

DA TRIBUTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO À TRIBUTAÇÃO DO FACTO ECONÓMICO DA UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO CONSAGRADA NO NOVO CÓDIGO DO IMPOSTO DO SELO *

Através da Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro, foi aprovado o novo Código do Imposto do Selo e Tabela Geral anexa que substituirá, após a sua entrada em vigor, em 1 de Março de 2000, o Regulamento e Tabela Geral actualmente vigentes.

Na esteira do relatório da Comissão de Desenvolvimento da Reforma Fiscal tentou fazer-se ressurgir o Imposto do Selo com uma nova dinâmica, no pressuposto de que o mesmo constitui uma forma adequada de tributação residual, ou seja, de manifestações de capacidade contributiva não abrangidas pela incidência dos impostos sobre o rendimento e consumo existentes.

O objecto do presente artigo não é, porém, comentar a opção tomada em matéria de política fiscal consubstanciada na publicação de nova legislação do Imposto do Selo.

Pretende-se apenas passar em revista as principais alterações que os novos diplomas legais vieram introduzir em matéria de tributação das aberturas de crédito. Em especial, referir-se-ão os termos e condições ao abrigo dos quais o legislador entendeu sujeitar à nova disciplina fiscal contratos celebrados em data anterior à da sua entrada em vigor.

Sendo a tributação das aberturas de crédito uma matéria extremamente relevante para as empresas e de grande impacto para a própria receita do Imposto do Selo, o texto inicial do novo Código do Imposto do Selo e Tabela Geral anexa, publicado em Setembro de 1999, foi já objecto de alterações significativas, antes mesmo a sua entrada em vigor - alterações introduzidas pela Lei n.º 176-A/99, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado - Rectificativo - para 1999).

1. O regime de tributação em vigor até 1 de Março de 2000

O artigo 1º da actual Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS) sujeita a tributação, à taxa de 5 por mil, as aberturas de crédito. Ao contrário do contrato de mútuo que vem expressamente tipificado no artigo 1142º do Código Civil, a abertura de crédito é um contrato inominado, o que certamente explica que o legislador tenha procedido à sua definição expressa no artigo 1º da TGIS, para efeitos da respectiva tributação. De acordo com esta disposição legal, considera-se abertura de crédito “a obrigação que alguém assume, mediante instrumento público, escrito particular ou correspondência, de fornecer a

outrem fundos, mercadorias ou outros valores, quer para utilizar no país, quer no estrangeiro”. Esta definição coincide com a noção corrente de abertura de crédito na actividade bancária.

O elemento distintivo da abertura de crédito do contrato de mútuo, por sua vez tributado no artigo 54º da TGIS, consiste no objecto da prestação do creditante.

Com efeito, sem prejuízo do estabelecimento de determinadas condições de utilização, a abertura de crédito cria um direito potestativo do cliente de utilização do crédito, com a correspondente sujeição do banco a uma prestação de facto.

Daqui resulta, que ao definir a base da incidência do Imposto do Selo do artigo 1º da TGIS através da assunção de uma obrigação de concessão de crédito, e não através de uma concreta concessão de crédito, como sucede na tributação do mútuo, o legislador elegeu como facto tributário uma “promessa de concessão de crédito”, e de modo algum uma utilidade económica. Tributa-se, assim, no artigo 1º da TGIS, a obrigação de disponibilização do crédito e não o crédito concedido. Aliás, a Administração Tributária sempre entendeu ser devido o Imposto do Selo do artigo 1º da TGIS em virtude da mera colocação do crédito à disposição do cliente, independentemente da sua utilização efectiva.

2. O novo regime de tributação

O novo Código do Imposto do Selo (adiante abreviadamente CIS) e Tabela Geral (adiante abreviadamente TG) aprovados pela Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro, introduziu um novo sistema de tributação das operações financeiras assente no facto económico da utilização do crédito.

