam.

Brevíssima Conclusão

Face ao *supra* exposto, resta concluir que a lei não estabelece, nem poderia estabelecer sem regulamentação adicional, qualquer distinção entre o acto tributário e a sua produção de efeitos, nem tão-pouco pretendeu impor uma tributação universal (i.e., independente do local onde os fundos são utilizados) e discriminatória da utilização do crédito, mas antes e só a tributação da utilização de crédito que se encontre mais fortemente conexionada com o território português, seja em virtude da residência do alegado titular da capacidade contributiva, seja em virtude de uma especial conexão com o território nacional, que implique a disponibilização efectiva dos fundos neste território.