

O IMT SOBRE O AUMENTO DE CAPITAL EM SOCIEDADES POR QUOTAS: CONFORMIDADE COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O IMT sobre o aumento de capital em sociedades por quotas: conformidade com o Direito da União Europeia

Em geral, a aquisição, por intermédio de um aumento de capital, de uma participação de pelos menos 75% numa sociedade por quotas que detenha bens imóveis está sujeita a IMT. Não obstante, e tendo em conta que esta operação se trata de uma entrada de capital na aceção da Diretiva 2008/7/CE relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, a mesma não poderá ser sujeita a qualquer tipo de imposto indireto, pelo que a tributação em sede de IMT deste tipo de operações deverá considerar-se contrária àquela Diretiva.

Real Estate Transfer Tax on capital increases of «sociedades por quotas»: compliance with European Union Law

As a general rule, the acquisition through a share capital increase of a shareholding representing at least 75% of the share capital of a sociedade por quotas that owns real estate property is subject to IMT. However, and considering that this operation qualifies as a contribution of capital for purposes of Directive 2008/7/CE concerning indirect taxes on the raising of capital, said operation may not be subject to any form of indirect tax and, therefore, the IMT taxation of these operations should be considered contrary to said Directive.

Introdução

No presente trabalho propomo-nos analisar, à luz do direito da União Europeia —em particular da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de Fevereiro de 2008 («Diretiva 2008/7/CE») relativa aos impostos indiretos sobre a reunião de capitais—, o regime do Imposto sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis («IMT») aplicável ao aumento de capital de sociedades por quotas que possuam bens imóveis, quando algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75% do capital social de tal sociedade, tal como resulta do artigo 2º, nº 2, alínea d), do Código do IMT.

Para o efeito, iremos proceder à caracterização sumária do regime de tributação previsto no Código do IMT a este propósito e do regime previsto na Diretiva 2008/7/CE, para que possamos, finalmente, concluir sobre a conformidade do primeiro regime - Código do IMT —com o segundo— Diretiva 2008/7/CE -, que sempre se deverá impor em caso de desconformidade, tendo em conta o princípio do primado do direito comunitário.

Do regime de IMT aplicável à aquisição de quotas

De acordo com a regra geral estabelecida no artigo 2º, nº 1 do Código do IMT, «O IMT incide sobre as transmissões, a título oneroso, do direito de propriedade ou figuras parcelares desse direito, sobre bens imóveis situados no território nacional».

Nos termos da alínea d) do nº 2 do mesmo artigo 2º do Código do IMT, incluem-se no conceito de «transmissão de bens imóveis», para efeitos do nº 1

supra transcrito, a «aquisição de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou por quotas, quando tais sociedades possuam bens imóveis, e quando por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos, algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75% do capital social, ou o número de sócios se reduza a dois, sendo marido e mulher, casados no regime de comunhão geral de bens ou de adquiridos». Antes da entrada em vigor do Código do IMT, encontrava-se prevista uma norma similar no artigo 2º, § 1º, n.º 6º do Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações («CIMSISD»).

No que ao presente trabalho diz respeito, importa notar que se tem vindo a entender (embora, na nossa opinião, tal não tenha uma correspondência suficientemente densificada na letra da lei) que da passagem «por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos» resulta que também se deverá considerar incluído no âmbito de incidência objetiva do IMT o aumento de capital social numa sociedade por quotas que origine um aumento da participação de um determinado sócio, por forma que este fique a dispor de uma participação na sociedade respetiva superior a 75%.

Com efeito, tanto a doutrina (SILVÉRIO MATEUS e L. CORDEIRO DE FREITAS, in «Os Impostos sobre o Património Imobiliário —O Imposto do Selo», Engifisco, 2005, pág. 319 e F. PINTO FERNANDES e NUNO PINTO FERNANDES, in «Código do Imposto Municipal da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações— Anotado e Comentado», Rei dos Livros, 1997, pág. 54) como a jurisprudência se têm pronunciado neste sentido.

