Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANDREA BIONDI
apresentadas em 13 de fevereiro de 2025 [1]

Processo C-685/23

Corner and Border S. A.
contra
Autoridade Tributária e Aduaneira

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD), Portugal]

«Reenvio prejudicial — Impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais — Emissão de obrigações — Contrato de garantia — Imposto do selo — Alcance do conceito de formalidade conexa — Conceito de privilégio»

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. O artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2008/7 [2], sob a epígrafe «Operações não sujeitas a impostos indiretos», tem a seguinte redação:

«Os Estados-Membros não devem sujeitar a qualquer forma de imposto indireto:

[…]

b) Os empréstimos, incluindo os estatais, contraídos sob a forma de emissão de obrigações ou outros títulos negociáveis, independentemente de quem os emitiu, e todas as formalidades conexas, bem como a criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação dessas obrigações ou de outros títulos negociáveis.»

[1] Língua original: italiano.

[2] Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais (JO 2008, L 46, p. 11).

2. O artigo 6.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Impostos e direitos», tem a seguinte redação:

«Em derrogação ao disposto no artigo 5.º, os Estados-Membros podem cobrar os seguintes impostos e direitos:

[…]

d) Direitos que onerem a constituição, inscrição ou extinção de privilégios e hipotecas;

[…]»

B. Direito português

3. O artigo 1.º da Lei n.º 150/99, de 11 de setembro, que aprovou o Código do Imposto do Selo, sob a epígrafe «Código do Imposto do Selo e tabela anexa», tem a seguinte redação:

«São aprovados pela presente lei o Código do Imposto do Selo e a Tabela Geral anexos, que substituem, respetivamente, o Regulamento do Imposto do Selo, aprovado pelo Decreto n.º 12700, de 20 de novembro de 1926, e a Tabela Geral do Imposto do Selo, aprovada pelo Decreto n.º 21916, de 28 de novembro de 1932, e alterações posteriores.»

4. O n.º 10 da Tabela Geral do Imposto do Selo (a seguir «TGIS») tem a seguinte redação:

«10 – 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 — sobre o respetivo valor, em função do prazo, considerando-se sempre como nova operação a prorrogação do prazo do contrato:

[…]

10.3 – Garantias sem prazo ou de prazo igual ou superior a cinco anos … 0,6 %».

II. Processo principal e questões prejudiciais

5. A Corner and Border S. A. (a seguir «C&B») é uma sociedade anónima de direito português, cujo capital social é detido na sua totalidade pela ONEX RENEWABLES S.à r.l., uma sociedade de responsabilidade limitada inscrita no Registo de Comércio e de Sociedades do Luxemburgo (a seguir «ONEX»).

6. Em 21 de julho de 2021, a ONEX adquiriu à EDP RENEWABLES, SGPS, S. A., uma sociedade anónima de direito português, a totalidade do capital social da EÓLICA DO SINCELO, S. A., uma sociedade anónima de direito português (a seguir «ES»), e da EÓLICA DA LINHA, S. A., uma sociedade anónima de direito português (a seguir «EL»).

7. Em 29 de julho de 2021, a ONEX cedeu à C&B a sua posição contratual no contrato de compra e venda das ações da ES e da EL.

8. Em 27 de janeiro de 2022, a C&B celebrou um contrato de financiamento denominado *Facilities Agreement*, no âmbito do qual emitiu um empréstimo obrigacionista, com a emissão de obrigações nominativas e escriturais, de valor nominal de 100 000 euros por título, no montante global de emissão de 348 900 000 euros, fracionado em duas classes de obrigações (classes «A» e «B») que foram integralmente subscritas pelo BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (a seguir «BST»).

9. O *Facilities Agreement* foi celebrado com o objetivo de financiar o pagamento do preço da compra e venda das ações da ES e da EL, bem como para refinanciamento da dívida existente dessas sociedades.

10. Para garantia do cumprimento de todas as obrigações e responsabilidades constituídas ao abrigo do *Facilities Agreement*, foram prestadas diversas garantias de natureza real e/ou pessoal pela ONEX, pela C&B, bem como pela ES e pela EL, através do contrato denominado *Security Agreement* (contrato de prestação de garantias) celebrado entre estas sociedades, na qualidade de garantes, e o BST, na qualidade de beneficiário e agente das garantias.

