

# IDE: SUCURSAIS E SUBSIDIÁRIAS – DISCRIMINAÇÕES E SITUAÇÕES TRIANGULARES

Dr. FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Alguns dias antes da realização destas Jornadas de reflexão sobre a Reforma Fiscal de 1988/89 e, em particular, da discussão em torno do “investimento estrangeiro e dos contratos fiscais” que aqui nos reuniu hoje, foi divulgada a notícia de que Portugal continuava afastado do ranking dos 25 principais destinos de Investimento Directo Estrangeiro (doravante IDE).<sup>2</sup>

Não obstante existir uma acentuada consciência dessa realidade, com reflexos evidentes na nossa economia, reconhece-se também um sentimento generalizado que sublinha a necessidade de captar novos investimentos estrangeiros e reclama uma aposta séria na internacionalização da nossa economia.

Só que para inverter o actual estado das coisas, em grande parte motivado por um fenómeno de globalização associado à emergência da Ásia e, em particular, da China e da Índia e dos países do leste europeu, não bastam *wishful thinkings* nem sequer a adopção de um conjunto de medidas com impacto a curto prazo e sem sequência estratégica.

De facto, estamos em crer que na hora actual, tanto a atracção do investimento estrangeiro como o estímulo do próprio investimento nacio-

---

<sup>1</sup> Francisco de Sousa da Câmara, Professor convidado da Universidade Nova de Lisboa e sócio da sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

<sup>2</sup> *FDI Confidence Index* apresentado pelo *Global Business Policy Council*, Outubro 2004 (Vol. 7), da Consultora A. T. Kearney.

nal, dentro e fora fronteiras, só se consegue com uma estratégia de médio e longo prazo, desenvolvida por políticas claras e estáveis que sejam executadas e respeitadas pelas forças políticas que se sucedem.

Neste quadro, a área da fiscalidade tem certamente um peso muito especial; não só pelo que a redução dos impostos, a nível geral ou particular, pode significar em termos de competitividade geral, como porque representa uma área em que os graus de estabilidade, de segurança e de equidade se aferem de forma directa e empírica, com propensão para influenciar decisivamente os níveis de confiança dos investidores.

E, de facto, a experiência vivida desde a introdução da reforma fiscal de 1989, como advogado tributarista, mostrou-me bem a importância que os agentes económicos atribuem a estes factores, atacados por frequentes alterações legislativas, não raras vezes injustificadas, ambíguas ou até violadoras de compromissos internacionais, dando azo a interpretações e aplicações díspares e a contenciosos pesados e morosos. Neste contexto as faltas de neutralidade sem razão aparente e os tratamentos discriminatórios entre diferentes veículos ou entidades societárias também suscitam especial atenção.

A este propósito pareceu-me particularmente interessante cotejar hoje o tratamento consagrado a duas formas de IDE distintas – subsidiárias e sucursais ou *subsidiaries* e *branches* na terminologia anglo-saxónica – tendo por pano de fundo as situações triangulares e as discriminações muitas vezes cometidas contra os estabelecimentos estáveis (para efeitos desta comunicação restringidos às sucursais). Tanto mais que a situação presente (2004) é bastante diferente daquela que se vivia em Janeiro de 1989. Primeiro, porque ao tempo as sucursais também beneficiavam da aplicação do método da isenção então consagrado no artigo 45.º(1) do CIRC. Segundo porque no plano internacional a situação era totalmente diversa; a rede de Tratados celebrados por Portugal para eliminar ou atenuar a dupla tributação era muito mais restrita e, ainda não se havia publicado o relatório da OCDE sobre situações triangulares; e, finalmente, porque o Tribunal de Justiça da CE estava a dar os primeiros passos que viriam alterar, senão mesmo, revolucionar, estas questões (curiosamente já tinha sido proferida a decisão no célebre processo *Avoir Fiscal*, visando precisamente combater a discriminação contra formas secundárias de estabelecimento).

## 2. Situações triangulares e discriminação das sucursais

### 2.1. Introdução

Uma das primeiras questões que qualquer investidor estrangeiro coloca no momento em que decide investir directamente em Portugal é a de saber se deve fazê-lo constituindo uma sociedade de direito português (uma subsidiária) ou abrindo uma sucursal. E, em concreto, procura começar por saber as principais diferenças de tratamento consagrados a estas formas de organização.

Em Portugal, como na grande esmagadora maioria dos países, a subsidiária é tratada como uma entidade com personalidade jurídica independente, residente em território português e sujeita a uma obrigação de imposto ilimitada; e, ao invés, a sucursal é vista como um ramo do investidor não residente (i.e. sem personalidade jurídica), que dá origem à criação de um estabelecimento estável em território nacional, o qual se encontra sujeito a uma tributação de imposto limitada aos rendimentos que a si são imputados (i.e. não só os rendimentos obtidos em território nacional, como também aqueles que são obtidos por seu intermédio no estrangeiro)<sup>3</sup>.