De acordo com a verba 17.1 da TG, o Imposto do Selo passa a recair sobre o crédito efectivamente utilizado e não já sobre o negócio jurídico de concessão do crédito.

Crédito tributado é, a partir de agora, apenas e só o crédito efectivamente utilizado, não se reflectindo na incidência do Imposto do Selo a constituição do direito potestativo de utilização do crédito que resulta da celebração do contrato de abertura de crédito.

De igual forma, e ao abrigo deste novo princípio de tributação, determina a referida verba 17.1 da TG que a taxa de tributação passa a variar em função do prazo de utilização do crédito, como se segue: (i) crédito de prazo até um ano, 0,04% por cada mês ou fracção; (ii) crédito de prazo igual ou superior a um ano, 0,5% e (iii) crédito de prazo igual ou superior a cinco anos, 0,6%.

Salienta-se, por último, o disposto na verba 17.1.4 da TG, segundo a qual o crédito utilizado sob a forma de conta corrente, descoberto bancário ou qualquer outra forma em que o prazo de utilização não seja

determinado ou determinável fica sujeito a tributação sobre a média mensal da dívida, à taxa de 0,04%. De acordo com a redacção final deste preceito, após alteração introduzida pelo Orçamento (rectificativo) de 1999, a média mensal objecto de tributação obtém-se através da soma dos saldos devedores apurados diariamente durante o mês (não se contando os dias em que se verifiquem saldos credores ou nulos), divididos por trinta.

3. A aplicação do novo regime de tributação a contratos celebrados em data anterior à data de entrada em vigor do novo CIS.

Tão radical alteração no sistema de tributação das operações de crédito em geral, e das aberturas de crédito em especial, não podia ser consagrada sem algumas cautelas. Com especial relevância precisamente no caso dos contratos de abertura de crédito celebrados em data anterior à da entrada em vigor da nova legislação, pois sendo muitas das vezes as aberturas de crédito contratos de execução continuada, estes poderão produzir efeitos ao abrigo de dois regimes de tributação muito diversos.

Com efeito, tais aberturas de crédito podem ter sido tributadas no momento em que foram contratadas (à taxa de cinco por mil sobre o respectivo montante) e poderiam ficar sujeitas a nova tributação, desta feita sobre o montante dos fundos utilizados, a partir da entrada em vigor do novo regime tributário.

Tendo em atenção este aspecto, o legislador estabeleceu, no artigo 3º da Lei 150/99, um regime transitório de aplicação do novo CIS e TG.

A questão essencial é a da sua aplicação no tempo, ou seja, a questão de saber, em geral, em que medida poderão os contratos de abertura de crédito celebrados anteriormente à entrada em vigor do CIS e TG ficar sujeitos às novas regras de tributação.

Trata-se de matéria amplamente discutida desde a publicação do novo texto legal e que foi já alvo de alteração legislativa. Passaremos a referir o que a este respeito dispunha a redacção inicial da Lei 150/99 e, separadamente, as alterações que posteriormente lhe foram introduzidas pela Lei n.º 176-A/99 de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento (rectificativo) de 1999.

3.1. Redacção inicial da Lei 150/99

Sob a epígrafe “Regime transitório”, dispunha o artigo 3º do referido diploma legal o seguinte:

“1 - A Tabela Geral anexa aplica-se, sem prejuízo do número seguinte, aos contratos celebrados a partir de 1 de Janeiro de 2000.

2 – São considerados novos contratos a segunda prorrogação e a prorrogação não automática efectuada após o 30º dia anterior ao seu termo dos contratos referidos no n.º1.

3 – (...)

4 – (...) “.

Estabeleceu-se o princípio geral de que a nova regulamentação do Imposto do Selo apenas seria aplicável aos contratos celebrados a partir da sua entrada em vigor, como se sabe, inicialmente prevista para 1 de Janeiro de 2000. Pretendeu-se, não obstante, sujeitar contratos concluídos em data anterior ao novo regime de tributação, em certas condições estabelecidas no n.º 2.