A este respeito, decidiu-se, entre outros, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 19 de novembro de 1969 (proferido ainda na vigência do artigo 2º, § 1º, 6º CIMSISD) que «Quando o aumento de capital social de uma sociedade comercial por quotas que possua bens imobiliários importar, também, o aumento da percentagem de participação de um sócio naquele capital de forma a que passe a dispor de, pelo menos, 75% do mesmo, há lugar ao pagamento de sisa» (in Acórdão Doutriniais, Ano IC, nº 99, pág. 390).

Assim, e nos termos desta interpretação, devem ser tributadas em sede de IMT, na esfera dos respetivos sócios, as aquisições (decorrentes de quaisquer factos, incluindo o aumento de capital) de quotas em sociedades por quotas (e também de partes sociais em sociedades em nome coletivo e em sociedade em comandita, embora a análise das mesmas esteja excluída do âmbito do presente trabalho) que determinem um domínio tal sobre aquelas sociedades (75%) que permita concluir que está em causa uma aquisição indireta dos bens imobiliários constantes do ativo das mesmas sociedades por parte de tais sócios. Como referem SILVÉRIO MATEUS e L. CORDEIRO DE FREITAS, «Trata-se de situações em que o predomínio da titularidade do capital social terá como consequência um resultado económico próximo da titularidade sobre os imóveis detidos pela sociedade e que, na perspectiva da lei, justifica a tributação do titular maioritário do capital social» (in «Os Impostos sobre o Património Imobiliário - O Imposto do Selo», Engifisco, 2005, pág. 319).

A ficção prevista na alínea d) do nº 2º do artigo 2º do Código do IMT tem pois implícita uma finalidade antiabuso específica, que é a de evitar que os sócios que têm uma posição de domínio sobre uma determinada sociedade adquiram, por intermédio dessa mesma sociedade, bens imóveis sem qualquer sujeição a IMT. A este respeito, é o próprio legislador que refere, no nº 6 do Relatório que precede o CIMSISD (aprovado pelo Decreto-Lei nº 41969, de 24 de Novembro de 1958), que «Só nos casos em que o adquirente da quota ou parte social se torna como que dono da sociedade é que a tributação pode justificar-se à luz dos princípios e é que ela se mostra verdadeiramente necessária para impedir a grande maioria das fraudes. Resolveu-se, por isso, sujeitar a sisa apenas as cessões pelas quais algum dos sócios obtenha 75 por cento do capital, o que lhe dará nítida posição de predomínio (...). Escaparão, é certo, os possíveis, mas raros, conluíus entre cessionários de quotas ou partes sociais; contudo, mal se compreendria que, para se evitarem algumas evasões, se tributassem o grande número de adquirentes de boa fé». Daí que

apenas se devam considerar como incluídas no âmbito da alínea d) do nº 2 do artigo 2º do Código do IMT as aquisições posteriores à constituição da sociedade. A própria administração tributária já esclareceu, por intermédio da Circular 15/2002, emitida ainda a respeito do anterior artigo 2º, § 1º, n.º 6º do CIMSISD, que «se no acto de constituição de uma sociedade que possua bens imóveis, algum dos sócios ficar a dispor de, pelo menos, 75% do seu capital social, não será devida sisa por esse facto; só quando tal sócio vier a adquirir, posteriormente é que se verifica ficar sujeito a imposto municipal de sisa. Ou seja, como bem referem SILVÉRIO MATEUS e L. CORDEIRO DE FREITAS (op.cit.), «só quando o sócio maioritário vier a adquirir posteriormente uma quota ou parte social é que ficará sujeito a IMT» de acordo com o artigo 2º, nº 2, alínea d) do Código do IMT, pois aquando da constituição de uma sociedade —mesmo que um dos sócios fique a dispor desde logo de uma participação no capital social da sociedade respetiva superior a 75%— «o IMT será devido apenas pela sociedade em relação ao valor dos imóveis que entrarem para a realização do capital social».

Questão diversa —e onde se podem colocar variadas questões de ordem prática— é a de saber qual o valor tributável para efeitos da norma de incidência prevista no artigo 2º, nº 2, alínea d) do Código do IMT.

