

PORTUGAL

IMPOSTO DO SELO: DA APLICAÇÃO DA EXCLUSÃO DE TRIBUTAÇÃO ÀS GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÓNOMAS E RESPETIVAS CONTRAGARANTIAS

Imposto do Selo: Da aplicação da exclusão de tributação às garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias

O presente artigo pretende analisar a possibilidade de aplicação da regra de exclusão de tributação em Imposto do Selo, prevista na verba 10 da Tabela Geral do Imposto do Selo, às garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias.

PALAVRAS-CHAVE

Imposto do Selo; Exclusão de tributação; Garantias bancárias autónomas; Contra-garantias.

Stamp Tax: The applicability of the non-taxation rule to bank guarantees and their materially ancillary counter-guarantees / collaterals

This article intends to briefly analyse the possibility to apply the non-taxation rule, as set out in Schedule 10 of the General Stamp Duty Table, to bank guarantees and their materially ancillary counter-guarantees / collaterals.

KEY WORDS

Stamp Tax; Non-taxation rule; Bank guarantees; Counter-guarantees (collaterals)

Fecha de recepción: 15-1-2018

Fecha de aceptación: 15-5-2018

1 · ENQUADRAMENTO

Com o presente artigo pretende-se proceder a uma breve análise sobre a aplicabilidade da exclusão de tributação em sede Imposto do Selo às garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias.

Estabelece a verba 10 da Tabela Geral do Imposto do Selo (“TGIS”) que estão sujeitas a Imposto do Selo as “*garantias das obrigações, qualquer que seja a sua natureza ou forma, designadamente o aval, a caução, a garantia bancária autónoma, a fiança, a hipoteca, o penhor e o seguro caução, salvo quando materialmente acessórias de contratos especialmente tributados na presente Tabela e sejam constituídas simultaneamente com a obrigação garantida, ainda que em instrumento ou título diferente (...)*”. Da referida norma resulta, de forma clara, que as garantias das obrigações estão, como regra geral, sujeitas a Imposto do Selo, aplicando-se uma exclusão de tributação quando as mesmas sejam materialmente acessórias de um contrato especialmente tributado em sede de Imposto do Selo e constituídas simultaneamente com a obrigação garantida.

A respeito das garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias, tem a Autoridade Tributária e Aduaneira (“ATA”) vindo a entender – em particular (e mais recentemente) no Despacho DG, P2016000433 – IVE n.º 10297, de 1 de junho de 2016 (“*Despacho n.º 10297*”) – que, dada a natureza dos contratos envolvidos, o requisito da acessoriedade material jamais se poderá encontrar verificado

e, consequentemente, a exclusão de tributação prevista na verba 10 da TGIS é de aplicação impossível a esta categoria de garantias (garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias).

É pois sobre esta posição assumida pela ATA – com a qual, desde já adiantamos, que discordamos – que nos vamos em seguida debruçar.

2 · DA (IN)APLICABILIDADE DA REGRA DE EXCLUSÃO DE TRIBUTAÇÃO ÀS GARANTIAS AUTÓNOMA

A exclusão de tributação de garantias em sede de Imposto do Selo exige, além da simultaneidade, que se mostre preenchido o requisito de acessoriedade material de uma garantia bancária autónoma relativamente a um contrato especialmente tributado em Imposto do Selo.

Antes de entrar na análise da aplicabilidade da regra de exclusão de tributação em Imposto do Selo às garantias bancárias autónomas, cumpre proceder a uma breve análise da natureza jurídica do contrato de garantia bancária autónoma.

O contrato de garantia bancária autónoma configura um contrato a favor de terceiro, tal como legalmente definido no artigo 443.º do Código Civil (“CC”), em que uma das partes (no caso, o garante – v.g. o Banco) assume perante outra (no caso, o devedor ou ordenante) a obrigação de realizar uma

prestação a favor de terceiro (no caso, o credor), que não é parte do contrato de garantia bancária autónoma, mas que adquire imediatamente e por efeito do referido contrato (de garantia bancária autónoma) – ou seja, nos termos e condições aí previstos –, o direito a tal prestação. Em caso de inexecução do contrato-base, o garante será chamado a pagar ao terceiro (i.e. ao credor ou beneficiário da garantia) o valor da prestação acordada entre o garante e o devedor ou ordenante, sem poder invocar qualquer causa de invalidade ou ineficácia do contrato-base e terá direito de regresso sobre o devedor no que diz respeito à prestação paga ao terceiro acrescida de eventuais despesas.