Caso a sucursal decida investir no estrangeiro (seja num terceiro Estado ou no Estado da residência), tal facto dará origem a uma situação triangular, posto que o rendimento atribuído a uma entidade (e.g. sociedade A) pode ser triplamente sujeito a imposto. A presença de uma entidade (e.g. sociedade A) em dois Estados [Estado da Residência (ER) e Estado do Estabelecimento Estável (EEE)], auferindo e/ou pagando rendimentos para um terceiro Estado – Estado da Fonte<sup>4</sup> (EF) – ou para o

---

<sup>3</sup> Uma análise geral sobre o tratamento concedido às subsidiárias e sucursais em Portugal, no dealbar da reforma fiscal, pode encontrar-se em Francisco de Sousa da Câmara, “Portugal: Taxation of branches and subsidiaries”, *European Taxation*, Julho 1991, págs. 210-214.

<sup>4</sup> Existem variadíssimas situações que dão origem a outros casos triangulares, dos quais os originados com pagamentos de terceiros Estados (dividendos, juros, *royalties*, mais-valias, rendimentos comerciais, etc) a um estabelecimento estável localizado num Estado (EEE), diferente do da sede (ER), e com pagamentos de ou a sociedades com dupla residência são exemplos paradigmáticos. Por todos vejam-se, Franz Philipp Sutter e Ulf Zehetner, *Triangular Tax Cases*, ed. LindeVerlag, 2004 e literatura aí mencionada, incluindo Francisco Alfredo García, “Triangular Cases and Residence as a Basis for

próprio ER (situação em que há coincidência entre ER e EF) pode dar origem àquele resultado. No entanto, convém desde já sublinhar que estas situações podem dar origem a uma tripla tributação ou a uma não-tributação. Teoricamente, o rendimento obtido pela Sociedade A, através de um estabelecimento estável no terceiro Estado pode ser tributado neste último Estado, bem como sê-lo em qualquer um dos outros; mas, também poderá não estar sujeito ou ser isento de imposto mercê da consagração das regras domésticas (*quiça*, já decorrentes de harmonização comunitária) e convencionais para eliminar a dupla tributação. Neste contexto, é relevante apurar a forma de prevenir estas situações, com base nas Convenções bilaterais para eliminar a dupla tributação (doravante CDT) e nas disposições internas de cada Estado e, simultaneamente, verificar se há discriminações intoleráveis à luz das mesmas Convenções ou das regras comunitárias.

## 2.2. Limites à discriminação contra as sucursais

Já verificámos que o regime de tributação das subsidiárias e das sucursais é, por natureza, diferente uma vez que os residentes e os não residentes não se encontram na mesma posição. E, neste contexto, a questão que se coloca é precisamente a de saber se há limites que se impõem ao legislador e que impedem a discriminação de tratamento dessas realidades que tantas vezes consistem em não lhes estender benefícios concedidos a subsidiárias, designadamente quando, em concreto, não houver diferenças que justifiquem um tratamento fiscal distinto.

Em Portugal esta situação tem em várias ocasiões levado os investidores a optarem pela constituição de subsidiárias (sobretudo, após a

---

Alleviating International Double Taxation. Rethinking the Subjective Scope of Double Tax Treaties”, *Intertax* 1994/11, págs. 473 et. seq. (assim 475). Para uma análise do problema em geral, vejam-se também, Kees van Raad, “The 1992 OECD Model Treaty: Triangular Cases”, *European Taxation*, Setembro, 1993, págs. 298-301, Fabio Aramini, “Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice’s case law”, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, vol. 2, n.º 1, 2002, e o Relatório da OCDE sobre casos triangulares adoptado em Julho de 1992, incluído in *Model Tax Convention on Income and on Capital*, vol. II, com a epígrafe “Triangular cases”, ed. OECD.

transposição da Directiva 90/435/CEE), quando essa razão não constituiria a primeira escolha dos investidores não fosse a diferença de tratamento fiscal.<sup>5-6</sup>

No plano das questões que hoje elegemos para tratar, no contexto das situações triangulares, parece-me particularmente aliciante pôr em confronto as principais teses que se defrontam no sentido de procurar definir os limites e as exigências impostas ao Estado do EE, mas também ao ER e ao EF. Primeiro, será que o Estado do EE também deve conceder aos estabelecimentos estáveis os benefícios previstos nas suas convenções celebradas com o Estado da Fonte e até com terceiros Estados?

