

Legislação

Diploma - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 15/2024, de 18/11

Estado: vigente

Resumo: Acórdão do STA de 17-10-2024, no Processo n.º 2/21.3BALS B — Pleno da 2.ª Secção — Uniformizando-se jurisprudência nos seguintes termos: «O n.º 2 do artigo 7.º do CIS (nas redações anteriores à da Lei n.º 12/2022, de 27 de junho — OE 2022), ao limitar a subsistência das isenções previstas nas alíneas h) e g) desse artigo aos casos em que o credor (e não o devedor) tenha sede ou direção efetiva 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, traduz-se numa violação da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE.».

Publicação: Diário da República n.º 223/2024, Série I de 2024-11-18

Legislação associada: -

Histórico de alterações: -

Nota: Não dispensa a consulta do [diploma original](#) publicado no Diário da República Eletrónico.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 15/2024, de 18 de novembro

Acórdão do STA de 17-10-2024, no Processo n.º 2-21.3BALS B- Pleno da 2.ª Secção

Acordam no Pleno da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo:

1 - Relatório

1.1 - A..., LDA., sociedade identificada nos autos, veio, ao abrigo do disposto nos artigos 152.º, n.º 1, do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) e 25.º, n.ºs 2 a 4, do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo [Decreto-Lei n.º 10/2011](#), de 20 de janeiro, interpor recurso para o Pleno da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo da decisão arbitral proferida pelo Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) no processo n.º 279/2020-T, datada de 03.11.2020, invocando contradição quanto à mesma questão fundamental de direito com a decisão arbitral do mesmo CAAD, de 06.10.2020, proferida no processo n.º 277/2020-T, a qual convoca como decisão arbitral fundamento.

1.2 - A Recorrente apresentou alegações e formulou as seguintes conclusões:

«[...]

A. O presente recurso tem por objeto a Decisão proferida no Processo n.º 279/2020-T, na parte que recaiu sobre a apreciação da conformidade do disposto no artigo 7.º, n.º 2 do Código do Imposto do Selo com o Direito da União Europeia, a qual está em oposição com a Decisão fundamento proferida pelo TAMT no âmbito do Processo n.º 277/2020-T.

B. O presente recurso para uniformização de jurisprudência, previsto no artigo 152.º do CPTA, aplicável ex vi n.º 2, do artigo 25.º, do RJAT, é admissível no caso de a oposição se verificar entre Decisões proferidas pelo TAMT, atentas as alterações introduzidas ao RJAT pela [Lei n.º 119/2019](#), de 18 de setembro.

C. Os requisitos de cuja verificação depende o reconhecimento da existência de oposição de Acórdãos para efeitos do disposto no artigo 152.º do CPTA, resultam demonstrados in casu.

D. A questão fundamental de direito em causa em ambas as Decisões é uma: tanto da Decisão recorrida, como na Decisão fundamento procurou-se apurar se se a norma constante do artigo 7.º, n.º 2, do Código do Imposto do Selo, segundo a qual a isenção de IS prevista para as operações de tesouraria de curto prazo é aplicável quando nestas intervêm duas entidades residentes em Portugal ou quando o mutuário é aqui residente (sendo o credor residente na União Europeia) mas já não é aplicável quando o mutuário (devedor) é residente num Estado-Membro da União Europeia e o mutuante (credor) é residente em Portugal, é conforme aos princípios da não discriminação e da liberdade de circulação de capitais, estabelecidos nos artigos 18.º, 63.º e 65.º, n.º 3 do TFUE, aplicáveis na ordem jurídica interna por força do disposto no artigo 8.º, n.º 4 da CRP.

E. Os factos subjacentes à Decisão recorrida e Decisão fundamento afiguram-se idênticos, existindo aliás uma identidade fáctica total dado que em ambos os processos a aqui Recorrente figura como autora divergindo apenas o período de tributação em causa. Nas duas situações a Recorrente remeteu, ao abrigo do contrato de cash pooling celebrado no seio do Grupo, os excedentes de tesouraria para a entidade B... sedeadada em França, tendo a AT considerado, ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2 do Código do Imposto do Selo, que as referidas operações não podiam beneficiar da isenção constante do artigo 7.º, n.º 1, alínea g) do mesmo diploma, por o credor (a aqui Recorrente) ter a sua sede no território nacional.

F. Não se verifica, entre a Decisão recorrida e Decisão fundamento qualquer alteração da regulamentação jurídica: a redação do artigo 7.º, n.º 1, alínea g) e n.º 2 do Código do Imposto do Selo, em vigor à data dos factos em causa em ambos os Acórdãos, era a mesma.

G. Em ambas as Decisões foi adotada expressamente decisão oposta: na Decisão recorrida, o TAMT entendeu que não se deve considerar que o n.º 2 do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo se traduz numa violação da liberdade de circulação de capitais por as normas relativas ao IS serem aplicadas indistintamente a todas as operações económicas legalmente previstas.

H. Por sua vez, o TAMT, na Decisão fundamento proferida considerou que o afastamento da isenção operado por aplicação do artigo 7.º, n.º 2 do Código do Imposto do Selo nos casos em que o mutuário (devedor) é residente na União Europeia e o mutuante (credor) residente em Portugal constitui uma restrição aos movimentos de capitais no sentido do artigo 63.º, n.º 1 do TFUE.

I. No que concerne à questão fundamental de direito em causa na Decisão recorrida e na Decisão fundamento, desconhece a Recorrente que o Supremo Tribunal Administrativo haja produzido jurisprudência suficiente, unânime e constante sobre a mesma, o que apenas reforça a necessidade de uma pronúncia uniformadora em sede de recurso por oposição de acórdãos.

J. O Acórdão do STA de 28.11.2018, proferido no Processo n.º 06/11.4BESNT 0436/16, e citado pelo TAMT na Decisão recorrida para sustentar a sua posição, não afasta a conclusão anterior, na medida em que naquele não se encontrava em discussão a isenção constante do artigo 7.º, n.º 1, alínea g) do Código do Imposto do Selo, nem o seu afastamento por força do n.º 2 do mesmo preceito, porquanto os pressupostos para a aplicação desta isenção não se encontravam sequer verificados naquele Aresto, estando sim em discussão o disposto no artigo 4.º, n.º 1 do Código do Imposto do Selo e na Verba 17.1. da Tabela Geral e a sua conformidade com o Direito da União Europeia.

K. Por outras palavras, o que se encontrava em análise no Acórdão do STA era saber se as operações de cash pooling estavam ou não sujeitas a Imposto do Selo (sujeição vs não sujeição) e se as normas de sujeição violavam o Direito da União Europeia e não saber se essas mesmas operações podem beneficiar de uma das isenções do artigo 7.º do Código do Imposto do Selo (sujeição com isenção vs sujeição sem isenção), o que são questões totalmente distintas.

L. No que respeita à questão de fundo em discussão, pugna a Recorrente pela revogação da Decisão recorrida e sua substituição por outra que acolha o entendimento professado na Decisão fundamento proferida no Processo 277/2020-T, por a primeira padecer de erro de julgamento por errada interpretação e aplicação do direito.

M. Com efeito, deve prevalecer a interpretação que foi avançada na Decisão fundamento proferida no Processo n.º 277/2020-T, a qual sustentou que o afastamento da aplicação da isenção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS que se prevê no n.º 2 do mesmo artigo, nas situações em que o devedor (mutuário) não tem sede ou direção efetiva em Portugal, mas a tem num Estado Membro da União Europeia, constitui uma restrição injustificada à liberdade de movimentos de capitais garantida pelo artigo 63.º do TFUE, pelo que esta restrição não pode ser aplicada, por força do preceituado no n.º 4 do artigo 8.º da CRP.

N. A aplicação do referido n.º 2 origina uma restrição aos movimentos de capitais, porquanto os residentes num Estado-Membro são privados da possibilidade de beneficiarem de uma isenção de tributação, resultando esta restrição de forma patente do seguinte:

- Mutante em Portugal + Mutuário na União Europeia = Não isento por força do artigo 7.º, n.º 2 do Código do Imposto do Selo.
- Mutuante na União Europeia + Mutuário em Portugal = Isento por força do artigo 7.º, n.º 1, alínea g) e 2 do Código do Imposto do Selo.
- Mutuante em Portugal + Mutuário em Portugal = Isento por força do artigo 7.º, n.º 1, alínea g) do Código do Imposto do Selo.