A mencionada redacção legal levantava, porém, algumas questões prévias.

A primeira, pela remissão feita no n.º 2 do preceito para os “(...) contratos referidos no n.º1”. Com efeito, contratos referidos no n.º 1 eram os “(...) celebrados a partir de 1 de Janeiro de 2000.”

Tratava-se, manifestamente, de um lapso de redacção, sendo certo que a entender-se de modo diferente a leitura da referida disposição seria totalmente esvaziada de qualquer sentido útil.

Julgamos que face aos princípios de interpretação das normas fiscais, a referida disposição deveria ser lida como consagrando o princípio da aplicação do CIS e da TG apenas a contratos celebrados a partir de 1 de Janeiro de 2000. O CIS e TG seriam igualmente aplicáveis a contratos celebrados em data anterior, a partir do momento em que devesse considerar-se verificada, para efeitos de tributação, a celebração de um novo contrato. Ou seja, no momento da segunda prorrogação ou da primeira prorrogação não automática efectuada após o 30º dia anterior ao seu termo, desses mesmos contratos.

Por outro lado, tendo o critério acolhido nesta matéria assentado no mecanismo da prorrogação dos prazos contratuais, podia levantar-se a dúvida de saber se seriam relevantes as prorrogações ocorridas em data anterior à da entrada em vigor da nova legislação. Não obstante a omissão da letra da lei a este respeito, a resposta não podia, em nosso entender, deixar de ser negativa face aos princípios de interpretação das normas tributárias.

Feitas estas considerações prévias, e atento o critério seguido pelo legislador pareciam-nos possíveis algumas conclusões sobre o regime transitório de aplicação dos novos CIS e TG consagrado na redacção inicial da Lei 150/99, assentes na distinção entre contratos de prazo determinado e contratos de prazo indeterminado.

3.1.1 Contratos com prazo determinado

Estes contratos ficarão sujeitos ao CIS e TG a partir do momento em que, em virtude de prorrogações ao seu prazo inicial, se deva considerar celebrado um novo contrato, para efeitos da respectiva tributação. Conforme se referiu, tal verificar-se-á no momento da primeira prorrogação não automática ou, em qualquer caso, no momento da segunda prorrogação do prazo inicialmente estabelecido.

3.1.2 Contratos de prazo indeterminado

Apresenta-se como mais problemático o enquadramento deste tipo de contratos, correntemente designados por “contratos sem prazo”. Em sentido juz-civilístico a sua qualificação precisa parece-nos ser, não a de “contratos sem prazo”, mas a de contratos de prazo indeterminado ou, usando outra terminologia, de contratos sujeitos a termo incerto, em que a declaração de alguma das partes no sentido de suspender os efeitos do contrato é um evento de verificação certa mas cujo momento é indeterminado. A prorrogação do prazo verifica-se, em sede de direito das obrigações, quando um novo prazo constitui um aditamento a um prazo anterior, começando a contar-se só após o termo deste. Ou seja, o conceito de prorrogação contratual exprime a realidade consubstanciada na expansão ou alargamento temporal de determinado contrato, o qual se projecta, temporalmente, para além do prazo convencionado.

Diríamos, assim, que inerente ao conceito de prorrogação de um contrato subjaz a existência de um prazo determinado inicialmente convencionado, bem como a expansão temporal do contrato. Deste modo, não pode falar-se, em sentido jurídico, e por definição, de prorrogação de um prazo indeterminado ou de um contrato sujeito a termo resolutivo incerto.

Dispõe o artigo 11º n.º 2 da Lei Geral Tributária que sempre que nas normas fiscais se empreguem termos próprios de outros ramos do direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei. Ora não vislumbramos que decorra da lei fiscal qualquer sentido diverso ao acima exposto e aceite no âmbito do direito das obrigações, relativamente ao conceito de prorrogação de um contrato.