Ainda que os comentários do MCOCDE não sejam totalmente claros sobre esta matéria<sup>7</sup>, parecendo exigir que se integre uma nova cláusula

---

<sup>5</sup> Por exemplo, uma subsidiária não só terá vantagens se detiver participações sociais em sociedades nacionais como poderá beneficiar de uma série de outros benefícios fiscais reservados exclusivamente a sociedades residentes em Portugal. A isto acresce, por exemplo, o interesse da sociedade-mãe limitar a sua responsabilidade perante futuros credores (tanto públicos, como privados....). É claro que a generalidade daquelas disposições são contrárias ao direito comunitário, e em particular, ao artigo 56.º do Tratado CE uma vez que restringem a livre circulação de capitais entre Estados-Membros. Os investimentos no estrangeiros são automaticamente menos atractivos que os investimentos domésticos por efeito destas disposições fiscais. O TJCE já teve oportunidade de sublinhar, por diversas vezes, que estas regras nacionais são contrárias ao direito comunitário e que as vantagens concedidas aos rendimentos provenientes dos investimentos domésticos têm de ser concedidas àqueles que provêm dos restantes Estados-Membros da C.E.. A decisão do Processo Manninem [Proc. C-319/02] ilustra e explicita bem as razões porque o regime de isenção português para eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos (artigo 46.º do CIRC) é contrário ao direito comunitário, aguardando-se apenas que nasça o processo responsável pela sua eliminação ou modificação.

<sup>6</sup> Ana Paula Dourado lembra, a este propósito, que o *apport* mais significativo da jurisprudência comunitária nesta matéria terá sido o do Tribunal de Justiça da CE ter reconhecido aplicabilidade directa ao princípio da não discriminação previsto no Tratado CE, posto que o princípio já estava consagrado nas CDT celebradas por cada Estado (e.g. o qual, em geral, reproduz o artigo 24.º n.º 3 do MCOCDE). Mas, convém também perspectivar todo o conteúdo do princípio comunitário que é mais vasto, e sublinhar que se pode entender que tem efeitos sobre terceiros alargando o seu campo de aplicação. Ana Paula Dourado, “Do caso Saint-Gobain ao caso Metallgesellschaft: o âmbito do princípio da não discriminação do estabelecimento estável no Tratado da Comunidade Europeia e a cláusula da nação mais favorecida”, *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, págs. 91 e segs., ed. Fisco 2003 e Adolfo J. Martín Giménez e outros “Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ”, 55 *Bulletin*, ed. IBFD, Junho de 2001, págs. 241 e segs. (assim p. 247-249).

<sup>7</sup> Cfr. parágrafo 52 dos Comentários ao artigo 24.º do MCOCDE.

nos tratados bilaterais para regular este assunto, parte da doutrina europeia já perfilha o entendimento de que o Estado onde se localiza o estabelecimento estável deve conceder-lhe os benefícios atribuídos às sociedades nacionais, segundo um entendimento de que os princípios da não discriminação e da igualdade impõem o “tratamento nacional”; tanto os que decorrem da sua lei interna, como das convenções celebradas com o Estado da Fonte<sup>8</sup>. O *benchmark* nesta matéria começou por ser a decisão proferida no processo *Saint-Gobain*, apesar dos efeitos que se pretendem extrair terem já um alcance mais profundo que serão, porventura, abordados noutros casos relevantes que já aguardam decisão<sup>9</sup>.

Remontemos, pois, ao processo *Saint Gobain*. Independentemente de, em abstracto, a situação entre residentes e não residentes não ser comparável, o Tribunal da Justiça da CE veio exigir uma igualdade de tratamento quando a situação, em concreto, é objectivamente comparável. Em relação à percepção de dividendos por um EE Alemão, provenientes do estrangeiro, o Tribunal entendeu que o «... estabelecimento estável e as sociedades residentes na Alemanha estão em situação objectivamente comparáveis». De facto, adianta de seguida: «Quanto às matérias em causa, a diferença entre a obrigação fiscal limitada e a obrigação fiscal ilimitada não é certamente pertinente, uma vez que o rendimento e patrimónios mundiais não compreendem os dividendos recebidos das sociedades estrangeiras nem as participações em sociedades estrangeiras, devido à concessão das vantagens fiscais consideradas, de que não podem beneficiar os contribuintes sujeitos a uma obrigação fiscal limitada»<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Esta posição pressupõe uma distinção entre o princípio do tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida uma vez que esta última, ao invés da primeira, não exige que nacionais de dois ou mais Estados estejam numa situação comparável (por exemplo, uma sociedade do Estado 1 reclama no Estado 2 o mesmo tratamento que é concedido às sociedades do Estado 3 mesmo que a sociedade do Estado 1 não tenha presença no Estado 3). Ao invés, uma pessoa que invoca a cláusula da nação mais favorecida num certo Estado não procura obter o tratamento que esse Estado concede aos seus nacionais, mas o melhor dos tratamentos que confere aos nacionais de outros Estados.