O. Ou seja, uma entidade residente na União Europeia que contrate um mútuo com uma entidade portuguesa (figurando como devedor) vê-se privada da possibilidade de beneficiar de uma isenção, sendo onerada com o encargo de um imposto, imposto esse que não é exigido a um devedor residente em Portugal que contrate um mútuo junto de uma entidade residente na União Europeia ou junto de uma entidade residente em Portugal, sendo claro o tratamento diferenciado e a restrição aos movimentos de capitais.

P. E tal restrição não é uma restrição admitida nos termos do artigo 65.º do TFUE na medida em que tem de se concluir pela comparabilidade das situações, não existindo aqui qualquer razão de interesse geral, nem qualquer outra razão de interesse público, que possa justificar a referida discriminação.

Q. E isso mesmo defendeu e aplicou o TAMT na Decisão Fundamento, proferida no âmbito do Processo n.º 277/2020-T, pelo que o entendimento vertido na Decisão Fundamento deve prevalecer sobre a visão assumida na Decisão recorrida, a qual deve ser revogada e substituída por outra que acolha a posição daquele primeiro Aresto.

Nestes termos e nos mais de Direito, deve o presente recurso ser aceite, por provado, devendo a Decisão recorrida ser revogada e substituída por Decisão que perfilhe o entendimento vertido na Decisão fundamento indicada, no que se refere à questão jurídica identificada, assim se determinando a anulação dos atos de liquidação impugnados, com as demais consequências legais. [...]

1.3 - Admitido o recurso, foi cumprido o disposto no artigo 25.º, n.º 5, do RJAT.

1.4 - A Autoridade Administrativa e Aduaneira (AT) não apresentou contra-alegações.

1.5 - O Digno Magistrado do Ministério Público junto deste Supremo Tribunal, notificado nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 146.º, n.º 1 do CPTA, emitiu duto parecer no sentido de se mostrarem reunidos os pressupostos que permitem a apreciação do recurso, devendo ser acolhida a tese da recorrente pois que, a norma constante do artigo 7.º, n.º 2 do CIS é discriminatória e constitui uma restrição injustificada à liberdade de movimentos de capitais garantida pelo artigo 63.º do TFUE, aduzindo, em síntese, que “[...] a decisão recorrida e a decisão fundamento são na verdade idênticas no que respeita às situações fácticas analisadas, mas como alega a recorrente as decisões proferidas, porém, não coincidem.

Se bem entendemos, no Acórdão fundamento concluiu-se que o afastamento da aplicação da isenção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS que se prevê no n.º 2 do mesmo artigo, nas situações em que o devedor não tem sede ou direcção efectiva em Portugal, mas a tem num Estado Membro da União Europeia, como acontece no caso dos autos, constitui uma restrição injustificada à liberdade de movimentos de capitais garantida pelo artigo 63.º do TFUE, pelo que esta restrição não pode ser aplicada, por forma do preceituado no n.º 4 do artigo 8.º da CRP.

No âmbito das relações da UE segundo o artigo 267.º TFUE, o juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve proferir a decisão judicial tem de observar o princípio do primado do direito da EU em respeito aliás pelo artigo 8.º da CRP.

Sendo assim e em consequência entendemos que o recurso deve ser admitido devendo acolher-se a tese da recorrente uma vez que, como esta defende, a norma constante do artigo 7.º n.º 2 do CIS é discriminatória e constitui uma restrição injustificada à liberdade de movimentos de capitais garantida pelo artigo 63.º do TFUE. [...]”

1.6 - Pelo acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Tributário deste Supremo Tribunal, proferido nos presentes autos, em 24.05.2023, foi determinada a suspensão da instância de recurso na sequência do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE], para apreciação da seguinte questão:

«A norma constante do artigo 7.º, n.º 2, do Código do Imposto do Selo, segundo a qual a isenção de Imposto de Selo prevista para as operações de tesouraria de curto prazo é aplicável quando nestas intervêm duas entidades residentes em Portugal ou quando o mutuário é aqui residente (sendo o credor residente na União Europeia) mas já não é aplicável quando o mutuário (devedor) é residente num Estado-Membro da União Europeia e o mutuante (credor) é residente em Portugal, é conforme aos princípios da não discriminação e da liberdade de circulação de capitais, estabelecidos nos artigos 18.º, 63.º e 65.º, n.º 3 do TFUE?»

1.7 - Pelo Acórdão do TJUE (Sexta Secção), de 20.06.2024, Processo C-420/23, em resposta à questão prejudicial suscitada, declarou-se o seguinte:

«O artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro segundo a qual as operações de tesouraria de curto prazo estão isentas de imposto do selo quando nestas intervenham duas entidades estabelecidas nesse Estado-Membro, mas não estão isentas quando o mutuário esteja estabelecido noutro Estado-Membro.»

1.8 - Devidamente notificadas as partes e o Ministério Público do Acórdão do TJUE que antecede para, querendo, se pronunciarem, veio a Recorrente sustentar, em síntese, o que se transcreve:

«[...]»

5 - Tendo a Decisão recorrida aplicado e subscrito regras que violam o Direito da União, entendendo que “não se deve considerar que o n.º 2 do artigo 7.º do CIS - ao limitar a subsistência das isenções previstas nas alíneas h) e g) desse artigo aos casos em que o credor (e não o devedor) 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 - se traduz numa violação da liberdade de circulação de capitais” (sublinhado nosso),

6 - Impõe-se concluir que a mesma se encontra em contradição com as disposições essenciais do Tratado - que prevalecem sobre a lei interna - colocando entraves à livre circulação de capitais,

7 - Razão pela qual deve este Douto Tribunal substituí-la por Acórdão que reconheça a isenção de imposto do selo relativamente às operações de tesouraria de curto prazo aqui em causa. [...]»

1.9 - Por seu lado, o Digno Magistrado do Ministério Público junto deste Supremo Tribunal emitiu douto parecer no sentido de que «[f]ace à pronúncia emitida, reitera-se o anterior parecer, devendo o recurso ser julgado procedente e mantido o entendimento vertido na decisão fundamento, o artigo 7.º, n.º 2 do CIS é incompatível com o Direito da União Europeia.»

1.10 - Após «vista simultânea» (artigo 92.º, n.º 2 do CPTA), vêm os autos submetidos à Conferência no Pleno desta Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo para julgamento.

2 - Fundamentação de Facto

2.1 - A decisão arbitral recorrida, proferida no Processo n.º 279/2020-T (CAAD), de 03.11.2020, com base nos elementos documentais constantes dos autos considerou provados os seguintes factos:

«a) A Requerente é uma sociedade comercial que se dedica à atividade de produção e comercialização de capas, espumas, estofos e estruturas metálicas para assentos de automóveis (C.A.E. 29320 - R3);

b) À data dos factos a Requerente era detida pelas B..., S. A., sediada em França (99,99 %) e C..., S. A., também sediada em França (0,01 %);

c) Em 23.02.2000, foi celebrada a “Convention d’Omnium” entre a sociedade C..., S. A., e as entidades aderentes do grupo, consistindo num acordo de cash pooling; (cf. Documento n.º 3).

d) Em 08.06.2009, a sociedade C..., S. A., celebrou com a instituição financeira Banco 1... S. A., o “Banco 1... Cash Centralisation Agreement” (Documento n.º 4)

e) A Requerente aderiu a este acordo de cash pooling do grupo em 20.07.2010, através do “Bulletin d’Adhèsion”; (Documento n.º 5).

f) Em 30.12.2010, a Requerente, a C..., S. A. e a B... celebram um contrato de cessão de posição contratual/cedência de crédito em que a B... e a Requerente assinaram um novo contrato de empréstimo com efeitos a 01.01.2011, no qual a Requerente figura como mutuante e a B... como mutuária - no qual a primeira concede um empréstimo à segunda na modalidade de crédito rotativo de um ano, no montante máximo de € 65.000.000,00, contra o pagamento de juros, à taxa média da Euribor a 1 mês, arredondada para 1/16 de 1 % adicionada de uma margem de 0,5 % ao ano, calculados no fim de cada mês com base na utilização mensal de crédito -, tendo a C... transferido para a B..., os direitos e obrigações resultantes da “Convention d’Omnium”. (cf. Documentos n.º 6 e n.º 7).

g) Em 01.01.2013, a “Amendment 2 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” alargou o período do contrato de 01.01.2013 para 01.01.2015; (cf. Documento n.º 8).

