

AS GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES E O IMPOSTO DO SELO

BRUNO SANTIAGO (*) (**)

I — Introdução. Enquadramento da problemática

Nos últimos anos tem-se assistido a um crescimento exponencial do estudo dedicado ao tema das garantias das obrigações ⁽¹⁾. Trata-se de um instituto

(*) LLM in taxation (LSE), Mestre em ciências jurídico-empresariais (FDUL), Advogado associado da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados RL. O autor pode ser contactado através do endereço de email brunosantiago@mlgts.pt. Agradeço ao Dr. LUÍS BRANCO a amabilidade de ter lido este texto e a oportunidade de discutir alguns aspectos das matérias aqui abordadas. Quaisquer falhas ou omissões são da exclusiva responsabilidade do autor.

(**) É com especial gosto que me associo a esta homenagem ao Prof. SALDANHA SANCHES, com quem muito aprendi. De entre as devidas e sentidas homenagens que lhe foram feitas não posso deixar de subscrever as palavras de JOÃO TABORDA DA GAMA ao referir que o Professor era “generoso e respeita os mais novos”. O que, num meio por vezes interesseiro e mesquinho, é muito louvável.

⁽¹⁾ Sem pretensões de ser exaustivo e apenas relativamente a monografias sob a forma de livro que analisam *ex professo* o tema, veja-se L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010; M. J. da COSTA GOMES, *Estudos de Direito das Garantias — II*, Almedina, Coimbra, 2010, e *Estudos de Direito das Garantias — I*, Almedina, Coimbra, 2006; L. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 2.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2008, cuja 1.^a Ed. data de 2006; P. ROMANO MARTINEZ e P. FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a Ed., Coimbra, Almedina, 2006. Em sede de monografias específicas sobre garantias, veja-se, por exemplo, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, Almedina, Coimbra, 2010; sob a coordenação do Prof. SINDE MONTEIRO, *Garantias das Obrigações — Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, Almedina, Coimbra, 2007; TIAGO SOARES DA FONSECA, *O Penhor de Acções*, 2.^a edi-

que também não é estranho ao Direito Fiscal. Uma das particularidades deste ramo da ordem jurídica releva do facto de ter uma natureza transversal, intersectando, em maior ou menor medida, a generalidade dos outros ramos do direito. E assim também, de uma forma bastante acentuada, ao nível dos contratos em geral e dos direitos reais (sejam eles de aquisição, de gozo ou de garantia). Referimo-nos a um leque de impostos que incidem (não só, mas também) sobre as transacções e sobre a titularidade de direitos reais: o IVA, o IMT, o IMI e o Imposto do Selo (IS).

As garantias das obrigações — e, sobretudo, a sua relevância fiscal — assumem especial acuidade no âmbito do que, de forma algo vaga, se designa por operações financeiras, designadamente, ao nível da obtenção de financiamentos, de reestruturações de dívida, e, nos casos patológicos, de execução coerciva e, no limite, dos processos de insolvência ⁽²⁾.

Em particular, a constituição de garantias convoca desde logo o IVA que incide sobre as transmissões de bens e prestações de serviços efectuadas a título oneroso em território nacional, por um sujeito passivo deste imposto. Em termos necessariamente simplísticos podemos afirmar que o desiderato deste imposto é tributar todas as transacções efectuadas por agentes económicos no exercício da sua actividade com a particularidade de que o encargo económico do imposto manifesta-se apenas no consumidor final. Para conseguir esse desiderato utiliza-se uma técnica própria que passa por elencar expressamente o que se considera transmissão de bens para efeitos da incidência do IVA e, tudo o que não é considerado como transmissão de bens, será considerado prestação de serviços, sendo que os agentes económicos podem deduzir ao imposto que liquidam aos seus clientes nas transmissões de bens e prestações

ção, Almedina, Coimbra, 2007, JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007; JOANA PEREIRA DIAS, *Mecanismos convencionais da Garantia do Crédito: Contributo para o Estudo da Garantia "Rotativa" Mobiliária no Ordenamento Jurídico Português* (polic.), Lisboa, 2005, RUI OLIVEIRA NEVES, *O penhor de créditos — Contributo para a compreensão da figura no contexto das garantias especiais das obrigações* (polic.), Lisboa, 2004, Mónica JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002.

⁽²⁾ Para mais desenvolvimentos, cfr., por exemplo, JAN DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, vol. III, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, p. 5 e ss. Como lapidarmente referem LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCQ *apud* L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 11: "*sans sûreté, pas de crédit, sans crédit, pas d'économie moderne*".

de serviços que efectuam, o imposto que suportaram dos seus fornecedores, segundo o mecanismo do direito à dedução, o que implica que o encargo do imposto, ao fim e ao cabo e em tese ⁽³⁾, venha a ser suportado apenas pelo consumidor final que adquire os bens e os serviços e que já não poderá deduzir o imposto suportado.

Movendo-nos ainda nos quadros gerais conceptuais do IVA resulta que a constituição de garantias não sendo pela lei considerada uma transmissão de bens, caberá, pelo menos em princípio, na definição de prestação de serviços que, na medida em que seja efectuada em território nacional, por um sujeito passivo agindo enquanto tal, está sujeita a IVA. Porém, o Código do IVA — na sequência e em transposição das directivas comunitárias que estabelecem o regime comum do IVA — isenta deste imposto “a negociação e a prestação de fianças, avales, cauções e outras garantias, bem como a administração ou gestão de garantias de créditos efectuada por quem os concedeu” [artigo 9.º, n.º 27, al. b), do Código do IVA]. Pelo que, à semelhança do que sucede com a generalidade das operações financeiras, as garantias não são tributadas em IVA em virtude da isenção (incompleta) consagrada na lei. As razões pelas quais as operações financeiras (incluindo a prestação de garantias) estão isentas de IVA são várias permitindo-nos destacar a dificuldade sentida desde o início da implementação deste imposto a nível comunitário em tributar transacções muitas vezes desmaterializadas e em série nas quais o valor acrescentado em cada fase do ciclo produtivo é difícil de determinar ⁽⁴⁾.

Todavia, não seria normal nem legítimo que estas operações não ficassem sujeitas a imposto, criando um regime de favor ao sector financeiro sem uma justificação suficientemente forte para o beneficiar face aos restantes sectores da economia ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Referimo-nos em tese porque na prática a lei acaba por desvirtuar em alguma medida a pureza da técnica particular deste imposto com a consagração de isenções incompletas. Para mais desenvolvimentos, cfr., por exemplo, J. G. XAVIER DE BASTO, *A Tributação do Consumo e a sua Coordenação Internacional*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 164, CEF, DGCI, Lisboa, 1991, p. 52 e ss. CLOTILDE CELORICO PALMA, *Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado*, Cadernos IDEFF n.º 1, Almedina, Coimbra, 2005 p. 15 e ss.

⁽⁴⁾ Sobre este tema, por exemplo, J. G. XAVIER DE BASTO, *ob. cit.*, p. 245 e ss.

⁽⁵⁾ Ao nível dos trabalhos da Comissão Europeia sobre este tema, designadamente sobre a criação de um imposto sobre a actividade financeira e um imposto sobre as transacções financeiras, pode consultar-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Con-

No caso português esta indesejada diferenciação é combatida pela tributação destas operações em IS ⁽⁶⁾.

Por sua vez, segundo a técnica própria utilizada pelo legislador do IS, temos que são sujeitos a este imposto todos os actos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos que vêm previstos na Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS) em anexo ao Código do Imposto do Selo (CIS) ⁽⁷⁾. A verba 10 da TGIS sujeita a IS as:

Garantias das obrigações, qualquer que seja a sua natureza ou forma, designadamente o aval, a caução, a garantia bancária autónoma, a fiança, a hipoteca, o penhor e o seguro-caução, salvo quando materialmente acessórias de contratos especialmente tributados na presente Tabela e sejam constituídas simultaneamente com a obrigação garantida, ainda que em instrumento ou título diferente — sobre o respectivo valor, em função do prazo, considerando-se sempre como nova operação a prorrogação do prazo do contrato:

Garantias de prazo inferior a um ano — por cada mês ou fracção
— 0,04%

Garantias de prazo igual ou superior a um ano — 0,5%

Garantias sem prazo ou de prazo igual ou superior a cinco anos
— 0,6%

Resulta da análise do citado preceito que as garantias estão sujeitas a IS, excepto se forem materialmente acessórias de outras operações tributadas em selo, como acontece quando a garantia é constituída para garantir uma operação financeira. Com efeito, nos termos da Verba 17 da TGIS estão sujeitas a IS as operações financeiras “*pela utilização de crédito, sob a forma de fundos,*

selho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, *Taxation of the Financial Sector*, COM (2010) 549/5.

⁽⁶⁾ Para outros desenvolvimentos, por último, TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA “Portuguese Stamp Duty on Cross-Border Loans and Guarantees”, *European Taxation* June 2008, IBFD, p. 305 e ss.; e CARLOS LOBO, “As operações financeiras no Imposto do Selo: enquadramento constitucional e fiscal”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 1, Número 1, p. 73 e ss.

⁽⁷⁾ Artigo 1.º, n.º 1, do CIS. Com interesse ainda o número 2 do mesma norma que estabelece não serem sujeitas a este imposto as operações sujeitas e não isentas de IVA, o que faz transparecer a natureza subsidiária do Selo face ao IVA, na parte em que estes dois impostos tocam num mesmo facto que pretendem tributar.

mercadorias e outros valores, em virtude da concessão de crédito a qualquer título (...), incluindo a cessão de créditos, o factoring e as operações de tesouraria quando envolvam qualquer tipo de financiamento ao cessionário, aderente ou devedor, bem como o “*crédito utilizado sob a forma de conta corrente, descoberto bancário ou qualquer outra forma em que o prazo de utilização não seja determinado ou determinável; sobre a média mensal obtida através da soma dos saldos em dívida apurados diariamente, durante o mês, divididos por 30*”, assim como os “*juros por, designadamente, desconto de letras e bilhetes do Tesouro, por empréstimos, por contas de crédito e por crédito sem liquidação*”, os “*prémios e juros por letras tomadas, de letras a receber por conta alheia, de saques emitidos sobre praças nacionais ou de quaisquer transferências*”, as “*comissões por garantias prestadas*” e “*outras comissões e contraprestações por serviços financeiros*”, nestes últimos casos desde que realizadas por ou com intermediação de instituições de crédito, sociedades financeiras ou outras entidades a elas legalmente equiparadas e quaisquer outras instituições financeiras.

A tributação em IS das operações financeiras só por si mereceria um estudo autónomo que não será aqui realizado ⁽⁸⁾.

Para além da linearidade da conclusão de que as garantias estão sujeitas a IS, existem uma multiplicidade de situações que levantam inúmeras dúvidas. É apenas sobre essas (ou algumas dessas) que curaremos neste estudo.