11. No âmbito do *Security Agreement*, a ONEX concedeu várias garantias e promessas de garantias [3] e o mesmo fizeram a C&B [4], a ES e a EL [5].

12. A celebração do *Security Agreement* e a prestação das garantias anteriormente referidas foram necessárias e essenciais à celebração do *Facilities Agreement* e à consequente emissão do empréstimo obrigacionista.

13. Em 27 de janeiro de 2022, o notário que exarou a escritura do *Facilities Agreement* e do *Security Agreement* liquidou imposto do selo, de acordo com a verba 10.3 da TGIS, através da aplicação da taxa de 0,6 % sobre o valor de 348 900 000 euros, resultando assim num imposto apurado de 2 093 400 euros.

14. A C&B pagou por débito da sua conta bancária o montante de 2 093 400 euros.

15. Em 3 de agosto de 2022, a C&B apresentou reclamação graciosa contra o ato de liquidação de imposto do selo.

16. Em 3 de dezembro de 2022, formou-se uma presunção de indeferimento tácito do pedido de reclamação graciosa em virtude da falta de decisão da Autoridade Tributária e Aduaneira.

17. Em 2 de março de 2023, a C&B apresentou o pedido arbitral que originou o presente processo.

[3] Penhor financeiro de primeiro grau sobre as ações da C&B, e respetivos direitos inerentes; promessa de penhor financeiro sobre novas ações que venham a ser emitidas pela C&B e respetivos direitos inerentes; penhor de primeiro grau de quaisquer créditos presentes de que a ONEX seja titular, enquanto sociedade-mãe, sobre a C&B e promessa de penhor financeiro sobre futuros créditos acionistas de que a ONEX venha a ser titular.

[4] Penhor financeiro de primeiro grau sobre as ações da ES e da EL, e respetivos direitos inerentes; promessa de penhor financeiro sobre novas ações que venham a ser emitidas pela ES e pela EL e respetivos direitos inerentes; penhor de primeiro grau de quaisquer créditos acionistas presentes de que a C&B seja titular, enquanto sociedade-mãe, sobre a ES e a EL; promessa de penhor financeiro sobre futuros créditos acionistas de que a C&B venha a ser titular; penhor de primeiro grau de quaisquer créditos de que a C&B seja titular; cessão de créditos com escopo de garantia de todos os créditos de que a C&B venha a ser titular; penhor financeiro de primeiro grau sobre o saldo das contas bancárias de que a C&B era titular à data da celebração do *Security Agreement*, e promessa de penhor financeiro de primeiro grau sobre o saldo de novas contas bancárias de que a C&B venha a ser titular após a celebração do *Security Agreement*.

[5] Penhor financeiro de primeiro grau sobre o saldo das contas bancárias de que as sociedades eram titulares à data da celebração do *Security Agreement*; promessa de penhor financeiro de primeiro grau sobre o saldo de novas contas bancárias de que as sociedades venham a ser titulares após a celebração do *Security Agreement*; penhor de primeiro grau de quaisquer créditos de que as sociedades sejam titulares e cessão de créditos com escopo de garantia de todos os créditos de que as sociedades venham a ser titulares.

18. Nestas condições, o Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 5.º, n.º 2, alínea b)[,] da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à tributação em Imposto do Selo de garantias consubstanciadas em penhores financeiros de ações, de saldos de contas bancárias, de créditos acionistas e a cessão de créditos com escopo de garantia, prestadas em relação a uma operação de emissão de obrigações?

2) A resposta à primeira questão difere consoante a prestação das garantias seja legalmente exigida ou facultativa e voluntariamente acordada?

3) A resposta à primeira questão difere no caso de as garantias terem sido prestadas no âmbito de uma operação de emissão de obrigações sujeita a subscrição particular por um Banco, cuja posição de subscritor pode ser transmitida por vontade da entidade emitente, ainda que condicionada e sujeita a penalidades/comissões?

4) O artigo 6.º, n.º 1, alínea d)[,] da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro deve ser interpretado no sentido de que abrange as garantias consubstanciadas em penhores financeiros de ações, de saldos de contas bancárias, de créditos acionistas e a cessão de créditos com escopo de garantia, prestadas no âmbito de uma operação de emissão de obrigações abrangida pela alínea b), do n.º 2, do artigo 5.º do mesmo diploma?»