<sup>9</sup> Tanto nos Processos D. (Processo C-376/03) como Bujara (Processo C-8/04) coloca-se a questão de saber se um certo Estado deve conceder a um nacional de um outro Estado os benefícios atribuídos a nacionais de um terceiro Estado, também comunitário, e que decorrem da aplicação da convenção bilateral para eliminar a dupla tributação celebrada entre o primeiro e terceiro Estados. Importa também aguardar o desfecho do processo ACT Class Action IV (Processo C – 374/04) sobre a problemática da nação mais favorecida no seio da U.E..

<sup>10</sup> Cfr. parágrafo 48 do Acórdão *Saint-Gobain* (Processo n.º 307/97, Acórdão de 21.IX.99).

Nesta linha, o Tribunal concluiu que os artigos 43.º e 48.º do Tratado de Roma se opunham a que o estabelecimento estável alemão de uma sociedade francesa não gozasse dos mesmos benefícios que a sociedade residente na Alemanha quando se encontrasse nas mesmas condições, pondo a claro que qualquer diferença de tratamento só será tolerada se existir uma diferença objectiva entre ambas as situações, diferença essa que tem de ser apreciada em concreto e numa base casuística<sup>11</sup>.

Mas, será que deste princípio também decorre a obrigação do Estado do estabelecimento estável estender todos os benefícios provenientes da convenção celebrada com o Estado da Fonte<sup>12</sup> ou com terceiros Estados, inclusive Estados não comunitários? Será que esta jurisprudência é susceptível de ser estendida a outros casos, designadamente quando estejam em causa rendimentos estrangeiros (e.g. juros e *royalties*) que beneficiem de regimes mais favoráveis ou não sejam sujeitos a imposto quando auferidos por sociedades residentes<sup>13</sup>? E outros ainda? E quais as obrigações que recaem sobre o Estado da residência e o Estado da fonte em situações triangulares?<sup>14</sup>

Vejam, pois, alguns exemplos práticos que facilitam a compreensão do problema e permitem detectar as possíveis respostas para estas questões tendo por destinatários sociedades não residentes com estabelecimentos estáveis (sucursais) em Portugal.

---

<sup>11</sup> Neste caso, apesar dos residentes e não residentes serem tributados com base em obrigações ilimitadas e limitadas, respectivamente, de facto, no que respeita aos dividendos recebidos de sociedades estrangeiras, estavam em situação idêntica, só que, ao tempo, o método de isenção só era atribuído às sociedades alemãs.

<sup>12</sup> Parágrafo 58 do Acórdão Saint-Gobain. Veja-se também H.E. Kostense, “The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?” *EC Tax Review*, Abril de 2000, págs. 225-232.

<sup>13</sup> Esta conclusão levou Pistone a afirmar que entrámos na terceira fase da evolução judicial, P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties, Issues and Solutions*, pág. 245, ed. Kluwer, 2002.

<sup>14</sup> Vejam-se, em geral, Ana Paula Dourado, “Do caso Saint-Gobain ao caso Metallgesellschaft: o âmbito do princípio da não discriminação do estabelecimento estável no Tratado da Comunidade Europeia e a cláusula da nação mais favorecida”, *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, págs. 91 e segs., ed. Fisco 2003; e Adolfo J. Martín Giménez e outros “Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECP”, 55 *Bulletin* ed. IBFD, Junho de 2001, págs. 241 e segs. (assim p. 250-252).

## 2.3. Situações Triangulares

### 2.3.1. *Pagamentos efectuados a um estabelecimento estável português*

Supondo que um banco alemão, através de um estabelecimento estável (EE) localizado em Portugal, obtém dividendos que são pagos por uma sociedade residente em Espanha em virtude das acções associadas àquele pagamento estarem afectas ao EE, quem terá legitimidade e competência para tributar?<sup>15</sup>

Como já deixámos entrever, teoricamente, esta situação pode dar origem a uma tripla tributação (na Alemanha, em Portugal e em Espanha) do rendimento proveniente de Espanha e a uma dupla tributação do rendimento obtido em Portugal, sendo certo que as múltiplas tributações poderão ser eliminadas ou atenuadas pelos Estados da residência e do estabelecimento estável, quer através da aplicação das CDT quer através de normas unilaterais previstas no ordenamento jurídico de qualquer um daqueles dois Estados.

Acontece que as CDT, celebradas com base no Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE (doravante MCOCDE) são bilaterais e só se aplicam às pessoas que forem residentes de um ou de ambos os Estados contratantes, decorrendo do princípio da relatividade dos tratados que só os residentes é que se poderão prevalecer