II — Garantias das obrigações para efeitos de IS

1. Explicitação do tipo legal objectivo

a) *Garantias das obrigações, qualquer que seja a sua natureza ou forma...*

Em primeiro lugar, na tarefa de exegese normativa que iremos efectuar importa averiguar o sentido da expressão “*garantias das obrigações, qualquer que seja a sua natureza ou forma*”.

⁽⁸⁾ Para uma introdução à tributação em IS das operações financeiras *vide* J. SILVÉRIO MATEUS, L. CORVELO DE FREITAS, *Os Impostos sobre o Património Imobiliário. O Imposto do Selo*, Anotados e Comentados, Lisboa, Engifisco, 2005, p. 732, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 381 e ss e para mais desenvolvimentos sobre a tributação das operações financeiras *vide* TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*

O que é que se deve entender por garantias das obrigações? Esta é a primeira grande questão que importa analisar e tentar obter uma resposta susceptível de gerar consensos entre partes tradicionalmente desavindas relativamente à interpretação da lei — o Fisco e os contribuintes ⁽⁹⁾.

À partida, julgamos poder afirmar sem margem para grandes dúvidas que onde se lê “garantias das obrigações” deverá ler-se, com mais propriedade, garantias *especiais* das obrigações. Ou seja o facto de o termo garantia ter sido utilizado pelo legislador no seu plural afasta a consideração da garantia geral das obrigações [i.e., todos os bens do devedor susceptíveis de penhora na expressão do artigo 602.º do Código Civil (CC)] da sujeição a IS. Esta primeira conclusão parece-nos óbvia. De outro modo significaria conduzir o IS quase a um imposto geral sobre o património, o que nunca foi desejado ⁽¹⁰⁾. Posto isto, ou seja, uma vez concluído que as garantias das obrigações a que se refere a Verba 10 da TGIS são as garantias especiais das obrigações, cabe agora averiguar quais são então as garantias especiais das obrigações sujeitas a IS ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Norteamo-nos, pois, pelas palavras do Professor CARLOS LOBO: “a correcta interpretação dos tipos tributários em sede de Imposto do Selo depende da realização de um prévio “isolamento” conceptual de forma a atingirmos a filosofia própria originária de cada tipo tributário em si mesmo considerado — in limine, o descortínio da causa original da tributação —, e de uma subsequente aculturação desse tipo tradicional — eminentemente formal — aos princípios e regras comuns próprios de um ambiente tributário norteado para a substância, fundamental para a adaptação de um sistema tributário deste tipo a um ambiente simultaneamente desmaterializado e desformalizado”, cfr. *ob. cit.* p. 79.

⁽¹⁰⁾ Para uma introdução à temática da tributação do património em Portugal, J. L. SALDANHA SANCHES, “Sobre a Hipótese de um Imposto sobre o Património das Empresas”, *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000. Depois da reforma da tributação do património de 2003, cfr. CASALTA NABAIS, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 219 e ss. Com mais indicações bibliográficas, v. NUNO SÁ GOMES, *Tributação do Património. Lições Proferidas no 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2004*, Almedina, Coimbra, 2005, DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA LEITE DE CAMPOS, *Direito Tributário*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 58; e EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em Torno das Constituições Financeira e Fiscal e dos Novos Desafios na Área das Finanças Públicas”, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 30.

⁽¹¹⁾ Não esquecendo que o legislador do CIS exemplificou expressamente como garantias das obrigações: o aval, a caução, a garantia bancária autónoma, a fiança, a hipoteca, o penhor e o seguro-caução.

A difícil tarefa hermenêutica que temos pela frente de dissecar o texto legal da Verba 10 da TGIS ir-se-á balizar pelos padrões doutrinariamente reconhecidos de interpretação dos textos legais, designadamente tomando em devida consideração o disposto no artigo 9.º do CC, as especificidades próprias de interpretação das normas fiscais conforme vem disposto no artigo 11.º da LGT e as especiais exigências constitucionais, designadamente em sede de determinabilidade do tipo, que dimanam do princípio da legalidade dos impostos ⁽¹²⁾.

E assim importa deitar um primeiro olhar ao direito pretérito, i.e., ao Regulamento do Imposto do Selo e à Tabela Geral do Imposto do Selo que, não obstante sucessivas modificações, entraram em vigor cerca de 30 anos antes do CC de 1966 e vigoraram até 1999. Nos termos, respectivamente, dos artigos 94 e 99 dessa Tabela estavam sujeitos a selo a “*fiança, caução ou penhor, sobre o seu valor*” e as “*hipotecas: (...), sobre o seu valor*” ⁽¹³⁾. Ou seja, no regime do IS anterior e numa manifestação do princípio da tipicidade fechada da lei fiscal, apenas a fiança, a caução, o penhor e a hipoteca estavam sujeitas a este imposto.

Por seu turno, o legislador da reforma do IS, influenciado pelas novas correntes metodológicas do princípio da legalidade fiscal, optou por desenhar um tipo aberto segundo o qual ficam sujeitas a este imposto não apenas as garantias mencionadas na antiga Tabela, mas todas as garantias das obrigações, qualquer que seja a sua natureza ou forma. Como pode ler-se no Preâmbulo do novo CIS “*a reforma de 2000 marcou uma tendência para a alteração de uma das suas mais ancestrais características, que de imposto sobre os documentos se tende a afirmar cada vez mais como imposto sobre as operações que, independentemente da sua materialização, revelem rendimento ou riqueza*”. É pois inequívoca a

⁽¹²⁾ Para mais desenvolvimentos sobre as modernas correntes do princípio da legalidade fiscal, cft., por último, ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal. Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2007.

⁽¹³⁾ Em ambos os casos já se excluía a tributação se as garantias em causa fossem acessórias de outros contratos especialmente tributados em selo, sendo que só se consideravam como tais as garantias constituídas no mesmo título que documentasse o contrato cujo cumprimento garantiam. De notar que originariamente apenas a fiança e a hipoteca estavam sujeitas a selo. Apenas com a Lei n.º 71/93, de 26 de Novembro (OE para 1994) foram incluídas a caução e o penhor no âmbito de sujeição a selo. Também sujeito a selo nos termos da verba 25 da anterior Tabela estava o “*aval prestado em carta ou em qualquer outro documento em relação a letras ou livranças, não sendo nas próprias letras e livranças, sobre o valor avalizado*”.

vontade histórica do legislador de, seguindo a tendência que já vinha de trás, procurar romper com os grilhões que ligavam a manifestação do IS nas garantias ao regime do direito civil, para passar a abraçar novas realidades derivadas da autonomia contratual e da expansão do comércio jurídico no século XX a nível mundial ⁽¹⁴⁾. Daí, em nosso entender, a justificação para — de forma algo infeliz em virtude das incertezas que causa no espírito de um intérprete atento — ter-se optado por sujeitar a imposto, em geral, as garantias das obrigações de qualquer espécie, tendo, depois, optado por concretizar exemplificativamente algumas dessas garantias como forma de reduzir a indeterminabilidade do tipo que de outra forma poderia ser excessiva face às exigências do Direito Fiscal. Note-se, todavia, que não obstante esta tendência de desmaterialização e de procurar tributar a manifestação económica subjacente a uma determinada operação (no caso a constituição de garantias), não podemos encará-la de forma ilimitada pois importa não esquecer que, de acordo com a norma de incidência objectiva — o artigo 1.º do CIS — o imposto do selo continua a ser um imposto sobre actos, contratos, documentos, títulos e papéis. Não há nem como nem porque fugir a este facto que faz parte das características imanentes deste imposto desde os seus primórdios.

Mas se a tentativa de adaptar o imposto a uma nova lógica e a novas realidades logrou algum sucesso ao nível das operações financeiras com a formulação da lei utilizada pelo legislador, o mesmo não vale, em nossa opinião, para as garantias ⁽¹⁵⁾. Para esse desiderato impor-se-ia explicar o que se pretende significar com “garantias das obrigações” ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido CARLOS LOBO, *ob. cit.*, p. 76, e, para mais reflexões sobre o desenvolvimento comércio jurídico a nível global nos séculos XIX e XX, *vide* NUNO DE OLIVEIRA GARCIA, “Da crença no mercado auto-regulável aos fenómenos utópicos das sociedades comerciais e elites capitalistas: notas sobre as esferas económica e política das práticas do comércio transfronteiriço nos séculos XIX e XX”, *Globalização Económica*, coordenação de Pedro SOARES MARTINEZ, Almedina, Coimbra, 2007, p. 169 e ss.

⁽¹⁵⁾ Nas palavras do Professor CARLOS LOBO “*com a simples alteração do tipo tributário para uma lógica substantiva baseada na utilização do crédito todos os problemas e todos os desequilíbrios antes tomados como inultrapassáveis e violadores da sã concorrência no mercado bancário ficaram irremediavelmente sanados, atingindo-se um sistema de imposto unanimemente reconhecido como de modernidade — visando a substância e minimizando os aspectos formais — e totalmente adaptado aos desafios da “nova economia”, ob. cit.*, p. 82.

⁽¹⁶⁾ Como refere o último Autor e obra citada que temos vindo a acompanhar de perto “*a definição ampla e genérica de “garantia”, independentemente da sua natureza ou forma, implica*

Não tendo optado por semelhante técnica legislativa — como seria o caso se por exemplo tivesse referido que o que se tributa é um reforço quantitativo ou qualitativo do crédito de um credor face aos outros credores comuns —, por garantias das obrigações deve entender-se apenas: *i*) as garantias especiais das obrigações previstas nas várias secções e subsecções do Capítulo VI do Título I do Livro II do Código Civil, e não todas, como veremos; *ii*) as previstas na Tabela Geral e que em alguns casos o respectivo regime jurídico-substantivo vem regulado em legislação extravagante ao Código Civil como é o caso do aval, do seguro-caução ⁽¹⁷⁾ e outros casos de garantias socialmente típicas mas legalmente atípicas como é o caso da garantia bancária autónoma; e, finalmente, *iii*) outras figuras que muito embora não constem da enumeração exemplificativa efectuada na Tabela não faz sentido ficarem excluídas como a garantia autónoma (não bancária). Na categorização das garantias sujeitas a IS que propomos a última espécie tem natureza puramente residual, visa incluir apenas outras figuras que sejam socialmente típicas e que, sem margem para dúvidas, se reconduzam às garantias acima enunciadas, bem como figuras de direito estrangeiro análogas às garantias especiais previstas pela ordem jurídica nacional.