- h) Em 03.12.2013, a “Amendment 3 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” alterou o montante máximo do empréstimo de € 65.000.000,00 para € 100.000.000,00; (cf. Documento n.º 9).
- i) Em 01.10.2014, a “Amendment 4 to the loan agreement dated as of January 1st 2011”, alterou o montante máximo do empréstimo de € 100.000.000,00 para € 200.000.000,00; (cf. Documento n.º 10).
- j) Em 31.12.2014, a “Amendment 5 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” largou o período do contrato de 01.01.2015 para 01.01.2017; (cf. Documento n.º 11).
- k) Em 15.05.2012 foi celebrado o “Appendix 2 - Participation form to the Banco 1... Cash Concentration Agreement”, segundo o qual a Requerente foi incluída no acordo celebrado com o Banco 1...; (cf. Documento n.º 12).
- l) Em 23.05.2012 foi celebrado o “Appendix 1 - Automated Centralization of Cash Management per hierarchy”, (cf. Documento n.º 13).
- m) Em 12.09.2014, o “Appendiz 1.1. - Description of the Hierarchy”, é identificada a Master Account no contrato de cash pooling (localizada em França), e as Intermediate Accounts, entre elas a da Requerente (localizada em Portugal).
- n) Fluxos financeiros acima referidos (constantes do PA).
- o) Ato tributário n.º: i)...40, de 12.09.2019, referente ao período de tributação de 2017, no valor de € 646.056,01, da autoria AT; (Documento n.º 1).
- p) Demonstração de Liquidação de Juros Compensatórios identificados com os n.ºs...33,...34,...35,...36,...37,...38,...39,...40, no valor total de € 54.087,67, as quais originaram um valor global a pagar de € 700.143,68 - (Documento n.º 1).
- q) A Requerente apresentou Reclamação Graciosa das liquidações aqui contestadas a 23.01.2020, tendo sido notificada, em 02.03.2020 através do Ofício n.º ...78, de 28.02.2020, do projeto de indeferimento da Reclamação Graciosa.
- r) Foi objeto de decisão de indeferimento com base na sua ilegalidade (Documento n.º 2).

III.1.2. Factos não provados

23 - Não há factos relevantes para a apreciação da causa que não se tenham provado.

III.1.3. Fundamentação da fixação da matéria de facto.

24 - O Tribunal não tem que se pronunciar sobre todos os detalhes da matéria de facto que foi alegada pelas partes cabendo-lhe o dever de seleccionar os factos que interessam à decisão e discriminar a matéria que julga provada e declarar a que considera não provada (cf. art. 123.º n.º 2, do CPPT, art. 607.º, n.º 3, do CPC, aplicáveis ex vi art. 29.º n.º 1) alíneas a) e e), do RJAT).

25 - Deste modo os factos pertinentes para o julgamento da causa são seleccionados e conformados em função da sua relevância jurídica, a qual é estabelecida em atenção às várias soluções para o objeto do litígio no direito aplicável (vd. art. 596.º n.º 1, do CPC, aplicável ex vi art. 29.º, n.º 1 alínea e), do RJA T).

26 - Assim, tendo em consideração as posições assumidas pelas partes, à luz do disposto no artigo 110.º, n.º 7, do PPT, as provas apresentadas, consideram- e provados, com relevo para a decisão, os factos acima elencados.»

2.2 - A decisão arbitral fundamento, proferida no Proc. n.º 277/2020-T (CAAD), de 06.10.2020, deu como provada a seguinte factualidade:

«A) A Requerente é uma sociedade comercial que se dedica à actividade de produção e comercialização de capas, espumas, estofos e estruturas metálicas para assentos de automóveis (C.A.E. 29320 - R3).

B) No ano de 2018, o capital social da Requerente era detido pelas sociedades do mesmo Grupo de empresas, B..., S. A., e C..., S. A., ambas com sede em França.

C) Em 23-02-2000, foi celebrada a “Convention...”, que consta do documento n.º 12 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido entre a sociedade C... e as entidades aderentes do grupo, a qual se destinava a pôr em prática um acordo de cash pooling, destinado a assegurar a gestão de tesouraria das diferentes entidades do Grupo D... localizadas em diferentes jurisdições.

D) Em 08-06-2009, a sociedade C... sentiu necessidade de otimizar o acordo de cash pooling que se encontrava em vigor, tendo, para o efeito, celebrado com a instituição financeira E.. S. A., o “...”, que consta do documento n.º 13 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido; E..., de um serviço de centralização da gestão de tesouraria do Grupo que procurava nivelar os saldos das diferentes contas (classificadas como principal, secundárias ou intermediárias).

E) A Requerente aderiu a este acordo de cash pooling do grupo em 20-07-2010 através do “Bulletin d’Adhèsion” que consta do documento n.º 14 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido.

F) Em 30-12-2010, a Requerente, a C... e a B... celebram um contrato de cessão de posição contratual/cedência de crédito, nos termos que constam do documento n.º 15 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido.

G) Nos termos deste contrato B... e a Requerente assinaram um novo contrato de empréstimo com efeitos a 01-01-2011, no qual a Requerente figura como mutuante e a B... como mutuária, que consta do documento n.º 16 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido, e a C... transferiu para a B... os direitos e obrigações resultantes da “Convention...”.

H) Nos termos desse contrato de empréstimo a Requerente concedeu um empréstimo à segunda na modalidade de crédito rotativo de um ano, no montante máximo de € 65.000.000,00, tendo sido acordado o pagamento de juros, à taxa média da Euribor a 1 mês, arredondada para 1/16 de 1 % adicionada de uma margem de 0,5 % ao ano, calculados no fim de cada mês com base na utilização mensal de crédito.

I) Este contrato foi objecto de várias alterações posteriores, designadamente:

- Em 01-01-2013, a “Amendment 2 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” (documento n.º 17 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), que visou alargar o período do contrato de 01-01-2013 para 01-01-2015.

- Em 03-12-2013, a “Amendment 3 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” (documento n.º 18 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido) que alterou o montante máximo do empréstimo de € 65.000.000,00 para € 100.000.000,00.

- Em 01-10-2014, a “Amendment 4 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” (documento n.º 19 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), que alterou o montante máximo do empréstimo de € 100.000.000,00 para € 200.000.000,00.

• Em 31-12-2014, a “Amendment 5 to the loan agreement dated as of January 1st 2011” (documento n.º 20 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), que alargou o período do contrato de 01-01-2015 para 01-01-2017.

J) De forma a concretizar a adesão da Requerente ao contrato de cash pooling do Grupo, foi ainda necessário introduzir alterações ao “...”, através dos seguintes documentos:

• “Appendix 2 - Participation form to the E... ...”, celebrado em 15-05-2012 (documento n.º 21 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido), segundo o qual a Requerente foi incluída no acordo celebrado com o E...

• “Appendix 1 - Automated Centralization of Cash Management per hierarchy”, celebrado em 23-05-2012 (documento n.º 22 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

• Em 12-09-2014, o “Appendiz 1.1. - Description of the Hierarchy”, no qual é identificada a Master Account no contrato de cash pooling (localizada em França), bem como as Intermediate Accounts, entre elas a da aqui Requerente (localizada em Portugal).

K) No âmbito da execução dos contratos referidos, os excedentes de tesouraria gerados pelas diferentes entidades do Grupo D... eram transferidos para a conta da Requerente, a qual, por sua vez, os transferia para a B..., a qual recebia e utilizava os mesmos em França.

L) A Requerente foi objeto de quatro ações inspetivas de âmbito geral, desencadeada pelas Ordens de Serviço N.º OI2016..., de 18-04-2016, N.º OI2017..., de 11.09.2017, N.º OI2018..., de 02.03.2018, e N.º OI2019..., de 31-01-2019, que incidiram sobre os exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017, e as quais originaram correções em sede de IS.

M) De modo a evitar futuras ações inspetivas, a Requerente procedeu às autoliquidações de IS que constam dos documentos n.ºs 1 a 10 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujos teores se dão como reproduzidos, referentes aos períodos seguintes:

• N.º ..., relativa ao período de Março de 2018, no valor de € 48.272,01, paga em 20-04-2018.

• N.º..., relativa ao período de Abril de 2018, no valor de € 48.897,84, paga em 21-05-2018.

• N.º..., relativa ao período de Maio de 2018, no valor de € 44.804,84, paga em 19-06-2018.

• N.º..., relativa ao período de Junho de 2018, no valor de 46.467,28, paga em 17-07-2018.

• N.º..., relativa ao período de Julho de 2018, no valor de € 15.336,70, paga em 07-08-2018.

• N.º..., relativa ao período de Agosto de 2018, no valor de € 9.530,08, paga em 19-09-2018.

• N.º..., relativa ao período de Setembro de 2018, no valor de € 10.050,16, paga em 18-10-2018.

• N.º..., relativa ao período de Outubro de 2018, no valor de € 12.963,45, paga em 16-11-2018.

