

ARTÍCULOS

CONTRIBUTOS PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REGIME DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O SECTOR BANCÁRIO

ANTÓNIO CASTRO CALDAS, HELDER FRIAS E CATARINA FERNANDES

Advogados (*)

Contributos para uma análise crítica do regime da contribuição sobre o sector bancário

A Contribuição sobre o setor bancário tem vindo a suscitar diversas questões jurídicas entre as quais destacamos a desconformidade do regime de taxas proporcionais implementado por Portaria com as diretrizes impostas pelo legislador ordinário. O recente alargamento do âmbito de incidência subjetivo deste tributo às sucursais portuguesas de instituições de crédito com sede ou direção efetiva em outros países da União Europeia, bem como a tentativa de alargamento do seu âmbito de incidência objetivo ao passivo resultante de financiamentos obtidos por uma sucursal junto da sua casa-mãe, suscitaram novas questões jurídicas que serão objeto de análise no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE

Contribuição sobre o setor bancário; Lei do Orçamento do Estado para 2016; Sucursais; Passivo para com terceiros; Taxas proporcionais.

Contributions for a Critical Analysis of The Bank Levy Regime

The Portuguese Bank Levy has been raising several legal issues, among which we highlight the non-conformity between the system of proportional rates implemented by the Ministerial Order and the legislator's guidelines. Furthermore, the recent extension of the subjective scope of this tax to Portuguese branches of credit institutions whose main and effective management is located in the European Union, and the attempt to extend the scope of the Bank Levy to the liabilities related to the financing obtained by a branch from its parent company have raised further legal questions that we intend to analyse.

KEY WORDS

Portuguese Bank Levy; Portuguese State Budget Law for 2016; Branches; Liability toward a third party; Proportional rates.

Fecha de recepción: 25-9-2017

Fecha de aceptación: 15-5-2018

1 · INTRODUÇÃO

A contribuição sobre o setor bancário («CSB») foi implementada em Portugal através da Lei n.º 55 A/2010, de 31 de dezembro («Lei do Orçamento do Estado para 2011» ou «Regime da CSB»)¹, tendo sido objeto de regulamentação pela Portaria 121/2011, de 30 de março («Portaria 121/2011»). De acordo com o legislador, a CSB tinha uma dupla finalidade: por um lado, pretendeu aproximar a carga fiscal que impende sobre o setor financeiro daquela que onera os demais sectores da economia e, por outro lado,

procurou contribuir para uma atenuação do risco sistémico².

O Regime da CSB tem vindo a sofrer alterações que se reconduzem primordialmente ao agravamento das taxas da CSB aplicáveis, com exceção do alargamento do âmbito de incidência subjetivo³ e do pretenso alargamento do âmbito de incidência objeti-

* Advogados del Áreas de Derecho Fiscal y Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).

¹ Cfr. Artigo 141.º da Lei do Orçamento do Estado para 2011 que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2011.

² A CSB foi criada no contexto de «um esforço de ajustamento orçamental bastante exigente [...] em linha com a iniciativa em curso na União Europeia» e com vista a «[...] aproximar a carga fiscal suportada pelo sector financeiro da que onera o resto da economia e de o fazer contribuir de forma mais intensa para o esforço de consolidação das contas públicas e de prevenção de riscos sistémicos» - Cfr. Relatório do Orçamento do Estado para 2011, págs. 41/313 e 195/313.

³ Com a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2016, a CSB passou a ser aplicável a todas as sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede fora do território português.

vo⁴ levados a cabo na Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março («**Lei do Orçamento do Estado para 2016**»)⁵ e na Portaria 165-A/2016, de 14 de junho de 2016 («**Portaria 165-A/2016**») que introduziu alterações à Portaria 121/2011.

Aquando da sua criação, a CSB era aplicável: (i) às instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração situada em território português; (ii) às filiais de instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração situada em território português e (iii) às sucursais portuguesas de instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração em Estados terceiros⁶.

Com a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2016, a CSB passou a ser aplicável a todas as sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede fora do território português. Este alargamento do âmbito de incidência subjetivo da CSB suscitou novas questões jurídicas (em particular, no que tange à natureza jurídica deste tributo) que serão objeto de análise no presente artigo.

Relativamente ao âmbito de incidência objetivo, a CSB apresenta, desde a sua origem, duas bases de incidência distintas: (i) o passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos (tendo por base a média anual dos saldos finais de cada mês, que tenham correspondência nas contas aprovadas no próprio ano em que é devida a CSB), e / ou (ii) o valor nocional dos instrumentos financeiros derivados apurados pelos sujeitos passivos⁷.

Com a aprovação das novas instruções de preenchimento da Declaração Modelo 26 que integram a Portaria 165-A/2016, as dívidas resultantes de financiamentos internos (v.g. as dívidas de uma sucursal para com a sua casa-mãe) passam a ser equiparadas a «dívidas para com terceiros», o que suscita questões jurídicas relevantes que também serão, por esse motivo, analisadas no presente artigo.

No que diz respeito ao regime (de taxas proporcionais da CSB) implementado pela Portaria 121/2011, que estabeleceu as condições de aplicação da CSB, importa analisar se o mesmo se confor-

mou com as diretrizes impostas pelo legislador e quais as consequências de uma eventual desconformidade.

2 · DA NATUREZA JURÍDICA DA CSB

Como veremos, o alargamento do âmbito subjetivo da CSB às sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede em outros países da União Europeia assume inequívoca relevância na caracterização deste tributo como imposto.

Os tributos públicos são geralmente categorizados, de forma tripartida, em (i) impostos; (ii) taxas e (iii) contribuições especiais.

Para além das três categorias acima indicadas, tem sido apontada uma outra categoria de tributos, a das contribuições financeiras, reconduzida pela doutrina e pela jurisprudência a um *tertium genus* entre os impostos e as taxas⁸.

Os impostos são geralmente definidos como contribuições coativamente exigidas pelo poder público a todos os contribuintes ou apenas a uma determinada categoria de contribuintes.

No que diz respeito às contribuições financeiras, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que as mesmas consistem em prestações pecuniárias e coativas exigidas por uma entidade pública em contrapartida de uma prestação administrativa presumivelmente provocada ou aproveitada por um grupo homogêneo de contribuintes.

As contribuições financeiras visam, pois, o financiamento de uma entidade pública em contrapartida de uma prestação administrativa presumivelmente provocada ou aproveitada pelo grupo de pessoas chamado a contribuir, geralmente através da consignação das suas receitas à satisfação de um fim (consignação objetiva) ou a uma entidade específica (consignação subjetiva).

Neste contexto, importa salientar que, aquando da criação da CSB, as suas receitas eram integralmente

4 O pretenso alargamento do âmbito de incidência objetivo da CSB resulta da alteração às instruções de preenchimento da Declaração Modelo 26 que integram a Portaria 165-A/2016, de 14 de junho de 2016.

5 Cfr. Artigo 185.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

6 Cfr. Artigos 2.º do Regime da CSB e 2.º da Portaria 121/2011 (ambos na sua redação originária).

7 Cfr. Artigos 3.º do Regime da CSB e 3.º da Portaria 121/2011.

8 A propósito da distinção entre imposto e taxa, pode ler-se no Acórdão do Tribunal Constitucional, de 7 de março de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 135/2012: «[...] o imposto consiste numa contribuição imposta pelo poder público a todos ou a uma certa categoria de pessoas, destinada a financiar o Estado e as funções públicas em geral. Trata-se de uma prestação pecuniária unilateral, uma vez que não tem como contrapartida uma qualquer contraprestação específica atribuída ao contribuinte por parte do Estado, mas apenas a contrapartida genérica do funcionamento dos serviços estaduais.».

destinadas ao financiamento das despesas gerais do Estado e, por conseguinte, a qualificação jurídica da CSB como imposto era relativamente incontroversa.