Esta interpretação do tipo legal previsto na verba 10 da TGIS é a que face à actual letra da lei mais se acomoda às exigências jurídico-constitucionais de segurança jurídica, de cumprimento com o princípio da legalidade na sua vertente de determinabilidade e parece-nos assegurar o importante efeito da lei poder ser reconhecida pelos seus agentes e destinatários ⁽¹⁸⁾. É que, como bem salienta o Professor Carlos Lobo no artigo que temos vindo a citar, relativamente às operações financeiras *lato sensu* (abrangendo as garantias), a tributação destas últimas é sem dúvida a que levanta mais problemas em sede de justificação para legitimar as pretensões tributárias ⁽¹⁹⁾.

um necessário escrutínio casuístico de forma a verificar-se a legitimidade substantiva de uma tributação", p. 85.

⁽¹⁷⁾ Face ao disposto no artigo 22.º do CIS, a tributação do seguro-caução nos termos da verba 10 da TGIS apresenta-se, no mínimo, de difícil compatibilização com a sua tributação pela verba 22 da mesma tabela.

⁽¹⁸⁾ Em sentido diferente *vide* J. SILVÉRIO MATEUS, L. CORVELO DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 711.

⁽¹⁹⁾ Para uma justificação da pretensão de tributar outras operações financeiras como a emissão de cheques, as comissões por serviços financeiros, juros e a utilização do crédito,

Resulta do exposto que figuras e institutos do direito civil que segundo a doutrina civilística mais recente têm vindo a ser considerados no âmbito das garantias das obrigações, em grande parte em virtude da função que desempenham, não devem ser como tal considerados para efeitos de Imposto do Selo.

Em nosso entender o legislador do IS foi claro no que pretendia sujeitar a este imposto e não há que escrutinar se uma determinada figura do direito dos contratos (pense-se, por exemplo, em institutos tão diferentes como a solidariedade passiva, a compensação ou a excepção de não cumprimento do contrato) desempenha uma função de garantia e, por isso, deva ser considerado uma garantia para efeitos de IS.

Ainda que alguns institutos do direito das obrigações desempenhem uma função de garantia, serão sempre garantias exclusivamente do ponto de vista funcional e não estritamente legal, material ou formal e não existe na letra da verba 10 da TGIS qualquer indício, por mais ténue que seja, de que ao ter sujeito a imposto as “*garantias das obrigações qualquer que seja a sua natureza ou forma*” tivesse visado uma irradiação funcional do conceito de garantia. Na verdade, como reconhecem os próprios autores que se debruçaram sobre estes institutos, a caracterização como garantia deve-se, sobretudo, à função que exercem que em algumas situações (não em todas, note-se) se assemelha à desempenhada pelas garantias especiais das obrigações. Do mesmo modo ainda que alguns desses institutos possam ser qualificados materialmente como garantias, a verdade é que, ainda do ponto de vista material, a sua natureza jurídica não é exclusivamente de garantia o que se comprova, desde logo, pelo facto do legislador não os ter considerado como tais.

Em resumo, por garantias das obrigações deve entender-se sobretudo as garantias especiais das obrigações nos termos acima explicitados. Mas será que as garantias especiais das obrigações previstas no Código Civil estão todas sujeitas a IS? Em nosso entender não. Que sentido faz o direito de retenção estar sujeito a IS? Ou os privilégios creditórios? Estes dois institutos são garantias que se constituem *ope legis*. Não necessitam de nenhum acto ou título. Pense-se, por exemplo, no caso do IMT. Resulta do artigo 744.º, n.º 2, do CC (e do artigo 39.º do CIMT), que as dívidas de IMT gozam de privi-

cfr. ult. Autor e *ob. cit.*, pp. 85-86. Para mais desenvolvimentos sobre a legitimação do poder tributário em geral, cfr. J. L. SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, p. 19 e ss.

légio imobiliário sobre o prédio transmitido. Quer isso dizer que o sujeito passivo de IMT para além dos impostos que presentemente tem de pagar sobre a aquisição do imóvel (IMT e IS) ainda tem de pagar IS pela garantia? É óbvio que não. São garantias que pela sua lógica de funcionamento não se compadecem com a sujeição a IS, pois não exigem qualquer acto voluntário para a sua constituição.

Por garantias de qualquer natureza deve entender-se que o legislador pretendeu abranger tanto as garantias consensuais como as garantias reais *quoad constitutionem*. Em todo o caso, está implícito que as garantias sujeitas a IS são apenas as garantias constituídas por negócio jurídico, ainda que unilateral. O que significa que ficam excluídas da sujeição a IS as garantias constituídas independentemente da vontade dos interessados, como é o caso dos privilégios creditórios e do direito de retenção. Decorre deste raciocínio *mutatis mutandis* que também as hipotecas legais e judiciais ⁽²⁰⁾, assim como a penhora, não se devem considerar, em nosso entender, sujeitas a IS ⁽²¹⁾. Com efeito estas garantias reais são constituídas sem o concurso da vontade do titular do bem. Não faria sentido sujeitá-las a IS.

Por garantias de qualquer forma deve entender-se que o legislador pretendeu incluir não apenas as garantias celebradas por escrito mas também as garantias acordadas oralmente (muito embora estas, admite-se, sejam raras).

Em consequência do exposto, por exemplo, não deve ser qualificado como garantia para efeitos de IS, ao contrário da mais recente doutrina civilística que se pronunciou sobre o assunto, o contrato de reporte. Este, aliás, expressamente tributado em IS nos termos da verba 21 da TGIS. Com efeito, nunca se entendeu que o reporte ao invés de ser tributado pela verba 21 devesse sê-lo

⁽²⁰⁾ Assim como a caução imposta pelo tribunal ou a consignação de rendimentos judicial, nos termos, respectivamente, dos artigos 624.º e 658.º do CC ou o penhor constituído pelo órgão de execução fiscal nos termos do artigo 195.º do CPPT. Em face ao entendimento que defendemos já não assim a *prestação espontânea de caução* nos termos do artigo 988.º do CPC que deve considerar-se sujeita a IS. Para uma panorâmica dos diversos casos de caução imposta por lei, *vide* M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 822.

⁽²¹⁾ Sobre a natureza de garantia da penhora, *vide* MIGUEL MESQUITA, *Apreensão de bens em processo executivo e oposição de terceiro*, 2.ª Ed, Almedina, Coimbra, 2001. No sentido da penhora não ser uma garantia e, por isso — infere-se —, não estar sujeita a IS, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *ob. cit.*, p. 371.

pela verba 10 (designadamente relativamente a contratos de reporte celebrados, ainda que em hipótese remota, por mais de 6 anos em virtude do disposto no artigo 22.º, n.º 3, do CIS, que estabelece que para factos abrangidos por mais de uma verba, aplica-se a verba que prever a taxa mais elevada).

Outro exemplo é o da solidariedade passiva. A solidariedade passiva é de acordo com a sistemática do Código Civil uma das modalidades das obrigações e não uma garantia especial das obrigações. É uma figura sobejamente conhecida da prática negocial, demasiado conhecida para passar incólume ao crivo do Fisco se este entendesse que deveria ser considerada como uma garantia das obrigações para efeitos de IS. Se a solidariedade passiva fosse considerada uma garantia para efeitos de IS ainda haveria que ser determinado quem é que garante o quê a quem e se, no caso de vários obrigados solidários, todos seriam considerados garantes ⁽²²⁾ ⁽²³⁾.

E o mesmo se diga relativamente a outras figuras que economicamente podem desempenhar uma função de garantia tais como o contrato de depósito *escrow*, a assunção cumulativa de dívida que a mesma lei prevê no capítulo da transmissão de créditos e de dívidas ⁽²⁴⁾, a reserva de propriedade que o CC prevê no artigo 409.º ⁽²⁵⁾, a venda a retro prevista no artigo 927.º do CC, a locação financeira (Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho sucessivamente alterado), as cessões de crédito (em garantia ou com função de garan-

⁽²²⁾ Num caso de pluralidade de fiadores levaria ainda à estanha consequência de, para além do IS devido relativamente a cada fiança, ser ainda devido IS pela obrigação solidária que se gera entre os fiadores de acordo com o disposto no artigo 649.º do CC.

⁽²³⁾ No sentido de que não deve haver IS quando a obrigação solidária resulte da lei e que quando contratualmente acordada apenas não deverá haver IS em caso de existência de razões comerciais e económicas que justifiquem a consagração de uma obrigação solidária, *vide* TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 309.

⁽²⁴⁾ Veja-se a este propósito o artigo 196.º, n.º 9, do CPPT, que dispõe no sentido de que a assunção da dívida fiscal por um terceiro implica que o terceiro preste uma garantia a favor do Estado.

⁽²⁵⁾ Afirmando que a reserva de propriedade é uma garantia real *vide* JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *ob. cit.*, p. 374. Sustentando tratar-se de um instituto que se assemelha a uma espécie de garantia real atípica, i.e., fora do comum, pelo facto de não se verificar a característica da *preferência* própria das garantias reais *vide* JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *ob. cit.*, p. 259. Tanto quanto seja do nosso conhecimento a aquisição de um veículo com reserva de propriedade deve ser expressamente mencionada no registo do automóvel (artigo 46.º do Regulamento do Registo de Automóveis) mas a conservatória do registo automóvel não exige selo sobre a reserva de propriedade, para além dos € 3 da verba 20 da TGIS.

tia)⁽²⁶⁾, a alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio), a procuração irrevogável, a compensação prevista no artigo 848.º do CC, a excepção de não cumprimento do contrato prevista no artigo 428.º do CC, a responsabilidade para com os credores da sociedade subordinada nos termos do artigo 501.º do CSC ou ainda as cláusulas de *negative pledge*, *pari passu* e *cross-default* inseridas nos contratos sujeitos à lei dos Estados da *common law*⁽²⁷⁾. Pretender associar estas figuras à sujeição a IS face à redacção actual da verba 10 da TGIS seria sob a veste da substância económica dos factos, estar-se-ia a sacrificar para além do juridicamente tolerável a forma e a teleologia da norma e o próprio sistema.

A forma porque mesmo admitindo que os institutos acima aludidos possam assumir em maior ou menor medida uma *função* de garantia, não têm a forma das garantias consagradas pelo legislador. Assim como porque a Verba 10 não permite extrair que são consideradas garantias não só as garantias mas também outros institutos que economicamente desempenhem (ainda que limitada, lateral ou indirectamente como acontece nos casos referidos) uma função de garantia. O que não quer dizer que *de iure constituendo* o legislador não possa vir a alargar a incidência objectiva do selo para outros casos em que, para além das garantias *stricto sensu*, se tribute também outras figuras e institutos que desempenhem uma função idêntica. Simplesmente, *de iure constituto*, e mesmo tomando em consideração a intenção do legislador da reforma do IS de tributar operações que revelem rendimento ou riqueza, não é possível concluir, face à letra da verba 10 da TGIS, que certos institutos, que não sendo garantias especiais das obrigações consagradas por lei, mas que desempenham uma função semelhante, sejam considerados garantias para efeitos de IS. Para isso o legislador terá de ir mais longe e operar uma revolução semelhante à operada na tributação do crédito, o que ainda está por fazer.