III. Análise jurídica

19. Com as suas quatro questões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), e o artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2008/7 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que prevê a aplicação do imposto do selo às garantias concedidas, sob a forma de penhores financeiros de ações, de saldos de contas bancárias e de empréstimos acionistas, bem como sob a forma de cessão de créditos, com vista ao cumprimento adequado das obrigações decorrentes de um empréstimo obrigacionista emitido por uma sociedade de capitais.

20. Iniciarei a minha análise jurídica precisamente pelo exame da relação entre as duas disposições do direito da União, que considero fulcral, para dar uma resposta útil às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Abordarei de seguida a interpretação que proponho em termos de princípio e concluirei o raciocínio depois de analisar as duas disposições.

21. O artigo 5.º enuncia o princípio da não sujeição a impostos indiretos dos empréstimos contraídos sob a forma de emissão de obrigações ou outros títulos negociáveis e todas as formalidades conexas. Como o Tribunal de Justiça já salientou por diversas vezes, a Diretiva 2008/7 procedeu a uma harmonização *exaustiva* dos casos em que os Estados-Membros podem sujeitar as reuniões de capitais a impostos indiretos[6]. Por conseguinte, o artigo 6.º derroga expressamente o disposto no artigo 5.º e autoriza os Estados-Membros a cobrarem direitos que onerem unicamente «a constituição, inscrição ou extinção de privilégios e hipotecas».

[6] V. Acórdãos de 19 de outubro de 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, n.º 27), e de 24 de fevereiro de 2022, Viva Telecom Bulgaria (C-257/20, EU:C:2022:125, n.º 65).

22. A relação entre as duas disposições é, evidentemente, de regra/exceção: a primeira enuncia uma regra de caráter geral, a segunda só é aplicável por derrogação da primeira quando se verifiquem as condições ali previstas.

23. O intérprete deverá, portanto, proceder a uma ponderação entre os dois princípios expressos nas duas disposições (livre circulação de capitais e direito de tributação dos Estados-Membros nos casos expressamente previstos), tendo porém em conta o facto de que o primeiro tem um alcance geral, considerando também que os impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais dão origem a discriminações, duplas tributações e disparidades que dificultam a livre circulação de capitais [7]. O segundo, em contrapartida, tem, nestas situações, um alcance meramente residual, mas não nulo: é o próprio legislador da União quem, depois de afirmar que a melhor solução para alcançar os objetivos da Diretiva 2008/7, ou seja, a harmonização da legislação relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais [8], consistiria em eliminar o imposto sobre as entradas de capital, reconhece que as perdas de receitas decorrentes da aplicação imediata desta medida são, no estado atual, inaceitáveis para os Estados-Membros [9].

24. Para proceder a essa ponderação é portanto necessário, em primeiro lugar, examinar o âmbito de aplicação do artigo 5.º O artigo 5.º prevê a proibição de sujeitar a impostos indiretos não apenas as operações financeiras sob a forma de emissão de obrigações, mas também todas as «formalidades conexas».

25. No caso em apreço, é evidente que a operação financeira principal está abrangida pelo conceito amplo de «contraídos sob a forma de emissão de obrigações ou outros títulos negociáveis». A questão que se coloca é a de saber se o contrato de garantia subscrito em simultâneo com o contrato de empréstimo obrigacionista está abrangido pelo conceito de «formalidades conexas».

26. Conforme esclarecido pelo Tribunal de Justiça, tendo em conta o objetivo prosseguido por esta diretiva, o artigo 5.º da mesma deve ser objeto de uma interpretação *latu sensu*, para evitar que as proibições que prevê sejam privadas de efeito útil. Assim, a proibição da imposição das operações de reunião de capitais aplica-se igualmente às operações que não estão expressamente referidas nesta proibição, uma vez que essa imposição equivale a tributar uma operação que faz parte integrante de uma operação global do ponto de vista da reunião de capitais [10].