A este respeito, dispõe o artigo 12º, nº 4, regra 19ª do Código do IMT que sempre que «se verificar a transmissão prevista na alínea d) do nº 2 do artigo 2º, o imposto será liquidado nos termos seguintes:

- (i) Pelo valor patrimonial tributário dos imóveis correspondente à quota ou parte social maioritária, ou pelo valor total desses bens, consoante os casos, preferindo em ambas as situações o valor do balanço, se superior;
- (ii) No caso de aquisições sucessivas, o imposto respeitante à nova transmissão será liquidado sobre a diferença de valores determinada nos termos da alínea anterior;
- (iii) Se a sociedade vier a dissolver-se e todos ou alguns dos seus imóveis ficarem a pertencer ao sócio ou sócios que já tiverem sido tributados, o imposto respeitante à nova transmissão incidirá sobre a diferença entre o valor dos bens agora adquiridos e o valor por que anteriormente o imposto foi liquidado».

Em particular, uma questão que se suscita da análise das alíneas a) e b) da regra 19ª do nº 4 do artigo 12º do Código do IMT supra transcritas é a de saber qual o balanço relevante para efeitos de determina-

ção do valor tributável dos imóveis - se o balanço imediatamente anterior à aquisição das partes sociais ou quotas ou se o balanço imediatamente posterior àquela aquisição ou ainda o valor que resultasse de um balanço elaborado especificamente para o efeito. A este respeito, entendemos que se deverá considerar, para efeitos de determinação do valor do imóvel, o balanço em vigor à data da transmissão (ou seja, o balanço imediatamente anterior à aquisição das participações sociais relevantes para efeitos de IMT) já que não resulta das normas fiscais ou societárias qualquer necessidade de elaborar um balanço específico para o efeito e o balanço posterior à data da transmissão não poderá, em caso algum e por razões óbvias, ser considerado.

Porém, não fossem já suficientes as questões práticas que se colocam na aplicação deste regime, a verdade é que, em nossa opinião que este regime —quando estejam em causa aumentos de capital em sociedades por quotas— será desconforme com o próprio direito da União Europeia, em particular, com a Diretiva 2008/7/CE, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre a reunião de capitais.

Da Diretiva 2008/7/ce sobre a reunião de capitais

(i) Origem da Diretiva 2008/7/CE - A Diretiva 69/335/CEE

A Diretiva 2008/7/CE, atualmente em vigor, veio reformular (e alterar) o regime que anteriormente constava da Diretiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de julho de 1969 («**Diretiva 69/335/CEE**»), relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais e que se manteve em vigor até ao dia 31 de Dezembro de 2008.

A Diretiva 69/355/CEE teve por objetivo a harmonização dos impostos indiretos sobre a reunião de capitais por forma a eliminar eventuais discriminações e distorções à livre circulação de capitais (enquanto liberdade fundamental necessária à efetiva implementação do mercado único). Conforme resulta do preâmbulo da Diretiva 69/335/CEE «os impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, actualmente em vigor nos Estados-membros, designadamente o imposto a que estão sujeitas as entradas de capitais nas sociedades e o imposto de selo sobre os títulos, dão origem a discriminações, duplas tributações e disparidades que dificultam a livre circulação de capitais, devendo, consequentemente ser eliminadas por via da harmonização».

Estabelecia tal Diretiva, na sua versão original e no que interessa para efeitos da presente análise, as normas reguladoras de um imposto único sobre as entradas de capitais (que deveria ser aplicado de forma idêntica por todos os Estados-membros, e cuja taxa nunca poderia exceder os 2%, devendo ser reduzida em determinadas circunstâncias) que incidiria, uma única vez no mercado comum, sobre os capitais reunidos no âmbito de uma sociedade, determinando a supressão de quaisquer outros impostos indiretos sobre as entradas de capital, bem como do imposto do selo sobre os títulos. O artigo 4º, nº 1 daquela Diretiva continha uma lista de operações que os Estados-membros deveriam sujeitar ao imposto sobre as entradas de capital, constando dessa lista - na sua alínea c) - o «*aumento do capital social de uma sociedade de capitais mediante a entrada de bens de qualquer espécie*».