Para JOÃO ANTUNES VARELA o contrato de garantia autónoma consubstancia um “(...) contrato oneroso em que alguém (o garante, geralmente a instituição bancária ou a seguradora de créditos) assume perante o credor o dever de assegurar o pagamento da dívida de terceiro, independentemente da validade ou eficácia da relação contratual que serve de fonte ao crédito” – cf. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997, págs. 514 e 515.

Por seu turno, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO define o contrato de garantia bancária autónoma como “(...) um contrato celebrado entre o interessado – o mandante – e o garante, a favor de um terceiro – o garantido ou beneficiário” – cf. *Manual de Direito Bancário*, 4.^a edição, Almedina, 2010, pág. 762.

Também a própria ATA, na doutrina administrativa que aqui se analisa, vem qualificar o contrato de garantia bancária autónoma como “(...) um negócio atípico, inominado, celebrado ao abrigo da liberdade contratual reconhecida pelo artigo 405.^o, n.º 1, do Código Civil, através do qual o garante obriga-se a pagar a um terceiro beneficiário certa quantia, verificado o incumprimento do contrato base, sendo mandante ou ordenante o devedor desse contrato independentemente das vicissitudes que este sofra” – cf. Despacho n.º 10297.

Assim, delimitada que está a natureza jurídica das garantias bancárias autónomas, debruçar-nos-emos agora sobre a questão objeto do presente artigo, ou seja, se uma garantia bancária autónoma pode ser considerada materialmente acessória de um contrato especialmente tributado em Imposto do Selo (como entendemos) ou se, ao invés, uma garantia bancária autónoma é insuscetível de preencher tal requisito de acessoriedade material (como parece entender a ATA).

A este respeito, a ATA tem vindo a entender que as garantias bancárias autónomas, por se abstraírem

das vicissitudes do contrato-base (v.g. o contrato de financiamento), são insuscetíveis de preencher o requisito de acessoriedade material e de beneficiar da exclusão de tributação prevista na verba 10 da TGIS.

Com efeito, no Despacho n.º 10297, a ATA afirma que o requisito de acessoriedade material que deve existir para efeitos de aplicação da exclusão de tributação em Imposto do Selo “(...) não é qualquer relação causal entre obrigações, pressupondo antes uma relação de dependência entre garantia e a obrigação garantida, de modo que o garante possa opor ao credor da obrigação garantida todas as exceções que o devedor possa arguir. Nessa medida, [a acessoriedade material] é por natureza inaplicável à garantia autónoma prestada”

O referido entendimento já resultava do Parecer n.º 507 de 1 de junho de 2004 (“Parecer n.º 507”), no qual a ATA afirmou “ser, no entanto, falso a garantia autónoma poder ser considerada materialmente acessória de qualquer contrato especialmente tributado na Tabela Geral, o que resultaria da sua existência e conteúdo dependerem da existência e conteúdo de qualquer contrato, para além do da própria prestação de garantia. De facto, o elemento distintivo da garantia bancária autónoma de outros tipos de prestação de garantia é justamente a impossibilidade de o garante opor à entidade a favor de quem tal garantia seja constituída, qualquer exceção ao cumprimento da sua obrigação, que não seja relacionada com a existência ou conteúdo e, eventualmente, a exigibilidade dessa garantia.” – cf. ponto 13 do Parecer n.º 507.

Não podemos concordar com a posição assumida pela ATA na doutrina administrativa acima parcialmente reproduzida.

Com efeito, a nosso ver, o preenchimento do requisito da acessoriedade material exige apenas uma relação de dependência ou instrumentalidade da garantia face à obrigação garantida através do contrato-base especialmente tributado em Imposto do Selo (independentemente da sua natureza ou forma) e que a garantia seja causal por acompanhar as vicissitudes do contrato-base (i.e. exige-se apenas a manutenção, redução ou extinção da garantia na medida em que a obrigação garantida se mantenha, reduza ou extinga). Ora, não vemos como se possa afirmar que, no que respeita a tal relação de dependência e causalidade, a garantia bancária autónoma seja diferente das demais garantias.