⁽²⁶⁾ Contra, entendendo que uma cessão de créditos em garantia pode estar sujeita a IS louvando-se na letra da verba 10 da TGIS e no princípio da substância sobre a forma, *vide* TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 313.

⁽²⁷⁾ Para mais desenvolvimentos sobre estas cláusulas *vide*, por exemplo, JOANA PEREIRA DIAS, “Contributo para o Estudo dos Actuais Paradigmas das Cláusulas de Garantia e/ou Segurança: a *Pari Passu*, a *Negative Pledge* e a *Cross Default*”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, p. 879 e ss e ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, “*Negative Pledge*: um estudo comparatístico”, *O Direito* 142.º (2010), III, p. 497 e ss.

O fim da norma pois este é claro ao visar trazer à tributação os instrumentos ou títulos ⁽²⁸⁾ que permitam ao credor dispor de uma garantia adicional em caso de incumprimento, garantia adicional esta que se traduz em regimes especiais que possibilitam a satisfação do seu crédito numa posição preferencial e mais salvaguardada que os credores comuns.

A unidade do sistema pois seria estar a considerar como garantias institutos que o legislador expressa e deliberadamente não considerou como tais.

Ainda um caso que levanta dúvidas é o das cartas de conforto. São estas verdadeiras garantias? Sendo garantias estão sujeitas a IS? Julgamos que a resposta vai depender da concreta conformação do documento. As cartas de conforto fracas ou médias não serão, em princípio, sujeitas a IS pois estas só em termos muito latos poderão ser consideradas garantias. Já uma carta de conforto forte poderá constituir uma garantia para efeitos de IS, sobretudo, na medida em que da redacção da carta resulte que o emitente assegura o cumprimento de uma obrigação em caso de incumprimento do devedor ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Pese embora a tendência de desmaterialização e a intenção do legislador do CIS de tributar manifestações económicas, a verdade é que a própria Administração quando interpreta a verba 10 continua de algum modo a visualizar a garantia como um título. Veja-se a propósito a Circular n.º 15/2000 que refere que *“o contrato para prestação de garantia, na medida em que consubstancia apenas uma promessa, está sujeito, apenas, ao selo do n.º 8 da Tabela Geral. O termo de garantia associado, por seu lado, configura o escrito em que é formalizada a constituição da garantia”*. Também neste sentido o despacho de concordância da Subdirectora-Geral da DSIMT (Direcção de Serviços do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis, do Imposto do Selo, dos Impostos Rodoviários e das Contribuições Especiais) que recaiu sobre o parecer n.º 366/2005, da DSJC (Direcção de Serviços Jurídicos e do Contencioso) que sancionou o entendimento de que “o instrumento ou título constitutivo da garantia, independentemente da natureza desta e da forma por que se revista” e, mais adiante, *“a prestação de serviços consistente na garantia por outrem que não o devedor da obrigação garantida é um facto tributário distinto do instrumento ou título da concessão de garantia, motivo pelo qual a incidência do imposto do selo simultaneamente sobre a comissão cobrada em virtude da prestação de garantia e sobre o instrumento ou título por que a garantia é concedida não configura qualquer violação do art. 22.º, n.º 2, do CIS”* (os sublinhados não constam no original).

⁽²⁹⁾ Assim, por exemplo, uma carta de conforto em que o emitente compromete-se a não ceder a sua participação social na entidade devedora a terceiros não nos parece que configure uma garantia para efeitos de IS pois não se pode dizer que o emitente esteja a assegurar o cumprimento imediato das obrigações caso o devedor não cumpra. No mesmo sentido, JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES, *ob. cit.*, p. 379.

Por fim, importa esclarecer que não obstante parece poder concluir-se que as garantias sujeitas a IS continuam, na prática, a confundir-se em larga medida com os títulos nos quais vêm inscritas, isso não permite afirmar *a priori* que uma vez pago o respectivo IS não possa haver lugar a mais IS, designadamente, em situações de reforço ou extensão das garantias existentes ⁽³⁰⁾. Da mesma forma que importa avaliar se a transmissão de uma garantia deve ou não ser considerada uma nova garantia para efeitos de IS.

No caso do reforço das garantias a Administração Fiscal já se pronunciou no Despacho de concordância da Subdirectora-Geral da DSIMT que recaiu sobre o parecer n.º 366/2005, da DSCJC. A factualidade que esteve na origem deste entendimento administrativo reportava-se ao reforço de uma caução prestada pelo empreiteiro de obras públicas a favor do dono da obra, através do desconto de uma percentagem das importâncias que o empreiteiro tivesse a receber do dono da obra em cada um dos pagamentos parciais ⁽³¹⁾. No entender do referido parecer “*a incidência do imposto de selo resulta de do referido da caução resultar o alargamento da obrigação garantida, na exacta medida do novo montante caucionado*”, o que leva a concluir que para a Administração Fiscal o reforço de garantias é considerado uma nova garantia para efeitos de IS pois assiste-se a um reforço da obrigação garantida. Neste entendimento das coisas, então também será de concluir que o valor sobre o qual incidirá a taxa há-de corresponder apenas ao valor do reforço e não à totalidade da obrigação garantida.

Entendemos, porém, que nem todos os casos de reforço devem estar sujeitos a IS pela mesma razão que nem todos os casos em que são constituídas novas garantias em substituição de anteriores estão sujeitos a IS. Com efeito, deduz-se do entendimento administrativo *supra* citado que se na origem

⁽³⁰⁾ Para um exemplo de um caso julgado pela jurisdição comum em que a extensão de uma hipoteca não deve ter efeitos em IS *vide* PAULO SOBRAL SOARES DO NASCIMENTO, “Extensão da hipoteca a prédio contíguo pertencente ao mesmo devedor em consequência do *ius aedificandi*. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2005 (7.ª Secção), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, p. 711 e ss.

⁽³¹⁾ Tratava-se de uma garantia prestada ao abrigo do artigo 211.º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas de 1999 que previa que das importâncias que o empreiteiro tivesse a receber em cada um dos pagamentos parciais pelo dono da obra seria deduzida a percentagem de 5%, para garantia do contrato, em reforço da caução prestada ao abrigo do artigo 112.º e seguintes do referido regime jurídico.

do reforço (ou da substituição) da garantia estiver um aumento da dívida está justificada economicamente a incidência do imposto. Todavia, se o reforço ou a substituição da garantia se deverem, respectivamente, a uma desvalorização ou ao perecimento dos bens (artigo 701.º do CC), já não vislumbramos justificação económica bastante para nova sujeição a IS já que neste caso não há nenhuma nova manifestação económica ou financeira que justifique a tributação uma vez que a obrigação garantida é a mesma. Admite-se, contudo, que esta visão das coisas possa encontrar resistências por parte de alguns notários e conservadores escudando-se num entendimento eminentemente formalístico e arreigado às concepções do passado mas contrário ao espírito que presidiu à reforma da tributação do IS.

Ainda em sede das vicissitudes correntes da vida de uma garantia, para além da possibilidade de redução que não tem reflexos em IS, importa dissecar se a extensão de uma garantia existente a uma outra dívida é um facto relevante para efeitos de IS. Nesta sede assiste-se a uma diminuição do valor da garantia na medida em que esta passa a garantir o cumprimento de um montante superior ao que inicialmente garantia, pelo que poderá argumentar-se não dever ser devido IS. Todavia, devido ao entendimento de que o IS nas garantias incide sobre o montante garantido e na medida em que se verifica um aumento do montante garantido deve ser entendido que a extensão da garantia é um facto sujeito a IS sobre o montante da nova dívida que passa a estar garantida pela garantia existente.

Finalmente, cabe ainda tecer algumas considerações sobre se a transmissão de garantias está sujeita a este imposto. A transmissão da garantia pode ocorrer juntamente com a transmissão do crédito que assegura (artigo 582.º do CC), como também pode suceder a garantia ser cedida independentemente do crédito que assegura (artigos 676.º e 727.º do CC para o penhor e a hipoteca, respectivamente). Será que a transmissão da garantia, acompanhada ou não da transmissão do crédito, deve ser considerada uma nova garantia e, como tal, sujeita a IS?

À partida não parece fazer sentido a exigência de selo nesta operação. Em primeiro lugar, porque terá havido lugar ao pagamento de IS no momento da constituição da garantia, pelo que, quando se transmite uma garantia, não faz sentido que se sujeite novamente a IS ⁽³²⁾. O facto tributário — muito embora

(32) Raciocínio que parece ser de aplicar igualmente nos casos em que não houve lugar ao pagamento de IS na garantia por esta ter sido constituída simultaneamente com a operação garantida.

não decorra expressamente da letra da lei — é apenas a constituição das garantias e não a sua transmissão ou a sua extinção. Pelo que a questão reconduz-se a determinar se para efeitos de IS deve ficcionar-se que a transmissão de uma garantia equivale à constituição de uma nova garantia que, assim, estaria sujeita a imposto. O direito fiscal não fornece qualquer critério que nos permita guiar na resolução desta questão, excepto a norma tautológica do artigo 11.º, n.º 1, da LGT que estabelece que na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam devem ser aplicadas as regras e os princípios gerais de interpretação e aplicação das leis. Assim sendo, defendemos que a resposta a esta questão encontrar-se-á — desde logo em homenagem ao princípio da unidade do sistema jurídico — no regime consagrado no Código Civil. E assim, se houver uma cessão do crédito acompanhada da garantia ou uma cessão da garantia autonomamente do crédito, não se deve considerar haver lugar a uma nova garantia pois, em qualquer dos casos, a garantia não se extingue, apenas havendo lugar a uma modificação do seu titular, i.e., a uma alteração subjectiva do titular que não permite afirmarmos estar perante uma nova garantia. A garantia é a mesma, o que muda é o seu titular ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾.

Nos casos de reestruturações de dívida o que normalmente sucede é haver lugar à contracção de uma nova obrigação em substituição da anterior que assim se extingue, ocorrendo assim uma novação objectiva (artigos 857.º e ss. do CC). Mas também sucede frequentemente no domínio bancário o mutuário pretender transferir o seu empréstimo para outra instituição de crédito que lhe oferece melhores condições. Nestes casos um novo credor é substituído ao antigo, vinculando-se o mutuário para com ele por uma nova obrigação. Estamos perante uma novação subjectiva. Tanto nos casos de novação objectiva como nos casos de novação subjectiva estabelece o artigo 861.º do CC que extinta a obrigação antiga pela novação, ficam igualmente extintas, na falta de reserva expressa, as garantias que asseguravam o seu cumprimento. Significa

⁽³³⁾ Não discutiremos nesta sede os termos em que a própria cessão de créditos pode estar sujeita a IS. Sobre este assunto *vide* o Despacho que recaiu sobre a Informação n.º 340/2002, de 3 de Julho de 2002 da DSIMT a sancionar o parecer n.º 136/02 da DSJC. Cfr., ainda, o artigo 7.º, n.º 1, al. j), do CIS.