• N.º..., relativa ao período de Novembro de 2018, no valor de € 12.612,53, paga em 18-12-2018.

• N.º..., relativa ao período de Dezembro de 2018, no valor de € 23.491,96, paga em 18-01-2019.

(prints referindo os pagamentos que constam das partes 8 e 9 do processo administrativo).

N) Em 19-12-2019, a Requerente apresentou reclamação graciosa das liquidações, que teve o n.º ...2019...

O) Em 19-03-2020, a reclamação graciosa foi indeferida, com os fundamentos que constam do documento n.º 11 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido, em que se refere, além do mais o seguinte:

V. DA ANÁLISE DA MATÉRIAS DE FACTO E DO PEDIDO

21 - Entende a Reclamante, que as operações financeiras que constituem fundamento das sobreditas liquidações:

(i) São localizadas fora de Portugal;

(ii) Não se verifica a utilização do crédito;

(iii) Que tais operações preenchem os requisitos de isenção do imposto do selo prevista na alínea g), do n.º 1, do artigo 7.º do CIS.

(iv) Sujeitar as operações a IS seria uma violação dos princípios do Direito da União Europeia - da não discriminação e da liberdade de circulação de capitais.

22 - No que toca ao apuramento de IS em falta, “é convicção da Reclamante que a argumentação da AT (...) o contrato de concessão de crédito só ganha relevância (...) em sede de IS, quando se traduz numa (imediate) entrega de fundos, e não quando reflete apenas uma assunção de um compromisso de entrega de fundos num momento futuro a determinar” (...) “ou seja, nas operações de crédito, a obrigação tributária (i.e., o facto tributário) só nasce quando elas são realizadas. E elas só são realizadas quando o crédito é utilizado, não quando o contrato é assinado”. (...) “impõe-se concluir que o facto tributário relevante é a utilização de crédito (e não a mera concessão), por esta ser a efectiva manifestação de capacidade contributiva”.

23 - Entendendo a Reclamante que o momento da ocorrência do facto tributário é o da sua efectiva “utilização”, é então nesse exato momento “(...) em que se devem verificar os demais requisitos de que depende a incidência tributaria”, tais como, no que diz respeito à territorialidade das operações em causa.

24 - No seguimento do seu itinerário lógico, entende que a “utilização dos 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”.

25 - E sendo necessário que a utilização dos fundos se verifique em território nacional, entende a Reclamante que o é, dado que a receção do capital se realiza 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.

26 - Assim, a Reclamante considera incorrecta a interpretação feita pela AT nas correções dos anos anteriores (2014 e 2015), no sentido de que se encontra sujeita a IS qualquer operação de crédito em que uma das partes seja entidade domiciliada em território português, independente da sua posição de mutuante ou mutuário.

27 - Apesar da Reclamante considerar indevido, de forma a evitar a instauração de processos de execução fiscal, optou por proceder ao pagamento das autoliquidações, cf. se elenca no quadro L.

28 - Nos procedimentos inspetivos aos exercícios de 2014 e 2015, de que a Reclamante foi alvo, concluíram os serviços da AT que não é aplicável as isenção de IS previstas nas alíneas g) e h) do n.º 1 do art. 7.º do CIS às operações financeiras de concessão de crédito com prazo não determinado ou determinável a favor da B..., em virtude desta última não ter sede em território nacional, tendo-o apenas a ora Reclamante, credora das operações em análise; e por outro lado, a isenção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS também não é aplicável, dado que, não existindo qualquer participação da Reclamante na B..., os fundos não têm carácter de suprimentos efectuados pelos sócios às suas participadas.

29 - O capital social da ora Reclamante, à data dos presentes factos era detido pelas seguintes empresas, "B..., S. A. " (99,99 %) e "C..., SA" (0,01 %), ambas sedeadas em França.

30 - O relacionamento entre a Reclamante e a B..., entre outros, foi objecto de vários contratos sistematizados, sendo esta última, a destinatária dos fundos cedidos pela primeira.

31 - Desde 8 de junho de 2009 a gestão centralizada do grupo D... passou a ser efectuada com base no serviço prestado pelo E..., S. A., ao abrigo do denominado "E...", subscrito pela Reclamante em 15 de maio de 2012 e que se manteve vigente no exercício em análise.

32 - De acordo com o contratualizado, os excedentes de tesouraria das empresas do GRUPO D..., são transferidos para a conta bancária da Reclamante e, por sua vez, desta, são transferidos para a B..., a qual recebia e utilizava os mesmos em França.

33 - Assim, no período em análise, entre a Reclamante e a B... verificou-se a cedência de excedentes de tesouraria, sendo que o valor acumulado dos fundos solicitados não excedeu em 2018, o montante dos fundos cedidos, constituindo a Reclamante numa posição de credora.

34 - Por sua vez, os excedentes de tesouraria da B... ficavam à disposição para ser utilizados na satisfação de necessidades de financiamento de outras empresas do grupo D...

35 - A B... é uma empresa que se dedica à gestão de participações sociais do grupo e a actividades na área financeira, de acordo com o disposto no dossier de preços transferência.

36 - O reembolso dos fundos cedidos pela ora Reclamante depende das suas necessidades de tesouraria, de acordo com plafond previamente autorizado.

37 - O saldo bancário da conta - pagamentos a fornecedores deduzido de eventuais recebimentos de clientes ou outros - se negativo, é zerado no final do dia, através da cobertura do mesmo, por intervenção de serviço bancário associado ao mencionado contrato assinado com o E..., S A.

38 - A Reclamante, pela utilização destes excedentes de tesouraria, debita à B..., juros calculados mensalmente, pelo que emite uma fatura mensal referente a juros, que regista na conta do empréstimo.

39 - No entanto, dada a verificação de que os fundos cedidos pela Reclamante, no âmbito da contratualização de gestão centralizada de tesouraria, excedem os fundos obtidos por esta a partir da B..., esta diferença reveste a forma de crédito concedido pela primeira à segunda entidade, ou seja, consubstanciam financiamentos concedidos e utilizados pela B..., nomeadamente para sucessivos financiamentos a outras entidades do grupo, por forma a otimizar a gestão de tesouraria do grupo económico.

40 - Em conformidade com o n.º 1 do art. 1.º do CIS, o imposto do selo "(...) incide sobre todos os atos, contratos, documentos, títulos, livros, papéis, e outros factos previstos na Tabela Geral (...)", ou seja, a incidência objetiva do IS é estabelecida por referência a um conjunto de factos e operações constantes da Tabela anexa ao Código.

41 - Por sua vez, a Tabela Geral do Imposto do Selo define na verba “17. Operações Financeiras: 17. 1. Pela utilização de crédito, sob a forma de fundos, 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, considerando-se, sempre, como nova concessão de crédito a prorrogação do prazo do contrato -sobre o respetivo valor, em função do prazo: (...) 17.1.4. Crédito utilizado sob a forma de conta corrente, descoberto bancário ou qualquer outra forma em que o prazo de utilização não se/a determinado ou determinável, sobre a média mensal obtida através da soma dos saldos em dívida apurados diariamente, durante o mês, divididos por 30 -0,04 %”.

42 - Sem prejuízo do que a AT tem vindo a considerar como “nova concessão de crédito” e tendo por base a Circular 15 de 05.07.2000 da Direção de Serviços dos Impostos do Selo e das Transmissões do Património, não é qualquer utilização de crédito que despoleta a aplicação do imposto.

43 - É de facto necessário que haja um encontro de vontades dirigido à concessão de crédito (com utilização do mesmo) ou então de outro modo, não se verifica o facto tributário, não havendo lugar à incidência do imposto.

44 - Resumidamente, o imposto incide sobre a utilização do crédito em resultado de uma operação de concessão de crédito, nas quais comumente se incluem a “abertura de crédito, empréstimos, cessão de créditos, factoring, e operações de tesouraria”, considerando-se ainda, como nova operação financeira, por exemplo a prorrogação, seja ela automática ou não.

45 - Não obstante, o princípio ser o de que o encargo do imposto (conforme alínea f) do n.º 3 do artigo 3.º do CIS) se reflete sobre a entidade utilizadora daquela concessão, uma vez que é sob esta última que reside o respetivo interesse económico, por outro lado e conforme se demonstrará, a regra geral de incidência no que concerne a estas operações, é a de que as entidades concedentes de crédito têm a obrigação de promover a liquidação do imposto e respetivo pagamento, conforme resulta aliás da letra da alínea b) do artigo 2.º do CIS.

46 - Assim, de acordo com a alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do CIS, são sujeitos passivos do imposto as “entidades concedentes do crédito e da garantia ou credoras de juros, prémios, comissões e outras contraprestações”, ou seja, no caso em concreto a A..., LDA., ora Reclamante.