---

<sup>15</sup> Este mesmo exemplo poderia ser replicado a propósito dos juros e dos royalties, apesar de certos contornos serem distintos mercê das regras substantivas aplicáveis a cada caso. No entanto, no plano convencional a situação é precisamente semelhante no sentido de que seria possível aplicar a CDT celebrada entre a Alemanha e Espanha e o artigo 25.º/2 da CDT Alemanha e Portugal. Em qualquer caso, estes princípios podem ser excepcionados ou alterados nas Convenções celebradas por cada Estado. A este propósito recorda-se que as Convenções celebradas pelo Brasil estipulam, em geral, que o Estado da Fonte não está limitado a aplicar a taxa reduzida, nos pagamentos de juros, quando os mesmos forem “.....atribuídos ou pagos a um estabelecimento estável de um residente do outro Estado contratante situado em terceiro Estado” (cfr. artigo 11.º n.º 4 da CDT celebrada entre Portugal e Brasil). Esta situação corresponde, pois, a uma derrogação ao princípio da relatividade dos tratados “... não no sentido ampliativo de permitir a aplicação do Tratado a estabelecimentos permanentes de pessoas residentes em terceiros Estados, mas no sentido restritivo de fazer depender a aplicação do tratado não exclusivamente em função da residência do devedor e do credor, mas cumulativamente em função da localização do estabelecimento permanente no próprio país de residência do credor – Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, pág. 158, 6ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro 2004.



da aplicação dos mesmos. E, desta feita, os dividendos provenientes de Espanha e recebidos pelo estabelecimento estável português do banco alemão estão sujeitos a imposto em Espanha e em Portugal, e não beneficiam da aplicação do regime da CDT celebrada entre Portugal e Espanha (não impondo limitações sobre o EF ou o ER, seja a respeito do imposto retido na fonte, ou quanto à eliminação da dupla tributação).

A partir de 2005, com a transposição da Directiva 2003/123/CE, os Estados-membros serão obrigados a estender o regime de eliminação da dupla tributação dos dividendos aos estabelecimentos estáveis das sociedades europeias e, por conseguinte, verificados os respectivos pressupostos, os dividendos deverão ser pagos em bruto e sem qualquer retenção na fonte no EF. E, por outro lado, deverão ser isentos de imposto no ER. No caso em apreço não poderão ser tributados em Espanha, em Portugal ou na Alemanha.

Todavia, quando não estiverem reunidas as condições para aplicar o regime da Directiva, a sociedade alemã poderá prevalecer-se da CDT celebrada entre a Alemanha e a Espanha para reduzir a tributação na fonte para 15% ou 10%, conforme o nível da participação social detida nesta última. Esta tributação poderá vir a ser eliminada na Alemanha por aplicação do método da isenção. E em Portugal? A CDT celebrada entre Portugal e Espanha não se poderá aplicar directamente como já vimos e, por conseguinte, a questão que se levanta consiste em saber se o E.E. do banco alemão terá a possibilidade de beneficiar do regime doméstico para eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos (consagrado no artigo 46.º do CIRC), de qualquer regime convencional (e.g. convenção celebrada entre Portugal e a Alemanha ou entre Portugal e a Espanha) ou das regras unilaterais portuguesas para eliminar a dupla tributação jurídica internacional (artigo 85.º do CIRC), em virtude do disposto no artigo 25.º/2 da CDT celebrada entre a Alemanha e Portugal?

No caso concreto, verifica-se que o estabelecimento estável português não goza do método de isenção (o qual, com a excepção do regime que implementou as Directivas 90/435/CEE e 2003/123/CE, é reservado para participações detidas em sociedades residentes por outras entidades residentes) consagrado no artigo 46.º do CIRC<sup>16</sup>. Este regime é manifes-

---

<sup>16</sup> Tratando-se de dividendos, literalmente, não se poderia aplicar o artigo 46.º (1) do CIRC; a sucursal limitar-se-ia a beneficiar do regime que elimina a dupla tributação jurídica segundo o método de imputação normal (cfr. artigo 85.º do CIRC). Com a entrada em vigor do Orçamento de Estado para 2005 (Lei n.º 55-B/2004 de 30 de

tamente contrário ao princípio da livre circulação de capitais, em virtude da sua atribuição depender do local de investimento do capital; situação essa que não é sequer justificável à luz de um eventual princípio de coesão do sistema fiscal nacional, ou pelo facto dessa alteração provocar dificuldades de controlo administrativo ou perda da receita. Em suma, ao aplicar-se o método de isenção apenas às sociedades residentes que detenham participações noutras sociedades residentes, discrimina-se claramente contra o investimento em participações estrangeiras. Ora, tanto os artigos 56.º e 58.º do Tratado da CE como a jurisprudência comunitária (e.g. Processos Saint-Gobain, Manninem, etc.) impõem que o regime consagrado no artigo 46.º do CIRC deveria, pois, ser estendido às subsidiárias e/ou estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes que recebessem dividendos provenientes de outros Estados comunitários<sup>17-18</sup>.

Admitindo, por outro lado, que em Espanha o dividendo foi tributado, o E.E. português do banco alemão tem direito ao crédito do imposto normal, não só em decorrência do citado artigo 25.º/2 da Convenção celebrada entre a Alemanha e Portugal (a CDT celebrada entre Portugal e Espanha, ainda que não aplicável, serviria para calcular o montante máximo de crédito que deveria ser concedido ao estabelecimento estável), como de acordo com as regras unilaterais vigentes (e.g. artigo 85.º do CIRC) e com o próprio princípio da liberdade de estabelecimento.