Parece-nos, pois, legítimo concluir, que o mecanismo excepcional estabelecido na redacção inicial do artigo 3º n.º 2 da Lei 150/99, assente na prorrogação de um prazo contratual, não poderia funcionar nem ser aplicado a contratos de prazo indeterminado, celebrados antes da data de entrada em vigor da mesma Lei 150/99.

3.2 As alterações introduzidas pelo Orçamento de Estado (rectificativo) para 1999.

O Orçamento de Estado (rectificativo) para 1999 (Lei n.º 176-A/99, de 30 de Dezembro) introduziu alterações não apenas à Lei 150/99, como também ao próprio texto do CIS e da TG. Atento o objecto do presente texto e considerando que as modificações feitas não questionaram os princípios fundamentais dos novos CIS e TG, antes visaram corrigir erros materiais da versão inicial e garantir a uniformidade da sua aplicação, faremos apenas uma breve referência à questão da data de entrada em vigor da nova legislação e referiremos de seguida as alterações ao seu regime transitório de aplicação.

3.2.1 Entrada em vigor do CIS e da TG

Tratou-se certamente da modificação de maior relevância imediata, tendo-se estabelecido o adiamento da data da entrada em vigor dos novos CIS e TG de 1 de Janeiro para 1 de Março de 2000.

A justificação da medida, solicitada pela Associação Portuguesa de Bancos (que pretendia inclusivamente o diferimento da entrada em vigor para o segundo semestre de 2000), terá assentado essencialmente no facto de a reforma do Imposto do Selo implicar uma alteração dos procedimentos informáticos das instituições de crédito que, por coincidir com o “bug” informático de 2000, seria susceptível de causar perturbação à sua actividade.

O referido adiamento, por outro lado, proporciona à Administração Tributária e aos próprios contribuintes o atempado esclarecimento das dúvidas que a aplicação da nova lei veio colocar.

3.2.2 O regime transitório no Orçamento (rectificativo) de 1999

Após as alterações introduzidas pela Lei 176-A/99, o artigo 3º da Lei 150/99 passou a ter a seguinte a redacção :

“1 - A Tabela Geral anexa aplica-se, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do presente artigo, aos contratos celebrados a partir da data da entrada em vigor do Código do Imposto do Selo.

2 – Para efeitos do número anterior, são considerados novos contratos a segunda prorrogação e a prorrogação não automática efectuada após o 30º dia anterior ao termo do respectivo prazo dos contratos de garantia das obrigações e de concessão de crédito celebrados anteriormente à data referida no n.º 1, entendendo-se como primeira prorrogação a que ocorra após a mesma data.

3 – *Os contratos de abertura de crédito celebrados até à data de entrada em vigor do Código do Imposto do Selo, em que o crédito seja utilizado sob a forma de conta corrente prevista no ponto 17.1.4 da Tabela Geral anexa, cessam em 31 de Dezembro de 2002, passando o crédito utilizado a partir dessa data a ser tributado nos termos aí previstos.*

4 – (...)

5 – [...]“.

Resulta da nova redacção do n.º 1 deste preceito legal que a TG se aplica, sem prejuízo dos n.ºs 2 e 3, apenas aos contratos celebrados após a entrada em vigor do CIS. Até aqui nada de novo.

Relevantes são, porém, os novos n.ºs 2 e 3 do referido artigo 3º.

O primeiro destes números veio esclarecer que os contratos susceptíveis de serem abrangidos pelo regime transitório são apenas, e só, os contratos de concessão de crédito e os contratos de prestação de garantia. Deste modo são afastadas quaisquer dúvidas que a este respeito se podiam levantar face à redacção inicial do preceito.