47 - Assume particular relevância, definir o que se entende como crédito de forma a poder delimitar corretamente os contornos das operações em análise e respetivo enquadramento fiscal em sede deste imposto.

48 - Sobre o aspeto supra, importa fazer uma leitura cuidada relativamente ao exposto pelo Dr. José Maria Pires in “Direito Bancário, 2.º Volume, as operações Bancárias, editora Rei dos Livros”, onde é referido a páginas 181 e seguintes, a propósito da noção de crédito que “(...) em termos gerais, podemos dizer que o crédito consiste numa troca em que não há simultaneidade (entre prestação e contraprestação, ou se/a, o conceito de crédito analisa-se em duas prestações separadas pelo tempo”.

Na mesma esteira.

49 - Prossegue o autor, referindo que “(...) a intervenção do fator tempo nas suas operações de crédito implica a verificação de um custo económico, porquanto o credor renuncia temporariamente aos seus bens e, além disto, corre o risco de insolvência do devedor. Quer isto dizer que a cedência de bens a crédito é normalmente acompanhada de uma remuneração - o juro.”

50 - Mais refere que, “(...) por outro lado, o referido fator tempo, com o seu inerente risco, introduz um outro elemento do crédito que, embora de ordem psicológica, é de algum modo sucedâneo do valor real da contraprestação: a confiança depositada pelo credor (acreditante) na promessa de pagamento do

devedor (acreditado), isto é, a forte convicção do primeiro de que o compromisso do segundo será por ele honrado”.

Assim.

51 - E face ao exposto, cumpre referir, no que respeita ao caso em apreço, que o sistema de “cash pooling”, consubstancia-se num serviço financeiro que poderá ser utilizado entre contas bancárias de uma só empresa, ou entre contas bancárias de várias empresas do mesmo grupo, o que no fundo traduz uma gestão conjunta desses capitais sob o jugo tão propalado conceito de “rendibilidade do capital”.

52 - A situação que sucede dos contratos referidos, é a representação de que os saldos bancários credores e devedores de cada uma das empresas aderentes ao acordo serão efetivamente transferidos numa base diária para uma única conta bancária global constituída junto do Banco e a quem caberá a gestão e que, na prática vários saldos bancários da tesouraria de cada empresa são colocados a zero (Zero Balancing), por via da transferência de montantes excedentários para a conta centralizadora, sendo os saldos deficitários cobertos por um movimento de transferência em sentido inverso, da conta bancária centralizadora a favor da conta bancária da empresa deficitária de fundos.

53 - O que sucede é que desta aglomeração de saldos, resultará um único saldo global, que corresponderá à tesouraria consolidada do grupo e onde depois serão calculados juros, que serão creditados às sociedades aderentes ao acordo que transfiram os seus excedentes de tesouraria para a conta centralizadora, e que, pelo contrário, serão debitados quando se verifique a situação inversa, ou seja, quando haja transferência de saldos da conta centralizadora para as contas bancárias das sociedades participantes para cobertura de saldos deficitários.

54 - Neste seguimento, não podemos senão concluir que estes fluxos financeiros entre as empresas de um mesmo grupo económico configuram movimentos de concessão e obtenção de crédito, por forma a que no grupo se permita haver uma gestão de necessidades de fundos, verificando-se uma compensação diária com os excedentes e assim evita-se a necessidade de socorrerem de outro método para satisfazer as necessidades de tesouraria do grupo e, conseqüentemente, suportar os respetivos custos de financiamento externo, porquanto, o contrato de Cash pooling tem efetivamente esse objetivo - gerir eficientemente as disponibilidades de tesouraria através de um mecanismo de compensação entre os excessos e necessidades de tesouraria dentro das empresas do grupo que participem neste sistema, ao invés de se socorrerem de financiamentos bancários propriamente ditos, salvaguardando-se assim o interesse do grupo.

55 - Mais uma vez, não podemos senão concluir, aliás também como a maioria da doutrina que se debruça sobre esta questão, que estas operações de tesouraria que se traduzem em movimentos de cedência e tomada de fundos, representam verdadeiras operações financeiras e a relação jurídica que se estabelece entre as entidades credoras e devedoras do capital e juros e a entidade centralizadora, corporiza-se através dos financiamentos concedidos e/ou obtidos e que representam efetivas operações de crédito, qualquer que seja a sua forma ou prazo, neste sentido vide a título de exemplo a decisão do CAAD (Arbitragem Tributária) no Processo n.º 462/2017-T, em que o tema é exatamente contratos de cash-pooling (gestão centralizada de tesouraria).

56 - Ora, constatando-se que a transferência dos excedentes de tesouraria, da conta da Reclamante para a conta da B..., junto do E..., corresponde a financiamento concedido pela Reclamante à B..., já que se trata de operações financeiras de concessão de crédito sob a forma de disponibilização de fundos e uma vez que estamos em presença de uma concessão e utilização de crédito, temos a A..., sujeito passivo nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do CIS com sede em Portugal, como entidade mutuante (concedente) e a B..., com sede em França, como entidade mutuária (utilizadora), pelo que a realização do crédito (disponibilização dos fundos) ocorre em território nacional, tratando-se assim de uma operação sujeita a Imposto do Selo, de acordo com o princípio da territorialidade instituído no referido n.º 1 do artigo 4.º do CIS, sendo tributada pelas taxas previstas na Verba 17.1., pelo que de

acordo com o n.º 1 do artigo 23.º do CIS a liquidação e o pagamento do imposto compete à entidade concedente do crédito, no caso a A...

57 - Quanto à taxa do imposto a aplicar a estas operações financeiras resulta da leitura do contrato Cash pooling celebrado que o mesmo vigorará por prazo indeterminado, sendo que tal situação aliada ao facto da modalidade escolhida ter sido a de Cash Concentration (Zero Balancing), na qual os saldos das entidades participantes são movimentados numa base diária, determina que estes movimentos financeiros sejam enquadrados, como operações de crédito utilizado sobre a forma de conta-corrente, descoberto bancário, ou qualquer outra forma em que o prazo de utilização não esteja determinado ou seja determinável, conforme resulta da verba 17.1.4 da TGIS.

58 - Nos termos desta verba, o facto tributário é de formação sucessiva, incidindo o imposto à taxa de 0,04 % sobre a matéria coletável resultante da média mensal obtida através da soma dos saldos em dívida apurados diariamente, durante o mês, divididos por 30, nascendo a obrigação tributária no último dia de cada mês, conforme a 2.ª parte da alínea g), do artigo 5.º do CIS, pelo que a sujeição encontra-se consagrada nos termos da Verba 17.1.4 da TGIS.

59 - No que tange às isenções previstas nas alíneas g) e h) em conjugação com o n.º 2 do artigo 7.º do CIS, tendo em conta que o enquadramento geral em imposto do selo não suscita a nosso ver, quaisquer dúvidas, o mesmo não pode afirmar-se sobre a aplicação da isenção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS as operações financeiras realizadas no âmbito de um contrato de cash pooling.

60 - Porém, de acordo com a atual redação da alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS estão isentas de imposto do selo “As operações financeiras, incluindo os respetivos juros, por prazo não superior a um ano, desde que exclusivamente destinadas à cobertura de carência de tesouraria e efetuadas por sociedades de capital de risco (SCR) a favor de sociedades em que detenham participações, bem como as efetuadas por outras sociedades a favor de sociedades por elas dominadas ou a sociedades em que detenham uma participação de, pelo menos, 10 % do capital com direito de voto ou cujo valor de aquisição não seja inferior a € 5 000 000, de acordo com o último balanço acordado e, bem assim, efetuadas em benefício de sociedade com a qual se encontre em relação de domínio ou de grupo.”

61 - Mais enfoque merece o disposto no n.º 2 do citado artigo, na medida em que concorre para a delimitação do elemento espacial de aplicação daquela norma de isenção, pelo que importa ter presente a sua redação onde se estabelece que “o disposto nas alíneas g) e h), do n.º 1 não se aplica quando qualquer dos intervenientes não tenha sede ou direção efetiva no território nacional, com exceção das situações em que o credor tenha sede ou direção efetiva 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, salvo se o credor tiver previamente realizado os financiamentos previstos nas alíneas g) e h), do n.º 1 através de operações realizadas com instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no estrangeiro ou com filiais ou sucursais no estrangeiro de instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no território nacional”.