Refira-se, aliás, que a própria ATA veio já interpretar precisamente neste sentido o conceito de acessorie-

dade material para efeitos da exclusão de tributação das garantias, tendo, nomeadamente no Ofício-Circulado n.º 40091, de 17 de setembro de 2007 (“Ofício-Circulado 40091”), a respeito de uma hipoteca, afirmado que a mesma “(...) *tem natureza acessória quando existe um direito de crédito associado à sua sorte: a noção de acessoriedade exprime então a conexão temporal entre a garantia e o crédito garantido. Assim, quando exista acessoriedade e caso o crédito se extinga ou reduza, a garantia termina ou diminui.* (...)”

Cumprido, pois, à luz das regras de interpretação das normas jurídicas plasmadas nos artigos 9.º do CC e 11.º da Lei Geral Tributária (“LGT”) e, em particular, à luz dos elementos literal, sistemático, histórico e teleológico, analisar qual a melhor interpretação da verba 10 da TGIS (*maxime*, do requisito de acessoriedade material que deve estar preenchido para que se aplique a exclusão de tributação em Imposto do Selo).

Uma correta interpretação da norma prevista na verba 10 da TGIS exige que seja tomada em linha de conta a letra expressa da lei [elemento literal] e que se reconstrua o “*pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico* [elemento sistemático], *as circunstâncias em que a lei foi elaborada* [elemento teleológico] e *as condições específicas do tempo em que é aplicada* [elemento histórico]” – cf. artigo 9.º, n.º 1 do CC

Começando pois pelo mais elementar dos critérios de interpretação das normas jurídicas – o elemento literal –, cabe afirmar que resulta de forma clara da verba 10 da TGIS que as garantias (incluindo expressamente as garantias bancárias autónomas) estão, por regra, sujeitas a Imposto do Selo, salvo quando sejam materialmente acessórias de um contrato especialmente tributado em sede de Imposto do Selo e constituídas simultaneamente com a obrigação garantida (sem que se verifique a existência de qualquer exceção aplicável às garantias bancárias autónomas).

É que é o próprio legislador, na verba 10 da TGIS, que consagra expressamente a possibilidade de uma qualquer garantia (onde se inclui de forma expressa no elenco exemplificativo de garantias, a garantia bancária autónoma) ser materialmente acessória de um contrato especialmente tributado em Imposto do Selo.

Ora, ao intérprete cabe apenas assumir que o legislador se exprimiu de forma adequada, tal como previsto no artigo 9.º, n.ºs 2 e 3, do CC (onde se dispõe, designadamente, que “[n]ão pode porém ser

considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei o mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”).

Nestes termos, e desde logo em face do elemento literal, parece evidente que não assiste razão à ATA quando afirma que o requisito da acessoriedade material é de aplicação impossível às garantias bancárias autónomas.

Por outro lado, o próprio elemento sistemático da interpretação das regras jurídicas, vem reafirmar esta conclusão, porquanto, na verba 10 da TGIS encontramos não só uma regra de incidência de Imposto do Selo sobre garantias das obrigações contendo um elenco exemplificativo de garantias por esta regra abrangidas, onde se inclui de forma expressa a garantia bancária autónoma, como também a regra da exclusão de tributação de garantias simultâneas e materialmente acessórias de outro contrato especialmente tributado em sede de Imposto do Selo, sem que de qualquer forma se exceção a aplicação da exclusão de tributação às garantias bancárias autónomas.

Será pois necessário retirar das normas jurídicas – no caso, da verba 10 da TGIS – um sentido que seja coerente com o sistema em que se insere (no caso, o sistema jurídico-fiscal), pois é isso que estabelece o artigo 9.º, n.º 1, do CC (há que ter também em conta a “*unidade do sistema jurídico*”).