Esclareceu igualmente, que as prorrogações susceptíveis de implicar a qualificação como novos contratos dos “contratos prorrogados”, são apenas as efectuadas após a entrada em vigor do CIS. Quando o prazo de um contrato tiver sido prorrogado uma ou várias vezes antes da entrada em vigor dos novos CIS e TG, essa prorrogação ou prorrogações não são de considerar respectivamente como primeira prorrogação ou novo contrato para efeitos da incidência da verba 17 da nova TG. Conforme se compreende, as partes, pelo menos no que respeita às prorrogações efectuadas antes da entrada em vigor da Lei 150/99, não conheciam nem podiam conhecer os efeitos dessa prorrogação ou prorrogações no regime jurídico-tributário do contrato. Parece assim aceitável que não se lhes reconheçam efeitos jurídico-tributários. Conforme se disse, julgamos que mesmo face à redacção inicial do preceito, e na ausência de referência expressa sobre esta matéria, o entendimento agora expressamente consagrado era o único em concordância com os princípios de interpretação das normas tributárias.

O novo n.º 3 do artigo 3º, parece-nos ser a disposição que mais questões e dúvidas tem vindo a suscitar. Desde logo, pela formulação e remissão usada para circunscrever o seu campo de aplicação aos contratos de abertura de crédito em que o crédito seja utilizado sob a forma de conta corrente prevista no ponto 17.1.4 da TG.

Depois, pela terminologia utilizada na referência feita à “cessação” desses contratos em 31 de Dezembro de 2002. Não poderá deixar de entender-se que com esta expressão apenas se quis estabelecer que os contratos celebrados em data anterior à da entrada em vigor da nova legislação passam a estar sujeitos

às novas regras de tributação a partir de 1 de Janeiro de 2003, isto independentemente dos efeitos jurídicos que os contratos continuem a produzir entre as partes (obviamente não pode ser a lei fiscal a determinar o termo da produção dos efeitos do contratos entre as partes).

Mas a maior dúvida de interpretação do novo n.º 3 do artigo 3º resulta da remissão que é feita para as aberturas de crédito em conta corrente abrangidas no ponto 17.1.4 da TG.

De acordo com os novos princípios de tributação, o ponto 17.1.4 da TG refere-se ao prazo da utilização do crédito. O que parece não estar em consonância com o estabelecido no n.º 2 do preceito acima transcrito, bem como com o regime anterior de tributação onde a relevância é dada ao prazo dos contratos (e não ao prazo da utilização do crédito).

Atenta a remissão feita, parece-nos que será possível entender-se que as aberturas de crédito em conta corrente ficam exclusivamente sujeitas à regra do n.º 3, não lhes sendo aplicável a regra das prorrogações do n.º 2 do preceito em análise.

O que significa que os contratos de abertura de crédito em conta corrente celebrados em data anterior ficam sujeitos às novas regras de tributação após 31 de Dezembro de 2002, independentemente de por força das prorrogações do respectivo prazo, face às regras do n.º 2, se considerar como celebrado um novo contrato antes daquela data.

Todavia atenta a evolução histórica do preceito, poderá também defender-se que o novo n.º 3 não é uma norma excepcional em relação ao regime transitório consagrado inicialmente (que, recorde-se, assenta nas prorrogações do prazo dos contratos)

O legislador teria assim pretendido, através deste n.º 3, colmatar lacunas da redacção inicial do artigo 3º da Lei n.º 150/99, limitando temporalmente, por referência a 31 de Dezembro de 2002, o funcionamento do regime transitório com recurso ao mecanismo das prorrogações dos prazos contratuais, que tinha estabelecido na redacção inicial.

Neste perspectiva os n.ºs 2 e 3 do artigo 3º da Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro não seriam de aplicação disjuntiva, mas sucessiva, ou seja, sempre que em virtude das prorrogações do prazo se deva ter por celebrado um novo contrato em data anterior a 31 de Dezembro de 2002, as utilizações de fundos efectuadas a partir dessa data ficarão de imediato sujeitas às novas regras de tributação. Nos outros casos, a sujeição às novas regras de tributação ocorre a partir de 31 de Dezembro de 2002.