62 - Fazendo uma leitura integrada do disposto nos normativos supracitados, conclui-se que o benefício da isenção depende cumulativamente: (i) do prazo da operação financeira, isto é, do prazo de concessão e utilização dos fundos transferidos, que não deve ser superior a um ano; (ii) da finalidade do financiamento, isto é, a operação financeira deve ser exclusivamente destinada à cobertura de carências de tesouraria; e (iii) da relação entre as sociedades intervenientes.

63 - Ora, se Reclamante (A.) e a B... pertencem ao mesmo grupo económico, tendo o credor (A.) sede no território nacional, atenderemos ao n.º 2 do artigo 7.º do CIS, onde constatamos que o financiamento concedido pela A... à B..., sociedade com a qual se encontra em relação de domínio ou grupo, não pode aproveitar da isenção de Imposto do Selo prevista na segunda parte da alínea g).

64 - É que a isenção está condicionada ao seguinte: “O disposto nas alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS não se aplica quando qualquer dos intervenientes não tenha sede ou direção efetiva no território nacional, com exceção das situações em que o credor tenha sede ou direção efetiva 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, salvo se o credor tiver previamente realizado os financiamentos previstos nas alíneas g) e h) do n.º 1 através de operações realizadas com instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no estrangeiro ou com filiais ou sucursais no estrangeiro de instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no território nacional.”

65 - Assim, caso um dos intervenientes não tenha sede em território nacional, as isenções das alíneas g) e h) só prevalecem caso o credor (esta exceção, relativamente ao domicílio do credor, será aplicável apenas no caso em que o devedor tenha sede em território nacional, pois quando tal não sucede, não existe nenhum elemento de conexão que permita localizar a operação em território nacional) tenha sede ou direção efetiva 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.

66 - Face ao sentido dos fluxos financeiros realizados entre a A... e a B... constata-se que o credor é a A..., ora Reclamante, sendo ela a entidade concedente de crédito, cuja sede se situa no território nacional, pelo que, nos termos do n.º 2 do artigo 7.º do CIS, não são aplicáveis as isenções das alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS.

Ainda.

67 - Quanto à isenção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS também não é aplicável às operações em apreço visto que os empréstimos não têm características de suprimentos, dado que, ao contrário do exigido pela alínea i) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS, em conjugação com a alínea m) do artigo 5.º do CIS, não são efetuados por um sócio à sua participada, em face da inexistência de qualquer participação da A... na B...

Nestes termos.

68 - Tendo presente o previsto no n.º 2 do artigo 7.º do CIS, as isenções das alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS não são aplicáveis relativamente às situações em apreço, em virtude de um dos intervenientes (o devedor, beneficiário dos financiamentos) não ter sede no território nacional, e de a A..., com sede em Portugal, surgir como credor e, por outro lado, a isenção prevista na alínea i) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS não é aplicável ao caso em apreço, dado que, não existindo qualquer participação da A... na B..., os fundos não têm caráter de suprimentos efetuados por sócios às sociedades suas participadas.

69 - Ainda de acordo com a alínea g) do artigo 5.º do CIS, nas operações de crédito o nascimento da obrigação tributária ocorre no momento em que forem realizadas ou, se o crédito for utilizado sob a forma de conta corrente, descoberto bancário ou qualquer outro meio em que o prazo não seja determinado nem determinável, no último dia de cada mês, sendo a obrigação do pagamento do imposto apurado da competência da A... em conjugação do artigo 41.º do CIS com o n.º 1 do artigo 23.º do mesmo código.

70 - Por fim, reiterar e reforçar que se na primeira parte do n.º 2 do artigo 7.º do CIS, o legislador parece ter pretendido circunscrever o âmbito da isenção da alínea g) do n.º 1 às operações financeiras efetuadas com intervenção de sociedades residentes, ao afastar as operações financeiras em que qualquer dos intervenientes - participante ou participada - não tenha a sede ou direção efetiva em território português, essa intenção acaba, a final, por não se concretizar integralmente, porquanto, como essa opção conduziria a um tratamento discriminatório das sociedades não residentes, suscetível de ser posto em causa, quer pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), quer pelas

convenções para evitar a dupla tributação celebradas por Portugal, o legislador abriu a possibilidade de a isenção subsistir quando o credor tenha a sede ou direção efetiva noutro Estado membro da UE ou num Estado em relação ao qual esteja em vigor uma convenção para evitar a dupla tributação sobre o rendimento e o capital, exceto se as operações financeiras forem realizadas com intermediação de instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no estrangeiro ou com filiais ou sucursais no estrangeiro de instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no território nacional.

71 - Deste modo, serão afastadas do benefício da isenção da alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS as operações financeiras que se consubstanciem na transferência de saldos excedentários da conta bancária da Reclamante para a conta centralizadora titulada pela, mas podem aproveitar da referida isenção, verificados que sejam os pressupostos do prazo e finalidade estabelecidos naquele normativo, as operações que se traduzam em utilizações de fundos transferidos da conta centralizadora titulada pela para a conta bancária individual da Reclamante.

72 - Sendo ponto assente que o contrato em causa prevê sempre a sua renovação automática por períodos de 1 ano, exceto em caso de notificação das partes em sentido contrário, e verificando-se que o período de validade do mesmo foi sempre sucessivamente renovado, estamos perante crédito concedido por prazo não determinado ou determinável, pelo que, uma vez que os pressupostos da isenção em causa são cumulativos porque assim foram configurados pelo legislador, podemos desde já concluir-se que não se encontram verificados os pressupostos de que depende a aplicação da isenção prevista na alínea h) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS.

73 - Apesar da Reclamante aludir à decisão proferida pelo centro de Arbitragem Administrativa (processo 61-/2019-T), em que era requerente a ora reclamante, num pedido de pronúncia arbitral acerca da legalidade dos atos tributários de autoliquidação de IS, referente à verba 17.1.4 da TGIS, respeitantes aos períodos de janeiro e fevereiro de 2018, tendo sido determinada a anulação dos mesmos e pagamento dos respetivos juros indemnizatórios, é nosso entendimento, em concordância com o disposto de Supremo Tribunal Administrativo, proferido no âmbito do processo n.º 06/11.4BESNT 0436/16, de 28.11.2018, de que as operações de transferência de capitais realizadas, não podem deixar de ser qualificadas como operações de crédito com contrapartidas, isto é, remuneradas por via do pagamento de juros calculados a uma taxa acordada entre as partes e durante o período de tempo de duração da cedência de capital, concluindo-se que, as operações de cash pooling estão sujeitas a tributação em IS, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 1 do CIS e verba 17.1.4 da TGIS.

74 - Assim, entendemos que as liquidações em contenda não padecem de qualquer vício de violação da lei por errónea interpretação, nem de qualquer outra ilegalidade.

75 - Nestes termos, somos a concluir pela improcedência dos argumentos da Reclamante, tendo em atenção os factos e fundamentos invocados no presente projeto de decisão, relativamente às autoliquidações de imposto do selo da Verba 17.1.4 da TGIS, expressas nas notas de liquidação identificadas no quadro I. desta informação.

P) Em 29-05-2020, a Requerente apresentou o pedido de constituição do tribunal arbitral que deu origem ao presente processo.

2.2 - Factos não provados e fundamentação da decisão da matéria de facto.

Os factos provados baseiam-se no processo administrativo e nos documentos juntos pela Requerente cuja correspondência à realidade não é contestada pela Autoridade Tributária e Aduaneira.

Não há controvérsia sobre os factos relevantes para a decisão da causa.»

3 - Fundamentação de Direito

No acórdão do Pleno da Secção proferido nestes autos, em 24.05.2023, de admissão do presente recurso para uniformização de jurisprudência, ponderou-se o seguinte:

«[...]

3.1 - Da admissibilidade do recurso.

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 25.º do RJAT a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com outra decisão arbitral ou com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo.

A este recurso, de acordo com o preceituado no n.º 3 do artigo 25.º do RJAT, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime do recurso para uniformização de jurisprudência regulado no artigo 152.º do CPTA.

São pressupostos da admissibilidade do recurso para uniformização de jurisprudência: i) que a decisão arbitral se tenha pronunciado sobre o mérito da pretensão deduzida e tenha posto termo ao processo (artigo 25.º, n.º 2 do RJAT); ii) que exista contradição entre essa decisão e uma outra decisão arbitral ou com um acórdão proferido por algum dos Tribunais Centrais Administrativos ou pelo Supremo Tribunal Administrativo, relativamente à mesma questão fundamental de direito (artigo 25.º, n.º 2 do RJAT).

Depois, ainda que se verifique tal oposição, o recurso não prosseguirá seus termos se a orientação perfilhada na decisão arbitral recorrida estiver de acordo com a jurisprudência mais recentemente consolidada do Supremo Tribunal Administrativo (artigo 152.º n.º 3 do CPTA, aplicável ex vi do disposto no n.º 3 do artigo 25.º do RJAT).

O não preenchimento de tais requisitos obstará ao conhecimento do mérito do recurso.

Não havendo controvérsia quanto ao preenchimento do primeiro dos requisitos referidos - a decisão arbitral recorrida conheceu do mérito e pôs termo ao processo arbitral -, impõe-se conhecer do segundo, da contradição relativamente à mesma questão fundamental de direito entre a decisão recorrida e a decisão fundamento.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, para se apurar da existência de contradição sobre a mesma questão fundamental de direito é exigível que:

- i) o fundamento de direito seja o mesmo.
- ii) não tenha havido alteração substancial da regulamentação jurídica.
- iii) haja identidade substancial de situações de facto.
- iv) a oposição decorra de decisões expressas, que não apenas implícitas (também não relevando a oposição de fundamentos).

Vejamos se tais pressupostos se verificam no caso do presente recurso.

E a resposta é positiva.

Na verdade, tanto a decisão recorrida, como a decisão fundamento responderam à mesma questão de direito: se a norma constante do artigo 7.º, n.º 2, do Código do Imposto do Selo, segundo a qual a isenção de IS prevista para as operações de tesouraria de curto prazo é aplicável quando nestas

intervêm duas entidades residentes em Portugal ou quando o mutuário é aqui residente (sendo o credor residente na União Europeia) mas já não é aplicável quando o mutuário (devedor) é residente num Estado-Membro da União Europeia e o mutuante (credor) é residente em Portugal, é conforme aos princípios da não discriminação e da liberdade de circulação de capitais, estabelecidos nos artigos 18.º, 63.º e 65.º, n.º 3 do TFUE, aplicáveis na ordem jurídica interna por força do disposto no artigo 8.º, n.º 4, da CRP.

Fizeram-no dentro de um quadro fatural idêntico, sendo que a aqui Recorrente figura como autora nas duas ações, divergindo apenas o período de tributação em causa. Como refere a Recorrente, nas duas situações a Recorrente remeteu, ao abrigo do contrato de cash pooling celebrado no seio do Grupo, os excedentes de tesouraria para a entidade B... sediada em França.

E não houve alteração da regulamentação jurídica entre uma situação e a outra.

A decisão recorrida deu uma resposta negativa à questão (fazendo, aliás, contraposição na fundamentação, com decisão arbitral anterior, aqui decisão fundamento):

42 - Uma última questão a que há que dar resposta, prende-se, precisamente, com saber se ocorre uma violação do direito da União Europeia, por via da violação do princípio da não discriminação ínsito na liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do TFUE e no 40.º do Acordo EEE. Importa ter presente que esta liberdade fundamental é considerada clara e incondicional, imediatamente aplicável e justificável. A primazia do direito da União Europeia é reconhecida pelo artigo 8.º, n.º 4, da CRP, sob reserva do respeito pelo princípio do Estado de direito democrático, sendo que este princípio se encontra expressamente consagrado no artigo 2.º do TUE e o respetivo artigo 19.º dispõe que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, função pressuposta no reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE.

[...]

50 - Não entende, contudo, o presente tribunal que se deva considerar que o n.º 2 do artigo 7.º do CIS - ao limitar a subsistência das isenções previstas nas alíneas h) e g) do n.º 1 desse artigo aos casos em que o credor (e não o devedor) tenha sede ou direção 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 - se traduz numa violação da liberdade de circulação de capitais. Com efeito, a jurisprudência do TJUE reconhece o direito de os Estados-Membros tributarem, nomeadamente através de imposto de selo, as operações de concessão de crédito, incluindo as ocorridas noutro Estado-Membro, desde que não o façam de uma forma arbitrária e discriminatória.

51 - Importa atentar, em primeiro lugar, como sublinhou o STA, que nos casos de cash pooling o facto tributário é a concessão de crédito (e não a posterior utilização) e o sujeito passivo é o credor (mutuante) com sede e direção efectiva no território nacional, nos termos dos artigos 2.º, 4.º, n.º 1, 23.º, n.ºs 1 e 2, e 41.º do CIS. Ora, e este é o segundo ponto, os sujeitos passivos (credores, mutuantes) residentes em Portugal não são objeto de qualquer tratamento fiscal diferenciado, pelas normas de IS em análise, em função da nacionalidade ou residência dos seus mutuários. Em qualquer dos casos aplica-se ao credor residente o imposto previsto na verba 17.1.4.

52 - Em terceiro lugar, tão pouco são os mutuários de um credor ou mutuante residente em território nacional tratados de forma diferente, enquanto titulares do interesse económico na qualidade de utilizadores do crédito concedido, em função da sua concreta nacionalidade ou residência. Em ambos os casos, os mesmos podem ser demandados no caso de incumprimento do sujeito passivo mutuante, por via da substituição fiscal imprópria.

53 - Finalmente, também os devedores residentes em Portugal não são tributados de forma mais agravada, em IS, se decidirem celebrar contratos de mútuo com credores sediados noutro Estado-

Membro da União Europeia, em termos que os impeçam ou dissuadam de celebrar esses contratos. Por outras palavras, em momento algum são os devedores residentes em Portugal penalizados em IS pelo simples facto contraírem um crédito junto de um mutuante não residente e não junto de um mutuante residente. Recorde-se, mais uma vez, que o IS em análise, nos contratos de cash pooling recai diretamente sobre os credores, e não sobre os devedores, não estando uns e outros em situação objectivamente comparável, nem havendo lugar à aplicação de normas idênticas a situações diferentes ou de normas diferentes a situações idênticas.

54 - Deve ser, assim, acolhida a orientação do STA, já mencionada, ao considerar que as transferências de saldos, tanto são tributadas quando ocorrem entre empresas nacionais, entre empresas de Estados-Membros ou até entre empresas de Estados-Membros e de países terceiros, aplicando-se sempre as normas constantes dos artigos 1.º n.º 1, 2.º, b), 3.º, n.º 1, f), 4.º, n.º 1, 23.º, n.º 1, 41.º e 44.º, todos do CIS, e ao não vislumbrar que sejam ofendidas as normas do artigo 63.º do TFUE e 40.º do Acordo EEE, que consagram a livre circulação de capitais, uma vez que estas normas relativas ao IS são aplicadas indistintamente a todas as operações económicas legalmente previstas, sem discriminação em função da nacionalidade ou do território, quando duas empresas operem nas mesmas condições e sujeitas aos mesmos acordos.

55 - Por este motivo, entende o presente Tribunal Arbitral que a conformidade da liquidação aqui em causa com o Direito da União Europeia é suficientemente clara e esclarecida à luz da jurisprudência do TJUE, não se justificando o reenvio prejudicial que, de resto, não foi solicitado foi pelo STA quando se pronunciou sobre idêntica questão, julgando-se assim prejudicado o conhecimento do pedido de condenação em juros indemnizatórios face à solução de improcedência do pedido arbitral.

A decisão fundamento respondeu positivamente:

Pelo exposto, conclui-se que o afastamento da aplicação da isenção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS que se prevê no n.º 2 do mesmo artigo, nas situações em que o devedor não tem sede ou direcção efectiva em Portugal, mas a tem num Estado Membro da União Europeia, constitui uma restrição injustificada à liberdade de movimentos de capitais garantida pelo artigo 63.º do TFUE, pelo que esta restrição não pode ser aplicada, por forma do preceituado no n.º 4 do artigo 8.º da CRP.

Assim sendo, há que concluir que existe oposição quanto à mesma questão fundamental de direito, e não existindo jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Administrativo sobre a matéria, há que conhecer do mérito do recurso.

3.2 - Do mérito do recurso.

A questão que se coloca no presente recurso é saber se a norma constante do artigo 7.º, n.º 2, do Código do Imposto do Selo (CIS), segundo a qual a isenção de Imposto de Selo (IS) prevista para as operações de tesouraria de curto prazo é aplicável quando nestas intervêm duas entidades residentes em Portugal ou quando o mutuário é aqui residente (sendo o credor residente na União Europeia) mas já não é aplicável quando o mutuário (devedor) é residente num Estado-Membro da União Europeia e o mutuante (credor) é residente em Portugal, é conforme aos princípios da não discriminação e da liberdade de circulação de capitais, estabelecidos nos artigos 18.º, 63.º e 65.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), aplicáveis na ordem jurídica interna por força do disposto no artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

O artigo 7.º do CIS, na alínea g), do n.º 1, na redação vigente em 2017, previa a isenção de Imposto do Selo para «as operações financeiras, incluindo os respetivos juros, por prazo não superior a um ano, desde que exclusivamente destinadas à cobertura de carência de tesouraria... efetuadas em benefício de sociedade com a qual se encontre em relação de domínio ou de grupo».