Ora, uma interpretação como aquela que foi adotada pela ATA no Despacho aqui em análise, esvaziaria de conteúdo útil e poria em causa a própria coerência interna das regras previstas na verba 10 da TGIS – na parte em que estabelece que as garantias bancárias autónomas estão sujeitas a Imposto do Selo, salvo nos casos em que sejam materialmente acessórias de um contrato especialmente tributado em Imposto do Selo.

Adicionalmente, e sem prejuízo do *supra* exposto, cumpre ainda recorrer ao elemento teleológico, ou seja, ao fim pretendido pelo legislador com a previsão da exclusão de tributação constante da verba 10 da TGIS.

É que como bem afirma JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, a propósito do elemento teleológico, “*enquanto não se descobrir o para quê de uma lei, não se detém ainda a chave da sua interpretação*” atendendo a que “*será a ratio legis que nos permitirá enfim iluminar os pontos obscuros e chegar à norma que se encerra na fonte*” – cf. O Direito – Introdução e Teoria Geral, Almeida, 13.ª Edição Refundida, págs. 414 e 415.

In casu, a *ratio legis* da exclusão de tributação de garantias simultâneas e materialmente acessórias de um contrato especialmente tributado em Imposto do Selo é a de evitar situações em que um determinado negócio jurídico, que envolva vários contratos relacionados, seja tributado mais do que uma vez em Imposto do Selo.

Neste sentido afirmou BRUNO SANTIAGO que “[a] intenção do legislador é clara e compreensível: evitar situações de dupla tributação sempre indesejáveis e que onerariam excessivamente as operações” – cf. As garantias das obrigações e o Imposto do Selo, in Estudos em Homenagem do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume IV, Coimbra Editora, 2011, pág. 130.

E a verdade é que nada distingue, para efeitos do escopo da norma – evitar a dupla tributação de uma determinada operação –, uma garantia bancária autónoma das demais garantias, pelo que a posição da ATA parece também em face do elemento teleológico de interpretação das normas jurídicas.

Finalmente, mas não com menor relevância para este efeito, cabe analisar “as circunstâncias em que a lei foi elaborada” (ou seja o elemento histórico), em particular a evolução do requisito da “acessoriedade” (necessário à aplicação da exclusão de tributação das garantias), que, como se demonstrará, evoluiu de forma clara de uma acessoriedade formal para uma acessoriedade material.

Como teve oportunidade de salientar JOÃO FERNANDES a propósito da evolução histórica da exclusão de tributação das garantias, o requisito da acessoriedade material foi introduzido pela Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro, “(...) procurando terminar com a acumulação de taxas num mesmo acto ou documento (...) por oposição ao regime anterior, que impunha que as mesmas fossem constituídas no mesmo documento ou título que a obrigação principal” – cf. Imposto do Selo – Comentário Crítico sobre o novo Código, in Fisco n.º 90/91, Setembro 2000, Ano XI, Lex, pág. 35.

Mais afirmou o referido autor que “(...) o regime actual representa um alargamento do conceito de acessoriedade, porquanto se exige a existência de uma ligação material entre a garantia prestada e a obrigação garantida, independentemente de constarem do mesmo documento, prevalecendo, assim, o princípio da substância sobre a forma. Reflecte-se, deste modo, a tendência para a gradual alteração de uma das ancestrais características deste imposto, no sentido de o mesmo deixar de incidir sobre documentos, passando, ao invés,

a tributar operações, não abrangidos por qualquer outro tipo de tributação indirecta, de certa forma espelhada no âmbito de incidência objectiva do imposto, que, por remissão, inclui as realidade constante das verbas da actual Tabela Geral, objecto de reformulação face à anteriormente em vigor” – cf. Ob. Cit. pág. 36.

Decorre, assim, também do elemento histórico – por comparação entre o anterior regime que exigia uma acessoriedade formal (i.e., que as garantias integrassem o mesmo documento das obrigações garantidas) para efeitos de aplicação da exclusão de tributação em Imposto do Selo e o regime atual introduzido pela Lei n.º 150/99, de 11 de setembro – que a aplicação da exclusão de tributação em Imposto do Selo implica, por um lado, que as garantias se destinem a garantir uma obrigação especialmente tributada em Imposto do Selo, independentemente da sua natureza ou forma (critério da acessoriedade material) e, por outro lado, que tais garantias sejam constituídas no mesmo dia em que a obrigação garantida (critério da simultaneidade).