Apenas com a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2014⁹, as receitas provenientes da CSB passaram a estar consignadas ao Fundo de Resolução com vista a assegurar a sua solvência¹⁰ remetendo-se para o disposto no artigo 153.º F, n.º 1, alínea a), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, conforme alterado («RGICSF»)¹¹.

2.1 • Fundo de Resolução

O Fundo de Resolução¹² é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, e foi criado com vista a apoiar o financiamento de determinados passivos da instituição visada pela aplicação de uma medida de resolução pelo Banco de Portugal¹³.

Nos termos do artigo 153.º-D do RGICSF, participam obrigatoriamente no Fundo de Resolução as seguintes entidades: (i) as instituições de crédito com sede em Portugal¹⁴; (ii) as empresas de investimento¹⁵; (iii) as sucursais de instituições de crédito

to não compreendidas no artigo 48.º do RGICSF¹⁶ (i.e. as sucursais de instituições de crédito autorizadas noutros países terceiros que não Estados-Membros da União Europeia ou Estados pertencentes ao Espaço Económico Europeu); (iv) as sucursais das instituições financeiras abrangidas pelo artigo 189.º do RGICSF¹⁷ e que exerçam as atividades previstas nas alíneas c) ou f) do n.º 1 do artigo 199.º-A do mesmo diploma, com exceção do serviço de colocação sem garantia e; (v) as sociedades relevantes para sistemas de pagamentos que estejam sujeitas a supervisão do Banco de Portugal.

Do exposto resulta que as sucursais portuguesas de instituições de crédito com sede em outros Estados-Membros da União Europeia (entidades que passaram a estar sujeitas a CSB com a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2016) não são instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução nem podem, como veremos, ser alvo do apoio financeiro concedido pelo Fundo de Resolução à aplicação de medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal.

Ora, se até à aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2016, era evidente a coincidência entre as entidades sujeitas à CSB e o universo de instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução, tal coincidência deixou de existir com o alargamento do âmbito de incidência subjetivo da CSB às sucursais portuguesas de instituições de crédito com sede em outros Estados-Membros da União Europeia que não integram a lista de instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução nem são suscetíveis de criar quaisquer externalidades que a CSB vise internalizar.

Por outro lado, o Fundo de Resolução apenas presta apoio financeiro às medidas de resolução aplicadas pelo Banco de Portugal nos termos do Capítulo III do Título VIII (*Intervenção corretiva, administração provisória e resolução*) do RGICSF e já não quan-

⁹ Cfr. Artigo 226.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 75-A/2014, de 30 de setembro.

¹⁰ De acordo com o Relatório do Orçamento do Estado para 2014, a consignação das receitas ao Fundo de Resolução: «representa a participação do setor na repartição de risco relativa aos eventos no setor bancário» e «[...] num contexto de aumento das responsabilidades do Fundo de Resolução, estabelecer um nível de contribuições que assegure a sua solvência inequívoca».

¹¹ Nos termos do artigo 153-F, n.º 1, do RGICSF sob a epígrafe «Recursos Financeiros do Fundo de Resolução», as receitas provenientes da CSB são receitas próprias do Fundo de Resolução.

¹² O Fundo de Resolução foi criado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro.

¹³ Atendendo à importância de – por razões de salvaguarda da estabilidade financeira – serem preservados determinados credores da instituição que se encontra em dificuldades.

¹⁴ As instituições de crédito são definidas nos termos da alínea w) do artigo 2.º-A do RGICSF como as empresas «[...] cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria».

¹⁵ As empresas de investimento são definidas nos termos da alínea r) do artigo 2.º-A do RGICSF como «as empresas em cuja atividade habitual se inclua a prestação de um ou mais serviços de investimento a terceiros ou o exercício de uma ou mais atividades de investimento e que estejam sujeitas aos requisitos previstos na Diretiva n.º 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, com exceção das instituições de crédito e das pessoas ou entidades previstas no n.º 1 do artigo 2.º da mesma diretiva» que exerçam as atividades previstas nas alí-

neas c) ou f) do n.º 1 do artigo 199.º-A do RGICSF, com exceção do serviço de colocação sem garantia.

¹⁶ O artigo 48.º do RGICSF respeita às sucursais de instituições de crédito autorizadas noutros Estados-Membros da União Europeia ou em Estados pertencentes ao Espaço Económico Europeu e sujeitas à supervisão das respetivas autoridades.

¹⁷ O artigo 189.º do RGICSF abrange qualquer sucursal de instituição financeira com sede noutro país terceiro que não Estado-Membro da União Europeia ou, se a respetiva sede se localizar noutro Estado-Membro, tal instituição financeira não tiver a natureza de filial de instituição de crédito ou de filial comum de várias instituições de crédito, ou caso tenha essa mesma natureza, não preencha qualquer das condições previstas no artigo 188.º do RGICSF e, em qualquer dos casos, que corresponda a um dos tipos previstos no artigo 6.º do RGICSF.

do esteja em causa uma mera medida de intervenção corretiva ou de administração provisória, reguladas em detalhe no Capítulo II do mesmo Título.

Nos termos do artigo 121.º-A do RGICSF: «*as sucursais de instituições de crédito com sede em países terceiros autorizadas a exercer atividade em Portugal estão sujeitas à supervisão prudencial do Banco de Portugal aplicando-se-lhes, com as necessárias adaptações, o regime das instituições de crédito autorizadas em Portugal*».

Por seu turno, o artigo 122.º do RGICSF estabelece que as instituições de crédito autorizadas em outros Estados-Membros da União Europeia e que exerçam atividade em Portugal, desde que sujeitas à supervisão das autoridades dos países de origem, não estão sujeitas à supervisão prudencial do Banco de Portugal.

A referida distinção consagrada nos artigos 121.º-A e 122.º do RGICSF justifica o tratamento diferenciado das sucursais de instituições de crédito com sede principal em países terceiros (que são instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução e presumíveis beneficiárias do apoio financeiro concedido pelo Fundo de Resolução às medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal) e das sucursais de instituições de crédito com sede principal em outros Estados-Membros da União Europeia (que não são participantes obrigatórias do Fundo de Resolução precisamente por não poderem ser alvo de qualquer medida de resolução a aplicar pelo Banco de Portugal).

De facto, a eventual aplicação de uma medida de resolução pressupõe, direta ou indiretamente, a inobservância das regras prudenciais aplicáveis à instituição que venha a ser alvo de tais medidas. Assim, se uma sucursal de uma instituição de crédito com sede num outro Estado-Membro da União Europeia não está sujeita à supervisão prudencial do Banco de Portugal, é evidente que tal sucursal nunca poderá ser objeto da eventual aplicação de uma tal medida de resolução, sendo ao invés a autoridade de supervisão da sede, a entidade competente para aplicar as medidas que entender apropriadas ao abrigo da legislação relevante.