---

Dezembro) foi transposta para o direito interno a Directiva Comunitária 2003/123/CE, a qual veio expressamente estender a aplicação do regime de isenção para eliminar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos aos estabelecimentos estáveis portugueses pertencentes a sociedades residentes na Comunidade Europeia. Como veremos este regime mitiga o problema das discriminações contra os estabelecimentos estáveis (os que pertencem a sociedades europeias), mas não o resolve totalmente, porque se a sociedade-mãe não for residente na Comunidade (e.g. se for um Banco Americano) ou não beneficiar do regime previsto na Directiva 90/435/CE, o método da isenção não se aplica.

<sup>17</sup> Acresce que o regime português é ainda manifestamente discriminatório contra os E.E. portugueses e contrário ao princípio que consagra a liberdade do estabelecimento (artigo 43.º do Tratado CE), em virtude daqueles E.E. também não poderem beneficiar do regime previsto no artigo 46.º/8 quando detenham participações em sociedades portuguesas [admitindo que não se aplica o regime da Directiva – 2003/123/CE], sendo discriminados *vis-a-vis* as sociedades de direito nacional; o que importa também modificar.

<sup>18</sup> Na sequência de eventual sucesso num processo de impugnação contra actos de liquidação ou auto-liquidação de IRC que não tenham respeitado aqueles princípios comunitários (ainda que seja necessário proceder ao reenvio prejudicial) a administração fiscal ficará obrigada a proceder aos consequentes reembolsos de imposto, e correspondentes juros.

A citada cláusula convencional que proíbe as discriminações exige que o Estado onde se encontra o estabelecimento estável (EE) não trate este último EE de forma menos favorável (designadamente não o sujeite a impostos e/ou obrigações acessórias mais gravosas) do que as sociedades nacionais/subsidiárias que exerçam a mesma actividade. Neste sentido, até os EE europeus (e.g. portugueses) de sociedades não europeias devem beneficiar do regime concedido às sociedades europeias, uma vez que tal regime é aplicável às sociedades residentes no estado onde se encontra o EE<sup>19</sup>.

Por seu turno, perante o presente quadro legal, a experiência tem evidenciado que os Estados da Fonte (e.g. Espanha) não abdicam do seu poder de tributar na fonte com base no seu poder soberano (direito doméstico), eventualmente auto-limitado por uma CDT reconhecida como aplicável (e.g. CDT Alemanha/Espanha). A CDT celebrada entre Portugal e Espanha poderá, é certo, ser invocada com base em argumentos comunitários, por aqueles que, a respeito da decisão *Saint Gobain*, adoptam uma tese vanguardista que consiste em extrair “efeitos sobre terceiros” daquela decisão, reclamando que o próprio EF estaria, por exemplo, obrigado a conceder os benefícios consagrados na CDT celebrada com o Estado do EE (e.g. abstendo-se, por exemplo, de reter na fonte ou retendo à taxa da CDT celebrada entre o EF e o EE qualquer eventual pagamento de dividendos, juros e/ou royalties)<sup>20</sup>.

Acontece que, no caso em apreço, o EE português não é uma sociedade residente em Portugal e o EF (Espanha) só se vinculou a conceder determinado tratamento (o previsto na CDT celebradas entre Portugal e Espanha) às sociedades residentes em Portugal. Mais, no quadro actual, a Espanha celebrou uma CDT com a Alemanha e uma outra com Portugal e repartiu o seu poder de tributar os rendimentos de fonte espanhola com aqueles dois Estados, de forma distinta, respeitando o princípio da reciprocidade e preservando os equilíbrios bilateralmente. Mas será que essa justificação é suficiente para tratar diferentemente dois residentes na U.E.? A verdade é que ainda que se invoque o princípio da não discriminação e a necessidade das Convenções respeitarem o direito comunitário,

<sup>19</sup> Cfr. artigo 26.º/2 da CDT celebrada entre Portugal e os EUA. Todavia, há quem rejeite esse entendimento por considerar que a atribuição deste benefício, por exemplo, a um Banco Americano, consistiria em interpretar o artigo 24.º/3 como uma cláusula que atribuí o tratamento da nação mais favorável...

<sup>20</sup> Adolfo J. Jiminéz e outros, *ob. cit.*, págs. 247-252.

a menos que o TJCE viesse revolucionar e pôr em causa o sistema das CDT bilaterais, na linha dos argumentos apresentados pelo advogado-geral no Processo D., ou que qualquer outro Tribunal nacional viesse a aceitar tal tese, é muito improvável que as administrações fiscais dos Estados-Membros interpretem que o princípio do tratamento nacional ou até a cláusula do tratamento da nação mais favorecida tenham aquele efeito sobre o Estado da Fonte.