A Diretiva 69/355/CEE veio a ser alterada pela Diretiva 73/79/CEE do Conselho, de 9 de abril de 1973, que (i) alargou o âmbito de aplicação das taxas reduzidas do «imposto sobre as entradas de capital» e das isenções, e (ii) introduziu uma diminuição geral das taxas do imposto sobre as entradas de capital, fixando a taxa máxima em 1%.

A mesma Diretiva 69/355/CEE foi ainda alterada, desta vez de forma substancial pela Diretiva 85/303/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1985 («**Diretiva 85/303/CEE**»), tendo por base a constatação de que «os efeitos económicos do imposto sobre as entradas de capital são desfavoráveis ao reagrupamento e ao desenvolvimento das empresas; que esses efeitos são especialmente negativos na actual conjuntura, a qual exige de forma imperativa que seja dada prioridade ao relançamento dos investimentos». No preâmbulo da Diretiva 85/303/CEE, referia-se ainda que «a melhor solução para atingir tais objetivos consistiria na eliminação do imposto sobre as entradas do capital; que as perdas de receitas decorrentes desta medida se afiguram, porém, inaceitáveis relativamente a alguns Estados Membros; que se impõe, por conseguinte, deixar aos Estados Membros a possibilidade de isentar ou de sujeitar ao imposto sobre as entradas de capital, total ou parcialmente, as operações incluídas no âmbito de aplicação desse imposto (...)», e ainda que seria «conveniente isentar obrigatoriamente as operações actualmente sujeitas à taxa reduzida do imposto sobre as entradas de capital».

Ora, ainda que possibilitando aos Estados a aplicação do «imposto sobre as entradas de capitais» (que deixou de ser obrigatório para os Estados-membros passando a consistir numa faculdade)

com uma taxa não superior a 1%, a Diretiva 85/303/CEE passou a ser impor aos Estados-membros que isentassem as operações anteriormente sujeitas à taxa de reduzida.

(ii) Regime da Diretiva 2008/7/CE

A Diretiva 2008/7/CE, aqui em análise, veio também ela (como referido) alterar o regime que constava da Diretiva 69/335/CEE, procedendo à sua reformulação.

Estabelece pois tal Diretiva, como regra geral, no seu artigo 5º, nº 1, alínea a), que «Os Estados-membros não devem sujeitar as sociedades de capitais a qualquer forma de imposto indireto (...) as entradas de capitais», considerando-se, para efeitos da mesma Diretiva, (i) como sociedades de capitais de direito português as sociedades anónimas, as sociedades em comandita por ações e as sociedades por quotas (cf. artigo 2º, nº 1, alínea a), da Diretiva 2008/7/CE e ponto 22. do Anexo I à mesma Diretiva), e (ii) como entradas de capital, entre outras, os aumentos de capital (cf. artigo 3º, alíneas d) e g) da Diretiva 2008/7/CE).

Por outro lado, esclarece-se no preâmbulo da Diretiva que «Não deverão ser aplicados impostos indirectos às reuniões de capitais, excepto o imposto sobre as entradas de capital. Em especial, não deve ser aplicado imposto de selo sobre os títulos, quer estes sejam representativos de capitais próprios das sociedades quer de capitais de empréstimo, e qualquer que seja a sua proveniência.»

Neste contexto, estabelece o artigo 5º, nº 2, alínea a), da Diretiva que: «Os Estados-Membros não devem sujeitar a qualquer forma de imposto indirecto: a) A criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação de acções, de partes sociais ou de outros títulos da mesma natureza, bem como de certificados representativos desses títulos, independentemente de quem os emitiu.»

Não obstante, o artigo 6º, nº 1, alíneas a) e b) da Diretiva (que reproduz integralmente o artigo 12º, nº 1, alínea a) da anterior Diretiva 69/335/CEE) permite —em derrogação ao artigo 5º— que os Estados-membros cobrem «Impostos sobre a transmissão de valores mobiliários, cobrados forfetariamente ou não» e «Direitos de transmissão, incluindo os encargos de registo de propriedade que incidem sobre a entrada, numa sociedade de capitais, de bens imóveis ou de estabelecimentos comerciais sitos no respectivo território».