De resto, esta será a razão que explica o facto de uma tal sucursal não integrar o universo das instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução e de não estar, por esse motivo, obrigada a pagar as contribuições iniciais, periódicas e espe-

ciais que constituem, a par da CSB, as receitas próprias do Fundo de Resolução¹⁸.

2.2 · Da qualificação da CSB como imposto

Relativamente à qualificação da CSB, entendemos que, pelo menos atualmente, a mesma não poderá ser qualificada como contribuição financeira mas antes como imposto.

De facto, se até à aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2016, a qualificação jurídica CSB como imposto ou contribuição financeira poderia suscitar dúvidas, o alargamento do âmbito de incidência subjetivo da CSB às sucursais de instituições de crédito com sede em outros Estados-Membros da União Europeia retirou inelutavelmente a característica de homogeneidade do grupo de entidades que suportam a CSB, afastando qualquer possibilidade de caracterização deste tributo como contribuição financeira.

E assim é porque a CSB não corresponde ao pagamento de qualquer contraprestação específica a um sujeito passivo individualizado (caso em que estaríamos perante uma taxa), não correspondendo, pelo menos desde a aprovação da Lei do Orçamento do Estado para 2016, ao pagamento de uma contrapartida genérica de um serviço prestado, pelo Fundo de Resolução, a uma categoria homogénea de sujeitos passivos que sejam presumíveis beneficiários do apoio financeiro prestado pelo Fundo de Resolução ou presumíveis causadores da intervenção do Fundo de Resolução (caso em que poderia ser equacionada a sua qualificação jurídica como contribuição financeira).

Neste contexto, cumpre salientar que a consignação das receitas da CSB ao Fundo de Resolução não contende com a sua caracterização como imposto pois que: «(...) são vários os casos em que surgem impostos consignados.»¹⁹.

¹⁸ Cfr. Artigo 159.º do RGICSF.

¹⁹ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, «A permissão devida à Caixa de Compensações da Câmara dos Solicitadores pelos Agentes de Execução: uma análise Jurídico-Constitucional» in Revista de Direito Público, Ano VI, n.º 13 janeiro a junho de 2015, pág. 183. O mesmo autor acrescenta ainda: «Naturalmente que a consignação de receitas, segundo o Direito Orçamental Português, não é bem vista porque distorce a racionalidade financeira global que deve presidir a todo e qualquer ato de captação de receita financeira. Mas sendo o ato legislativo a impô-lo, não se vê como isso seja ilegítimo. Como quer que seja, sempre se estará longe de a receita consignada de um imposto se poder converter numa qualquer taxa...».

A título de exemplo, refira-se o caso da «taxa» de radiodifusão que era cobrada mensalmente aos utilizadores de electricidade pela distribuidora de electricidade e entregue ao Estado para financiar o serviço público de rádio e televisão portugueses. Este tributo veio a ser qualificado, pelo Tribunal Constitucional, como um imposto pelo facto de inexistir qualquer correlação entre o consumo de energia eléctrica e a utilização do serviço de radiodifusão²⁰ apesar de as suas receitas estarem consignadas à Radiodifusão Portuguesa.

Acresce que a intenção do legislador que subjaz à criação e prorrogação da CSB e que está devidamente evidenciada nos Relatórios das Leis do Orçamento do Estado para 2011, para 2014 e para 2015 foi, designadamente, a de aproximar a carga fiscal do setor financeiro à carga fiscal dos demais setores da economia, de «(...) repartir o esforço de ajustamento orçamental com as empresas de maior capacidade contributiva»²¹ e de «(...) assegurar que todos os agentes económicos, e em particular aqueles com maior capacidade contributiva, são chamados a participar no esforço de ajustamento»²².

Resulta, assim, clara a intenção do legislador de aproximar a carga fiscal do setor bancário à carga fiscal dos demais setores e de tributar as entidades com maior capacidade contributiva, instando-as a participar no esforço de ajustamento orçamental, o que representa um argumento adicional a favor da

caraterização deste tributo como imposto (de receita consignada).

Em jeito de conclusão, parece-nos evidente que a CSB assume a natureza de imposto, qualificação jurídica esta que é, pelo menos desde 2016, isenta de quaisquer dúvidas e que assume relevância na definição dos parâmetros constitucionais a que o intérprete está vinculado na interpretação do Regime da CSB conforme à Constituição da República Portuguesa («CRP»)²³.

3 · DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA OBJETIVO DA CSB E, EM ESPECIAL, DO CONCEITO DE «DÍVIDAS PARA COM TERCEIROS»

Conforme anteriormente referido, a CSB apresenta duas bases de incidência distintas: (i) o passivo

²³ Independentemente da caraterização da CSB como imposto ou contribuição financeira, deve entender-se que (i) uma interpretação do artigo 2.º, n.º 1, alínea c) do Regime da CSB na redação introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2016 e das alterações introduzidas pela Portaria 165-A/2016 à Portaria 121/2011, conforme ao princípio da proibição da retroatividade da lei fiscal (enquanto corolário do princípio da segurança jurídica) impede a tributação das novas entidades abrangidas no âmbito subjetivo da CSB no exercício de 2016 (tendo por base o passivo apurado no exercício de 2015); (ii) uma interpretação do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), do Regime da CSB, na redação introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2016, conforme ao princípio da igualdade tributária, impede a tributação igualitária, em sede da CSB, das entidades que não são presumíveis beneficiárias do apoio financeiro prestado pelo Fundo de Resolução às medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal (*i.e.* das sucursais de instituições de crédito com sede noutros Estados-Membros da União Europeia) não causando, por conseguinte, quaisquer externalidades que a CSB vise internalizar daquelas que podem ser alvo de medidas de resolução a aplicar pelo Banco de Portugal e que, por esse motivo, integram o universo de instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução; (iii) uma interpretação do Regime da CSB conforme ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso, impede a tributação igualitária das sucursais de instituições de crédito autorizadas noutros Estados-Membros da União Europeia que não estão sujeitas à supervisão prudencial do Banco de Portugal e que não integram o universo de instituições participantes obrigatórias do Fundo de Resolução (ao qual estão consignadas as receitas da CSB) das demais entidades presumíveis beneficiárias do apoio financeiro do Fundo de Resolução ou presumíveis causadoras da intervenção do Fundo de Resolução. E ainda que se venha a entender que as normas em apreço não são suscetíveis de uma interpretação conforme à CRP, sempre deverão ser tais normas julgadas inconstitucionais por violação dos princípios da proibição da retroatividade da lei fiscal ou da segurança jurídica, da igualdade tributária, da proporcionalidade (em sentido estrito) ou da proibição do excesso, entre outros princípios constitucionais com os quais o Regime da CSB não se conformou. A qualificação da CSB como imposto acarreta ainda a inconstitucionalidade do Regime da CSB por violação do princípio da legalidade tributária (na sua dupla vertente de reserva de lei formal e de reserva de lei material), o qual impede que a base de incidência e as taxas da CSB sejam fixadas por Portaria.