27. Todavia, cabe avaliar até que ponto esta interpretação pode ser estendida. A jurisprudência do Tribunal de Justiça fornece orientações nesse sentido: por um lado, devem estar isentas de impostos indiretos, porque subsumíveis ao conceito de «formalidades conexas», quaisquer atuações que *uma sociedade de capitais é, por força da legislação nacional, obrigada* a levar a cabo para proceder à criação, emissão, admissão à cotação em bolsa, colocação em circulação ou negociação dos títulos negociáveis em causa [11]. Por outro lado, devem ser isentas de tributação aquelas operações, como os serviços de comercialização de participações em fundos comuns de investimento, que, apresentando uma ligação estreita com as operações de emissão e de

7 Considerando 2 da Diretiva 2008/7.

8 Considerando 3 da Diretiva 2008/7.

9 Considerando 6 da Diretiva 2008/7.

10 Acórdão de 22 de dezembro de 2022, IM Gestão de Ativos e o. (C-656/21, EU:C:2022:1024, n.º 28).

11 Despacho de 19 de julho de 2023, EDP (Imposto que incide sobre a comercialização de títulos) (C-416/22, EU:C:2023:604, n.º 28). O sublinhado é meu.

colocação em circulação de partes sociais, constituem uma *diligência comercial necessária* que, a esse título, deve ser considerada uma operação acessória, integrada na operação de emissão e de colocação em circulação de participações nos referidos fundos [12].

28. O contrato de garantia é certamente acessório do contrato de financiamento e apresenta uma ligação estreita com este, tanto do ponto de vista comercial como jurídico. Do ponto de vista jurídico, embora goze de autonomia própria, o contrato de garantia refere-se ao contrato de financiamento e tem precisamente por função garantir ao credor o reembolso do crédito por parte do devedor. A questão que se coloca é, todavia, de saber se pode ser considerado imposto pela legislação nacional ou se, (em alternativa), pode ser considerado uma diligência comercial necessária em relação ao contrato de financiamento.

29. A minha resposta a estas questões é decididamente mais estruturada e complexa do que a proposta pela recorrente ou pela Comissão. O contrato de garantia não é normalmente exigido por lei ou por outra fonte vinculativa em caso de emissão de obrigações. Tem, como já foi dito, a sua autonomia jurídica própria em relação ao contrato de financiamento, no sentido em que o contrato de financiamento pode existir juridicamente sem o contrato de garantia. As finalidades dos dois contratos são, portanto, diferentes: um visa permitir a operação financeira e industrial da empresa através da subscrição de obrigações por uma instituição de crédito; o outro visa, precisamente, oferecer à instituição de crédito a garantia de que recuperará os montantes emprestados. Isto significa que, diferentemente da hipótese analisada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão C-656/21, já citado, as duas operações não têm a mesma finalidade e a ocorrência da segunda não tem uma função direta na realização concreta da primeira operação. Isto só pode ser certo do ponto de vista do devedor: o credor, como parece afirmar a recorrente nos autos, poderia ter imposto como condição da operação a prestação de garantias.

30. O caráter acessório e a ligação entre o contrato de prestação de garantias e o contrato de financiamento não têm como consequência natural, a meu ver, a indissociabilidade entendida como uma necessidade para a sua existência jurídica concreta: o contrato de financiamento pode existir e produzir os seus efeitos jurídicos sem que tenha sido celebrado um contrato de garantia. É a vontade das partes, através de um contrato específico, que é a fonte constitutiva das garantias prestadas. Como revela a experiência, a prestação de garantias e o seu montante são proporcionais, em qualquer forma de financiamento, à solvabilidade do devedor. Quanto maior for a fiabilidade do devedor ou do projeto financeiro para o qual o financiamento é pedido, menor será a quantidade de garantias exigidas ao credor.

31. A segunda questão que se coloca é a de saber se a prestação de garantias pode ser considerada uma diligência comercial necessária de uma operação complexa e única. Sem prejuízo do que foi acima salientado, a experiência comum demonstra que, nas operações normais de financiamento (mútuos, créditos ao consumo, etc.), a prestação de garantia é, na prática, sempre exigida ao devedor, sob pena de não ser possível conceder o financiamento solicitado. Em operações financeiras mais complexas, a experiência é aparentemente mais variada. As respostas à pergunta, colocada pelo Tribunal de Justiça às partes na audiência, sobre se a emissão de uma obrigação é habitualmente acompanhada da prestação de garantias ou se esta deve ser considerada excecional, foram muito variadas. Se a recorrente afirmou que a prestação de garantias especiais é muito comum, a República Portuguesa afirmou, pelo contrário, que a maior parte das obrigações não estão cobertas por garantias porque o património do devedor constitui a garantia geral do

[12] Acórdão de 22 de dezembro de 2022, IM Gestão de Ativos e o. (C-656/21, EU:C:2022:1024, n.os 31 e 33).

cumprimento das obrigações. E acrescentou que, quando é constituída uma garantia, é-o a título excecional, porque as garantias não são habituais nem essenciais para a celebração de emissões de obrigações.

32. Não estou convencido de que o facto de a prestação de garantias representar, por hipótese, a «normalidade» no caso de empréstimos obrigacionistas seja suficiente para enquadrar a prestação de garantias na categoria das diligências comerciais necessárias de uma operação complexa e única e, de todo o modo, à luz das respostas divergentes obtidas na audiência, caberá ao órgão jurisdicional nacional verificar qual é a situação real no mercado financeiro português.

33. Em substância, em minha opinião, para o contrato de garantia poder ser considerado uma formalidade conexa com o contrato de financiamento, é necessário que o órgão jurisdicional nacional constate a existência de uma das seguintes condições alternativas: a obrigação imposta por lei ou por outra fonte que vincule a autonomia privada à prestação de garantias em caso de emissão de obrigações, a existência de situações de facto tais que permitam considerar a prestação de uma garantia uma diligência comercial necessária de uma operação complexa e única.

34. Um elemento revelador que poderia orientar o órgão jurisdicional nacional na sua constatação poderia precisamente ser o caráter essencial da prestação de garantia para efeitos da celebração do contrato de financiamento, no sentido de que, sem a prestação de garantias, um contrato de financiamento como o que é objeto do litígio no processo principal não poderia ser celebrado. Deste modo, mesmo juridicamente autónomo, o contrato de garantia poderia, através de uma interpretação extensiva que tivesse em conta os objetivos da diretiva, enquadrar-se numa diligência (ou melhor, operação) comercial necessária, suscetível de ser considerada uma operação acessória integrada na operação de emissão e de colocação em circulação de obrigações.

35. A possibilidade, nas condições acima descritas, de o contrato de garantia poder ser considerado uma formalidade conexa com o contrato de financiamento não nos dispensa de analisar o conteúdo do artigo 6.º: a proibição de cobrar impostos indiretos a operações financeiras como a emissão de obrigações e a todas as operações tão estreitamente conexas que possa ser considerada uma operação única e complexa deve, com efeito, ser considerada a regra, mas deve ser lida em conjugação com a exceção, a saber, a possibilidade de cobrar impostos indiretos nos casos em que, no âmbito das operações referidas no artigo 5.º, e, portanto, também em emissão de obrigações, se esteja em presença da «constituição, inscrição ou extinção de privilégios e hipotecas».

36. O artigo 6.º visa preservar o poder de tributação dos Estados-Membros em alguns casos específicos e excecionais nos quais, no âmbito da ponderação dos diferentes interesses em jogo, a aplicação de um imposto indireto é considerada compatível com a livre circulação de capitais.

37. A meu ver, esta hipótese abrange precisamente o caso objeto do litígio no processo principal, isto é, o caso em que a operação financeira é acompanhada da prestação de garantias pelo devedor que se podem enquadrar no conceito descrito pelo legislador da União.

38. Embora o conceito de hipoteca seja conhecido e o seu significado seja análogo nos diferentes ordenamentos jurídicos, sendo a garantia imobiliária típica destinada a assegurar um crédito, a questão interpretativa radica no significado a atribuir ao termo «privilégio» [13], cuja definição não existe na legislação da União e varia nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros [14].

39. Sem enveredar por reflexões complexas sobre os diferentes tipos de garantias existentes nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, importa, a meu ver, procurar um significado que possa ser unívoco para o direito da União, tendo em conta a sua relação com o conceito de hipoteca.

40. A Comissão procede a uma análise (na verdade, parcial e seletiva) dos termos utilizados nas diferentes versões linguísticas a fim de concluir que os significados não são unívocos, o que obriga a utilizar outros critérios hermenêuticos distintos do literal e, portanto, realizar uma análise contextual e funcional, isto é, relacionada com os objetivos da diretiva.

41. Concordo com esta parte da análise, mas não com as conclusões da Comissão. A análise das diferentes versões linguísticas não oferece ao intérprete uma base segura sobre a qual assentar uma conclusão fiável. Os trabalhos preparatórios também não fornecem, como confirmado pela própria Comissão, explicações convincentes sobre os motivos que justificaram a introdução da derrogação prevista no artigo 6.º, n.º 1, alínea d), nem sobre o significado a atribuir ao termo «privilégio».

42. A Comissão, ao examinar os objetivos da diretiva e o contexto em que se insere a disposição, conclui, em substância, que se deve atribuir à expressão «privilégio» o significado de uma garantia de natureza imobiliária, análoga àquela prevista em caso de hipoteca.

43. Segundo jurisprudência constante, na interpretação de uma disposição de direito da União, há que ter em conta não apenas os seus termos mas também o seu contexto e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte [15]. Neste âmbito, a interpretação proposta pela Comissão não me convence por várias razões: antes de mais, no plano literal, não me parece que a maioria das versões linguísticas examinadas pugne no sentido defendido pela Comissão. Em segundo lugar, a análise do contexto e dos objetivos da diretiva podem conduzir a uma conclusão muito diferente.

44. Com efeito, embora seja certo que a diretiva visa, principalmente, aplicar o princípio da livre circulação de capitais e, portanto, isentá-los, em princípio, da aplicação de impostos indiretos, prossegue também um objetivo de harmonização que, na medida em que não se considere que obsta ao efeito útil da proibição de aplicação de impostos indiretos, deixa aos Estados-Membros um poder de tributação residual.

45. Por conseguinte, a ponderação já é levada a cabo pelo legislador da União através do estabelecimento de uma regra ampla e de exceções restritas. Seria um erro metodológico impor uma limitação adicional quando da interpretação. Concordo, portanto, em adotar uma interpretação extensiva da disposição contida no artigo 5.º que abranja também situações que não estão diretamente contempladas na mesma, mas que lhe estão indissociavelmente ligadas.

[13] *Privilegium* era, no direito comum, uma vantagem concedida pela autoridade a um particular, a um grupo ou a uma comunidade.

[14] No ordenamento jurídico italiano, por exemplo, trata-se de uma das causas de preferência que constitui uma garantia patrimonial sobre determinados bens do devedor em relação à causa do crédito. Não se trata de um tipo específico de garantia, mas de um efeito que a lei atribui, em certos casos, a um crédito.

[15] V. Acórdão de 7 de junho de 2005, VEMW e o. (C-17/03, EU:C:2005:362, n.º 41).

46. Em contrapartida, não considero correto, mesmo adotando uma interpretação restritiva das situações previstas no artigo 6.º, em particular no n.º 1, alínea d), que se prive completamente de significado a expressão «privilégios e hipotecas» utilizada, considerando-a, em substância, uma hendíade [16]. Equivaleria a dizer que a exceção só se aplica em caso de hipotecas ou de garantias análogas de natureza exclusivamente imobiliária.

47. Penso, pelo contrário, que há que examinar o sentido da disposição avaliando qual a função e a característica particular da hipoteca na prestação de garantias para assegurar o crédito e, em seguida, atribuir um significado adequado ao termo «privilégio».

48. A hipoteca é manifestamente um tipo de garantia que oferece direitos preferenciais especiais ao credor em caso de incumprimento por parte do devedor. Isto significa que, no caso de uma pluralidade de dívidas por parte do devedor, o credor beneficiário de uma hipoteca verá o seu crédito satisfeito preferencialmente por conta do património do devedor.

49. Existem outros tipos de garantias, incluindo de natureza mobiliária, que conferem ao credor uma vantagem análoga, ou seja, a de ser satisfeito prioritariamente em caso de incumprimento do devedor.

50. Pois bem, em meu entender, a diretiva, ao utilizar a expressão «privilégios e hipotecas», *visava* agrupar os tipos de garantias cuja constituição, inscrição ou extinção tivesse um efeito análogo sobre os direitos do credor: o de constituir uma garantia especial suscetível de conferir direitos preferenciais na satisfação do crédito em caso de incumprimento. E isso independentemente da sua natureza mobiliária ou imobiliária.

51. Neste contexto, o termo «privilégios» deveria indubitavelmente incluir os penhores mobiliários, na medida em que estes últimos confiram, no ordenamento do Estado-Membro, direitos preferenciais especiais na aceção acima indicada, bem como, eventualmente, outros tipos de garantias que tenham os mesmos efeitos.

52. Se, por conseguinte, em Portugal, como parece resultar das observações apresentadas pelo Governo Português na audiência, o penhor é a máxima garantia possível, equiparável em termos funcionais à hipoteca, não se vê por que razão seria de excluir a possibilidade de aplicar o imposto do selo ao contrato de garantia.