Tendo em conta os referidos elementos de interpretação da lei, resulta, pois, claro que, com o atual requisito da acessoriedade material, o legislador vem apenas exigir, para efeitos de aplicação da exclusão de tributação, a existência de uma mera relação de causalidade, instrumentalidade ou “dependência causal” da garantia face à obrigação garantida.

Como salientou LUÍS FRAGOSO o preenchimento do requisito de acessoriedade material basta-se com “(...) uma verdadeira dependência causal da garantia face à obrigação garantida, ou seja, a primeira apenas surge como consequência da segunda, apenas existe enquanto a segunda existir e reduz-se à medida que a obrigação garantida se vai reduzindo” – cf. Garantias bancárias autónomas e Imposto do Selo. Tributar ou não tributar? Essa é a questão, Verbo jurídico, Março 2010, pág. 8.

Aliás, como a própria ATA assumiu no Despacho SDG, P2010000295, de 24 de março de 2010 “(...) a garantia só é materialmente acessória quando recai única e exclusivamente sobre as responsabilidades emergentes do contrato principal e não sobre quaisquer outras responsabilidades / obrigações já constituídas ou a constituir”.

Neste mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) em Acórdão, de 24 de outubro de 2012, proferido no processo n.º 258/12, no qual pode ler-se que “contratos acessó-

rios são aqueles que têm por finalidade assegurar o cumprimento de outro contrato, denominado principal (...)”.

Deve, assim, entender-se que para efeitos do preenchimento do requisito de acessoriedade material previsto na Verba 10 da TGIS bastará que as garantias de obrigações sejam constituídas com vista a assegurar o cumprimento de um negócio-base especialmente tributado em Imposto do Selo.

Entendemos pois não restarem dúvidas de que uma garantia bancária autónoma prestada para garantir uma obrigação sujeita a Imposto do Selo deve ser considerada materialmente acessória dessa obrigação que visa garantir, sem prejuízo das características de autonomia que lhe são intrínsecas.

Com base no que ficou dito, entendemos que uma garantia bancária autónoma é suscetível de preencher o requisito de acessoriedade material e de beneficiar da exclusão de tributação em Imposto do Selo prevista na verba 10 da TGIS.

Acresce que, a nosso ver, interpretação diversa – como aquela que assume a ATA no Despacho n.º 10297 –, para além de ilegal por violação do disposto na verba 10 da TGIS, é suscetível de privilegiar a constituição de determinadas garantias em detrimento das garantias bancárias autónomas, restringindo, assim, a liberdade de decisão dos operadores económicos, sem qualquer justificação válida para esse efeito, o que configura uma restrição injustificada ao princípio constitucional da neutralidade fiscal enquanto corolário dos princípios da igualdade e do direito fundamental de livre iniciativa económica, previstos nos artigos 13.º, 61.º, 80.º, al. c), e 86.º da Constituição da República Portuguesa.

Como bem salientou LUÍS FRAGOSO, a interpretação adotada pela ATA é suscetível de levantar vários problemas relativamente às garantias bancárias autónomas constituídas para assegurar, designadamente, o cumprimento de contratos de financiamentos bancários (v.g. mútuos, abertura de crédito) porquanto “i) o mutuário vai pagar imposto de selo duas vezes, coisa que não aconteceria se em vez da garantia autónoma tivesse apresentado, por exemplo, uma fiança; e ii) os mutuários poderão começar a “fugir” das garantias bancárias autónomas em virtude de as mesmas serem tributadas, optando por constituir outras garantias para, assim, evitarem uma tributação excessiva.” – cf. *Ob. Cit.*, pág. 3.

Entendemos assim que de uma interpretação da verba 10 da TGIS à luz dos elementos literal, siste-

mático, teleológico e histórico e conforme ao princípio constitucional da neutralidade fiscal resulta que as garantias bancárias autónomas são suscetíveis de preencher o requisito de acessoriedade material e de beneficiar da exclusão de tributação, em Imposto do Selo, prevista na verba 10 da TGIS.