²⁰ O Tribunal Constitucional sustentou a sua tese nos seguintes termos: «A taxa de radiodifusão constitui, é certo, receita da Radiodifusão Portuguesa, EP, e esta presta um serviço público (o serviço de radiodifusão sonora) que pode ser individualmente utilizado por todos quantos possuam aparelhos radiorreceptores. Simplesmente, tal taxa, que se paga com o recibo da electricidade, acha-se exclusivamente relacionada com o consumo doméstico de energia eléctrica, e não com a utilização do serviço de radiodifusão sonora. De facto, enquanto os consumidores de menos de 400 kWh por ano estão isentos do seu pagamento, nenhuma isenção existe para os não possuidores de aparelhos radiorreceptores. Ou seja: a relação estabelece-se entre a taxa de radiodifusão e o consumo de electricidade, e não entre ela e a possibilidade de utilização do serviço de radiodifusão sonora, pois é a qualidade de consumidor de energia eléctrica que obriga ao seu pagamento, embora ela não tenha a sua fonte em tal consumo, antes sendo apresentada como contraprestação do serviço de radiodifusão sonora.» - Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 354/98, de 12 de maio. Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional a respeito da qualificação jurídica da taxa de radiodifusão, V. igualmente, ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA, OLÍVIO MOTA AMADOR E SÉRGIO VASQUES, *O financiamento do serviço público de televisão e a nova contribuição para o audiovisual*, in *Fiscalidade* n.º 17, 2004, pág. 18.

²¹ Cfr. pág. 45 / 237 do Relatório da Lei do Orçamento do Estado para 2014.

²² Cfr. pág. 146 / 278 do Relatório da Lei do Orçamento do Estado para 2015.

«apurado e aprovado» pelos sujeitos passivos e / ou (ii) o «valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurados pelos sujeitos passivos»²⁴.

O presente artigo circunscrever-se-á à densificação do conceito de passivo relevante para efeitos da CSB por ser aquele que suscita mais dúvidas e equívocos, em particular no contexto da tributação, em CSB, do passivo apurado pelas sucursais de instituições de crédito com sede fora do território português.

O artigo 4.º, n.º 1, da Portaria 121/2011, define o passivo relevante como: «[...] o conjunto dos elementos reconhecidos em balanço que, independentemente da sua forma ou modalidade, representem uma dívida para com terceiros, com exceção dos seguintes: a) Elementos que, segundo as normas de contabilidade aplicáveis, sejam reconhecidos como capitais próprios; b) Passivos associados ao reconhecimento de responsabilidades por planos de benefício definido; c) Passivos por provisões; d) Passivos resultantes da reavaliação de instrumentos financeiros derivados; e) Receitas com rendimento diferido, sem consideração das referentes a operações passivas; e, f) Passivos por activos não desreconhecidos em operações de titularização.»²⁵

Do exposto resulta que o conceito de passivo relevante não abrange os elementos que não se traduzam na assunção efetiva de «dívidas para com terceiros» nem, aparentemente, aqueles que, apesar de se traduzirem na assunção de «dívidas para com terceiros», o legislador terá entendido que não potenciam o risco de liquidez ou o risco sistémico das entidades em causa²⁶.

Sucedo, porém, que o conceito de «dívida para com terceiros» a que a Portaria 121/2011 faz referência para concretizar o âmbito de incidência objetivo da CSB nunca foi alvo de densificação por parte do legislador ordinário ou de regulamentação através de Portaria.

Tal ausência de densificação tem gerado algumas dúvidas entre as quais se destaca o pretendo enquadramento dos financiamentos entre uma sucursal e a sua casa-mãe no conceito de «dívidas para com terceiros».

Apesar de a CSB ser aplicável (desde a sua criação) às sucursais de instituições de crédito com sede em países terceiros, apenas após o alargamento do seu âmbito subjetivo às sucursais de instituições de crédito com sede em Estados Membros da União Europeia, surgiu uma pretensa equiparação das dívidas das sucursais para com as suas sedes a «dívidas para com terceiros»²⁷.

A referida «densificação» ou equiparação das dívidas resultantes de um financiamento contraído por uma sucursal perante a sua casa-mãe a «dívidas para com terceiros» consubstancia não só uma ficção regulamentar *sui generis* e não vinculativa (por decorrer da mera alteração das instruções de preenchimento da Declaração Modelo 26), como aquela que se afigura menos óbvia, atendendo a que (i) uma sucursal não tem personalidade jurídica autónoma da sua sede e (ii) os financiamentos obtidos por uma sucursal junto da sua casa-mãe são meros financiamentos internos.

Impõe-se, pois, uma interpretação do conceito de «dívida para com terceiros» à luz dos elementos de interpretação estabelecidos no artigo 9.º do Código Civil («CC»)²⁸, para daí se concluir, sem margem

24 Cfr. Artigos 3.º do Regime da CSB e 3.º da Portaria 121/2011.

25 Para além das referidas exceções, estão excluídos do conceito de passivo relevante: (i) «o [...] valor dos fundos próprios, incluindo os fundos próprios de nível 1 e os fundos próprios de nível 2 [...]» e (ii) o valor dos «[...] depósitos abrangidos pela garantia do Fundo de Garantia de Depósitos, pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo ou por um sistema de garantia de depósitos oficialmente reconhecido nos termos do artigo 4.º da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, ou considerado equivalente nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 156.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, dentro dos limites previstos nas legislações aplicáveis relevam apenas na medida do montante efetivamente coberto por esses Fundos.» - Cfr. artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) e b), da Portaria 121/2011, conforme alterada.

26 A título exemplificativo, refira-se o caso dos passivos por provisões e dos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos que não relevam para o apuramento da base sujeita a CSB.

27 Tal equiparação resultou das alterações introduzidas às instruções de preenchimento da Declaração Modelo 26 em anexo à Portaria 165-A/2016 (publicada em 14 de junho de 2016). Nos termos das novas instruções de preenchimento: «[...] no caso das sucursais, em Portugal, de instituições de crédito com sede principal e efetiva fora do território nacional, de acordo com as regras contabilísticas, o respetivo passivo inclui as dívidas para com a sede (principal e efetiva fora do território nacional) e/ou outras sucursais desta, as quais são, assim, consideradas dívidas para com terceiros» - cfr. ponto 5 relativo à Base de contribuição e, mais concretamente, Campo 1 das instruções de preenchimento.

28 Nos termos do artigo 9.º do CC: «1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de corres-

para quaisquer dúvidas, que o passivo de uma sucursal perante a sua casa-mãe não pode ser enquadrado no conceito de «dívidas para com terceiros» e que a alteração das instruções de preenchimento da Declaração Modelo 26 não tem o condão de afetar esta conclusão.

3.1 · Elemento literal

Recorrendo ao elemento literal, importa notar que o artigo 2.º-A, alínea II), do RGICSF, o qual é aplicável neste contexto por remissão expressa do artigo 2.º, n.º 2, do Regime da CSB e do artigo 4.º, n.º1, da Portaria 121/2011, define a sucursal como o «o estabelecimento de uma empresa desprovido de personalidade jurídica e que efetue diretamente, no todo ou em parte, operações inerentes à atividade da empresa de que faz parte».

À luz da referida definição legal de sucursal, resulta desde logo evidente que o mero estabelecimento de uma sucursal em Portugal não dá origem ao nascimento de uma nova «pessoa», devendo tal sucursal ser tratada como uma mera extensão da sociedade estrangeira. Por esse motivo, uma sucursal e a sua sede devem ser tratadas como uma única entidade²⁹.

pondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.» Em termos sucintos, é possível extrair do referido preceito legal quatro elementos fundamentais de interpretação das normas jurídicas, a saber: (i) Elemento literal: que corresponde, no essencial, «à letra da lei», com a importância que lhe é dada pelo n.º 2 da mesma disposição legal; (ii) Elemento sistemático: que decorre da expressão «unidade do sistema jurídico» e que se traduz no relacionamento das diversas disposições legais vigentes no ordenamento jurídico (no caso, no ordenamento jurídico-fiscal); (iii) Elemento teleológico: que se traduz na *ratio legis*, justificação social da lei ou escopo da norma (como é, muitas vezes, explicado pela doutrina) e que decorre da expressão «reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo» e (iv) Elemento histórico: que implica que se tomem em consideração «as circunstâncias em que a lei foi elaborada», i.e., os dados históricos que expliquem a introdução das normas em causa.