### 2.3.2. *Pagamentos efectuados por um estabelecimento estável português*

Retornando a um exemplo próximo daquele com que ilustrámos a situação anterior (2.3.1.), teríamos agora a sucursal portuguesa de um banco italiano a efectuar pagamentos de juros a uma sociedade comercial independente localizada num terceiro Estado (e.g. Espanha) em virtude, por exemplo, desta última ter subscrito um empréstimo obrigacionista de curto prazo emitido pelo Banco com os fundos afectos à sucursal portuguesa e com a obrigação desta última remunerar o empréstimo.

Estará este pagamento sujeito a uma retenção na fonte? Onde? De acordo com que regime? Que regime interno ou convencional aplicar?

Antes de mais devemos questionarmo-nos sobre se de acordo com as normas domésticas nacionais, o pagamento de juros por parte da sucursal financeira portuguesa a uma sociedade comercial residente em Espanha está sujeita a imposto. E, de acordo com a aplicação das regras domésticas nacionais chegaríamos à conclusão de que assim seria [i.e. de que, em princípio, haveria que proceder a uma retenção na fonte de 20% a título de IRC]<sup>21-22</sup>.

Mas, de seguida, levantar-se-ia a questão de saber se o Estado Italiano, enquanto Estado da Fonte (relembre-se que a sociedade, cuja sucursal financeira se encontra em Portugal, tem a sua sede em Itália), também poderia proceder a uma retenção na fonte em relação ao mesmo pagamento de juros?<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Cfr. artigos 4.º (3) al. c) 3), 51.º e 80.º (2) al. c) do CIRC.

<sup>22</sup> Interessante será também apreciar em que medida é que o direito de tributação do Estado português está limitado pela Directiva 2003/49/CE até porque o empréstimo obrigacionista é emitido por um Banco residente em Itália.

<sup>23</sup> Na prática, caso este Estado não retenha imposto na fonte quando o juro é pago pelo seu estabelecimento estável, deixa de ser relevante o facto do artigo 11.º/5 das CDT

Admitindo-se que o direito doméstico italiano exige – como de facto acontece em certas destas operações – que as sociedades residentes efectuem retenções quando pagam juros de empréstimos a sociedades não residentes (ainda que os pagamentos sejam feitos através de estabelecimentos estáveis localizados no estrangeiro), impõe-se verificar, então, se as CDT poderiam vir impedir ou limitar esse direito.

Vejam os artigos 11.º (1), (2) e (5) da CDT celebrada entre a República Italiana e Espanha e entre Portugal e Espanha, os quais dispõem o seguinte:

- «Os juros provenientes de um Estado Contratante e pagos a um residente de outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado» (n.º 1 da CDT Portugal/Espanha)<sup>24</sup>;
- «No entanto, esses juros podem ser igualmente tributados no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se a pessoa que recebe os juros for o seu beneficiário efectivo, o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos juros» (n.º 2 da CDT Portugal/Espanha);
- «Os juros consideram-se provenientes de um Estado Contratante quando o devedor for esse próprio Estado, uma sua subdivisão política ou administrativa, uma sua autarquia local ou um residente desse Estado. Todavia, quando o devedor dos juros, seja ou não residente de um Estado Contratante, tiver num Estado Contratante um estabelecimento estável ou uma instalação fixa em relação com as quais haja sido contraída a obrigação pela qual os juros são pagos e esse estabelecimento estável ou essa instalação fixa suportem o pagamento desses juros, tais juros são considerados provenientes do Estado Contratante em que o estabelecimento estável ou a instalação fixa estiverem situados.» (n.º 5 da CDT Portugal/Espanha)<sup>25</sup>.

---

permitir, teoricamente, que a fonte do rendimento esteja localizada em dois Estados diferentes. Isto é, o problema abstracto da dupla fonte só se coloca, efectivamente, quando de acordo com o direito doméstico do Estado da residência do pagador do juro (no caso, a Itália) se considerar que o mesmo rendimento tem fonte em Itália (i.e. considera-se obtido em território italiano ainda que seja pago por um EE localizado em Portugal).

<sup>24</sup> O n.º 1 do artigo 11.º da CDT Alemanha/Espanha estipula no mesmo sentido que, aliás, reproduz o MCOCDE.

<sup>25</sup> O n.º 6 do artigo 11.º da CDT Alemanha/Espanha estipula no mesmo sentido que, aliás, reproduz o MCOCDE.