Notamos, por último, que a Diretiva 2008/7/CE prevê ainda disposições especiais quanto à aplicação do «imposto sobre as entradas de capital» nos Estados-membros que em 1 de janeiro de 2006 cobrassem tal imposto, mantendo como taxa máxima a taxa de 1%, nos termos dos artigos 7º e seguintes da Diretiva.

(iii) Impacto da Diretiva 2008/7/CE (e da anterior Diretiva 69/335/CEE) em Portugal - O Imposto do Selo

Em Portugal, o designado «imposto sobre as entradas de capital» foi introduzido na Tabela Geral do Imposto do Selo através do Decreto-lei nº 257/81, de 1 de setembro, tendo em vista «ajustar o regime fiscal em matéria de imposto do selo relativo à constituição de sociedades de capitais e à emissão de acções e de outros títulos representativos do capital social ao regime de direito derivado comunitário nesta matéria. A razão de ser do referido regime está ligada a um propósito de liberalização da circulação de capitais, pelo que, a nível da CEE, se eliminou a tributação dos títulos representativos do capital social e se tributa apenas à taxa de 1% o acto constitutivo das sociedades de capitais» (cf. preâmbulo do Decreto-lei nº 257/81, de 1 de setembro).

Posteriormente, foi introduzida uma derrogação a favor das operações de aumento de capital social efetuadas em numerário, prevendo-se a sua isenção do imposto de selo (cf. Decreto-lei n.º 154/84, de 16 de maio de 1984).

Com o Decreto-lei n.º 322-B/2001, de 14 de dezembro, foi introduzida na atual Tabela Geral do Imposto do Selo a verba 26, de acordo com a qual «passam a ser tributadas em selo, a uma taxa compreendida dentro do limite fixado nas alíneas do nº 1 do artigo 4º da mesma directiva» (cf. preâmbulo do Decreto-lei nº 322-B/2011, de 14 de dezembro), fixando-se a taxa aplicável em 0,4% e reintroduzindo-se a tributação generalizada das operações de aumento de capital das sociedades de capitais efetuadas através de entradas de bens de qualquer natureza.

Porém, na sequência do Acórdão *Optimus* do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de junho de 2007, proferido no processo nº C-366/2005, a verba 26 da Tabela Geral do Imposto do Selo foi alterada, reintroduzindo-se a isenção aplicável aos aumentos do capital social efetuados em numerário.

Finalmente, a Lei do Orçamento do Estado para 2010 (Lei n.º 3-B/2010, de 26 de abril) veio revogar integralmente a verba 26 da Tabela Geral do Imposto do Selo, deixando assim - e em conformidade com o objetivo comunitário de eliminação da tributação indireta sobre as entradas de capitais - de haver lugar à aplicação de tal imposto em Portugal.

No entanto, parece ter ficado esquecido o artigo 2.º, n.º 2, alínea d) do Código do IMT que estabelece também —ainda que em moldes diversos— uma tributação indireta sobre as entradas de capitais (nomeadamente, no que respeita aos aumentos de capital) em sociedades por quotas, consideradas sociedades de capitais para efeitos da Diretiva e, como tal, sujeitas ao seu regime.

Da desconformidade do regime de IMT aplicável à aquisição de quotas em virtude de um aumento de capital com a Diretiva 2008/7/CE

(i) Da (Des)Conformidade com as Disposições da Diretiva

Em face das normas referidas acima, parece claro que um imposto com as características do IMT quando incidente sobre aumentos de capital de sociedades por quotas que detenham bens imóveis é contrário à Diretiva.

Com efeito, é pacífico que um aumento de capital constitui uma entrada de capital na aceção da Diretiva, tal como referido acima, pelo que a respetiva tributação indireta tem de estar em conformidade com a mesma, sob pena de violação do Direito Comunitário.