29 Conforme salientou o Tribunal da Relação de Lisboa: «As sucursais não gozam de personalidade jurídica e como tal não constituem sujeitos autónomos de direitos e obrigações, pois são meros órgãos de administração local dentro da estrutura da sociedade.» - cfr. Acórdão, de 16 de novembro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 487/08.3TBVFX.L1-1. Neste sentido, decidiu o Tribunal Central Administrativo Sul («TCA Sul») que «A sucursal bancária de um banco estrangeiro de um estado membro da CE não passa de um estabelecimento desprovido de personalidade jurídica que pertence a uma pessoa colectiva e que efectua a actividade desta, sendo as operações que realiza direc-

E tal conclusão não é beliscada pelo facto de, em sede de Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas («IRC»), ser atribuída personalidade tributária às sucursais³⁰ pois que a mesma configura uma ficção legal utilizada apenas para efeitos de imputação de lucros à sucursal e correspondente tributação desta última em sede de IRC e no estrito contexto de limitação das competências tributárias do Estado português³¹.

De facto, a própria Autoridade Tributária e Aduaneira («AT») já reconheceu, a propósito da análise da dedutibilidade dos juros suportados pelas sucursais de instituições de crédito, que os financiamentos obtidos pelas sucursais junto das suas casas-mãe não são financiamentos obtidos «junto de entidades terceiras»³².

Por outro lado, na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete deve assumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e que soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, atribuindo um conteúdo útil às normas estabelecidas.

Ora, o enquadramento dos financiamentos de uma sucursal perante a sua casa-mãe (e vice-versa) no conceito de «dívidas para com terceiros» não só não tem o mínimo exigível de suporte na letra da lei como esvaziaria de conteúdo útil a locução «para com terceiros» seguida de «dívidas» prevista no artigo 4.º da Portaria 121/2011 e conduziria necessariamente a uma solução redundante e contrária ao disposto no n.º 3 do artigo 9.º do CC.

O recurso ao elemento literal seria suficiente para concluir que o conceito de «dívidas para com tercei-

tamente imputáveis à empresa -mãe ou dominante (...)» - Cfr. Acórdãos de 13 de outubro de 2009 proferido no âmbito do processo n.º 03310/09 e de 30 de abril de 2013 proferido no âmbito do processo n.º 5943/12.

30 Cf. Artigo 2.º, n.º 1, alínea c), do Código do IRC

31 Como decidiu o Supremo Tribunal Administrativo («STA»): «a atribuição de personalidade tributária a entidades sem personalidade jurídica, designadamente a estabelecimentos estáveis de não residentes em território português, constitui uma ficção, válida apenas para determinar a medida da tributação.» - cf. Acórdão, de 7 de maio de 2008, proferido no âmbito do processo 0200/08:

32 No Despacho de 25 de março de 2004, proferido no processo n.º 537/2004, com despacho concordante do diretor geral dos impostos de 25 de março de 2004 pode ler-se: «Quando a natureza específica da atividade da empresa for a atividade bancária, os juros pagos por uma sucursal de uma entidade não residente localizada em território português à respetiva sede central, ainda que o financiamento não seja obtido junto de entidades terceiras, revestem a natureza de rendimentos de aplicação de capitais (...)» aceitando-se «nos termos gerais, o custo na esfera da sucursal».

ros» não abrange as dívidas de uma sucursal para com a sua casa-mãe.

No entanto, a interpretação do conceito de «dívidas para com terceiros» à luz dos demais elementos de interpretação das normas jurídicas (e, em concreto, dos elementos sistemático, teleológico e histórico) corrobora tal conclusão.

3.2 · Elemento sistemático

Relativamente ao elemento sistemático, importa salientar que, por regra, uma sucursal não é tratada de forma separada da sua casa-mãe.

Numa perspetiva jurídico-fiscal, as operações entre uma sucursal e a sua casa-mãe são, por regra, ignoradas para efeitos da generalidade dos impostos (designadamente, em sede Imposto sobre o Valor Acrescentado - «IVA» ou de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis - «IMT»).

No contexto do IVA, a própria AT assumiu, a propósito do tema das prestações de serviços entre uma sociedade e o seu estabelecimento estável, que «(...) não são sujeitos a IVA os serviços prestados entre uma sociedade sedeadada num Estado-membro da União Europeia e um seu estabelecimento estável situado noutra Estado-membro quando este não tenha personalidade jurídica própria (v.g. sucursal)»³³.

Neste mesmo sentido já havia decidido o Tribunal de Justiça da União Europeia («TJUE») que «um estabelecimento estável, que não é uma entidade jurídica distinta da sociedade em que se integra, situado noutra Estado Membro e ao qual a sociedade fornece prestações de serviços, não deve ser considerado sujeito passivo em razão dos custos que lhe são imputados pelas referidas prestações»³⁴.

Em sede de IMT, as transmissões ocorridas entre uma sucursal e a sua casa-mãe (e vice-versa) não são consideradas transmissões onerosas e não estão, por esse motivo, sujeitas a este imposto.

Para além do exposto, as dívidas resultantes de financiamentos internos entre uma sucursal e a sua casa-mãe não podem ser exigidas coercivamente pela casa-mãe à sucursal e vice-versa, assumindo a natureza de dívidas subordinadas e não pondo em causa, de forma alguma, os créditos dos demais credores da sucursal (numa eventual situação de insolvência).

Nesta medida, se os empréstimos subordinados com determinadas características são considerados elementos positivos dos «fundos próprios complementares» (fundos próprios de nível 2) que, nos termos do Regime da CSB, devem ser deduzidos ao passivo «para com terceiros» motivo pelo qual não concorrem para o cálculo da base sujeita a CSB³⁵, então os financiamentos puramente internos (entre uma sucursal e a sua casa-mãe) não devem, por maioria de razão, relevar para efeitos de apuramento da base sujeita a CSB.

Donde resulta que, também à luz do elemento sistemático, as dívidas de uma sucursal para com a sua casa-mãe não devem ser enquadradas como «dívidas para com terceiros».

3.3 · Elemento teleológico

Passando ao elemento teleológico, importa salientar que a criação da CSB visou, entre outros objetivos, atenuar os riscos sistémicos³⁶.

Assim, quaisquer dúvidas ou divergências interpretativas relativamente à inclusão ou exclusão de um determinado elemento do passivo no âmbito de incidência objetivo da CSB, deverão ser resolvidas tendo por base a *ratio* de tributar (apenas) os ele-

³⁵ Nos termos do artigo 62.º, alínea a), do Regulamento n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho: «Os elementos de fundos próprios de nível 2 são constituídos por: a) Instrumentos de fundos próprios e empréstimos subordinados, caso estejam preenchidas as condições estabelecidas no artigo 63.»