⁽³⁴⁾ Da mesma forma que a mera ratificação, i.e., o reconhecimento formal pelo adquirente — de um determinado bem sobre o qual recaía uma garantia previamente constituída — da existência dessa oneração sobre o bem, não deve ser considerada sujeita a IS.

isto que nos casos de novação e não havendo no contrato uma reserva expressa no sentido de que as garantias se mantêm, haverá lugar à extinção das garantias primitivas e à constituição de novas garantias que estarão sujeitas a IS.

- b) ... *salvo quando materialmente acessórias de contratos especialmente tributados na presente Tabela e sejam constituídas simultaneamente com a obrigação garantida, ainda que em instrumento ou título diferente...*

O excerto da norma em apreciação exclui da tributação a garantias quando sejam acessórias de outros contratos que também sejam tributados em IS. A intenção do legislador é clara e compreensível: evitar situações de dupla tributação sempre indesejáveis e que onerariam excessivamente as operações. No entanto, para acautelar possíveis abusos por parte dos contribuintes, esta exceção foi rodeada de requisitos apertados: *i)* a necessidade de uma acessoriedade material e não meramente formal; e, *ii)* a constituição da garantia na mesma data que a obrigação garantida.

A primeira dúvida que se levanta a este respeito é saber o que se visa com a expressão “*materialmente acessórias*”. Repare-se que o legislador não se contentou com uma acessoriedade meramente formal, exigindo, para que a garantia não seja tributada, que a sorte desta esteja inteiramente dependente da sorte do contrato principal. A fórmula utilizada carece de uma adequada interpretação pois, no limite, poderia levar à conclusão de que, por exemplo, as garantias (bancárias) *autónomas* estariam sempre sujeitas a tributação pois são *autónomas* da relação causal ⁽³⁵⁾. Porém, em nosso entender, o requisito da acessoriedade na Verba 10 da TGIS visa apenas que a garantia seja constituída acessoriamente a um outro contrato tributado em IS, ainda que do ponto de vista civilístico possa revestir características de autonomia que impeçam de opor ao beneficiário quaisquer exceções derivadas tanto da relação com o terceiro garantido, como da relação jurídica cujo cumprimento garante. Basta, portanto, existir uma relação jurídica cujo cumprimento a garantia autónoma visa garantir e que é tributada em IS para estar cumprido o requisito da acessoriedade para estes efeitos ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Desenvolvidamente sobre a autonomia das garantias, cfr. MÓNICA JARDIM, *ob. cit.*

⁽³⁶⁾ Cfr. LUÍS FRAGOSO, *Garantias Bancárias Autónomas e Imposto do Selo (Tributar ou não tributar? Essa é a questão)*, Verbo Jurídico, Março de 2010, p. 3, que refere que a Administração fiscal entende “*que as garantias bancárias autónomas, por serem autónomas, nunca*

Em relação à possibilidade de existirem garantias que apenas são parcialmente acessórias de contratos especialmente tributados na TGIS e que, em consequência, será devido IS na parte em que não existe a mencionada acessoriedade, o fisco pronunciou-se já por duas vezes.

O primeiro desses entendimentos versou sobre a constituição de duas garantias acessórias (hipoteca e fiança) a um contrato de abertura de crédito e de uma garantia bancária a oferecer a terceiro pela instituição de crédito cedente do crédito. Na medida em que as referidas garantias asseguravam o contrato de abertura de crédito e o direito de regresso do banco no caso de ser accionada a garantia bancária, concluiu-se que as referidas garantias eram apenas parcialmente acessórias de contratos especialmente tributados na TGIS. Assim, o Fisco concluiu que as referidas garantias estavam sujeitas a IS até à concorrência do valor das obrigações garantidas que não resultem do contrato de abertura de crédito. Ou seja, a Administração Fiscal veio reconhecer a possibilidade de uma acessoriedade meramente parcial, caso em que o IS é apenas devido na parte em que a garantia não é acessória ⁽³⁷⁾.

O segundo caso foi o de uma hipoteca constituída simultaneamente com um mútuo, mas em que visava garantir não só o mútuo, como também outras responsabilidades já assumidas ou a assumir pelo mutuário ⁽³⁸⁾. A Administração entendeu que “*a hipoteca tem natureza acessória quando existe um direito de crédito associado à sua sorte: a noção de acessoriedade exprime então a conexão temporal entre a garantia e o crédito garantido. Assim, quando exista acessoriedade e caso o crédito se extinga ou reduza, a garantia termina ou diminui*” ⁽³⁹⁾. Pros-

preenchem o requisito da acessoriedade material ainda que sejam constituídas em simultâneo com a obrigação garantida”.

⁽³⁷⁾ Despacho de 11 de Agosto de 2005 da DSJC que sancionou a doutrina do Parecer n.º 629/2005 da mesma Direcção de Serviços.

⁽³⁸⁾ Ofício-circulado da DSIMT 40091, de 17 de Setembro de 2007.

⁽³⁹⁾ Este entendimento deve ser entendido *cum grano salis* pois a garantia não se reduz por mero efeito do cumprimento parcial. O facto de o crédito diminuir significa que em caso de incumprimento e de execução judicial da garantia o montante que caberá ao credor do produto da execução é obviamente menor e não propriamente que haja uma redução da garantia em sentido técnico. A redução de hipoteca seja relativamente aos bens abrangidos seja relativamente à quantia designada como montante do crédito — que é admitida pela lei mesmo sem a concorrência da vontade do credor hipotecário —, só pode ser feita neste caso se houver uma valorização extraordinária dos bens em mais de um terço ou em cumprimento parcial em mais de dois terços (artigo 720.º do CC).

seguinte com este entendimento administrativo é ainda referido que “*não existe acessoriedade quando a hipoteca vise garantir não só as responsabilidades emergentes de um contrato de empréstimo, mas também as responsabilidades já assumidas ou que venham a ser assumidas pelo mutuado junto da instituição de crédito e emergentes de quaisquer outras operações bancárias*” para, depois, concluir que “*para efeitos da liquidação de Imposto do Selo, quando a hipoteca não é acessória do mútuo considera-se como valor da garantia o montante máximo de capital e acessórios garantido pela hipoteca, pelo que é sobre esse valor que incidem a taxas previstas na verba 10*”.

Esta conclusão não pode deixar de suscitar algumas perplexidades. Em primeiro lugar, porque a Administração fiscal aparentemente contra o seu entendimento anterior parece exigir uma acessoriedade *in totum*, significando com isto que quando estivéssemos face a uma garantia apenas parcialmente acessória seria devido IS na garantia como se esta não fosse acessória. Admitimos, porém, que a Administração Fiscal no entendimento *supra* estivesse apenas preocupada em esclarecer qual era a base tributável em hipotecas que não sejam consideradas — nem sequer parcialmente — acessórias sem ter analisado o caso das garantias parcialmente acessórias.

A compreensão mais adequada do requisito da acessoriedade material parece-nos que é a de considerar que quando uma garantia é apenas parcialmente materialmente acessória de um outro contrato especialmente tributado, pelo menos na parte em que é materialmente acessória não é devido IS pois de outra forma estar-se-ia a tributar duplamente a mesma realidade económica que foi, precisamente, o que legislador quis evitar. Objectar-se-á que pode não ser fácil determinar a base tributável sobre a qual vai recair a taxa relativamente à parte que não é acessória, especialmente quando a garantia é constituída para garantir “*outras responsabilidades a assumir pelo mutuário*”. Todavia, esta dificuldade é apenas aparente pois o próprio CIS fornece regras para determinar o valor tributável nestes casos. Com efeito, estabelece o número 3 do artigo 9.º do CIS que “[*n*]os contratos de valor indeterminado, a sua determinação é efectuada pelas partes, de acordo com os critérios neles estipulados ou, na sua falta, segundo juízos de equidade”. Consequentemente não nos repugna que em casos semelhantes em que seja praticamente impossível determinar *a priori* qual vai ser o montante de outras responsabilidades que venham a ser assumidas pelo mutuário, que se fixe o valor tributável da parte não acessória em, por exemplo, um euro, para efeitos de aplicação da taxa, desde que esse montante seja corrigido a partir do momento em que o mutuário

venha a assumir novas responsabilidades e essas novas responsabilidades passem a estar quantificadas.

Ainda relativamente à hipoteca, importa destacar pela sua razoabilidade e coerência normativa a doutrina do acórdão do STA de 21 de Junho de 2000, tirado no processo n.º 24637, que entendeu que uma escritura pública de hipoteca na qual vários outorgantes (dois casais) constituem uma hipoteca sobre vários imóveis deve ser considerada uma só hipoteca, em virtude do disposto no artigo 696.º do CC, sendo indiferente que seja constituída pelo devedor ou por um terceiro.

Sobre o tema da acessoriedade poder-se-ia colocar a questão se no caso de garantias associadas a contra-garantias estas últimas não poderiam ser consideradas acessórias das primeiras e, logo, não tributadas. Todavia, o Fisco entende que no caso de existirem garantias associadas a contra-garantias é devido IS separadamente pela garantia e pela contra-garantia ⁽⁴⁰⁾.

Depois, ainda neste segmento da norma, importa tecer algumas considerações sobre a expressão “*contratos especialmente tributados*”. É pacífico que se se tratar de uma garantia constituída para garantir um financiamento que foi tributado em IS, esta garantia não é tributada (desde que constituída na mesma data do financiamento). Dúvidas surgem nos casos em que o financiamento não foi tributado porque, por exemplo, beneficiava de uma isenção ou porque não é localizado em território português ⁽⁴¹⁾. Nestes casos deve entender-se que a garantia, não obstante a sua constituição simultânea e a sua acessoriedade, é tributável em IS. A razão de assim ser reside no facto de o legislador ter utilizado a expressão “*especialmente tributados*” (e não “*especialmente tributáveis*”), o que leva à conclusão de que apenas quando o contrato principal foi efectivamente tributado é que a garantia beneficia da exclusão de incidência ⁽⁴²⁾.

Um outro caso duvidoso é o de um empréstimo concedido por uma instituição de crédito ou por um sindicato bancário não-residente a um grupo

⁽⁴⁰⁾ Parágrafo 19 da Circular n.º 15/2000.

⁽⁴¹⁾ Um caso “clássico” é o das garantias conexas com uma emissão de papel comercial tratado no Parecer n.º 507/2004, da DSJT, com Despacho do DGI de 12 de Junho de 2004, em que o fisco entendeu que não obstante a emissão de papel comercial não ser tributada em selo por efeito da Directiva 2008/7/CE (anteriormente 69/335/CEE), as garantias conexas estariam sujeitas a este imposto.

⁽⁴²⁾ Em sentido contrário *vide* TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 312.

multinacional que inclui uma ou mais subsidiárias em território nacional. Nestes casos é devido IS no crédito que vier a ser utilizado pela subsidiária localizada em território nacional (artigo 4.º, n.º 2, al. *b*), do CIS). As garantias outorgadas em território nacional que tenham sido constituídas simultaneamente com a operação garantida não estão sujeitas a IS, como decorre do segmento da norma que estamos a analisar. Todavia a questão que neste domínio surge é se neste cenário as garantias estão apenas isentas até ao montante do crédito utilizado pela subsidiária localizada em território nacional ou se a não incidência de selo nas garantias inclui a totalidade do montante garantido, mesmo a parte que garante o crédito utilizado por outras sociedades do grupo localizadas fora de território nacional e, portanto, não sujeito a IS por se tratar de um empréstimo concluído entre entidades não-residentes ⁽⁴³⁾.

A expressão “*ainda que em instrumento ou título diferente*” não constava do artigo 94.º da anterior TGIS que apenas excluía da incidência as garantias “*constituídas como acessórias de contratos especialmente tributados na tabela*”. O acrescento deveu-se ao facto de a Administração e os tribunais entenderem que a acessoriedade prevista na lei era uma acessoriedade simultaneamente formal e material, ou seja, apenas estavam excluídas de tributação as garantias constituídas no mesmo instrumento ou título que documentasse o contrato especialmente tributado em selo, cujo cumprimento garantiam ⁽⁴⁴⁾. Este entendimento, por um lado, revelava-se contra a prática do comércio jurídico de em muitos casos autonomizar em documento distinto o contrato das garantias e, por outro lado, contrariava um dos propósitos da reforma do IS que era o de expurgar este imposto do seu carácter eminentemente formal. Daí, em parte, o reconhecimento expresso de uma acessoriedade *material* que, conseqüentemente, deveria permitir — como efectivamente veio a permitir — que a garantia fosse constituída em documento ou título diferente do que

⁽⁴³⁾ Segundo TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA “*although debatable, it may be argued that it is possible to benefit from a full exclusion of the underlying guarantees, provided that they only secure obligations of the loan under which the Portuguese facility was granted and that they are granted at the same time as the execution of the loan*”, *ob. cit.*, p. 309.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., por exemplo, circular n.º 24/77, de 10 de Outubro de 1977, da DGCI e acórdãos do STA de 24 de Novembro de 1993 e de 8 de Maio de 1996, *apud* LUÍS FRAGOSO, *ob. cit.*, pp. 6-7, e Despacho de 11 de Agosto de 2005 da DSJC que sancionou a doutrina do Parecer n.º 629/2005 da mesma Direcção de Serviços.

documenta a obrigação garantida. Mantendo-se, todavia, ainda, com um escopo claramente anti-abusivo a necessidade da garantia ser constituída simultaneamente — i.e., na mesma data — uma vez que na maioria dos casos em que as garantias são acessórias o credor exige a sua constituição no mesmo dia da obrigação garantida.

Censurável é o entendimento administrativo segundo o qual no caso do contrato principal ter sido acordado apenas oralmente, se existir uma garantia acessória desse contrato, essa garantia não deve ser considerada acessória e é também tributada ⁽⁴⁵⁾. Trata-se de um entendimento que visa, obviamente, evitar possíveis alegações *a posteriori* dos contribuintes de uma acessoriedade não visada inicialmente, mas que viola o princípio da igualdade e não pode prevalecer em Tribunal, posto que o contribuinte consiga provar que a garantia em causa é materialmente acessório e cronologicamente simultâneo de um contrato consensual celebrado na mesma data e que foi tributado em IS.

Ainda sobre o tema da acessoriedade levantou-se a dúvida sobre se as garantias acessórias de um contrato de abertura de crédito simples ou em conta-corrente (*revolving*) deveriam ser consideradas acessórias para efeitos da exclusão de tributação prevista na Verba 10.

A dúvida surgiu porque como na concessão de crédito apenas se tributa no momento em que o crédito é utilizado pelo mutuário, o que implica, no limite, que num contrato de abertura de crédito pode não haver lugar a tributação em IS se o crédito não chegar a ser utilizado. Ora, num determinado entendimento das coisas, a garantia acessória a um contrato de abertura de crédito não deveria ser considerada acessória de um contrato especialmente tributado pois o contrato de abertura de crédito não é *de per se* tributado, visto que a tributação apenas recai sobre a utilização do crédito. Ao contrário do entendimento criticado no parágrafo anterior é de louvar a conclusão chegada no mesmo parecer de que as garantias acessórias dos contratos de abertura de crédito são consideradas acessórias para efeitos da verba 10 da TGIS com fundamento, por um lado, no facto de não obstante o IS recair sobre a utilização do crédito, essa utilização provem necessariamente do contrato de concessão de crédito que, neste sentido, é um contrato especialmente tributado na TGIS e, por outro lado, no facto de que outro entendimento resultaria em

⁽⁴⁵⁾ Despacho de 11 de Agosto de 2005 da DSJC que sancionou a doutrina do Parecer n.º 629/2005 da mesma Direcção de Serviços.

discriminar negativamente as aberturas de crédito face aos mútuos o que violaria o princípio da neutralidade dos impostos.

- c) ... sobre o respectivo valor, em função do prazo, considerando-se sempre como nova operação a prorrogação do prazo do contrato.

Nesta sede tem vindo a ser pacificamente entendido que o valor sobre o qual vai incidir a taxa de IS é o valor da obrigação garantida. Parece-nos, contudo, que não obstante esta possa ser a interpretação susceptível de assegurar uma maior segurança jurídica, é uma interpretação *praeter legem*, pois a verba 10 quando se refere ao “*respectivo valor*”, está a referir-se ao valor da garantia e não ao valor da obrigação garantida ⁽⁴⁶⁾. Sucede que, muito embora as garantias pessoais geralmente coincidam com o montante da obrigação em dívida, nas garantias que incidem sobre bens, o valor destes pode ser muito diferente do valor da obrigação garantida. Todavia, admite-se que determinar o valor do bem dado em garantia para efeitos de determinar o IS devido seria muitas vezes uma operação dispendiosa e em grande medida aleatória.

No caso da constituição de várias garantias a incidência do IS pode chegar a revelar-se proibitiva, pelo que na prática acontece frequentemente outorgar o conjunto das garantias num único pacote com um *cap* do montante total garantido ou com um *cap* relativamente a cada uma das garantias inseridas no pacote para limitar o impacto do IS.

Dúvidas surgem também sobre o valor a considerar num penhor de conta bancária nomeadamente sobre se quando são efectuados depósitos ou transferências ulteriores para a conta podem ou devem ser considerados reforços da garantia ⁽⁴⁷⁾. Parece-nos, contudo, que não deve assim ser entendido. Uma vez pago o IS sobre o penhor da conta bancária sobre o montante em dívida ou sobre o tecto garantido por esse penhor, movimentos posteriores na conta (a débito ou a crédito) não devem assumir qualquer influência em IS.

⁽⁴⁶⁾ Neste sentido TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 309.

⁽⁴⁷⁾ Para o Prof. MENEZES CORDEIRO, o penhor de conta bancária assume a natureza de uma fiança, cfr. *Direito Bancário*, 2.^a Ed, Coimbra, Almedina, 2001, p. 649. Contra este entendimento, considerando o penhor de conta bancária um verdadeiro penhor *vide* M. J. DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000.

Por sua vez, que o valor tributável no caso de uma hipoteca que não seja materialmente acessória de um outro contrato seja o montante máximo do capital e acessórios, não nos suscita reparos uma vez que segundo o artigo 693.º do CC a hipoteca assegura os acessórios do crédito que constem do registo, podendo ainda abranger os juros relativos a três anos. Contudo, o mesmo não vale, por exemplo, no caso do penhor em virtude da remissão que o artigo 678.º do CC faz para diversas normas do regime legal das hipotecas não incluir nenhuma remissão para o artigo 693.º do CC.

A consideração da prorrogação do prazo da garantia como uma nova garantia tem também um escopo anti-abuso, pois visa evitar-se que os contribuintes constituam garantias por um período mais reduzido para beneficiar de uma taxa mais baixa e depois prorroguem a garantia que, na falta de indicação legal expressa, não estaria sujeita a selo pois não se trataria da constituição de uma nova garantia mas apenas da prorrogação de uma garantia existente ⁽⁴⁸⁾.

Também aqui a compreensível intenção do legislador de precaver abusos não deixa, contudo, de poder apresentar-se injusta nos casos, cada vez mais frequentes, da necessidade de proceder a reestruturações da dívida devido à incapacidade do devedor de cumprir, nomeadamente pela concessão de moratórias ou da prorrogação do prazo de maturidade dos empréstimos que, como não pode deixar de ser, é acompanhada de uma prorrogação do prazo das garantias. Nestes casos e assumindo que aquando da constituição das garantias já foi pago IS pela taxa máxima (presentemente 0,6%) é defensável que não seja devido novamente imposto pela prorrogação. Isto da mesma forma que uma garantia que tenha sido prestada por 4 anos e que tenha sido sujeita a IS à taxa de 0,5%, se tiver de ser prorrogada pelo prazo de um ano deveria ser sujeita a uma taxa de 0,1% e não novamente a uma taxa de 0,5% para evitar a ineficiência resultante de ter uma taxa superior à que seria devida se a garantia tivesse sido constituída originariamente com um prazo igual ou superior a cinco anos ou sem prazo ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Sendo certo que reduções do prazo posteriores ao contrato ou cancelamentos da garantia antes do prazo não relevam para efeitos de pedir um reembolso do IS, cfr. Circular n.º 15/2000 e Parecer n.º 53/2004, de 5 de Maio de 2004, da DSJC, com despacho concordante do Director-Geral dos Impostos.

⁽⁴⁹⁾ Neste sentido cfr. Circular n.º 15/2000 e Parecer n.º 53/2004, de 5 de Maio de 2004, da DSJC, com despacho concordante do Director-Geral dos Impostos.

Sobre este assunto das prorrogações do prazo das garantias importa ainda salientar o entendimento do fisco manifestado num caso de alteração do prazo do crédito à habitação. Neste caso a Administração Fiscal veio entender que uma alteração do prazo do contrato, cujos efeitos se reportem à data da assinatura do contrato e não com efeitos apenas para o futuro, não é considerada uma prorrogação do prazo mas sim uma alteração do mesmo sem reflexo em IS ⁽⁵⁰⁾. Assim, enquanto que a *prorrogação* do prazo é considerada uma nova operação de crédito a *alteração* do prazo não deverá assim ser considerada. Este entendimento tem reflexos em sede de garantias pois quando a garantia é acessória de uma operação de crédito e o prazo desta operação é alterado deve entender-se, por força da acessoriedade, que a garantia é também alterada sem reflexo fiscal em sede de IS.

3. IS nas situações internacionais

Uma vez determinado o que está sujeito a imposto, cumpre analisar a regra de territorialidade consagrada no CIS para perceber, nas situações que apresentam pontos de contacto com várias jurisdições, quais é que o legislador considerou ocorrerem em território nacional e, conseqüentemente, sujeitas a IS.

A regra geral de territorialidade vem enunciada no número 1 do artigo 4.º e dispõe que o imposto do selo incide sobre todas as garantias constituídas em território nacional. É o caso típico de uma garantia concedida por uma entidade residente em Portugal a um não-residente neste território, desde que a garantia não tenha sido outorgada fora de território português, pois no caso

⁽⁵⁰⁾ Na prática saber se a alteração ao contrato produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* dependerá da interpretação do clausulado. Segundo o fisco para que se possa falar de uma verdadeira alteração do prazo com efeitos *ex tunc* é necessário, cumulativamente, que: *a)* haja lugar a uma manifestação documental autónoma da vontade das partes em alterar, ampliando, o prazo originário; *b)* seja alterada a cláusula do contrato originário sobre o prazo de amortização de modo a que o novo prazo substitua o anterior e seja contado desde a data inicial da concessão do crédito; *c)* seja expressamente alterada a cláusula que, no contrato, prevê o número das prestações actualizando-o de acordo com o que resultar da alteração do prazo; e, *d)* o novo plano de amortizações entre em vigor antes do termo do prazo originário do contrato. Cfr. Parecer n.º 53/2004, de 5 de Maio de 2004, da DSJC, com despacho concordante do Director-Geral dos Impostos.

da garantia ser outorgada fora de Portugal, como resulta do artigo 4.º, n.º 2, al. *a*), do CIS, analisado adiante, o imposto apenas é devido se e quando a garantia vier a ser aqui apresentada.

A regra da territorialidade do IS entendida na sua literalidade convoca resultados estranhos e que não terão sido desejados pelo legislador. É o caso de alguém não estabelecido em Portugal constituir em benefício de outrem igualmente não residente, por meio de um contrato escrito celebrado por coincidência em Portugal, um penhor sobre participações sociais numa sociedade estrangeira e sujeito também a uma lei e jurisdição estrangeiras, penhor este acessório de um contrato que também não tem qualquer conexão com território português. Esse penhor está, pelo que resulta da letra do artigo 4.º, n.º 1, do CIS, sujeito a IS em Portugal. Muito embora esta conclusão seja a que decorre aparentemente da letra da lei, não deixa de se revelar criticável pois a garantia em causa não tem qualquer relação económica com o território português para além do facto meramente incidental de ter sido formalizada em território nacional. Acresce que, no caso das partes não liquidarem o imposto aparentemente devido não se vislumbra como é que a Administração Fiscal conseguiria controlar ou exercer autoridade sobre esta situação. Decorre do exposto, como é óbvio, que o número 1 do artigo 4.º não pode ser lido de forma tão ampla como aparentemente decorre da sua letra. Significa isto que numa leitura da referida norma conforme aos princípios, para a sujeição a IS não basta que uma garantia seja constituída em território nacional, sendo ainda necessário que se verifique uma qualquer conexão económica com este território que justifique e legitime a tributação (*e.g.* residência do devedor, do garante ou do beneficiário ou localização dos bens em território nacional).

Finalmente, consideram-se ainda constituídas em Portugal e, logo, sujeitas a IS, as garantias prestadas por: *a*) instituições de crédito, por sociedades financeiras ou por quaisquer outras entidades, independentemente da sua natureza, sediadas no estrangeiro a quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, domiciliadas neste território, considerando-se domicílio a sede, filial, sucursal ou estabelecimento estável; bem como por *b*) 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 (artigo 4.º, n.º 2, al. *b*), do CIS).

Um caso que pode levantar dúvidas é o de um financiamento concedido no estrangeiro por um sindicato bancário composto por instituições de crédito residentes e outras não-residentes a um grupo multinacional com sociedades residentes e outras não-residentes. Num financiamento deste tipo pode suceder que as entidades não-residentes do grupo financiado constituam garantias a favor tanto das instituições de crédito residentes como das instituições de crédito não-residentes. Neste caso, somos de opinião que seria violentador e sem apoio legal sujeitar o montante total das garantias prestadas a IS porque no pacote de garantias que for fixado irão constar garantias constituídas por não-residentes em benefício de instituições de crédito não-residentes, ou seja, garantias sem qualquer conexão com o território português para além de terem sido constituídas simultaneamente com outras que têm uma conexão com o território português pelo facto de serem constituídas em benefício de entidades residentes em Portugal. Nestes casos, muito embora sem apoio legal (favorável ou contrário) e sem entendimentos administrativos ou jurisprudenciais sobre o assunto, parece-nos que o mais sensato é tributar em IS as garantias apenas na percentagem do montante garantido que foi financiado por instituições de crédito residentes em Portugal porque, no limite, em caso de incumprimento, será apenas sobre a percentagem do montante total que foi emprestada por instituições de crédito residentes que essas instituições de crédito irão fazer valer as garantias.

4. Momento da constituição da obrigação tributária

A determinação da data de constituição da obrigação tributária para efeitos de IS é importante nomeadamente para efeitos de isenções, caducidade e de juros (artigos 39.º e 40.º do CIS). Sobre este tema rege o artigo 5.º do CIS que tende a fazer coincidir o nascimento da obrigação tributária com o da prática do acto.

Assim, por exemplo, no caso de actos e contratos a obrigação tributária considera-se constituída no momento da assinatura pelos outorgantes ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ De acordo com o disposto no artigo 23.º, n.º 6, do CIS, os documentos e títulos devem indicar o valor do imposto liquidado e a data da liquidação, sendo que, nos termos do artigo 42.º, n.º 1, todos os intervenientes no documento são responsáveis por assegurar estas menções.

Daqui decorre que na data do nascimento da obrigação tributária os sujeitos passivos do imposto (que iremos analisar *infra*) devem liquidar o imposto devido e entregá-lo nas tesourarias de finanças, ou em qualquer outro local autorizado nos termos da lei, até ao dia 20 do mês seguinte àquele em que a obrigação tributária se tenha constituído (artigo 44.º, n.º 1, do CIS), mediante documento de cobrança de modelo oficial (artigo 43.º do CIS).

Já se a constituição da garantia tiver sido realizada ou intermediada por uma instituição de crédito, sociedade financeira ou outra entidade legalmente equiparadas (indistintamente apeladas de ora em diante «instituições financeiras») ⁽⁵²⁾, a obrigação apenas se considera constituída no momento da cobrança das comissões pelos seus serviços.

Ainda a título residual, nomeadamente para os casos em que as garantias não tenham sido constituídas com a intervenção de instituições financeiras nem qualquer outra entidade no exercício da sua actividade, dispõe a al. n) do artigo 5.º do CIS que nos casos de “*actos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos previstos na Tabela Geral (...) em que não intervenham a qualquer título pessoas colectivas ou pessoas singulares no exercício de actividade de comércio, indústria ou prestação de serviços, quando forem apresentados perante qualquer entidade pública*”.

Por fim, importa destacar a al. d) do artigo 5.º do CIS aplicável em situações internacionais. Dispõe esta norma que “*nos documentos expedidos ou passados fora do território nacional, [a obrigação tributária considera-se constituída] no momento em que forem apresentados em Portugal junto de quaisquer entidades*”. Significa isto que uma garantia sujeita a IS pode nunca chegar a pagar imposto desde que seja constituída no estrangeiro e nunca venha a ser apresentada em Portugal junto de quaisquer entidades para quaisquer fins ⁽⁵³⁾. Acresce ainda que, por exemplo, pode inclusivamente acontecer numa situação patológica de incumprimento de contratos sujeitos a uma lei e jurisdição estrangeiras em que o beneficiário da garantia tenha a necessidade de em Portugal reconhecer uma sentença estrangeira que condenou o devedor por incumprimento. Nesses casos, parece que também poderá não ser devido IS

⁽⁵²⁾ Para mais desenvolvimentos sobre o que para efeitos de IS se deve entender por instituição de crédito e sociedade financeira *vide* o Despacho da DSJC que recaiu sobre o Parecer n.º 340/2005 de 3 de Janeiro de 2005, subscrito por Lima Guerreiro.

⁽⁵³⁾ Neste sentido TÂNIA DE ALMEIDA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 308.

na medida em que o que vier a ser executado em Portugal seja a sentença e não as garantias.

5. Explicitação do tipo legal subjectivo

O artigo 2.º do CIS diz-nos quem é que está obrigado a liquidar o imposto e a entregá-lo ao Estado. Todavia, a pessoa física ou jurídica que liquida o imposto não coincide necessariamente com a pessoa que suporta o encargo económico do imposto, pois esta vem prevista no artigo 3.º do CIS. De acordo com a al. e) do número 3 da referida norma o encargo do imposto nas garantias é das pessoas ou “entidades obrigadas à sua apresentação”.

Como se irá constatar ocorre assim que o sujeito passivo e a pessoa que suporta o encargo económico do imposto são, em muitos casos, pessoas diferentes. O legislador, admite-se que imbuído por motivações de praticabilidade, tende a preferir que o sujeito passivo seja um profissional, i.e. uma entidade que no exercício da sua actividade normalmente efectue operações sujeitas a IS (*vide* artigos 52.º, 53.º e 56.º do CIS sobre as obrigações acessórias a que ficam vinculados os sujeitos passivos). A separação entre o sujeito passivo e a pessoa que suporta o encargo económico do imposto é importante porque, não obstante o que possa ser contratualmente acordado pelas partes, apenas quem segundo a lei suporta o encargo económico do imposto é que pode, designadamente, ver o custo do imposto reconhecido para efeitos de IRC e para efeitos de IRS, por exemplo, no cálculo das mais-valias (artigo 51.º do CIRS).

Todavia, a lei não foi muito feliz na redacção da norma pois, por exemplo, no caso de um terceiro se ter obrigado a prestar uma garantia para garantir o cumprimento das obrigações de um devedor, tendo sido acordado que este último suportaria o encargo do imposto não é inteiramente claro se o encargo do imposto (e, portanto, a possibilidade de deduzir o custo) é do devedor ou do garante. Em todo o caso se se concluir que, nos termos da lei, em tal caso o encargo do imposto era do garante porque, na verdade, foi a pessoa que se obrigou a prestar a garantia, este não poderá deduzir fiscalmente o custo incorrido pelo devedor com o pagamento do imposto e o devedor também não poderá deduzi-lo por para isso não estar legalmente habilitado.