3 · DA (IN)APLICABILIDADE DA REGRA DE EXCLUSÃO DE TRIBUTAÇÃO ÀS CONTRAGARANTIAS DE GARANTIAS BANCÁRIAS AUTÓNOMAS (QUANDO TRIBUTADAS EM IMPOSTO DO SELO)

Conforme anteriormente referido, o contrato de garantia bancária autónoma pode ser caracterizado como um contrato a favor de terceiro, em que o garante se compromete perante o devedor ou ordenante a realizar uma prestação a favor de um terceiro (no caso, o credor), que não é parte do contrato. Em caso de inexecução do contrato-base, o garante deverá pagar ao terceiro ou credor de tal contrato-base o valor da prestação acordada entre o garante e o devedor do contrato-base ou ordenante e terá direito de regresso sobre o devedor relativamente ao valor da prestação paga ao credor.

Para assegurar a satisfação do seu direito de regresso, o garante costuma exigir a apresentação de uma contragarantia idónea pelo ordenante.

De facto, conforme salientou ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO “(...) a garantia autónoma é um negócio muito enérgico, que requer uma série de cuidados por parte dos intervenientes. O mandante vê-lhe escapar o controlo do pagamento. (...) O garante, por seu turno, assume uma responsabilidade que terá de honrar, mesmo quando descubra que o mandante não oferece a necessária confiança. Por isso – e em regra – a garantia autónoma é prestada mediante contragarantias idóneas, ou através de esquemas que tornem comportável o risco que representa.” – cf. *Op. Cit.*, pág. 762.

A respeito das contragarantias de garantias bancárias autónomas, e como antes referido, a ATA veio também – no mesmo Despacho n.º 10297 – afirmar não serem tais contragarantias suscetíveis de integrar o conceito de acessoriedade material para efeitos da aplicação da exclusão de tributação em Imposto do Selo prevista na verba 10 da TGIS.

Com efeito, afirma a ATA que “Só em relação ao contrato-promessa de prestação da garantia, que igualmente regula os direitos e obrigações do garante e do devedor/ordenador no quadro das relações contratuais pressupostas, mas independentes do contrato de garan-

tia, é que se pode encontrar a acessoriedade.” Por esse motivo, a ATA entende que uma contragarantia de uma garantia bancária autónoma não é “(...) *acessória do contrato de garantia autónoma, é antes acessória de um mero contrato-promessa de prestação de facto, neste caso de promessa de emissão de garantia autónoma. Este contrato-promessa de prestação de garantia não é especialmente tributado em imposto do selo, caso em que, então, seria aplicável a exclusão tributária da mencionada Verba 10, parte final, da TGIS, à contra-garantia prestada.*” – cf. Despacho n.º 10297.

O entendimento da ATA nesta matéria já resultava do Parecer n.º 265/2013, de 31 de dezembro de 2013, no qual pode ler-se que “(...) *a garantia bancária autónoma pressupõe três distintas de relações contratuais entre três sujeitos de direito. A primeira relação contratual é a que resulta do contrato base constitutivo da obrigação garantida e celebrado entre credor garantido e devedor / ordenante. (...) A segunda relação contratual é a estabelecida entre devedor e garante, normalmente instituição de crédito, através do qual o garante se vincula, mediante pagamento de uma comissão, a celebrar com o credor um contrato de garantia autónoma. Correctamente a mencionada Circular n.º 15/2000 qualificaria esse compromisso entre devedor / ordenante e garante como mera promessa de prestação de facto: a emissão de garantia bancária autónoma [que] não está abrangida na incidência do imposto do selo. A terceira relação contratual é aquela pela qual a garantia bancária autónoma é prestada pelo garante ao credor do contrato base*”.

Assim, no entendimento da ATA as contragarantias de garantias bancárias autónomas não podem ser consideradas materialmente acessórias de contrato especialmente tributado em Imposto do Selo por serem acessórias de um mero contrato-promessa de prestação de garantia, o qual não é especialmente tributado em Imposto do Selo.

Uma vez mais, discordamos diametralmente do entendimento adotado pela ATA nesta matéria. Entendemos que o contrato de garantia bancária autónoma (que a respetiva contragarantia visa garantir) não pode ser desdobrado em três relações contratuais, devendo antes – como em seguida veremos – ser enquadrado como um definitivo e único contrato celebrado entre o ordenante ou devedor do contrato-base e o garante ou emitente da garantia a favor de um terceiro (o credor do contrato-base).

Com efeito, não existe qualquer promessa de celebração de um contrato de garantia bancária autónoma à luz do artigo 410.º do CC o que resulta evi-

dente: (i) da simultaneidade temporal do acordo celebrado entre o ordenante da garantia e o garante e da emissão da garantia bancária autónoma; (ii) da inexistência de qualquer contrato celebrado entre devedor e garante através do qual o garante se vincule ou prometa celebrar um novo contrato com o credor; (iii) da incidência de Imposto do Selo da garantia bancária autónoma (sem prejuízo da possibilidade de exclusão de tributação, nos termos referidos no ponto anterior).

Poderíamos até compreender a posição da ATA nesta matéria se o contrato de garantia bancária autónoma pudesse ser configurado como um negócio jurídico unilateral o que, como salientou FRANCISCO CORTEZ, não é possível “(...) *face ao princípio da tipicidade dos negócios jurídicos unilaterais (art. 457.º do CC) e à ausência de norma que regule a matéria*” – cf. A garantia bancária autónoma – Alguns problemas, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 52, II, Julho 1992, pág. 530.

Por outro lado, a declaração de garantia bancária autónoma emitida pela garante não representa um novo contrato ou relação contratual sendo a mera consequência imediata do contrato (de garantia bancária autónoma) celebrado entre o devedor e o garante a favor de terceiro (o credor).

Acresce que, também não se vislumbra qualquer terceira relação contratual estabelecida entre o garante e o credor uma vez que, por um lado, a aceitação da garantia bancária autónoma pelo credor é absolutamente irrelevante na perspetiva do garante e, por outro lado, o credor assume apenas a posição de terceiro, não sendo parte do contrato de garantia bancária autónoma e adquirindo imediatamente o direito à prestação acordada entre o devedor e o garante sem ter qualquer intervenção no contrato de garantia bancária autónoma.

Neste sentido já teve oportunidade de se pronunciar o Tribunal Arbitral “(...) *o contrato de garantia bancária não é um contrato-promessa de garantia, mas sim o contrato que tem por objeto a garantia pessoalmente assumida pelo banco do cumprimento da obrigação do ordenante para com o beneficiário, sendo um contrato especialmente tributado pela TGIS (...) Nem se afigura que o contrato de garantia bancária se constitua apenas no momento em que o garante seja chamado a indemnizar o credor do contrato-base. Por um lado, o credor do contrato-base é um terceiro relativamente ao contrato estabelecido entre o garante e o ordenante; por outro, nada justificaria a tributação da garantia bancária em data anterior à da sua constituição, sendo que, no limite, em caso de a garantia bancá-*

ria não chegar a ser executada, não haver tributação, por não ter sido constituída.” – cf. decisão arbitral, de 20 de abril de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 678/2017-T.

Tendo concluído pela existência de “(...) uma verdadeira acessoriedade material entre as hipotecas constituídas pela Requerente e as obrigações que visaram garantir, decorrentes do contrato de garantia bancária.” - cf. decisão arbitral, de 20 de abril de 2016, proferida no âmbito do processo n.º 678/2017-T.

Ainda no mesmo sentido, decidiu o STA em Acórdão, de 24 de outubro de 2012, proferido no âmbito do processo n.º 0258/12, no qual pode ler-se, além do mais, o seguinte: “O contrato de hipoteca compreende-se à luz das exigências que de regra as instituições financeiras impõem aos seus clientes para a prestação de certas garantias ou empréstimos [e] deve ser classificado como um contrato acessório do principal que no caso dos autos era a prestação de uma garantia bancária (Contratos acessórios são aqueles que têm por finalidade assegurar o cumprimento de outro contrato, denominado principal, de que o mais esclarecer exemplo é a fiança)”.

Em linha com o que ficou dito, entendemos pois que não existe qualquer promessa de garantia bancária autónoma mas antes um único contrato de garantia bancária autónoma celebrado entre o devedor ou ordenante e o garante a favor de um terceiro (o credor), o qual é especialmente tributado em Imposto do Selo. Assim, uma contragarantia que seja constituída para assegurar o direito de regresso do garante sobre o devedor ou ordenante nos termos de um contrato de garantia bancária autónoma (não excluída de tributação, por não se verificarem as respetivas condições) é suscetível de beneficiar da exclusão de tributação em Imposto do Selo da verba 10 da TGIS.

Finalmente, não podemos deixar de referir a inconsistência de todo o entendimento da ATA, que no mesmo Despacho em que sustenta que a garantia bancária autónoma se encontra sujeita a Imposto do Selo e afirma, sem sustentação legal, como defendemos no ponto anterior, que tal garantia não pode beneficiar da exclusão de tributação em Imposto do Selo, vem depois afirmar que tal garantia bancária autónoma deve ser configurada como um contrato-promessa, que naturalmente (e porque a verba 10 da TGIS apenas se aplica a garantias e não a contratos-promessa de garantias) nunca poderia ficar sujeito a Imposto do Selo. Maior é tal inconsistência se (abstraindo da natureza jurídica da garantia bancária autónoma) tiver-

mos em consideração que (i) no ponto a) do Despacho n.º 10297, a ATA vem (erradamente como demonstramos no ponto anterior deste artigo) afirmar que irremediavelmente a garantia bancária autónoma fica sujeita a Imposto do Selo – sendo obviamente um contrato especialmente tributado em sede de Imposto do Selo –, mas depois, (ii) no ponto b) do mesmo Despacho, vem afirmar a respeito das respetivas contragarantias que as mesmas não beneficiam da exclusão de tributação porque a garantia bancária autónoma é, apenas para este efeito, um mero contrato-promessa, o qual não é especialmente tributado em sede de Imposto do Selo.

4 · CONCLUSÃO

Do que fica dito, entendemos que a posição adotada pela ATA, versada, designadamente, no Despacho n.º 10297, no sentido de que a exclusão de tributação em Imposto do Selo prevista na verba 10 da TGIS é de aplicação impossível às garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias:

- (i) Assenta em diversos equívocos no que respeita à natureza jurídica da garantia bancária autónoma e ao próprio conceito de acessoriedade material (necessário à aplicação da regra de exclusão de tributação às garantias);
- (ii) Não tem um mínimo de correspondência com a letra e com o espírito da norma de exclusão de tributação, não respeitando as regras elementares de interpretação das normas jurídicas (artigos 9.º do CC e 11.º da LGT);
- (iii) Deve ser considerada desconforme ao princípio da neutralidade fiscal por desincentivar a constituição de garantias bancárias autónomas, sem qualquer justificação válida para esse efeito;
- (iv) É contraditória nos seus termos ao por um lado, afirmar que o contrato de garantia bancária autónoma é sujeito a Imposto do Selo (nunca beneficiando da exclusão de tributação), e por outro, para sustentar a não aplicação da exclusão de tributação às contragarantias de garantias bancárias autónomas, defender que o contrato de garantia bancária autónoma incorpora um contrato-promessa, o que implica que, como tal, não se enquadre no conceito de contrato especialmente tributado para efeitos de Imposto Selo; e, finalmente,
- (v) Não respeita o artigo 68.º-A, n.º 4 da LGT, que estabelece que “[a] administração tributária

deve rever as orientações genéricas (...) atendendo, nomeadamente, à jurisprudência dos tribunais superiores”.

Deixamos assim à ATA a sugestão de rever a sua posição, terminando com toda e qualquer discriminação das garantias bancárias autónomas e respetivas contragarantias em relação às demais garantias das obrigações – que não só não encontra qualquer

suporte ou justificação legal como, pelo contrário, levanta diversas questões de legalidade e constitucionalidade – e revogando, em consequência, toda a doutrina administrativa onde, no passado, tal posição tenha sido assumida (nomeadamente, o Despacho n.º 10297).

SUSANA ESTÊVÃO GONÇALVES E CATARINA FERNANDES*

* Advogadas do Área Direito fiscal da Uría Menéndez - Proença de Carvalho (Lisboa).