Assumindo a maioria das linhas de crédito das empresas a forma de contratos de abertura de crédito em conta corrente (e não de contratos de abertura de crédito simples), é provável que Administração

Tributária venha a emitir uma decisão administrativa onde clarifique o âmbito de aplicação do novo n.º 3 do artigo 3º da Lei n.º 150/99, de 11 de Setembro.

Refira-se por último que, não sendo o contrato de abertura de crédito sujeito a forma legal, será importante tentar encontrar os elementos que possam servir para caracterizar um contrato de abertura de crédito como um contrato em conta corrente.

A nosso ver, o elemento determinante das chamadas aberturas de créditos em conta corrente é a possibilidade de reutilização do crédito, mediante reembolsos que o creditado efectue durante o prazo do contrato. Isto, por contraponto às aberturas de crédito simples, em que o creditado pode utilizar o “plafond” do crédito por uma única vez, mediante sucessivos levantamentos parciais.

Ou seja, as chamadas aberturas de créditos em conta corrente, são contratos de execução continuada onde ocorre o chamado sistema de “revolving”, que permite a renovação do crédito sempre que o débito da conta se encontre a um nível inferior ao “plafond” autorizado.

4. A aplicação no tempo do novo CIS face à norma geral anti-abuso

Uma regra geral anti-abuso destinada a combater o abuso de formas jurídicas como meio de elidir o pagamento dos impostos foi uma das novidades introduzidas pelo Orçamento de Estado de 1999, o qual aditou um artigo 32º-A ao Código de Processo Tributário. Este artigo viria posteriormente a ser transposto para o artigo 38º da Lei Geral Tributária.

De acordo com esta norma, a Administração Tributária pode retirar efeitos fiscais a alguns tipos de negócios e tributar a operação tal qual se teria realizado se não fosse o intuito específico de reduzir a carga fiscal por meio de manipulação de tipos negociais.

Trata-se de negócios jurídicos que são verdadeiros e aparentes e, portanto, nada simulam ou dissimulam, na medida em que os contribuintes e os terceiros contratantes querem efectivamente aquilo que declaram, dirigindo de forma clara os negócios em causa à poupança fiscal.

Questão pertinente, neste âmbito, é a da aplicação no tempo da própria norma anti-abuso. Não parece hoje oferecer dúvidas a ninguém que a referida disposição legal só será aplicável a negócios jurídicos celebrados e a actos jurídicos realizados após a data de entrada em vigor do Orçamento do Estado de 1999.

Em relação à tramitação processual de aplicação da norma anti-abuso, julgamos igualmente de concluir que cabe à Administração Tributária o ónus da prova da demonstração de que a celebração do negócio ou prática do acto tiveram como fim único ou determinante evitar ou diminuir a tributação que seria devida em caso de negócio ou acto de substância económica equivalente. Tal resulta dos princípios gerais e encontra-se confirmado pelo texto do artigo 63º do Código de Procedimento e Processo Tributário, recentemente publicado.

À luz do acima exposto julgamos possível que certas situações de aparente manipulação dos prazos ou dos tipos dos contratos de abertura de crédito possam vir a ser questionadas pela Administração Tributária.

No entanto, julgamos que a Administração Tributária apenas poderá razoavelmente tentar aplicar a cláusula geral anti-abuso, a este tipo de situações, partindo do pressuposto de que os textos do novo CIS e da TG eram do conhecimento dos contribuintes. Apenas a partir desse conhecimento fará sentido argumentar que se verificou uma manipulação negocial exactamente destinada a acomodar os contratos em questão aos referidos textos legais. Deste modo, entendemos que a data de publicação do novo CIS e TG, 11 de Setembro de 99, poderá ser determinante na avaliação das situações em relações às quais possa haver risco de aplicação da cláusula geral anti-abuso.

* **Pedro Patrício Amorim e
Gonçalo Bastos Lopes**