Não se discute o preenchimento destes requisitos no caso sub judice.

Contudo, o n.º 2 do artigo 7.º do CIS restringe o âmbito de aplicação daquela isenção, estabelecendo a regra de que o disposto naquela alínea g) «não se aplica quando qualquer dos intervenientes não tenha sede ou direcção efectiva no território nacional».

A lei prevê, no entanto, uma excepção ao afastamento da isenção nas «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», e não tiver previamente realizado os financiamentos através de operações realizadas com instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no estrangeiro ou com filiais ou sucursais no estrangeiro de instituições de crédito ou sociedades financeiras sediadas no território nacional.

Como foi entendido pelas decisões em confronto nos casos que apreciaram, um dos intervenientes na operação de cash pooling não tinha sede ou direcção efetiva no território nacional, mas em França, pelo que, à face da regra do n.º 2 do artigo 7.º, estaria, em princípio, afastada a aplicação da isenção, havendo lugar a tributação em Imposto do Selo.

E, por outro lado, não se verifica a excepção a este afastamento da isenção, pois este n.º 2 do artigo 7.º só prevê que o direito à isenção subsista quando o credor tenha sede ou direcção efetiva 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.

Neste caso, o credor é a Requerente, com sede em Portugal, pelo que não se enquadra nesta situação de subsistência da isenção.

À face deste regime legal, como concluíram as decisões em confronto, e não é discutido neste recurso, não se prevê isenção de Imposto do Selo para as situações de cash pooling em que o credor tem sede ou direcção efetiva em Portugal e o devedor reside num Estado Membro da União Europeia ou num Estado em relação ao qual vigore uma convenção para evitar a dupla tributação com Portugal.

E é aqui chegado que se coloca a questão acima enunciada da conformidade do direito interno com o direito da União Europeia.

A decisão arbitral fundamento entendeu que a jurisprudência do TJUE permitia dar uma resposta segura às questões de Direito da União Europeia, sendo desnecessário o reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE, no sentido de o n.º 2 do artigo 7.º do CIS ser incompatível com o Direito da União Europeia.

Por seu turno, a decisão recorrida entendeu também não ser de efetuar o reenvio prejudicial, mas pronunciou-se em sentido oposto.

A decisão arbitral fundamento chamou à colação o acórdão do TJUE de 14/10/1999, proferido no processo C-439/97, Sandoz GmbH, sumariando, assim, a jurisprudência dele emanada:

- A proibição do artigo 63.º, n.º 1, do TFUE (anteriores artigo 73.º-B, n.º 1, e 56.º do Tratado CE) abrange quaisquer restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e entre os Estados-Membros e países terceiros (n.º 18).

- Uma legislação que priva os residentes num Estado-Membro da possibilidade de beneficiarem de uma eventual não tributação dos mútuos contraídos fora do território nacional, é um medida de molde a dissuadi-los de contraírem mútuos com pessoas estabelecidas noutros Estados-Membros (n.º 19 daquele acórdão, citando o acórdão de 14 de Novembro de 1995, Svensson e Gustavsson, C-484/93, Colect., p. I-3955, n.º 10).

- Tal legislação constitui por isso uma restrição aos movimentos de capitais no sentido do artigo 63.º, n.º 1 do TFUE (anteriores artigos 73.º-B, e 56.º) (n.º 20).

Concluiu a decisão arbitral fundamento que é precisamente uma situação deste tipo que gera o afastamento da isenção prevista na alínea g) do n.º 1 do artigo 7.º do CIS. E que à face deste regime, os residentes num Estado-Membro (França, neste caso) são privados da possibilidade de beneficiarem de uma eventual não tributação dos mútuos contraídos fora do seu território nacional. Sendo que no entendimento da decisão arbitral fundamento o facto de o sujeito passivo do imposto ser o credor (a Requerente) e não o devedor não afasta esta conclusão.

Ora, este facto, ser o sujeito passivo do imposto o credor (a Requerente) e não o devedor (com sede em França) é essencial para a decisão em sentido contrário adotada pela decisão recorrida.

Refere a decisão recorrida que os sujeitos passivos (credores, mutuantes) residentes em Portugal não são objeto de qualquer tratamento fiscal diferenciado, pelas normas de IS em análise, em função da nacionalidade ou residência dos seus mutuários. Em qualquer dos casos aplica-se ao credor residente o imposto previsto na verba 17.1.4. e que os mutuários de um credor ou mutuante residente em território nacional não são tratados de forma diferente, enquanto titulares do interesse económico na qualidade de utilizadores do crédito concedido, em função da sua concreta nacionalidade ou residência. Em ambos os casos, os mesmos podem ser demandados no caso de incumprimento do sujeito passivo mutuante, por via da substituição fiscal imprópria. E ainda que também os devedores residentes em Portugal não são tributados de forma mais agravada, em IS, se decidirem celebrar contratos de mútuo com credores sediados noutro Estado-Membro da União Europeia, em termos que os impeçam ou dissuadam de celebrar esses contratos. Por outras palavras, que em momento algum são os devedores residentes em Portugal penalizados em IS pelo simples facto de contraírem um crédito junto de um mutuante não residente e não junto de um mutuante residente. Recorda ainda que o IS em análise, nos contratos de cash pooling recai diretamente sobre os credores, e não sobre os devedores, não estando uns e outros em situação objetivamente comparável, nem havendo lugar à aplicação de normas idênticas a situações diferentes ou de normas diferentes a situações idênticas.

[...]»

As especificidades do caso e as dúvidas relativas à interpretação do Direito da União Europeia justificaram um pedido de reenvio para o Tribunal de Justiça da União Europeia para responder à questão:

A norma constante do artigo 7.º, n.º 2, do Código do Imposto do Selo, segundo a qual a isenção de Imposto de Selo prevista para as operações de tesouraria de curto prazo é aplicável quando nestas intervêm duas entidades residentes em Portugal ou quando o mutuário é aqui residente (sendo o credor residente na União Europeia) mas já não é aplicável quando o mutuário (devedor) é residente num Estado-Membro da União Europeia e o mutuante (credor) é residente em Portugal, é conforme aos princípios da não discriminação e da liberdade de circulação de capitais, estabelecidos nos artigos 18.º, 63.º e 65.º, n.º 3 do TFUE?

Ao que o Tribunal de Justiça da União respondeu:

O artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro segundo a qual as operações de tesouraria de curto prazo estão isentas de imposto do selo quando nestas intervenham duas entidades estabelecidas nesse Estado-Membro, mas não estão isentas quando o mutuário esteja estabelecido noutro Estado-Membro.

Ora, é precisamente este o entendimento acolhido na decisão fundamento que se encontra em manifesta oposição à tese acolhida na decisão recorrida.

3.3 - Conclusão

Perante a clarificação feita pelo TJUE somos levados a concluir que na decisão recorrida foi aplicada legislação desconforme com o Direito da União Europeia, devendo entender-se, diversamente do que decorre dessa decisão, e Uniformizando Jurisprudência, que o n.º 2 do artigo 7.º do CIS (nas redações anteriores à da [Lei n.º 12/2022](#), de 27 de junho - OE 2022), ao limitar a subsistência das isenções previstas nas alíneas h) e g) desse artigo aos casos em que o credor (e não o devedor) tenha sede ou direção efetiva 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, traduz-se numa violação da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE.

4 - Decisão

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam os juízes do Pleno da Secção do Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo, conhecendo do mérito do recurso, em conceder-lhe provimento e anular a decisão arbitral recorrida, uniformizando jurisprudência no sentido fixado no ponto 3.3.

Custas pela Recorrida nesta instância de recurso (artigo 527.º, do CPC), com dispensa do pagamento do remanescente da taxa de justiça, por não ter produzido contra-alegações.

Registe, notifique e, transitado em julgado, publique-se no Diário da República e comunique-se ao CAAD.

Lisboa, 17 de outubro de 2024. - João Sérgio Feio Antunes Ribeiro (relator) - Jorge Miguel Barroso Aragão Seia - Isabel Cristina Mota Marques da Silva - Francisco António Pedrosa de Areal Rothes - Joaquim Manuel Charneca Condesso - Nuno Filipe Morgado Teixeira Bastos - Aníbal Augusto Ruivo Ferraz - Gustavo André Simões Lopes Courinha - Pedro Nuno Pinto Vergueiro - Anabela Ferreira Alves e Russo - Fernanda de Fátima Esteves.