³⁶ Nos termos preâmbulo da Portaria 121/2011: «[...] para efeitos da aplicação da contribuição sobre o sector bancário [devem ser considerados] como passivo todos os elementos reconhecidos em balanço que representem dívida para com terceiros, independentemente da sua forma ou modalidade. Excluído para este efeito do passivo fica um conjunto de realidades muito circunscrito tal como os capitais próprios ou os passivos associados ao reconhecimento de responsabilidades por planos de benefício definido, [...] ou os passivos por provisões, atento o objectivo da mitigação de riscos sistémicos que subjaz largamente à criação desta contribuição. É também o objectivo da mitigação de riscos sistémicos que dita a desconsideração, para efeitos da base tributável, dos depósitos abrangidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos na parcela do respectivo valor que seja objecto de cobertura por esse mesmo fundo.»

³³ Cfr. Ofício-Circulado n.º 30114, de 25 de novembro de 2009.

³⁴ Cfr. Acórdão, de 23 de março de 2006, proferido no âmbito do processo C-210/04 (Processo FCE Bank). No Acórdão em referência, o Tribunal decidiu que as operações realizadas entre uma sucursal italiana e a sua casa-mãe com sede no Reino Unido não estão sujeitas a IVA por não existirem dois sujeitos independentes entre si mas uma única entidade.

mentos do passivo que potenciem ou sejam suscetíveis de agravar o risco sistémico³⁷.

E é precisamente à luz desta ponderação que importa reconhecer que o passivo resultante de um financiamento obtido por uma sucursal junto da respetiva sede não é suscetível de agravar o risco sistémico uma vez que tal financiamento, tratando-se de uma transação de meios monetários realizada no seio de uma mesma entidade jurídica ou de mera alocação interna de fundos, em nada agrava o risco dessa entidade vir a cessar pagamentos perante terceiros.

E isto é assim porque o crédito da casa-mãe não tem existência jurídica representando uma mera ficção e mesmo que assim não fosse - que é - tal «crédito» sempre assumiria a natureza de crédito subordinado o que implica que, numa situação de insolvência, este crédito apenas seria pago depois de satisfeitos integralmente os créditos comuns da insolvência.

Por fim, cumpre também lembrar que os ativos alocados a uma sucursal podem vir a ser chamados a responder por dívidas da sua casa-mãe e vice-versa.

O elemento teleológico vem, pois, confirmar que as dívidas decorrentes de financiamentos internos (i.e. as dívidas de uma sucursal para com a sua casa-mãe) não são suscetíveis de potenciar o risco sistémico que o legislador pretendeu atenuar com a criação da CSB e não podem, por esse motivo, ser enquadradas no conceito de «dívidas para com terceiros» e concorrer para o apuramento da base sujeita a CSB.

3.4 · Elemento histórico

Por fim, chamando à colação o elemento histórico, cumpre realçar que o legislador da CSB procurou

inspirar-se nos regimes de tributação sobre o setor bancário implementados noutros Estados-Membros.

Num breve apontamento de direito comparado, importa salientar que a Suécia, que foi o primeiro Estado-Membro a implementar um tributo a aplicar sobre os elementos do passivo das instituições de crédito, excluiu expressamente as operações de dívida intra-grupo da base sujeita a tal tributo³⁸.

Esta opção, que facilmente se compreende à luz das considerações acima expendidas, foi, na realidade, a solução pretendida pelo legislador português que a alteração das instruções de preenchimento introduzida pela Portaria 165-A/2016 procurou desvirtuar, sem qualquer justificação válida ou legitimidade para o efeito.

Deve assim concluir-se, também à luz do elemento histórico, as que dívidas de uma sucursal para com a sua casa-mãe não devem ser enquadradas como «dívidas para com terceiros».

3.5 · Conclusão

Por tudo o que antes se expôs, e aplicando as regras de hermenêutica jurídica impostas pela lei, deve concluir-se que o «passivo» resultante dos financiamentos obtidos por uma sucursal junto da sua casa-mãe não pode ser considerado uma «dívida para com terceiros» nem concorrer para o apuramento da base tributável em sede de CSB.

4 · DA DESCONFORMIDADE DO ARTIGO 5.º DA PORTARIA 121/2011 COM OS ARTIGOS 4.º E 8.º DO REGIME DA CSB

Como veremos, o regime da CSB padece de um vício originário suscetível de gerar a ilegalidade de todas as liquidações da CSB emitidas, desde a criação da CSB, ao abrigo do artigo 5.º da Portaria 121/2011 (nas suas sucessivas redações).

O artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 do Regime da CSB, na sua versão originária, estabelecia que: «1 - A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea a) do

³⁷ Assim é que, e a título de exemplo, se as provisões contabilisticamente registadas no passivo de uma entidade deveriam, à partida, e por serem passivo, ser englobadas no âmbito de incidência objetivo da CSB, a ponderação deste critério do agravamento do risco sistémico leva à sua exclusão expressa no artigo 4.º da Portaria 121/2011. Também os passivos decorrentes de depósitos, que são verdadeiros passivos para com terceiros (no caso, para com os depositantes) estão expressamente excluídos do âmbito objetivo da CSB, na medida em que estejam cobertos, designadamente, pelo Fundo de Garantia de Depósitos e / ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, posto que, por essa via, se entende que o risco sistémico não é agravado. O mesmo sucede com a dívida subordinada com as características previstas no artigo 63.º do Regulamento 575/2013 que deve ser deduzida ao passivo apurado pelo sujeito passivo da CSB.

³⁸ Sobre o regime implementado na Suécia, V. por todos, CELESTE CARDONA, Contribuição extraordinária sobre o sector bancário, in Revista de finanças públicas e direito fiscal, Coimbra, ano 4, n.º 1 (Primavera 2011), cit. pág. 93.

artigo [3.º] [i.e. ao «passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos»] varia entre 0,01 % e 0,05 % em função do valor apurado. 2 - A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea b) do artigo anterior [i.e. ao «valor nocional dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos»] varia entre 0,00010 % e 0,00020 % em função do valor apurado»³⁹.

A propósito da fixação das taxas, o artigo 8.º do Regime da CSB estabelece que «as taxas aplicáveis nos termos do artigo 4.º» são «objeto de regulamentação por portaria do Ministro das Finanças, uma vez ouvido o Banco do Portugal.»

Por sua vez, o artigo 5.º da Portaria 121/211 veio fixar taxas fixas de CSB (que têm vindo a ser sucessivamente agravadas).

4.1 · Da interpretação do artigo 4.º do Regime da CSB

Neste ponto, cumpre interpretar as normas constantes do artigo 4.º do Regime da CSB, à luz dos elementos literal, sistemático, teleológico e histórico para daí se concluir que, ao acrescentar a locução «em função do valor apurado» aos intervalos de taxas da CSB, o legislador ordinário pretendeu a implementação de um regime de taxas da CSB variáveis «em função» das bases tributáveis em CSB concretamente apuradas pelos sujeitos passivos e que, nessa medida, o artigo 5.º da Portaria 121/2011 afigura-se desconforme à Lei e à CRP por ter implementado um sistema proporcional de taxas fixas da CSB, à revelia da opção adotada pelo legislador nesta matéria.

4.1.1 · Do elemento literal

Importa, desde logo, recorrer ao elemento literal não só por ser tal elemento essencial à boa aplicação das normas jurídicas em geral, como porque, ao que parece, é desde logo aqui que reside o grande equívoco do Ministro das Finanças na interpretação que fez do artigo 4.º do Regime da CSB.