No entanto, e como já referido, a Diretiva apenas permite a tributação de entradas de capital (cujo conceito inclui, como já referido, o aumento de capital) em sociedades de capitais em sede de imposto sobre as reuniões de capitais, sendo proibidas todas as outras formas de tributação indireta de tais operações.

Assim, e sendo claro que um imposto com as características do IMT sobre o aumento de capital de sociedades por quotas que detenham bens imóveis se trata de um imposto que, na prática, sujeita um aumento de capital numa sociedade por quotas a tributação indireta, assim desincentivando este tipo de operações e pondo em causa a liberdade de circulação de capitais, tal imposto é proibido pela Diretiva, designadamente, pelo respetivo artigo 5.º, n.º 1.

Acresce que o artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva é categórico ao proibir qualquer tipo de tributação indireta sobre a emissão de partes sociais, pelo que também por este artigo é proibida a cobrança de um imposto com as características do IMT sobre o aumento de capital de sociedades por quotas que detenham bens imóveis.

Por outro lado, o facto de o artigo 6.º da Diretiva permitir a tributação da «transmissão de valores mobiliários» e da «entrada numa sociedade (...) de bens imóveis» não autoriza a cobrança de um imposto com estas características.

De facto, no caso de uma aquisição de quotas no contexto de um aumento de capital não está em causa a transmissão de valores mobiliários ou partes sociais.

Com efeito, a tomada do controlo de, pelo menos, 75% de uma sociedade por quotas no contexto de um aumento de capital não resulta da transmissão de quaisquer partes sociais da mesma, mas antes de uma entrada para o capital de uma sociedade por via de um aumento de capital social, ou seja, estamos claramente perante uma situação de emissão de partes sociais e não de transmissão de partes sociais.

Ora, a emissão de partes sociais, por consistir numa entrada de capital, não pode, em circunstância alguma, ser sujeita a outra tributação indireta que não o imposto sobre as entradas de capital, nos termos do 5.º da Diretiva, ao contrário do que sucede com a transmissão de valores mobiliários, cuja tributação é autorizada pelo artigo 6.º da Diretiva.

Refira-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia («TJUE») teve já a oportunidade de se pronunciar por várias vezes relativamente à aplicação da norma em apreço, esclarecendo expressamente que a emissão de partes sociais não pode estar sujeita a impostos indiretos que não o imposto sobre as entradas de capital, indo mesmo ao ponto de considerar que, em certos casos, a primeira transmissão de tais títulos subsequente à entrada de capital não pode ser sujeita a tributação.

Efetivamente, o Acórdão *HSBC Holdings plc*, referido no âmbito do Processo C-569/07, o TJUE foi convidado a pronunciar-se, em sede de reenvio prejudicial, sobre se o artigo 11.º da anterior Diretiva (que corresponde ao artigo 6.º da atual Diretiva) se opunha à cobrança de um imposto sobre a emissão de ações num serviço de compensação de transações («clearance service»).

O TJUE entendeu que a norma em causa se opunha à cobrança da referida taxa, concluindo da seguinte forma: «O artigo 11.º, alínea a), da Diretiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de Julho de 1969, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, conforme alterada pela Diretiva 85/303/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1985, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à cobrança de um imposto, como o em causa no processo principal, quando da emissão de ações no âmbito de um serviço de compensação».

Isto porque, como refere o TJUE, «autorizar a cobrança de um imposto ou de uma taxa sobre primeira aquisição de títulos de uma nova emissão equivale, na realidade, a tributar a própria emissão dos títulos, na medida em que ela faz parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais. Com efeito, uma emissão de títulos não é um fim em si, mas só tem sentido a partir do momento em que esses títulos são adquiridos (acórdão de 15 de julho de 2004, Comissão/Bélgica, C-415/02, Colect., p. I-7215, n.º 32)» (cf. parágrafo 32 do Acórdão HSBC Holdings plc). E portanto, «[o] efeito útil do artigo 11.º, alínea a), da diretiva implica, assim, que a «emissão», na aceção dessa disposição, inclui a primeira aquisição dos títulos efectuada no quadro da sua emissão (v. acórdão Comissão/Bélgica, já referido, n.º 33)» (cf. parágrafo 33 do Acórdão HSBC Holdings plc).