Os requisitos previstos nos artigos 1.º e 11.º parecem verificar-se em relação a ambas as CDT. Neste caso poderíamos, pois, ter uma dupla tributação, uma vez que Portugal consideraria o juro pago pelo EE português como tendo fonte nacional (sujeitando-se a retenção e a dedução na sua base tributável)<sup>26</sup>, mas o Estado Italiano também poderia considerar tal juro como tendo fonte doméstica (sujeitando-o, da mesma forma, a retenção na fonte). Se assim fosse, a CDT celebrada entre a Itália e a Espanha revelar-se-ia impotente para resolver este problema. O primeiro período do artigo 11.º (5) desta CDT aplicar-se-ia directamente e o segundo não se poderia aplicar em virtude do EE não se encontrar localizado em qualquer daqueles Estados. Já a CDT entre Portugal e Espanha permitiria a Portugal tributar em virtude do segundo período do artigo 11.º/5.

Não se resolvendo esta situação, ambos os Estados tributariam de acordo com o seu direito doméstico (uma vez que disso não estavam impedidos convencionalmente) e o Estado espanhol teria que eliminar a dupla tributação com base no disposto em ambas as CDT celebradas com a Itália e com Portugal, mas poderia bem acontecer que com base na aplicação dos métodos adoptados para eliminar a dupla tributação não fosse possível senão atenuá-la (i.e. não seria senão possível creditar parte do imposto cobrado em Itália e em Portugal).

Neste momento, o parágrafo 30 dos comentários ao artigo 11.º/5 do MCOCDE já sugere que se altere esta disposição, de forma a evitar esta situação; mas na prática, a generalidade dos Estados, incluindo Portugal, ainda não adoptam tal formulação na celebração das suas convenções bilaterais, pelo que estas situações continuam a subsistir<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Parte-se obviamente do pressuposto de que o produto do empréstimo foi efectivamente afecto às necessidades da sucursal portuguesa, tendo-o esta não só inscrito no seu passivo como assumido a obrigação do pagamento dos juros.

<sup>27</sup> Uma análise detalhada desta situação pode encontrar-se em John Avery Jones e Catherine Bobbett, "Triangular Treaty problems: a summary of the discussion in seminar E at the IFA Congress in London", *Bulletin*, January 1999, págs. 16 e segs. (assim, 18 e 19). Na prática, estas situações são relativamente raras porque a maior parte dos agentes económicos procuram minimizar o impacto fiscal deste tipo de operações e porque, de facto, é relativamente simples alterar os pressupostos contratuais de modo a captar fundos com isenções ou reduções substanciais.

### 3. Conclusões

A definição da fiscalidade e, em particular, da tributação directa ainda compete aos Estados soberanos, não obstante terem – em certos domínios – aceite limitar essa sua prerrogativa, seja através da celebração de convenções multilaterais ou bilaterais seja pela adopção de certas directivas comunitárias. O Tribunal de Justiça da CE tem, aliás, sublinhado essa situação impedindo discriminações em razão da nacionalidade e que se mostram violadoras do direito comunitário, mas acentuando também que os Estados não estão impedidos de tratar diferentemente residentes (e.g. sociedades) e não-residentes (e.g. estabelecimentos estáveis) quando as situações não são comparáveis ou equivalentes.

A análise do regime doméstico evidencia manifestas violações do direito comunitário, em particular das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais.

Apesar disso, reconhece-se que as convenções para eliminar a dupla tributação continuam a ser celebradas por cada Estado, numa base bilateral e tendo por pano de fundo o próprio artigo 293.º da CE. Por outras palavras, o âmbito de aplicação das mesmas continua a estar reservado – por princípio – às pessoas residentes num ou em ambos os Estados contratantes. E ainda que a cláusula da não discriminação imponha certas obrigações sobre o Estado onde se encontra o estabelecimento estável, essas obrigações não consistem nem equivalem à consagração da cláusula da nação mais favorecida; apesar disso, verifica-se que as CDT que incluem uma cláusula deste tipo são cada vez mais numerosas (entre nós, veja-se por exemplo, o artigo 6.º do Protocolo anexo à CDT celebrada com o Brasil).

É verdade que numa situação triangular interposta por um EE localizado fora do ER e do EF, é ainda difícil ancorar sobre o princípio da não discriminação comunitário e o princípio do tratamento nacional a obrigação deste último Estado (e.g. Estado da fonte) ser obrigado a reconhecer aquele estabelecimento estável como residente ou atribuir-lhe os benefícios que daí decorreriam.

Considerando o actual quadro legislativo e jurisprudencial e na ausência de uma convenção multilateral para eliminar a dupla tributação, é provável que as discussões polémicas em torno destes princípios se multipliquem e que, entretanto, as discriminações continuem a ser apreciadas e atacadas de forma casuística e sem pôr em causa o princípio da reciprocidade previsto nas CDT. Mas, em última instância, será também

necessário verificar se, nesses casos concretos a apreciar, há de facto diferenças que justifiquem esse tratamento divergente, evitando que a atribuição do tratamento nacional apenas contribuísse para alterar o poder tributário definido pelos próprios Estados em presença.

Este é certamente um dos assuntos que mais interesse desperta na fiscalidade europeia da actualidade e que continuará a suscitar vivos e acesos debates que merecem ser intensificados entre nós.