Analisando a letra da lei - no caso, do artigo 4.º do Regime da CSB - resulta evidente que o legislador da CSB pretendeu delegar no Ministro das Finanças a implementação de um sistema progressivo de taxas variáveis da CSB (ao invés do sistema proporcional de taxas únicas que veio a ser implementado pela Portaria 121/2011).

Com efeito, resulta do disposto no artigo 4.º, n.º 1, do Regime da CSB, que as taxas da CSB a aplicar sobre o passivo e / ou sobre o valor nocional dos instrumentos derivados devem (ou deviam) variar «em função do valor apurado».

Neste contexto, não é possível sustentar que a locução «em função do valor apurado» foi incorretamente utilizada pelo legislador para designar «sobre o valor apurado» uma vez que, nos termos do artigo 9.º, n.º 3 do CC⁴⁰, o intérprete deve presumir que o legislador se exprimiu de forma adequada.

De facto, o artigo 4.º, n.º 1, do Regime da CSB (na redação atualmente em vigor) estabelece que: «A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea a) do artigo anterior [i.e. o passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos] varia entre 0,01 % e 0,110 % em função do valor apurado».

E se a base sobre a qual incide a taxa da CSB já está fixada na primeira parte da norma, a expressão «em função do valor apurado» seguida da expressão «varia entre 0,01% e 0,110%» deverá acrescentar algo à primeira parte da norma (i.e. «a taxa aplicável à base de incidência definida na alínea a) do artigo anterior») sob pena de ter de se entender que o legislador consagrou, e manteve até ao presente, uma redação redundante da norma em causa.

Interpretação diversa, para além de não ter um mínimo de apoio na letra da lei, esvaziaria de conteúdo útil a primeira parte das alíneas a) e b) do artigo 4.º do Regime da CSB e conduziria, necessariamente, a uma solução redundante e contrária ao disposto no n.º 3 do artigo 9.º do CC.

Em face do exposto, deve entender-se que da interpretação do artigo 4.º do Regime da CSB à luz do elemento literal resulta que as taxas da CSB a fixar por Portaria deviam variar em função dos valores concretamente apurados pelos sujeitos passivos⁴¹.

³⁹ Atualmente, as taxas aplicáveis sobre o passivo e sobre os valores nominais dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço variam entre 0,01% e 0,110% e 0,00010% e 0,00030%, respetivamente, em função dos valores apurados pelos sujeitos passivos - Cfr. artigo 4.º do Regime da CSB na redação introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2016.

⁴⁰ Nos termos do artigo 9.º, n.º 3, do CC: «Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.»

⁴¹ Da análise conjugado dos artigos 3.º do Regime da CSB e 3.º da Portaria 121/2011, resulta que «A contribuição sobre o sec-

4.1.2 · Do elemento sistemático

O elemento sistemático corrobora o nosso entendimento de que o artigo 4.º do Regime da CSB impunha a implementação de um sistema de taxas da CSB variáveis em função dos valores concretamente apurados pelos sujeitos passivos ao invés do sistema proporcional que acabou por ser implementado pela Portaria 121/2011.

Neste contexto, cumpre chamar à colação outras situações em que o legislador ordinário relegou, designadamente para Portaria, a regulamentação das taxas concretamente aplicáveis (desta feita através de um sistema proporcional de tributação).

O primeiro exemplo poderá ser encontrado no regime previsto no artigo 92.º do Código dos Impostos Especiais sobre o Consumo, nos termos do qual: «1 – Os valores das taxas unitárias do imposto sobre os produtos petrolíferos e energéticos (...) são fixados (...) por portaria (...) dentro dos seguintes intervalos: [v.g. Gasolina sem chumbo (mínima 359; máxima 650)]»

Outro exemplo que ilustra a intenção clara do legislador no sentido de implementação de um sistema proporcional de tributação respeita à fixação, pelos Municípios, das taxas de IMI aplicáveis sobre o valor patrimonial tributário («VPT») dos prédios urbanos.

O artigo 112.º, n.º 5, do Código do IMI estabelece que «As taxas do imposto sobre imóveis são as seguintes: c) Prédios urbanos - de 0,3% a 0,45%» devendo os municípios fixar a taxa «[...] a aplicar em cada ano, dentro dos intervalos previstos na alínea c) do n.º 1 [...]».

Se a norma em apreço, ao invés de estabelecer que: «Os municípios [...] fixam a taxa a aplicar em cada ano, dentro dos intervalos previstos na alínea c) do n.º 1» fosse acompanhada da locução «em função do valor patrimonial tributável constante da matriz» (como sucede no caso do artigo 4.º do Regime da CSB, objeto da presente análise) os Municípios estariam obrigados a fixar taxas de IMI variáveis (progressivas ou regressivas) em função do VPT dos prédios urbanos.

tor bancário incide sobre: a) O passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos [...], b) O valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos.» Assim, os «valores apurados» que relevam para efeitos da fixação das taxas da CSB são os valores apurados pelos sujeitos passivos na Declaração Modelo 26.

O elemento sistemático corrobora, pois, a conclusão de que o legislador ordinário pretendeu a implementação de taxas da CSB variáveis em função do valor do passivo concretamente apurados pelos sujeitos passivos.

4.1.3 · Do Elemento Teleológico

Também com recurso ao elemento teleológico⁴², se deverá concluir, sem margem para dúvidas, que o artigo 4.º do Regime da CSB impunha a fixação de um sistema de taxas variáveis da CSB.

De facto, em face do objetivo de atenuação dos riscos sistémicos que norteou a implementação da CSB e analisando o caso específico da tributação dos elementos do passivo em sede de CSB, resulta evidente que a opção do legislador no sentido da criação de um sistema de tributação progressivo com taxas variáveis em função dos valores concretamente apurados pelos sujeitos passivos é necessariamente mais efetiva numa estratégia de «mitigação de riscos sistémicos» (que a existência de tais passivos potencia) uma vez que a um maior endividamento e, em consequência, a um maior risco sistémico, equivalerá uma taxa efetiva superior de CSB.

Não pode, por isso, e também à luz do elemento teleológico, deixar de se concluir que o legislador não pretendeu a implementação de taxas unitárias ou fixas de CSB.

4.1.4 · Do Elemento Histórico

Relativamente ao elemento histórico, resulta do Relatório do Orçamento do Estado para 2011 que o legislador da CSB procurou inspiração nos sistemas implementados noutros Estados-Membros⁴³, motivo pelo qual afigura-se importante analisar em que termos é que este tributo foi implementado nesses Estados.

Conforme anteriormente referido, a maioria dos Estados-Membros que implementou um tributo com os contornos da CSB fê-lo através de um siste-

⁴² A propósito do elemento teleológico, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO salienta que «será a ratio legis que nos permitirá enfim iluminar os pontos obscuros e chegar à norma que se encerra na fonte» - cf. do autor, O Direito – Introdução e Teoria Geral, Almedina, 13.ª Edição Refundida, págs. 414 e 415.

⁴³ Cf. Relatório do Orçamento do Estado para 2011, págs. 41/313 e 195/313.

ma progressivo de taxas variáveis em função dos valores concretamente apurados pelos sujeitos passivos (estabelecendo, por regra, uma isenção de base).

A título de exemplo e sem qualquer pretensão de análise exaustiva, importa salientar que o sistema de taxas progressivas de CSB foi implementado na Áustria⁴⁴, na Alemanha⁴⁵, na Bélgica, na Eslováquia, na Hungria, entre outros⁴⁶.