53. No caso em apreço, compete ao órgão jurisdicional nacional avaliar se as garantias contidas no contrato de garantia conexo com a emissão de obrigações, embora não sendo de natureza hipotecária ou imobiliária, são suscetíveis de produzir os efeitos descritos e, portanto, se são enquadráveis, à luz das disposições do direito nacional, no conceito de «privilégio».

54. Voltando agora ao início do meu raciocínio, posso extrair algumas conclusões, reiterando o caráter fulcral da relação entre o artigo 5.º e o artigo 6.º da Diretiva 2008/7, para uma resposta útil às questões submetidas pelo órgão jurisdicional nacional.

55. A leitura dos considerandos da diretiva e o debate doutrinal sobre a matéria apontam para o desejo de superação da possibilidade de os Estados-Membros aplicarem impostos indiretos nas situações em que se concluem operações de capitais.

[16] Do grego antigo ἓν διὰ δυοῖν («um através de dois») é uma figura de retórica que consiste na utilização de duas palavras coordenadas para exprimir um único conceito.

56. Se se decidiu, contudo, deixar aos Estados-Membros, por motivos de receitas fiscais destinadas ao bem-estar geral, a possibilidade de tributar algumas operações conexas com as operações de capital, ainda que a título de derrogação circunscrita, há que dar um sentido a esta opção do legislador da União, que, evidentemente, ponderou os interesses em conflito. A ponderação deve, como se indicou acima, ser efetuada a dois níveis: entre a livre circulação de capitais e o poder de tributação dos Estados e entre o efeito útil da proibição enunciada no artigo 5.º e a aplicabilidade da exceção prevista no artigo 6.º

57. A interpretação proposta pela recorrente no processo principal e, em larga medida, também pela Comissão, não permite, em meu entender, uma ponderação adequada a nenhum destes dois níveis. Em especial, priva o artigo 6.º, n.º 1, alínea d), de qualquer significado e de utilidade residual, dando azo a uma situação iníqua, na qual só no caso de um contrato de garantia em que estejam previstas hipotecas é possível aplicar impostos indiretos, o que cria uma disparidade de tratamento entre garantias com as mesmas funções e efeitos que afetaria negativamente a autonomia contratual das partes. Com efeito, estas ver-se-iam muito dissuadidas de escolher garantias de natureza hipotecária pelo facto de isso poder conduzir à possibilidade de aplicar impostos indiretos que, em contrapartida, não seriam aplicáveis no caso de garantias mobiliárias com efeitos jurídicos análogos.

IV. Conclusão

58. Tendo em conta todas as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD, Portugal), do seguinte modo:

1) O artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à tributação em imposto do selo de garantias consubstanciadas em penhores financeiros de ações, de saldos de contas bancárias, de créditos acionistas e na cessão de créditos com escopo de garantia, prestadas em relação a uma operação de emissão de obrigações, desde que o contrato de garantia possa ser considerado uma formalidade conexa com o contrato de financiamento. É o que se verifica quando a obrigação de prestação de garantias em caso de emissão de obrigações é imposta por lei ou por outra fonte que vincule a autonomia privada ou, em alternativa, o órgão jurisdicional nacional constata a existência de situações de facto tais que permitam considerar a prestação de uma garantia uma diligência comercial necessária de uma operação complexa e única.

2) A prestação de garantias imposta por lei é uma condição para considerar o contrato de garantia celebrado por ocasião de um contrato de financiamento como uma formalidade conexa e, por conseguinte, opõe-se à sujeição a um imposto indireto na aceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008.

3) A circunstância de as garantias terem sido prestadas no âmbito de uma operação de emissão de obrigações sujeita a subscrição particular por um banco, cuja posição de subscritor pode ser transmitida por vontade da entidade emitente, ainda que condicionada e sujeita a penalidades/comissões, não prejudica a resposta à primeira questão.

4) O artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, deve ser interpretado no sentido de que abrange todas as garantias [prestadas no âmbito de uma operação de emissão de obrigações abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da mesma diretiva], cuja constituição ou inscrição tenha um efeito análogo sobre os direitos do credor, ou seja, de conceder direitos preferenciais especiais na satisfação do crédito em caso de incumprimento. E isso independentemente da sua natureza mobiliária ou imobiliária.