A definição de sujeito passivo não é unívoca pois, num caso em que seja devido imposto pela constituição de garantias, o sujeito passivo podem ser várias entidades, como iremos analisar. As regras são um pouco confusas e é

questionável se o legislador não terá consagrado uma hierarquia de preferências por alíneas. Seja como for, não obstante a falta de simplicidade, julgamos poder afirmar que o legislador preferiu, porventura por motivos de praticabilidade e de controlo, que as pessoas ou entidades a quem incumbe a obrigação de liquidar o imposto sejam profissionais, i.e., pessoas e entidades que pela sua profissão ou actividade e pelas suas obrigações contabilísticas fossem naturalmente mais conhecedoras deste imposto e relativamente às quais a liquidação se revelasse menos complexa.

E assim temos que, em primeiro lugar, ficam obrigados a liquidar IS nas garantias os notários e os conservadores, bem como entidades que autentiquem documentos particulares relativamente aos actos e contratos em que intervenham ou quando lhes forem apresentados para quaisquer efeitos legais, neste último caso quando não intervenham a qualquer título pessoas singulares ou colectivas no exercício da sua actividade. Os notários não são, porém, sujeitos passivos nos contratos celebrados perante si relativos a garantias concedidas por instituições de crédito, sociedades financeiras ou outras entidades a elas legalmente equiparadas e por quaisquer outras instituições financeiras. Muito embora a lei acabe por não afirmá-lo positivamente, parece que em tais casos a melhor interpretação é a de que o sujeito passivo é a instituição financeira. Neste sentido também o artigo 23.º, n.º 2, do CIS ao prescrever, relativamente aos casos de sindicatos bancários, que *“tratando-se de imposto devido por operações de crédito ou garantias prestadas por um conjunto de instituições de crédito ou de sociedades financeiras, a liquidação do imposto pode ser efectuada globalmente por qualquer daquelas entidades, sem prejuízo da responsabilidade, nos termos gerais, de cada uma delas em caso de incumprimento”* vai ao encontro desta posição.

Nos casos em geral de garantias constituídas sem a intervenção de uma entidade com poderes de conferir fé pública e nos casos em que não intervenham instituições financeiras, dispõe a al. b) do número 1 do artigo 2.º do CIS que os sujeitos passivos do imposto são as entidades concedentes da garantia. Assim, sujeito passivo é quem dá em garantia.

Quando se trate de garantias prestadas por pessoas físicas ou jurídicas residentes em território nacional a instituições financeiras não residentes e cuja constituição tenha sido intermediada por instituições financeiras residentes em Portugal, estas últimas são os sujeitos passivos do imposto.

Se a constituição das garantias referidas no parágrafo anterior, i.e., garantias prestadas por residentes a instituições financeiras não-residentes não tiver

sido intermediada por instituições financeiras residentes em Portugal e o credor não exerça a actividade, em regime de livre prestação de serviços no território português, o sujeito passivo é o beneficiário da garantia. É o que resulta da al. *d*) do n.º 1 do artigo 2.º do CIS ⁽⁵⁴⁾.

Muito embora num primeiro olhar a expressão “entidades concedentes da garantia” não pareça levantar dificuldades de maior, há situações que não são tão líquidas. Pense-se no caso de uma garantia autónoma concedida por um banco a pedido de alguém para assegurar o cumprimento de obrigações desse alguém perante um terceiro. Quem é que concede a garantia? É o banco ou é o devedor? No entender da Administração fiscal a entidade que concede a garantia é o banco, pelo que no caso de garantias bancárias o sujeito passivo é o banco, muito embora o encargo económico do imposto deva ser suportado pela entidade obrigada à apresentação da garantia, i.e., a pessoa que mandata o banco para prestar a garantia a favor de um terceiro ⁽⁵⁵⁾. Ainda segundo o mesmo entendimento, no caso de uma garantia bancária prestada por uma instituição de crédito não residente a uma entidade residente, como o concedente da garantia não está localizado em Portugal, o sujeito passivo é o beneficiário da garantia, devendo entender-se como tal o mandante, a entidade garantida e não, como à primeira vista poderia parecer, a entidade que recebe a garantia, i.e., o beneficiário da garantia ⁽⁵⁶⁾. Então e se a entidade garantida também for não residente? Neste caso, Lima Guerreiro, que subscreve o entendimento administrativo em análise, propugna que deve prevalecer a regra da al. *d*) do n.º 1 do artigo 2.º do CIS em conjugação com a al. *l*) segundo a qual cabe ao banco não residente que, por exercer a actividade em território português em regime de livre prestação de serviços, deve nomear um representante fiscal em território nacional para liquidar o IS devido. Isto porque, como decorre da referida al. *d*), em especial do último segmento da norma, só serão sujeitos passivos as entidades

⁽⁵⁴⁾ No mesmo sentido mas perspectivando a situação ao contrário, i.e., um residente presta uma garantia a um não-residente, cfr. J. SILVÉRIO MATEUS, L. CORVELO DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 550.

⁽⁵⁵⁾ Parecer n.º 377, de 23 de Outubro de 2005, da DSJC.

⁽⁵⁶⁾ Uma vez que para efeitos de territorialidade nas garantias prestadas por não residentes o que interessa é que a entidade que vai receber a garantia esteja domiciliada em território nacional, não interessando onde está situado o dador da ordem ou entidade garantida.

beneficiárias da garantia no caso do “credor não exerça a actividade em regime de livre prestação de serviços, no território português”. Ora, no entender deste jurista, no caso das garantias bancárias o credor referido na lei abrange o credor da contra-prestação do mandante ou garantido, ou seja, o banco que, nesse caso, por ser não residente, terá de nomear um representante fiscal. Pela nossa parte não víamos inconveniente em entender que em tal caso o sujeito passivo seria a entidade beneficiária da garantia, i.e., a entidade a quem a garantia é prestada e que está domiciliada em território nacional, como decorre da referida al. *d)* não se aplicando o último segmento desta norma no caso de garantias, pois parece ter sido apenas pensada para os mútuos.

Como vimos, no caso de garantias, sujeito passivo tanto pode ser uma entidade com poderes públicos, como uma instituição financeira, como o concedente da garantia como ainda o próprio beneficiário da garantia. Daí que sejamos da opinião que o importante e o que legislador verdadeiramente visou foi assegurar que alguém liquida o imposto devido. Se num determinado caso concreto esse alguém não for a entidade que estava legalmente obrigada, não nos parece sensato que a Administração fiscal pretenda liquidar IS com o fundamento de quem liquidou o imposto não estava legalmente obrigado a tal ou pretenda acusar a entidade que concedeu a garantia da prática de uma contra-ordenação porque não liquidou o imposto (assumindo que este foi liquidado pela outra parte). Com efeito, o objectivo último do legislador com estas regras terá sido sempre que o imposto fosse liquidado. E quando o mesmo não é liquidado, seja pelo sujeito passivo de acordo com o artigo 2.º do CIS, seja por qualquer outra pessoa ou entidade, estabelece o artigo 42.º, n.º 1, que todas as pessoas ou entidades que intervenham nos actos e contratos, sempre que tenham colaborado na falta de liquidação do imposto são solidariamente responsáveis com o sujeito passivo pelo pagamento do imposto em falta, pelo que, ao consagrar esta regra de responsabilidade solidária de todos os intervenientes mesmo que não sejam sujeitos passivos, parece confirmada a nossa ideia de que o que releva exclusivamente é que alguém liquide o imposto devido pela operação. Assim também o artigo 50.º do CIS ao prescrever que qualquer interessado — e não somente o sujeito passivo — pode pedir o reembolso do imposto que considere ter sido indevidamente liquidado bastando que apresentem os documentos comprovativos da liquidação e do pagamento do imposto.

6. Isenções

Antes de terminar este estudo sobre as garantias no IS não podemos deixar de fazer uma alusão às várias isenções consagradas no CIS neste domínio ⁽⁵⁷⁾. E assim destacam-se:

- a) As garantias inerentes a operações realizadas, registadas, liquidadas ou compensadas através de entidade gestora de mercados regulamentados ou através de entidade por esta indicada ou sancionada no exercício de poder legal ou regulamentar, ou ainda por entidade gestora de mercados organizados registados na CMVM, que tenham por objecto, directa ou indirectamente, valores mobiliários, de natureza real ou teórica, direitos a eles equiparados, contratos de futuros, taxas de juro, divisas ou índices sobre valores mobiliários, taxas de juro ou divisas ⁽⁵⁸⁾;
- b) As garantias prestadas por instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras a sociedades de capital de risco, bem como a sociedades ou entidades cuja forma e objecto preencham os tipos de instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições financeiras previstos na legislação comunitária, umas e outras domiciliadas nos Estados membros da União Europeia ou em qualquer Estado, com excepção das domiciliadas em territórios com regime fiscal privilegiado, a definir por portaria do Ministro das Finanças;
- c) As garantias prestadas ao Estado no âmbito da gestão da respectiva dívida pública directa com a exclusiva finalidade de cobrir a sua exposição a risco de crédito ⁽⁵⁹⁾;

⁽⁵⁷⁾ Para mais desenvolvimentos sobre as isenções de IS, *vide* GUILHERME WALDEMAR D'OLIVEIRA MARTINS, *Os Benefícios Fiscais: Sistema e Regime*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 203 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Sobre o que se deve entender por entidade gestora de mercados regulamentados e por entidade gestora de mercados organizados *vide* Parecer n.º 452, de 8 de Abril de 2005, da DSJC, com despacho concordante do Subdirector-Geral. Para mais desenvolvimentos, cfr. ANDREIA PEREIRA DA COSTA e SANDRA LAGE, "MIBEL — Mercado a Prazo: Caracterização e Implicações Fiscais", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 25, Dez. de 2006.

⁽⁵⁹⁾ Nas garantias prestadas ao Estado destaca-se ainda a isenção normalmente prevista nas leis do orçamento no âmbito da aplicação do artigo 196.º do Código do Procedimento e do Processo Tributário.

- d) Os mútuos constituídos no âmbito do regime legal do crédito à habitação até ao montante do capital em dívida, quando deles resulte mudança da instituição de crédito ou sub-rogação nos direitos e garantias do credor hipotecário, nos termos do artigo 591.º do Código Civil ⁽⁶⁰⁾.

III — Conclusões

A multiplicidade e particularidades dos casos da vida que envolvem garantias suscitam perplexidades e dificuldades várias na operação de subsunção da singularidade do caso à abstracção das normas relacionadas com a tributação das garantias.

A análise efectuada permite-nos concluir que não obstante o contributo da Administração Fiscal na elucidação do seu entendimento e da jurisprudência na resolução dos litígios, impunha-se uma revisão do regime capaz de conferir maior segurança jurídica aos operadores que, neste domínio, mais do que preocupados com motivos de justiça de uma tributação que não podem evitar, estão interessados em celeridade e certeza na determinação do encargo fiscal associado às operações que realizam.

Lisboa, 12 de Dezembro de 2010.

⁽⁶⁰⁾ Muito embora a letra da lei se refira apenas ao financiamento parece que é de entender que se estende à garantia pois, em caso contrário, representaria, a nosso ver, destituir esta isenção de sentido.