Acresce que, aquando da sua criação, a CSB era «designada de Contribuição» mas era indiscutivelmente «um imposto» uma vez que o termo «contribuição» sobre o setor bancário «foi importado» da proposta alemã⁴⁷, proposta esta que serviu de inspiração à criação da CSB em Portugal.

Ora, a Alemanha implementou precisamente um sistema de taxas variáveis (entre 0,02% e 0,04%) em função do valor do passivo concretamente apurado pelos sujeitos passivos, estabelecendo uma isenção de base para valores de passivo iguais ou inferiores a €300.000.000, opção que está perfeitamente justificada atendendo ao objetivo de redução do risco sistémico que norteou a criação deste tipo de tributos no seio da União Europeia.

Acresce que a qualificação jurídica da CSB como imposto implica que a sua criação esteja sujeita ao princípio da legalidade tributária.

E se é assim, a implementação de um sistema de tributação com recurso a taxas variáveis permitiria atenuar, de certa forma, a grande amplitude dos intervalos de taxas contidos no Regime da CSB a regulamentar por Portaria, evitando assim um juízo (muito provável) de inconstitucionalidade por violação do princípio constitucional da legalidade tributária, na sua vertente de tipicidade e determinação.

⁴⁴ Na Áustria foi criado um sistema progressivo de tributação em sede de *stability levy*, estabelecendo-se uma taxa de 0,055% para valores apurados pelos sujeitos passivos entre €1.000.000 e €20.000.000 e uma taxa de 0,085% para valores apurados superiores a €20.000.000 bem com uma isenção de base para valores apurados iguais ou inferiores a €1.000.000.

⁴⁵ Na Alemanha foi implementado um sistema de tributação progressivo em sede de contribuição financeira aplicável sobre o passivo (cujas taxas variam entre 0,02% e 0,04% em função do valor do passivo apurado) no qual se prevê, igualmente, uma isenção de base para valores de passivo até €300.000.000. Sobre o regime alemão, V., por todos, CELESTE CARDONA, Contribuição extraordinária sobre o setor bancário, *cit.* pág. 95.

⁴⁶ Cfr. OCDE, *Tax Revenue Trends / Tendances des recettes fiscales*, 1965/2011, págs. 56 a 61, 2013.

⁴⁷ Cf. CELESTE CARDONA, Contribuição Extraordinária sobre o Setor Bancário, *cit.* pág. 83

Assim, também da interpretação do artigo 4.º do Regime da CSB à luz do elemento histórico resulta que o legislador ordinário pretendeu a regulamentação de um sistema de taxas da CSB variáveis em função dos valores concretamente apurados pelos sujeitos passivos ao invés do regime de taxas proporcionais que veio a ser implementado pela Portaria 121/2011.

4.2 · Conclusão: Da ilegalidade das (auto) liquidações da CSB emitidas com base na Portaria 121/2011

Da aplicação das regras de hermenêutica jurídica impostas pela lei resulta que o artigo 4.º do Regime da CSB exigia a implementação de um sistema de taxas da CSB variáveis em função dos valores de base concretamente apurados pelos sujeitos passivos da CSB, à semelhança dos regimes implementados na Alemanha, Hungria, Bélgica, Eslováquia e Áustria.

Por conseguinte, o artigo 5.º da Portaria 121/2011, que fixou taxas fixas de CSB à revelia da opção do legislador, não só não se conformou com as diretrizes constantes do artigo 4.º do Regime da CSB como acabou por derrogar a referida norma (hierarquicamente superior).

Acresce que, ao derrogar norma hierarquicamente superior, a Portaria 121/2011 afigura-se, igualmente, desconforme aos princípios constitucionais da preferência ou preeminência da lei e da hierarquia normativa consagrado no artigo 112.º, n.º 5, da CRP⁴⁸ que impede que uma norma constante de uma Portaria aprovada pelo Ministro das Finanças (no caso, o artigo 5.º da Portaria 121/2011) derogue o preceito de uma Lei aprovada pela Assembleia da República (no caso, o artigo 4.º do Regime da CSB)⁴⁹.

⁴⁸ Nos termos do artigo 112.º, n.ºs 1 e 5, da CRP: «São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais» sendo que: «Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos»

⁴⁹ Conforme ensina JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO «O regulamento não pode contrariar um acto legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos, proibindo-se expressamente os regulamentos modificativos, suspensivos ou revogatórios das leis (cf. artigo 112.º/6)»- Cfr. do autor, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª edição, Almedina, 2000, págs. 835 e 836. Neste mesmo sentido já teve oportunidade de decidir o Tribunal da Relação de Coimbra: «Uma portaria, enquanto ato regulamentar do Governo, ocupa na hierarquia das fontes normativas uma posição inferior ao decreto-lei que visa regulamentar, sendo dele mero

Deve assim concluir-se que a derrogação de norma hierarquicamente superior levada a cabo pela Portaria 121/2011 determina ilegalidade de todas as liquidações da CSB emitidas com base em tal Portaria, ilegalidade que gera a sua anulabilidade nos termos legais⁵⁰.

5 · CONCLUSÕES

Em jeito de conclusão, entendemos que o alargamento do âmbito de incidência subjetivo da CSB às sucursais portuguesas de instituições de crédito com sede ou direção efetiva em outros países da União Europeia levada a cabo pela Lei do Orçamento do Estado para 2016 retirou o requisito de homogeneidade das entidades sujeitas à CSB que é essencial para que um tributo seja configurado como uma contribuição financeira.

Resulta assim evidente a natureza da CSB (pelo menos após as alterações introduzidas pela Lei do Orçamento do Estado para 2016): a de um verda-

deiro imposto. Esta caracterização da CSB como imposto é relevante, designadamente, na delimitação dos parâmetros constitucionais que devem nor-tear a interpretação e aplicação das normas constantes do Regime da CSB.

No que diz respeito ao âmbito de incidência objetivo da CSB, entendemos que as dívidas resultantes de financiamentos internos (v.g. as dívidas resultantes de financiamentos obtidos por uma sucursal junto da sua casa-mãe) não devem ser enquadradas como «dívidas para com terceiros» e a recente alteração às instruções de preenchimento da Declaração Modelo 26 não pode ser argumento suficiente para afastar esta conclusão.

Por fim, parece-nos evidente que o regime (de taxas fixas de CSB), que consta da Portaria 121/2011, não respeitou as diretrizes impostas pelo legislador ordinário e acabou por derrogar uma norma de hierarquia superior, motivo pelo qual todas as liquidações da CSB emitidas com base em tal Portaria devem ser julgadas ilegais.

complemento, a si, necessariamente subalternizado, subordinado e vinculado, nunca, pois, a respetiva disciplina podendo contrariar, como claramente resulta das disposições ínsitas sob os n.ºs. 1, 6 e 7 do artigo 112.º da Constituição [...]» - cfr. Acórdão, de 8 de maio de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 1486/08.OPBVIS.C1 - e o Tribunal da Relação do Porto: «Entendimento contrário desconsideraria a consabida hierarquia das fontes de direito, concedendo a um diploma de regulação administrativa (a Portaria) valor superior a um diploma de ordenação jurídica (a Lei ou o Decreto-Lei)» - Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de fevereiro de 2015, proferido no âmbito do processo n.º 1967/14.7TBPRD.

50 Cfr. Nos termos do artigo 163.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo «São anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção.»