Ou seja, o TJUE esclarece, de forma cabal, que a emissão de partes sociais não pode em circunstância alguma ser sujeita a tributação indireta para além do imposto sobre as entradas de capital, considerando mesmo que a primeira transmissão de tais partes sociais, efectuada em determinadas circunstâncias (no caso em análise naquele acórdão, no quadro de uma emissão de partes sociais), também não pode ser tributada.

Quanto a transmissões de partes sociais representativas do capital de sociedades que detenham bens imóveis, o TJUE também já teve oportunidade de se pronunciar no decisão *Inmogolf*, proferida no âmbito do Processo C-487/09.

Neste processo discutiu-se a conformidade com o artigo 11.º da Diretiva 69/335/CEE de uma norma do ordenamento jurídico vigente em Espanha que sujeita a Imposto sobre as Transmissões Patrimoniais e os Atos Jurídicos Documentos as transmissões de ações ou de participações sociais em sociedades cujo ativo seja composto em mais do que 50% por bens imóveis, quando o adquirente, em resultado dessa transmissão, passasse a deter uma

posição que lhe permitisse exercer o controlo da sociedade em causa (ou seja, um imposto com características semelhantes ao IMT quando cobrado sobre aquisições de pelo menos 75% do capital social de sociedades por quotas que detenham imóveis).

O TJUE analisou detalhadamente a regulamentação espanhola, tendo enquadrado o imposto espanhol como um imposto sobre a transmissão dos títulos, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, alínea a), e não como um imposto sobre a transmissão de imóveis, tendo concluído, no que respeita à transmissão de tais títulos, como segue: «No que diz respeito, em seguida, à questão de saber se uma regulamentação como a que está em causa no processo principal institui um imposto na acepção do artigo 12.º, n.º 1, alínea a), da directiva, é, por certo, verdade, como salientam, em substância, os Governos espanhol e húngaro, que se pode considerar que, do ponto de vista económico, um imposto como o que está em causa no processo principal incide, na realidade, sobre o património imobiliário subjacente aos valores mobiliários. Todavia, como resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça e como observa igualmente a Comissão Europeia, afigura-se que o facto gerador dessa tributação é a transmissão de valores mobiliários. Ora, uma vez que o facto gerador de um imposto como o que está em causa no processo principal reside na realização de uma operação específica que é visada no artigo 12.º, n.º 1, alínea a), da diretiva, há que considerar que esse imposto está abrangido por essa disposição (v. neste sentido, acórdão de 10 de Março de 2005, *Optiver e o.*, C-22/03, Colect., p. I-1839, n.º 32).»

Ou seja, o TJUE acabou por concluir, no que ao imposto espanhol diz respeito, que a tributação da transmissão de valores mobiliários era autorizada pela Diretiva, já que «Do mesmo modo, há que considerar que, como observam com razão os Governos espanhol, húngaro e neerlandês e a Comissão, o artigo 12.º, n.º 1, alínea a), da directiva não se opõe a um imposto que tenha as mesmas características que o imposto em causa no processo principal. Esta interpretação é confirmada tanto pela redacção dessa disposição, que não especifica em que condições os Estados-Membros podem cobrar impostos sobre a transmissão de valores mobiliários, como pelo facto de a directiva ter procedido a uma harmonização exaustiva dos casos em que os Estados-Membros podem sujeitar as reuniões de capitais a impostos indirectos (acórdão HSBC Holdings e Vidacos Nominees, já referido, n.º 25). Ora, como o artigo 12.º, n.º 1, alínea a), da directiva precisamente demonstra, uma transmissão de valores mobiliários, tal como visada por esta disposição,

não constitui, enquanto tal, uma operação de reunião de capitais, que o legislador da União tivesse a intenção de submeter a uma regulamentação da União ao adotar a directiva».

No entanto, e no que ao caso em discussão neste trabalho diz respeito, a verdade é que, no parágrafo 15 da decisão *Inmogolf*, o TJUE faz uma distinção clara entre o artigo 11º e o artigo 12º, nº 1, alínea a), da anterior Diretiva, explicitando, no seguimento do Acórdão *HSBC Holdings plc*, que estes dois artigos «estabelecem uma distinção nítida entre uma emissão de valores mobiliários, que não pode ser sujeita a nenhuma outra tributação ou imposto diferente do imposto sobre entradas de capital, e a transmissão desses valores, que, em contrapartida, pode ser sujeita a essa tributação ou imposto» (ênfase nosso).

Refira-se que, no caso em análise naquela decisão, o TJUE constatou que «No tocante, em primeiro lugar, ao artigo 11.º, alínea a), da Diretiva, não resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que um imposto como o que está em causa no processo principal incida sobre uma emissão de valores mobiliários, tal como visada por esta disposição. Não se pode, portanto, considerar que esta se opõe a esse imposto.».

Ora, diferentemente do que acontecia no caso em análise na referida decisão, no caso português, o IMT, na formulação do artigo 2º do Código do IMT, pode justamente incidir sobre um aumento de capital e conseqüente emissão de partes sociais e não apenas sobre qualquer transmissão imediata ou subsequente de tais partes.

Ou seja, o facto que desencadeia a tributação em sede de IMT pode ser um aumento de capital do qual resulta que um sócio de uma sociedade por quotas que possua bens imóveis passe a deter pelo menos 75% do respetivo capital social (ou seja, uma entrada de capital) e não uma qualquer transmissão de partes sociais nessa sociedade.

A este respeito, é entendimento do TJUE, conforme referido acima, que existe uma proibição clara, resultante dos artigos 10º e 11º da Diretiva, de sujeitar a impostos indiretos (que não o imposto sobre as reuniões de capitais) as entradas de capital e conseqüentes emissões de partes sociais, e que as aquisições de partes sociais no contexto de uma entrada de capitais se devem considerar

enquadradas no conceito de «emissão» para estes efeitos.

Acresce que as normas da Diretiva referidas acima possuem efeito direto, dado serem suficientemente precisas e densificadas para que possam ser invocadas diretamente (cf. Acórdão *Van Duyn*, proferido no Processo C-41/74) e já passou o prazo para a sua transposição (cf. Acórdão *Ratti*, proferido no Processo C-148/78). O TJUE já declarou em diversas ocasiões expressamente que estas normas da Diretiva têm efeito direto - cf. Acórdão *IGI*, proferido no Processo C-434/99, Acórdão *Modelo Continente*, proferido no Processo C-19/99, Acórdão *Modelo SGPS*, proferido no Processo C-56/98 e Acórdão *Solred*, proferido no Processo C-347/96).

Deste modo, sendo a interpretação da norma constante da alínea d) do nº 2 do artigo 2 do Código do IMT em crise contrária ao Direito da União Europeia, e tendo em atenção o primado do Direito da União Europeia sobre o Direito interno português (cf. artigo 8º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa, é de afastar essa mesma interpretação.

A sujeição a tributação, em sede de IMT, da aquisição de quotas no âmbito de um aumento de capital é, portanto, contrária ao Direito da União Europeia.

(ii) Conclusão

Na nossa opinião, sendo o regime de tributação previsto no artigo 2º, nº 2, alínea d) do Código do IMT, quando aplicado aos aumentos de capitais em sociedades por quotas, desconforme com Direito da União Europeia, e tendo em consta o primado do direito da União Europeia (cf. artigo 8º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa), tal regime não só não deverá ser aplicado, como o mesmo não se deverá manter-se na ordem jurídica.

Cabrá, assim, ao legislador nacional tratar de conformar o regime em causa com o Direito da União Europeia, esclarecendo que o mesmo não deverá ser aplicado a situações de aquisição de quotas em sociedades por quotas, quando essa aquisição decorra de um aumento de capital

ANTÓNIO CASTRO CALDAS
SUSANA ESTÉVÃO GANÇALVES*

* Abogados del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa).