

# Análise do Artigo 24.º da Convenção Modelo OCDE sobre o Princípio da Não-Discriminação

BRUNO SANTIAGO\*

## 1. Análise do artigo 24.º da Convenção Modelo OCDE

### 1.1. Introdução

O princípio da não-discriminação em Direito Internacional Fiscal deve ser analisado no seio da fonte primária deste sub-ramo do Direito Fiscal<sup>1</sup>: as convenções bilaterais celebradas entre Estados para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal relativamente a impostos sobre o rendimento e o património<sup>2</sup>.

Apesar de as convenções serem o resultado das negociações interestaduais e, por isso, apresentarem diferenças entre si, é também certo que aquelas seguem em maior ou menor grau modelos *a priori* concebidos por organizações internacionais em que os Estados se agrupam por afinidades económico-geográficas. Os dois modelos mais representativos das convenções celebradas pelos Estados são os modelos elaborados pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (tradicionalmente tratada pela abreviatura OCDE) e pela Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>3</sup>. Na medida em que nos ocupamos da intersecção do Direito Internacional Fiscal com o Direito Fiscal Comunitário na área da não-discriminação, iremos tomar por mínimo denominador comum o artigo 24.º da Convenção Modelo OCDE, normativo que a generalidade dos Estados-Membros da União Europeia adopta nas convenções que celebram entre si<sup>4</sup>.

\* LLM, Mestre em Ciências Jurídico-empresariais, Advogado, Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

<sup>1</sup> Não releva neste lugar, para os propósitos que nos movem, a diferença existente entre Direito Tributário e Direito Fiscal. Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cfr., por todos, Casalta Nabais *Direito Fiscal*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 6 e ss.

<sup>2</sup> Aderimos à classificação implicitamente adoptada por Saldanha Sanches ao distinguir, no âmbito do Direito Fiscal Internacional em geral, o *Direito Fiscal Externo*, composto pelas normas jurídicas elaboradas por cada Estado unilateralmente para lidar com factos tributários conexas com outras ordens jurídicas, do *Direito Internacional Fiscal*, onde pontificam as convenções negociadas entre os Estados, cfr. *Manual...*, p. 78 e ss. Em sentido diferente, Alberto Xavier *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1974, pp. 218 a 220. Posteriormente, mas com outros desenvolvimentos de inspiração internacional-privatista, Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional. Tributação das Operações Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 53 e ss.

<sup>3</sup> O artigo sobre não-discriminação tem a mesma redacção nestas duas Convenções Modelo.

<sup>4</sup> Outros exemplos de modelos seguidos são: a Convenção Modelo para evitar a dupla tributação da Associação das Nações do Sudeste Asiático de 1987, na qual destacamos, relativamente à cláusula de não-discriminação — por contraposição ao Modelo OCDE — o facto de não se aplicar a nacionais não-residentes em nenhum dos Estados Contratantes; a existência de um parágrafo autónomo para excluir não-residentes e nacionais do outro

O aparecimento da cláusula de não-discriminação em convenções modelo surge pela primeira vez nos Projectos de Modelos de Convenção do México (de 1943) e de Londres (de 1946)<sup>5</sup>. Estes Projectos são o produto das reuniões havidas no Comité Fiscal da desaparecida Sociedade das Nações<sup>6</sup>. Digno de nota é o facto dos artigos XV do Projecto do México e o XVI do Projecto de Londres — que continham a mesma redacção — não estabelecerem uma diferença entre residentes e não-residentes, decorrendo daqui que não-residentes não deveriam suportar uma tributação superior relativamente aos residentes do outro Estado Contratante, neste último Estado<sup>7</sup>. Como nenhuma ressalva era feita às circuns-

Estado Contratante da tomada em consideração das circunstâncias pessoais e deduções que os contribuintes residentes têm direito; a inexistência da cláusula de dedutibilidade do pagamento de juros, *royalties* e outras importâncias a não-residentes e, finalmente, o facto de só se aplicar aos impostos previstos na Convenção.

O Acordo Modelo para Evitar a Dupla Tributação entre Estados Membros da Comunidade Andina (actualmente composta pela Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela) de 1971, também contém uma disposição sobre não-discriminação (artigo 19.º) que prescreve que “*Ninguno de los Países Miembros aplicará a las personas domiciliadas en los otros Países Miembros, un tratamiento menos favorable que el que aplica a las personas domiciliadas en su territorio, respecto de los impuestos que son materia del presente convenio*”. Este acordo foi substituído em 4 de Maio de 2004, pela Decisão 578 da Comissão da Comunidade Andina, por uma nova Convenção Modelo mas que não introduz nenhuma alteração ao artigo 19.º.

O outro Acordo Modelo desta organização para servir de *standard* a convenções celebradas com Estados que não façam parte da Comunidade Andina não contém qualquer disposição sobre não-discriminação.

Outro exemplo de Convenção Modelo é o *1996 US Model Income Tax Convention*. Excluindo a Convenção Modelo da Comunidade Andina (disponível em [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)), os restantes modelos podem ser consultados em Kees van Raad (ed.), *Materials on International & EC Tax Law*, 3.ª Ed., Vol. 1, International Tax Center Leiden, 2003 (anualmente actualizado). Para mais exemplos de convenções celebradas entre Estados pertencentes a agrupamentos regionais, cfr. Maria de Lourdes Correia e Vale, “A Tributação dos Fluxos Internacionais de Dividendos, Juros e Royalties”, *XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais — Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*, CEF, Lisboa, 1993, p. 177 e ss. Para mais desenvolvimentos sobre o papel destes blocos regionais no comércio mundial v. Manuel Porto, “Os Blocos Regionais e o Comércio Mundial”, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Edição da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, p. 703 e ss e, do mesmo Professor, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 480 e ss.

<sup>5</sup> Se bem que as primeiras convenções bilaterais sobre dupla tributação celebradas entre Estados remontam aos finais do século XIX. Já anteriormente, em convenções consulares, acordos de amizade, comércio e navegação, etc., existiam cláusulas a assegurar aos nacionais do outro Estado igualdade de tratamento face aos seus próprios nacionais, cfr. “Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, CEF, Lisboa, 2003, comentário ao artigo 24.º, parágrafo 2.º, p. 383. As cláusulas de não-discriminação presentes nestas convenções e acordos são geralmente, por um lado, mais estreitas do que as constantes das convenções para evitar a dupla tributação porque só se referem a nacionais e, por outro lado, mais amplas na medida em que tendem a conferir tratamento nacional no outro Estado sem que seja necessária a presença de um estabelecimento estável, cfr. Kees van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1986, p. 34. De acordo com James O’Brien (“The Nondiscrimination Article in Tax Treaties”, 10 *Law & Policy in International Business*, 1978, p.545), o primeiro Tratado a conter uma cláusula de igualdade de tratamento foi o Tratado celebrado entre Inglaterra e Portugal, de 1654 (Tratado de Westminster). Para uma compreensão histórica dos modelos de convenções sobre a dupla tributação v. a obra de Rui Duarte Morais, *Imputação de Lucros...*, p. 100 e ss.

<sup>6</sup> Para uma análise dos problemas que se levantam na sucessão das organizações internacionais em geral v. Nguyen Quoc Dinh e outros, *Direito Internacional Público*, pp. 614-615.

<sup>7</sup> A redacção era a seguinte:

“*A taxpayer having his fiscal domicile in one of the contracting States shall not be subject in the other contracting State, in respect of income he derives from that State, to higher or other taxes than the taxes applicable*

tâncias pessoais dos contribuintes, parece que as deduções ao dispor de residentes deveriam também estar ao dispor dos não-residentes<sup>8</sup>.

Em 1963 surgiu finalmente o denominado “Projecto de Convenção de Dupla Tributação em Matéria de Rendimento e de Património”, fruto do trabalho desenvolvido desde 1956 pelo Comité Fiscal da Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE). Este texto constitui o embrião das modernas cláusulas de não-discriminação<sup>9</sup>.

Em virtude de estudos complementares impulsionados pela experiência adquirida pelos países membros na negociação e aplicação das convenções, bem como da intensificação das relações comerciais internacionais, desenvolvimento de novos sectores nas actividades económicas e florescimento de grandes multinacionais foi, em 1977, publicado um novo modelo de Convenção. Relativamente ao artigo 24.º, para além de melhoramentos na redacção do artigo, surgiu também um novo número que corresponde ao actual número 4 sobre a dedutibilidade do pagamento de juros, *royalties* e outras importâncias a não-residentes.

Os trabalhos e relatórios que foram sendo efectuados desde então levaram a uma mudança de perspectiva por parte do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE que decidiu proceder, em 1992, à publicação da Convenção Modelo sob a forma de folhas removíveis para que esta pudesse passar a ser objecto de uma revisão contínua de forma a incorporar os estudos que iam sendo produzidos.

*in respect of the same income to a taxpayer having his fiscal domicile in the latter State, or having the nationality of that State.”*

*Apud* Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 28.

<sup>8</sup> Acompanhamos de perto Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 29 e ss.

<sup>9</sup> Rezava então o artigo 24.º deste Projecto de Convenção:

1. “Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. A termo «nacionais» significa:

a) qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante.

b) qualquer pessoa colectiva, sociedade de pessoas ou associação constituída de harmonia com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. Os apátridas não ficarão sujeitos num Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse Estado que se encontrem na mesma situação.

4. A tributação de um estabelecimento estável que uma empresa de um Estado Contratante tenha no outro Estado Contratante não será nesse outro Estado Contratante menos favorável do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas actividades. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder aos residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, abatimentos e reduções para efeitos fiscais atribuídos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

5. As empresas de um Estado Contratante cujo capital, total ou parcialmente, directa ou indirectamente, seja possuído ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante não ficarão sujeitas, no primeiro Estado Contratante mencionado, a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas, diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas outras empresas similares desse primeiro Estado mencionado.

6. Neste artigo o termo tributação designa tributos de qualquer natureza ou denominação”

(A tradução é nossa)

Desde essa data foram introduzidas alterações em 1994, 1995, 1997, 2000 e 2003<sup>10</sup>. Em todos estes anos foram efectuadas alterações, maiores ou menores, à redacção dos Comentários ao artigo 24.º<sup>11</sup>.

O artigo 24.º da Convenção Modelo, na versão que vamos analisar em seguida (resultante das alterações efectuadas em 2003 noutros artigos da Convenção) tem a seguinte redacção:

*“1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação, em especial no que se refere à residência. Não obstante o estabelecido no artigo 1.º, esta disposição aplicar-se-á também às pessoas que não são residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.*

*2. Os apátridas residentes de um Estado Contratante não ficarão sujeitos num Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse Estado que se encontrem na mesma situação, designadamente no que se refere à residência.*

*3. A tributação de um estabelecimento estável que uma empresa de um Estado Contratante tenha no outro Estado Contratante não será nesse outro Estado Contratante menos favorável do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas actividades. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder aos residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, abatimentos e reduções para efeitos fiscais atribuídos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.*

*4. Salvo se for aplicável o disposto no número 1 do artigo 9.º, no número 6 do artigo 11.º ou no número 4 do artigo 12.º, os juros, royalties e outras importâncias pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do lucro tributável de tal empresa, como se fossem pagas a um residente do primeiro Estado mencionado. De igual modo, quaisquer dívidas de uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do património tributável dessa empresa, nas mesmas condições como se fossem contratadas com um residente do primeiro Estado mencionado.*

*5. As empresas de um Estado Contratante cujo capital, total ou parcialmente, directa ou indirectamente, seja possuído ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante não ficarão sujeitas, no primeiro Estado mencionado, a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas, diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas outras empresas similares desse primeiro Estado mencionado.*

<sup>10</sup> Sobre esta matéria, v. a Introdução do “Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, CEF, Lisboa, 2003.

<sup>11</sup> Uma boa referência às alterações que foram introduzidas ou suprimidas no Comentário à Convenção Modelo ao longo dos anos pode ser encontrada na colectânea de textos oficiais organizada pelo Prof. Kees van Raad, *Materials on International & EC Tax Law*. Relativamente à força jurídica dos Comentários à Convenção Modelo em geral e, em particular, ao papel interpretativo que pode ou deve ser atribuído a alterações introduzidas à Convenção Modelo (e aos Comentários) na interpretação do sentido de uma determinada convenção concluída anteriormente, cfr., por todos, Philip Baker, *Double Taxation Conventions. A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and Capital*, Sweet & Maxwell, 2002, (edição em folhas soltas).

6. *Não obstante o disposto no artigo 2.º, as disposições do presente artigo aplicar-se-ão aos impostos de qualquer natureza ou denominação.*”

Da leitura do preceito resulta que os vários parágrafos que compõem o artigo 24.º da Convenção Modelo OCDE estabelecem diferentes regras para situações individualizadas e sem conexão entre si<sup>12</sup>. Daí que se tenha tornado um lugar comum a afirmação de Kees van Raad: “*the non-discrimination Article as laid down in Art. 24 of the OECD Model Convention constitutes an incoherent collection of fairly narrow clauses*”<sup>13</sup>.

Enquanto no primeiro parágrafo a comparação é feita em relação a nacionais do outro Estado Contratante, nos três últimos parágrafos a comparação é feita em relação a residentes.

Ainda segundo um outro ângulo, é possível realizar uma divisão diferente: enquanto os três primeiros parágrafos pressupõem uma movimentação dos contribuintes de um Estado Contratante (a que apelidaríamos de Estado de origem) para o outro (Estado do destino), nos dois parágrafos seguintes a situação pressuposta relaciona-se com contribuintes residentes mas com uma conexão com o outro Estado contratante (pagamentos de juros, royalties e outras importâncias a residentes do outro Estado Contratante — n.º 4 — e controlo do capital de empresas residentes por parte de residentes do outro Estado contratante — n.º 5).

### 1.2. Artigo 24.º, n.º 1

“1. *Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferentes ou mais gravosas do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação, em especial no que se refere à residência. Não obstante o estabelecido no artigo 1.º, esta disposição aplicar-se-á também às pessoas que não são residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.*”

Para aferir da existência de uma situação discriminatória requer-se um exercício de comparação entre a situação real e uma situação hipotética relativamente à qual o contribuinte se diz discriminado. O termo de comparação expressamente usado no primeiro parágrafo do artigo 24.º para determinar a existência de discriminação são os nacionais do outro Estado Contratante “*que se encontrem na*

<sup>12</sup> Cada uma das regras previstas no artigo 24.º tem um escopo de aplicação autónomo, não existindo nenhuma hierarquia entre elas, cfr. Klaus Vogel *On double taxation conventions, A commentary to the OECD —, UN — and US Model Conventions for the avoidance of double taxation of income and capital*, Kluwer Deventer (1997), p. 1280, parágrafo 2.

<sup>13</sup> “Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses”, *BIBFD*, Agosto/Setembro 1988, p. 351. No mesmo sentido, Mary Bennett, “The David R. Tillinghast Lecture Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle”, *59 NYU Tax Law Review* 2006, p. 466.

*mesma situação, em especial no que se refere à residência*". Segundo o Comentário, esta expressão refere-se a contribuintes que se encontram na mesma situação de facto e de direito. Mais adiante, em capítulo próprio, teceremos mais considerações sobre este tópico<sup>14</sup>. De notar é que os Comentadores consideraram a residência como sendo uma **circunstância relevante** para determinar se dois contribuintes estão na mesma situação<sup>15</sup>. É facilmente compreensível a consideração da residência como uma circunstância relevante uma vez que é com base na residência que a generalidade dos Estados tributa<sup>16</sup>.

O disposto no número 1 do artigo 24.º aplica-se tanto a pessoas singulares como a pessoas colectivas nacionais de um Estado Contratante. Por força do artigo 3.º, n.º 1, al. g), da Convenção Modelo nacionais para efeitos da Convenção são as pessoas singulares que tenham a nacionalidade de um Estado Contratante<sup>17</sup> e as pessoas colectivas constituídas de harmonia com a legislação em vigor no Estado Contratante<sup>18</sup>. Todavia, o dispositivo em consideração tem uma relevância assaz diminuta relativamente à tributação de pessoas singulares, como é generalizadamente reconhecido pela doutrina, uma vez que a nacionalidade (ao contrário da residência) não assume grande relevância para efeitos de tributação de pessoas singulares<sup>19-20</sup>.

<sup>14</sup> V. Capítulo III.

<sup>15</sup> A expressão "*em especial no que se refere à residência*" não constava nem do Projecto de 1963 nem da Convenção de 1977, tendo sido acrescentada na versão de 1992 mas com um escopo meramente interpretativo, v. Parágrafo 3 do Comentário ao Artigo 24.º.

<sup>16</sup> Esta realidade é, porém, posta em causa por Autores de formação jusinternacionalista, cfr. Ramon Jeffery, *The Impact of State Sovereignty...*, pp. 68-69.

<sup>17</sup> Relativamente às pessoas singulares a Convenção Modelo remete para a lei interna dos Estados Contratantes. Em Portugal a nacionalidade vem regulada pela Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/94, de 19 de Agosto, regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 322/82, de 12 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 117/93, de 13 de Abril.

<sup>18</sup> Relativamente à nacionalidade das pessoas colectivas cfr., António Marques dos Santos, "Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público", *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia II*, BFDUC, 1985, e, por último, António Moura Portugal, "Estatuto Pessoal e Nacionalidade das Sociedades nos Acordos de Promoção e Protecção de Investimentos e nos Acordos de Dupla Tributação Celebrados por Portugal", *CTF*, Lisboa, Julho-Setembro de 2002, p. 37 e ss. Também, para efeitos do Direito Comunitário, o artigo 48.º do Tratado da UE estabelece que "[a]s sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-Membros".

<sup>19</sup> Veja-se o artigo 13.º, n.º 1, do CIRS. Veja-se, porém, o artigo 16.º, n.º 3, do mesmo compêndio normativo que, tanto quanto seja do nosso conhecimento, constitui o único dispositivo normativo na ordem jurídico fiscal portuguesa em que a nacionalidade é erigida a elemento de conexão relevante.

<sup>20</sup> O Prof. Alberto Xavier vai ainda mais longe neste tópico da irrelevância do critério nacionalidade como factor de conexão para a tributação de pessoas singulares ao considerar inconstitucionais quaisquer leis fiscais que discriminem em função da nacionalidade dos contribuintes em virtude dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva consagrados nas Constituições da generalidade dos países, v. *Direito Tributário Internacional...*, p. 263. Para mais desenvolvimentos sobre este tema, v. a já citada obra de Rui Duarte Morais, *Imputação de Lucros...*, p. 133 e ss.

Já o mesmo não se pode dizer relativamente às pessoas colectivas em virtude de muitos Estados atribuírem responsabilidade tributária pelo rendimento mundial às pessoas colectivas constituídas de harmonia com a legislação em vigor nesse Estado<sup>21</sup>. Ou seja, nalguns Estados, segundo a sua lei interna, as sociedades derivam a sua nacionalidade bem como a sua residência para efeitos fiscais, pelo facto de aí serem constituídas<sup>22</sup>. Nestes casos, o primeiro parágrafo do artigo 24.º revela-se inoperante pela falta de termo de comparação, uma vez que uma sociedade estrangeira (constituída segundo as leis de um outro Estado) há-de ser sempre — no Estado em que a comparação é requerida — vista como não-residente e, portanto, nunca estaremos perante a situação de duas sociedades nacionais de Estados diferentes residentes no mesmo Estado Contratante.

Uma vez que o parágrafo se aplica a todos os nacionais dos Estados Contratantes (que, como tal, podem ser residentes num terceiro Estado), observa-se para efeitos da aplicação da norma sobre não-discriminação uma ampliação do âmbito de aplicação geral das convenções pois, de acordo com o disposto no artigo 1.º, o regime das convenções aplica-se somente “às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes”<sup>23</sup>. Quer isto dizer que para efeitos exclusivamente de reclamar um tratamento discriminatório um nacional de um Estado Contratante que não seja residente em nenhum dos dois Estados signatários da Convenção em causa pode socorrer-se dessa Convenção.

A título de exemplo, refira-se um caso decidido pelo *Conseil d'État* francês relativo a um cidadão inglês, residente em Hong-Kong, o qual reclamava a protecção conferida pela cláusula de não-discriminação da Convenção celebrada entre a França e o Reino Unido<sup>24</sup>. O tratamento discriminatório consistia em a lei fiscal francesa prever que não-residentes titulares de imóveis em França ficavam sujeitos a uma tributação equivalente a três vezes o valor da renda dos imóveis, enquanto que não-residentes de nacionalidade francesa não estariam sujei-

<sup>21</sup> Nestes termos, Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 75, John Avery Jones *et al.*, “The Non-discrimination...”, p. 327. Especiais problemas interpretativos levantam-se em relação a alguns Estados que tributam os seus nacionais pessoas singulares não-residentes como base no rendimento mundial (é o caso dos EUA), cfr. Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 110 e John Avery Jones *et al.*, “The Non-discrimination...”, p. 315 e ss.

<sup>22</sup> Relativamente à residência das sociedades num contexto internacional e comunitário, cfr., por todos, Francisco de Sousa da Câmara, “A Dupla Residência das Sociedades à luz das Convenções de Dupla Tributação”, CTF n.º 403, 2001.

<sup>23</sup> Os EUA, no parágrafo 62 do Comentário ao artigo 24.º, observam que os seus nacionais não-residentes não se encontram em situação idêntica à dos outros não-residentes, uma vez que aquele país tributa os seus nacionais não-residentes pelo rendimento universal. Esta observação traduz-se numa limitação da comparação entre nacionais residentes e estrangeiros não-residentes, excluindo do âmbito de comparação nacionais não-residentes com estrangeiros não-residentes uma vez que os primeiros — ao contrário dos segundos — continuam sujeitos à tributação com base no rendimento mundial nos EUA. Sobre o papel das Observações aos Comentários da Convenção Modelo v. Guglielmo Maisto, “The Observations in the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties”, *BIBFD*, 1, 2005.

<sup>24</sup> Caso *Campbell*, citado por Philippe Juillard, “The Non-Discrimination Principle under the France-Monaco Tax Treaty — Further Thoughts after the *Biso* Case”, *ET*, Junho de 2003, p. 195 e ss.

tos ao imposto se provassem que o imposto pago no estrangeiro equivalia, pelo menos, a dois terços do imposto que teria sido pago em França pelo mesmo rendimento.

O Supremo Tribunal decidiu que o contribuinte em causa podia-se fazer valer da norma sobre não-discriminação da CDT França/Inglaterra, muito embora, no caso concreto, não tivesse obtido ganho de causa uma vez que o imposto pago em Hong-Kong era inferior a dois terços do imposto que seria devido em França.<sup>25</sup> Entendeu-se que a comparação, neste caso, devia ser feita com um nacional do outro Estado Contratante residente num Estado diferente do da sua nacionalidade. Todavia, de acordo com o Comentário à Convenção Modelo, dois não-residentes, eles próprios residentes em países diferentes, podem não ser considerados na mesma situação relativamente à tributação pelo Estado da fonte. Embora ambos sejam não-residentes, os termos das Convenções negociadas entre o Estado da residência de cada um deles e o Estado da fonte (a existir) pode fazer derivar que eles se encontrem em situações diferentes de direito e, conseqüentemente, em situações não comparáveis.

A imposição de igualdade fiscal<sup>26</sup> prevista no número 1 do artigo 24.º não se limita a prescrever a proibição de uma tributação superior de nacionais de um Estado Contratante nas mesmas condições do que os nacionais do outro Estado Contratante, indo bastante mais além ao abranger também a proibição duma tributação e obrigações conexas meramente diferentes. Segundo o parágrafo 10 dos Comentários ao artigo 24.º “*significa que o imposto incidente sobre os nacionais e os estrangeiros que se encontram em situação idêntica deve revestir a mesma forma, que as suas modalidades de liquidação e de cobrança devem ser análogas, a taxa a mesma e, por último, que as formalidades relativas à tributação (declaração, pagamento, prazos, etc) não podem ser mais gravosas para os estrangeiros do que para os nacionais*”.

Importa, pois, analisar cuidadosamente a explicação do Comentário para a fórmula “*nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa*”<sup>27</sup>, usada no primeiro parágrafo do artigo 24.º.

Como se pode constatar, os Comentários não se limitam a estatuir genericamente que o imposto incidente sobre estrangeiros deve ser o mesmo que o imposto que incide sobre os nacionais desse Estado Contratante. Com efeito, como já observámos, os Comentários vão mais além na concretização, acom-

<sup>25</sup> Para mais exemplos de casos de discriminação, desta feita decididos pelo Supremo Tribunal Administrativo Sueco, v. Kristina Ståhl, “The Application of the Treaty Non-discrimination Principle in Sweden”, *Inter-tax*, Vol. 28, Issue 5, 2000, p. 195 e ss.

<sup>26</sup> Como refere o Comentário, o facto do parágrafo em análise aparecer redigido na forma negativa permite que os nacionais do outro Estado sejam tratados de uma forma mais benéfica que os nacionais do próprio Estado.

<sup>27</sup> De acordo com o Prof. Avery Jones no seu ensino oral, “tributação mais gravosa” refere-se ao *quantum* da mesma tributação.

panhando de perto algumas das mais importantes fases do processo de determinação da obrigação tributária que caracteriza as leis relativas a imposto sobre o rendimento (incidência, taxa, liquidação, cobrança e obrigações declarativas). É curioso observar que não se faz qualquer referência às normas sobre deduções à matéria colectável nem a normas sobre abatimentos de carácter pessoal e familiar. Como se poderá perceber mais adiante, na análise do terceiro parágrafo deste artigo, esta omissão não é inocente.

De igual forma, também é interessante notar que relativamente às “formalidades relativas à tributação” não se prescreve um grau de semelhança tão elevado como em relação às restantes fases ou aspectos da relação jurídica tributária. Ou seja, permite-se — relativamente às “formalidades relativas à tributação” — uma diferenciação (“não podem ser mais gravosas”), desde que essa diferenciação não se torne mais gravosa para os estrangeiros<sup>28</sup>.

Na medida em que os estrangeiros se devem encontrar na mesma situação dos nacionais, isto é, ambos residentes ou não-residentes no Estado Contratante em que é reclamado o tratamento discriminatório, e como os modernos sistemas fiscais fazem radicar as diferenças na forma de tributar na residência e não na nacionalidade, não é fácil descortinar que diferenças nas formalidades relativas à tributação podem estar implicadas pelo contribuinte ser estrangeiro.

Ainda assim, imagine-se, por exemplo, que o Estado Contratante no qual se reclama um tratamento discriminatório exige ao estrangeiro prova do certificado de nascimento para certificar do direito a um benefício fiscal dependente da idade. Julgamos que por “mais gravosas” se deve entender apenas as formalidades que colocam o estrangeiro numa situação de desvantagem **material** perante o nacional<sup>29</sup>. Ter de obter uma certidão de nascimento representa, bem sabemos, um custo económico para o contribuinte, custo esse que pode ter repercussões mais graves se, por exemplo, usando de uma diligência normal a mesma só esteja disponível depois do prazo conferido pela lei para poder reclamar o benefício no Estado no qual é residente mas também não nacional. Existem, porém, dificuldades naturais que muito dificilmente poderão ser ultrapassadas pela regra da não-discriminação.

Um outro ponto que levanta dúvidas é sobre quem recai o ónus da prova relativamente à tributação ou obrigação com ela conexas alegadamente diferente ou mais gravosa. Como refere Kees van Raad, muito embora seja razoável supor que esse ónus recaia sobre o contribuinte, poder-se-á questionar se esse ónus não se traduz já num tratamento mais gravoso<sup>30</sup>. De acordo com o artigo 74.º,

<sup>28</sup> Neste sentido também Maria Margarida Cordeiro Mesquita, “As Convenções sobre Dupla Tributação”, CCTF n.º 179, CEF, Lisboa, 1998, p. 305.

<sup>29</sup> Assim também o parágrafo 344 da Explicação Técnica à Convenção Modelo Estadunidense, de 20 de Setembro de 1996, parágrafo 360.

<sup>30</sup> Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 94.

n.º 1, da LGT, o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos recai sobre quem os invoque<sup>31</sup>.

No segundo período do número 1 do artigo 24.º a comparação é feita entre dois não-residentes pelo Estado da fonte (Estado A), ambos residentes num terceiro Estado, sendo que um é nacional do Estado A e o outro é nacional do Estado B. Nesta situação, a existir discriminação, o nacional do Estado B pode invocá-la com base na Convenção A-B.

### 1.3. Artigo 24.º, n.º 2

*“2. Os apátridas residentes de um Estado Contratante não ficarão sujeitos num Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse Estado que se encontrem na mesma situação, designadamente no que se refere à residência.”*

O segundo parágrafo do artigo 24.º dispõe sobre a tributação dos apátridas residentes num Estado Contratante. A protecção — sob a forma de tratamento nacional — conferida aos apátridas estende-se a ambos os Estados Contratantes, ou seja, por efeito deste parágrafo ambos os Estados Contratantes ficam obrigados a conferir aos apátridas um tratamento igual ao que conferem aos seus nacionais nas mesmas circunstâncias. Relativamente aos apátridas, como não têm o vínculo da nacionalidade com nenhum dos Estados Contratantes, exige-se que sejam residentes de um dos Estados envolvidos na CDT e a obrigação de não discriminar aplica-se igualmente aos dois Estados<sup>32</sup>.

De acordo com o parágrafo 18 do Comentário, a Convenção Modelo decidiu adoptar a definição de apátridas constante da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, assinada em 28 de Setembro de 1954, em Nova Iorque (UNTS, Vol. 360, p. 117)<sup>33</sup>. De acordo com esta Convenção, os apátridas englobam exclusivamente pessoas físicas, pelo que é duvidoso saber se o artigo 24.º, n.º 2, da Convenção Modelo se aplica a pessoas morais apátridas (caso elas existam).

A nacionalidade é um conceito criado para pessoas singulares gerando a sua adaptação às pessoas colectivas algumas perplexidades. Ainda assim, a Convenção Modelo admite este conceito para as pessoas colectivas. Nestes termos, a referida Convenção considera que estas são nacionais do Estado onde foram cons-

<sup>31</sup> Para outros desenvolvimentos, Saldanha Sanches, “O Ónus da Prova no Processo Fiscal”, CCTF, Lisboa, 1987.

<sup>32</sup> Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *As Convenções...*, p. 305.

<sup>33</sup> O Estado Português ainda não assinou esta Convenção.

tituídas<sup>34</sup>. Com base neste conceito, Avery Jones refere um caso de uma possível pessoa moral apátrida que aconteceria se uma sociedade constituída num Estado que considere o Estado da direcção efectiva como o Estado cujas leis regem a vida da sociedade e que permita que a sociedade tenha a direcção efectiva noutro Estado (Luxemburgo no exemplo fornecido). No caso de a sociedade ter a direcção efectiva noutro Estado e este Estado considere que a sociedade é governada pelas leis do Estado onde foi constituída (Países Baixos), este último Estado considerará que a sociedade é governada pela lei do Luxemburgo e este, por sua vez, considerará que a lei que rege a sociedade é a lei dos Países Baixos.

Um outro caso que pode fazer sentido caber na presente disposição é o da *Societas Europaea* (SE) instituída pelo Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001<sup>35</sup>. A ideia que aqui se avança deve-se não tanto à impossibilidade de determinar uma nacionalidade para esta figura societária, mas sim à sua natureza eminentemente supra-nacional (note-se que grande parte das normas que regulam a SE vêm previstas no referido Regulamento, que constitui um acto legislativo de Direito Comunitário directamente aplicável em todos os Estados-Membros) que, a nosso ver, justifica o seu enquadramento neste dispositivo. Esta natureza supranacional e transcomunitária é confirmada pela facilidade com que a SE pode mudar de sede e, portanto, neste sentido, de nacionalidade, comparativamente aos restantes tipos societários permitidos pelas legislações dos Estados-Membros da UE<sup>36</sup> (cfr. artigo 8.º do Regulamento e artigos 10.º B, C e D da Directiva 90/434/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes<sup>37</sup> com as alterações introduzidas pela Directiva 2005/19/CE do Conselho de 17 de Fevereiro de 2005<sup>38</sup>, por contraposição ao artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, do CSC e demais normas consequentemente aplicáveis).

<sup>34</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este tema, de uma perspectiva internacional-privatista, por todos, o excelente estudo do Prof. Lima Pinheiro, “O Direito Aplicável às Sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das Pessoas Colectivas”, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, p. 475 e ss.

<sup>35</sup> JO L 294 de 10.11.2001. Este Regulamento é complementado pela Directiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, que completa o estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento de trabalhadores, publicada no mesmo JO.

<sup>36</sup> Sobre o direito europeu das sociedades em geral e, em especial, sobre a Sociedade Europeia, cfr. a monografia do Prof. Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005.

<sup>37</sup> JO L 225 de 20.8.1990.

<sup>38</sup> JO L 58 de 4.3.2005. Esta Directiva vem consagrar um regime de neutralidade fiscal para as SE que transferiram a sede de um Estado-Membro para outro Estado-Membro desde que os elementos do activo e do passivo da SE continuem afectos a um estabelecimento estável da SE no Estado-Membro donde foi feita a transferência da sede, proibindo assim a imposição dos denominados *exit taxes*.

A ausência de uma “reestruturação empresarial” e de “racionalização das actividades das sociedades” subjacentes às operações visadas na Directiva, pode dar lugar à aplicação da norma especial anti-abuso prevista no artigo 11.º da Directiva e transposta para a legislação nacional no artigo 67.º, n.º 10 do CIRC. Estes pressupostos requeridos para a aplicação do regime de neutralidade fiscal não devem, no entanto, ser densificados

De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, do referido Regulamento, a SE rege-se pelo Direito do Estado-Membro onde tem a sua sede. Por sua vez, o artigo 7.º dispõe que a SE deve ter a sua sede no mesmo Estado-Membro em que se situa a administração central. Assim, para efeitos da SE, o Estado da nacionalidade há-de coincidir com o Estado da residência.

A residência das sociedades, para efeitos fiscais, gira em torno de dois paradigmas: uns Estados consideram que uma sociedade é residente no Estado em que foi incorporada ou registada (é o caso dos países de matriz anglo-saxónica), enquanto que outros seguem um critério mais substancial ligando a residência ao local onde se encontra a administração central ou direcção efectiva<sup>39</sup>.

Todavia, para efeitos do regime legal das SE, elas devem ser constituídas e registadas no Estado onde se situar a sede que, como referimos, coincide com a localização da administração central (artigos 12.º, n.º 1, 3.º, n.º 1 e 7.º, do citado Regulamento). Pelo que, para efeitos da aplicação de uma CDT, à partida, não faz sentido falar de uma SE nacional de um Estado e residente num outro Estado. Ou seja, o artigo 24.º, n.º 1, não tem aplicação prática a esta figura societária.

Todos estes argumentos levam-nos a questionar se não será adequado caracterizar a SE como um apátrida, aplicando-se-lhe o segundo parágrafo do artigo 24.º da Convenção Modelo, sendo caso disso.

num sentido tão restritivo quanto o que lhes é atribuído no artigo 56.º-B, do EBF (ex Decreto-Lei n.º 404/90), relativo a benefícios fiscais a reestruturações empresariais. Esta norma estabelece uma série de benefícios fiscais — isenção de IMT, selo e emolumentos para as operações de reorganização empresarial por efeito de actos de concentração ou de acordos de cooperação — que justificam uma malha mais apertada para deles poder beneficiar. Enquanto o regime das fusões visa consagrar uma neutralidade fiscal não tributando os resultados (quer na esfera das sociedades envolvidas quer na esfera dos respectivos sócios) que doutra forma seriam tributados por efeito das operações nele previstas, não impedindo, todavia, a sua tributação posterior quando for efectuada uma alienação para terceiros dos elementos patrimoniais em causa, o último regime constitui uma verdadeira isenção definitiva de tributação dos impostos aí previstos. Por outro lado, as próprias operações que podem dar lugar ao regime do artigo 56.º-B, do EBF são mais restritas do que as previstas no regime das fusões. Sobre a interpretação da norma anti-abuso prevista na Directiva v. o Caso C-28/95 (*Leur-Bloem*) decidido pelo TJCE em 17 de Julho de 1997. Sobre o regime fiscal das operações de reorganização societária, v. Francisco de Sousa da Câmara, “Aspectos contabilísticos e fiscais nas fusões e cisões”, in, AAVV, *O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro*, 2007.

<sup>39</sup> Para mais desenvolvimentos sobre estes conceitos, cfr. *The Impact of the Communications Revolution on the Application of “Place of Effective Management” as a Tie Breaker Rule*. A discussion paper from the Technical Advisory Group on monitoring the application of existing treaty norms for the taxation of business profits, (Draft for public comment), Fevereiro de 2001. Posteriormente, também, *Place of Effective Management Concept: Suggestions for Changes to the OECD Model Tax Convention* (Discussion Draft), 27 de Maio de 2003. [Online] disponível, respectivamente, a partir de <http://www.oecd.org/dataoecd/46/27/1923328.pdf> e <http://www.oecd.org/dataoecd/24/17/2956428.pdf> acedidos em 8 de Novembro de 2004; Internet.

#### 1.4. Artigo 24.º, n.º 3

“3. A tributação de um estabelecimento estável que uma empresa de um Estado Contratante tenha no outro Estado Contratante não será nesse outro Estado Contratante menos favorável do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas actividades. Esta disposição não poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder aos residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, abatimentos e reduções para efeitos fiscais atribuídos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.”

Enquanto os dois primeiros parágrafos do artigo 24.º elegem a nacionalidade como circunstância a considerar irrelevante para efeitos de determinar se dois contribuintes se encontram na mesma situação, os parágrafos 3.º a 5.º assumem a residência como circunstância neutral. Mas as diferenças não se ficam por aqui uma vez que, por um lado, à residência não é atribuída um estatuto neutral com a amplitude que havia sido atribuída à nacionalidade (apenas em relação à tributação de estabelecimentos estáveis, pagamentos de juros, *royalties* e outras importâncias, bem como à tributação de empresas cujo capital seja detido por residentes do outro Estado Contratante é que a residência no outro Estado Contratante deve ser considerada irrelevante)<sup>40</sup>. Por outro lado, os parágrafos 3 a 5 ocupam-se apenas de empresas<sup>41</sup>, excluindo deliberadamente do âmbito de protecção pessoas singulares que não possuam uma empresa.

As dificuldades de tributação dos estabelecimentos estáveis de sociedades não-residentes prendem-se com o modelo escolhido para a tributação desses estabelecimentos. Este modelo traduz-se na ficção de que os estabelecimentos estáveis devem ser tratados como entidades legalmente independentes<sup>42</sup>. Em virtude da falta de consenso na comunidade internacional para a prossecução de um modelo diferente, esta solução pragmática encerra em si dificuldades práticas de monta. Para uma percepção breve das dificuldades que referimos basta pensar nos obstáculos que surgem, ao nível empresarial, em lidar com um ramo da mesma empresa como se fosse uma outra empresa sem qualquer relação entre si.

O parágrafo em análise abraça a situação de empresas residentes num Estado Contratante com estabelecimento estável no outro Estado Contratante<sup>43</sup>. Em

<sup>40</sup> Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 126.

<sup>41</sup> Para uma análise das dificuldades de interpretação deste conceito nos países de *Common Law*, onde é desconhecido, v. John Avery Jones *et al.*, “The Non-discrimination...”, pp. 328 a 330. Para uma análise no ordenamento jurídico português v. Jorge Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996.

<sup>42</sup> Contra, Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 137, o qual defende que não há motivo para considerar que a empresa que exerce as mesmas actividades e que vai ser objecto de comparação seja legalmente independente com base no argumento que juridicamente as empresas não são dependentes ou independentes, pois estas qualificações têm uma natureza económica ou orgânica.

<sup>43</sup> Sobre o conceito de estabelecimento estável, cfr., por último, Arvid A. Skaar, *Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle*, Series on International Taxation 13, Kluwer Law and Taxation Publishers,

virtude da introdução, em 2000, da alínea c) do número 1 do artigo 3.º, que dispõe que o termo *empresa* aplica-se ao exercício de qualquer actividade económica, a disposição do artigo 24.º, n.º 3, abarca agora, também, os estabelecimentos estáveis de profissionais independentes<sup>44</sup>. De notar que, neste parágrafo, por contraposição aos dois anteriores, o que se proíbe é apenas uma tributação “menos favorável” e não “nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas diferente ou mais gravosa”. Realça-se assim, implicitamente, a diferença que existe entre residentes e não-residentes uma vez que se reconhece que podem estar sujeitos a uma tributação diferente, não no que toca ao *quantum* de imposto devido, mas sim relativamente a outros elementos que compõem a relação jurídica tributária, tais como sejam os prazos e as modalidades de liquidação e cobrança, as declarações utilizadas, etc.

De referir, também, que neste parágrafo e ao contrário do primeiro, o termo de comparação não ser um nacional do outro Estado Contratante nas “mesmas circunstâncias”, mas sim uma empresa que exerça as “mesmas actividades”. Presumivelmente, ter-se-á entendido que as circunstâncias de um estabelecimento estável são suficientemente diferentes das de uma sociedade residente para aplicar o teste das mesmas circunstâncias<sup>45</sup>.

A linguagem utilizada pode sugerir que o parágrafo em análise não proíbe a existência de um imposto diferente para os estabelecimentos estáveis desde que não seja menos favorável do que o imposto incidente sobre sociedades residentes. Contudo, o recurso a elementos auxiliares da interpretação leva-nos a concluir que na prática a diferença permitida relativamente à tributação de sociedades residentes residirá sobretudo nas denominadas obrigações acessórias da obrigação principal de pagamento do imposto, e menos com o imposto em si, o que se compreende devido ao estatuto especial do estabelecimento estável em virtude da sua qualidade de não-residente<sup>46</sup>. Estes elementos auxiliares da interpretação radicam nos Co-

1991. Sobre a tributação dos estabelecimentos estáveis, na doutrina portuguesa e não sendo exaustivo destaca-se António Lobo Xavier/Carlos Osório de Castro, “Critérios de imputação de custos às sucursais financeiras exteriores”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, Manuela Duro Teixeira, *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes*, Almedina, Coimbra, 2007, e Tiago Cassiano Neves, *Agency Permanent Establishments: Concept, Trends and Attribution of Profits — Time to Revisit?* em vias de publicação.

<sup>44</sup> Concomitantemente foi também suprimido o artigo 14.º da Convenção Modelo que dispunha sobre a tributação dos profissionais independentes. Na base desta supressão esteve a consideração que não havia razão para distinguir a tributação dos profissionais independentes que dispunham de uma instalação fixa para o exercício da sua actividade no outro Estado da Contratante, da tributação das empresas de um Estado Contratante com um estabelecimento estável no outro Estado Contratante (cfr. também artigo 3.º, n.º 1, al. c), da Convenção Modelo).

<sup>45</sup> No mesmo sentido James O'Brien, *Ob. cit.*, p. 569 e John Avery Jones *et al.*, “The Non-discrimination...”, p. 331.

<sup>46</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 118.º do CIRS, com a epígrafe «Centralização, arquivo e escrituração de livros», o qual em relação aos estabelecimentos estáveis exige, para além da obrigação de centralizar a contabilidade no domicílio fiscal (exigida igualmente a sujeitos passivos residentes), a indicação na declaração de início de actividade, da respectiva localização. Veja-se, também, o artigo 117.º do CIRC relativamente às pessoas colectivas.

mentários à Convenção Modelo. Por um lado, o facto de os EUA terem expressamente indicado nas reservas ao artigo que reservam o direito de aplicar o seu *branch tax*<sup>47</sup>. Por outro lado, os Comentários ao parágrafo terceiro do artigo 24.º, onde se tecem longas considerações sobre o sentido do princípio da igualdade de tratamento no que toca à tributação dos estabelecimentos estáveis.

Assim, o referido Comentário debruça-se, nos parágrafos 24 a 54, sobre diversos aspectos da tributação das sociedades que devem ser igualmente aplicados aos estabelecimentos estáveis. A equiparação defendida pela OCDE entre a tributação de sociedades residentes e estabelecimentos estáveis de sociedades não-residentes estende-se do domínio da incidência do imposto, à dedução ao lucro tributável das despesas de exploração, à faculdade de imputação ao estabelecimento estável de parte das despesas gerais da empresa<sup>48</sup>, ao regime de amortizações e provisões, ao reporte de prejuízos<sup>49</sup> e à tributação de mais-valias<sup>50</sup>.

O Comentário discorre ainda sobre:

- pagamento de dividendos a estabelecimentos estáveis;
- estrutura e taxas do imposto sobre o rendimento do estabelecimento estável;
- retenção na fonte de rendimentos recebidos por estabelecimentos estáveis;
- imputação ao estabelecimento estável de impostos pagos no estrangeiro;
- extensão a estabelecimentos estáveis de CDTs celebrados com países terceiros.

Relativamente à distribuição de dividendos a estabelecimentos estáveis na medida em que a participação social de onde derivam esses rendimentos esteja afectada a esse estabelecimento, salienta-se a falta de acordo entre os países membros da OCDE sobre se os estabelecimentos estáveis também devem usufruir dos regimes favoráveis de distribuição de dividendos entre sociedades mães e afiliadas<sup>51</sup> (veja-se, no caso europeu, a Directiva 90/435/CEE, de 23 de Julho, que consagra uma isenção de retenção na fonte dos dividendos distribuídos à sociedade-mãe quando esta detém uma participação qualificada que, em 2009, será de 10%<sup>52</sup>).

<sup>47</sup> De acordo com Barry Larking (ed.), *International Tax Glossary*, IBFD, 4.ª Ed., 2001, *branch tax* é o imposto que alguns Estados impõem sobre os estabelecimentos estáveis, para além do imposto sobre o rendimento das empresas. Assim, o *branch tax* é equivalente a um imposto sobre os dividendos que seriam devidos se o estabelecimento estável fosse uma subsidiária da sociedade não-residente e tivesse distribuído os seus lucros sob a forma de dividendos.

<sup>48</sup> Cfr. artigo 50.º, n.ºs 2 e 3, do CIRC.

<sup>49</sup> Cfr., a este propósito, o Caso C-250/95, de 15 de Maio de 1997 (*Futura*), decidido pelo TJCE.

<sup>50</sup> Nicola Saccardo, "Art. 24(3) of the OECD Model Convention: The Significance of the Expression 'Taxation on a Permanent Establishment' in Cross-border reorganizations", *Intertax*, Vol. 31, Issue 8/9, 2003, p. 271 e ss, defende a aplicação do artigo 24.º, n.º 3, à tributação de reorganizações empresariais que envolvam a alienação de um estabelecimento estável.

<sup>51</sup> Para exemplos de situações discriminatórias neste âmbito v. John Avery Jones *et al.*, "The Non-discrimination...", pp. 334-335.

<sup>52</sup> Em virtude da alteração introduzida pela Directiva 2003/123/CE, de 22 de Dezembro, publicada no JO L 7 de 13/01/2004, p. 41 e ss. Esta Directiva, muito embora tenha alargado o seu campo de aplicação para

No que toca às taxas do imposto, o Comentário discute os problemas da aplicação de taxas progressivas a estabelecimentos estáveis, bem como as questões relativas à utilização do sistema da taxa dupla do imposto de sociedades<sup>53</sup> (*split-rate system*) que, tanto quanto nos é dado saber, não assumem grande relevância no contexto europeu em virtude do uso generalizado de uma taxa única para efeitos de imposto sobre as sociedades.

Relativamente à retenção na fonte de rendimentos (dividendos, juros e royalties) recebidos por estabelecimentos estáveis em virtude da aplicação dos n.ºs 4 dos artigos 10.º e 11.º e do n.º 3 do artigo 12.º, derivam duas consequências: deixa de haver qualquer limitação na tributação na fonte dos referidos rendimentos (ao contrário do que aconteceria na ausência de um estabelecimento estável ao qual os rendimentos fossem imputados, situação em que a tributação na fonte encontrar-se-ia limitada — no caso de dividendos e juros — ou excluída no caso de royalties) e são englobados no cômputo dos lucros tributáveis do estabelecimento (artigo 7.º), com direito à eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos nos termos da legislação fiscal do Estado em causa<sup>54</sup>.

No caso do Estado da fonte onde se situa o estabelecimento estável sujeitar a retenção na fonte apenas os rendimentos devidos a não-residentes e, consequen-

incluir a distribuição de lucros de sociedades residentes num determinado Estado-Membro (A) a estabelecimentos estáveis (situados no Estado-Membro B) de sociedades residentes no mesmo Estado-Membro (A) ou num Estado-Membro terceiro (C), ainda não inclui o caso da distribuição de lucros de uma sociedade residente num Estado-Membro (A) a estabelecimentos estáveis de sociedades residentes noutro Estado-Membro (B), situados no Estado-Membro primeiramente referido (A).

Para um panorama da implementação das Directivas sobre a tributação do rendimento das empresas (as denominadas Directivas fusões e sociedades mães e afiliadas) v. Francisco de Sousa da Câmara e Filipa Arantes Pedroso, “Commentary on the Implementation of the EC Direct Tax Measures in: Portugal”, *EC Corporate Tax Law*, IBFD, edição em folhas soltas.

<sup>53</sup> De acordo com este sistema — usado na Alemanha, mas abandonado em 2001 — são aplicadas duas taxas diferentes de imposto: uma taxa mais elevada para o lucro não distribuído e uma taxa mais baixa para o lucro distribuído, desta forma integrando parcialmente a tributação dos dividendos e evitando parcialmente a dupla tributação económica dos lucros distribuídos. Sobre a questão da integração do imposto sobre o rendimento das sociedades no imposto pessoal sobre o rendimento v., por todos, José Guilherme Xavier de Basto, “O Imposto sobre as Sociedades e o Imposto Pessoal de Rendimento — Separação ou Integração?”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Teixeira Ribeiro IV*, BFDUC, Coimbra, 1980, p. 353 e ss e Ana Paula Dourado, “Harmonização da Tributação de Lucros e Dividendos na CEE”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1992.

<sup>54</sup> O artigo 46.º, n.º 3, do CIRC, na redacção anterior à Lei do Orçamento de Estado para 2005, configurava uma situação de discriminação uma vez que estendia a eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos apenas a “agências gerais de seguradoras estrangeiras”. Esta vantagem deveria ter sido alargada a todas as sucursais de empresas na União Europeia em virtude do julgamento proferido pelo TJCE no Caso 270/83 (*Avoir Fiscal*). A este propósito veja-se a “Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee — An Internal Market without company tax obstacles — achievements, ongoing initiatives and remaining challenges”, Brussels 24.11.2003 COM (2003) 726, pp. 6-8, na qual a Comissão Europeia alerta para as incorrectas ilacções tiradas pelos Estados-Membros da jurisprudência produzida pelo Tribunal e, como fruto da acção proposta pela Comissão, a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu “Tributação dos dividendos das pessoas singulares no mercado interno”, COM (2003), Bruxelas, 19.12.2003, 810 final.

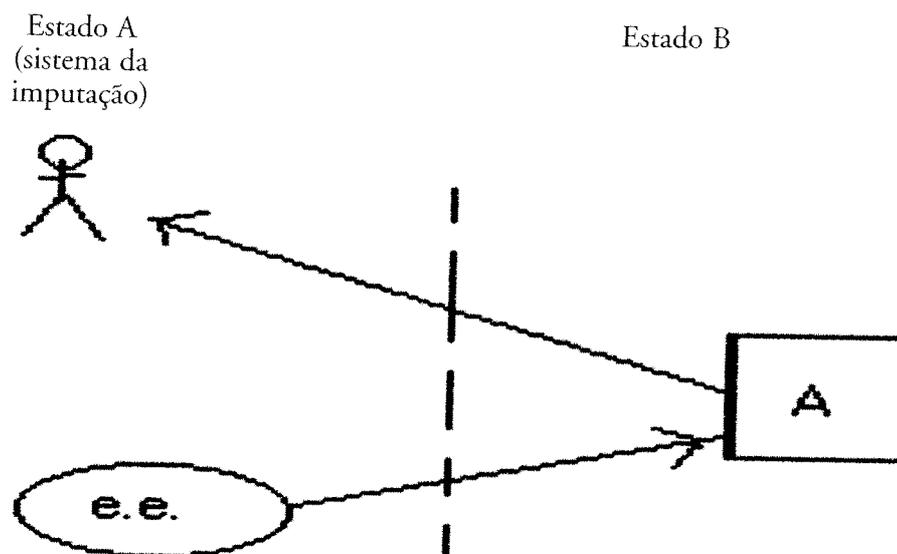
temente, assim também os rendimentos devidos a estabelecimentos estáveis de empresas não-residentes aí situados — na medida em que estes estabelecimentos carecem de personalidade jurídica autónoma, sendo considerados meras *longa manus* da entidade não residente da qual fazem parte — este Estado pode estar a violar o consagrado no n.º 3 do artigo 24.º. Na verdade o estabelecimento estável passa a ser tratado de uma forma diferente e em princípio menos favorável do que uma empresa residente. Aliás, a retenção na fonte neste caso resultaria também numa violação ao artigo 10.º, n.º 4, da Convenção Modelo.

No que respeita aos Estados que admitem na legislação doméstica um sistema de imputação<sup>55</sup> dos impostos pagos no estrangeiro não há razão para não estender este regime aos estabelecimentos estáveis de sociedades não-residentes quando recebem dividendos de outro Estado<sup>56</sup>. Porém, quando o crédito de imposto facultado pelos sistemas de imputação é conferido por meio de uma convenção a questão que se coloca é saber se os estabelecimentos estáveis de não-residentes podem beneficiar do regime conferido por uma convenção porque esta aplica-se às pessoas residentes de um ou ambos os Estados Contratantes (artigo 1.º da Convenção Modelo).

Situação diversa é a de um estabelecimento estável situado num Estado cuja legislação doméstica adopta um sistema de imputação com vista à eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos e em que a sociedade não-residente titular desse estabelecimento distribui dividendos (provenientes dos lucros do estabelecimento) aos seus sócios que são residentes do Estado onde se situa o estabelecimento. Neste caso, parece que o comando do artigo 24.º, n.º 3, não obriga à extensão do crédito de imposto aos sócios uma vez que, para efeitos legais, os dividendos (provenientes do lucro do estabelecimento estável) são distribuídos por uma sociedade não-residente e não pelo estabelecimento estável directamente aos sócios residentes no mesmo Estado onde este último está situado.

<sup>55</sup> De acordo com este sistema a sociedade e o accionista são tributados separadamente. Ao nível do accionista o dividendo é engrossado pelo imposto sobre o lucro da sociedade pago por esta e depois é dado um crédito por parte ou pela totalidade desse imposto contra o imposto que recai sobre o dividendo. De acordo com a Comunicação da Comissão por último referida, apenas cinco Estados-Membros mantêm um sistema de imputação a nível doméstico e a tendência generalizada é para o abandono deste sistema. Para uma crítica a este sistema, v. Sven-Olof Lodin, “The Imputation Systems and Cross-border Dividends — Need for New Solutions”, *International Studies in Taxation: Law and Economics. Liber Amicorum Leif Mutén*, Series on International Taxation 21, Kluwer Law International, 1999, pp. 199 e ss.

<sup>56</sup> No entanto, como nota Scott Wilkie, os EUA e o Canadá assumem uma posição diferente como resulta do artigo XXV (6) da respectiva CDT. Este artigo apresenta uma redacção semelhante ao do artigo 24.º, n.º 3, da Convenção Modelo mas exclui expressamente do âmbito de protecção da norma a obrigação de um Estado Contratante conceder a uma sociedade residente do outro Estado Contratante o mesmo alívio da dupla tributação que o primeiro Estado concede a uma sociedade aí residente relativamente a dividendos recebidos de uma outra sociedade. Cfr. Caso C-319/02 (*Manninen*), no qual o TJCE decidiu que o sistema de imputação finlandês constitui uma restrição à livre circulação de capitais.



Encontramo-nos, por esta via, reconduzidos à questão das denominadas “situações triangulares”<sup>57</sup>. O problema das situações triangulares revela uma actualidade crescente em função da internacionalização da economia e da emergência do comércio electrónico. Para além do problema específico da discriminação a que podem estar sujeitos os estabelecimentos estáveis em situações triangulares, outros problemas relacionados com a eliminação de dupla (ou tripla) tributação<sup>58</sup>, por um lado, e de evasão fiscal com recurso a técnicas de planeamento que jogam com as convenções celebradas pelo Estado da situação do estabelecimento estável e da residência da empresa, por outro, demonstram a insuficiência da solução bilateral adoptada nas convenções para lidar com estas situações<sup>59</sup>. Isso mesmo aparece bem evidenciado no relatório “Triangular Cases” elaborado pela OCDE depois de consultas feitas aos países membros<sup>60</sup>.

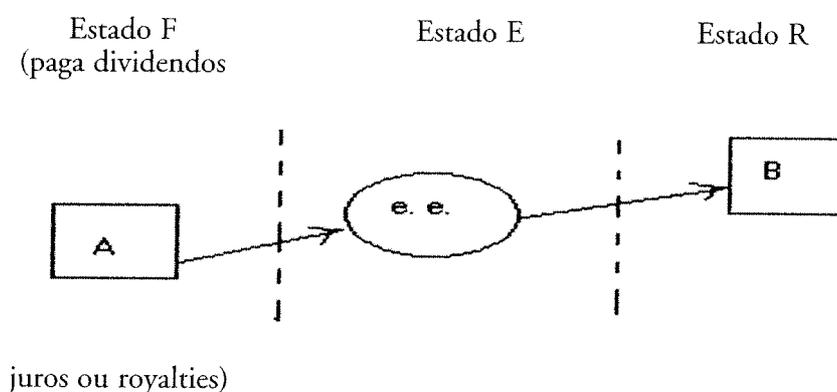
<sup>57</sup> Sobre este tema, cfr. por último, Francisco de Sousa da Câmara, “IDE: Sucursais e Subsidiárias — Discriminações e Situações Triangulares”, *15 Anos da Reforma Fiscal Portuguesa de 198/89. Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 435 e ss.

<sup>58</sup> Para exemplos destas situações, v. Kees van Raad, “The 1992 OECD Model Treaty: Triangular Cases”, *ET*, Setembro 1993, p. 298 e ss.

<sup>59</sup> Outros exemplos de técnicas de planeamento fiscal, desta feita com recurso a interposição de sociedades na criação de situações triangulares, é a criação das denominadas sociedade-base (*base company*) e sociedades-veículo (*conduit company*). O abuso da lei fiscal criado por estas estruturas é combatido, respectivamente, pelas normas sobre *Control Foreign Companies* que constam hodiernamente das legislações de grande número de países e das cláusulas de limitações de benefícios (*limitation on benefits*) inseridas em crescente numero nas CDTs. Para mais desenvolvimentos v. “Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies” e “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies” in *International Tax Avoidance and Evasion — Four Related Studies*, Issues in International Taxation no. 1, OCDE, 1987. Na doutrina portuguesa, Rui Duarte Morais, *Imputação de Lucros...*, e Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

<sup>60</sup> Este relatório encontra-se publicado em OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Vol. II, Edição em folhas soltas, P. R(11).

A situação triangular clássica é aquela em que um estabelecimento estável (situado no Estado E) de uma sociedade não-residente (Estado R) recebe dividendos, juros ou royalties derivados de um Estado terceiro (Estado F) na medida em que as participações, o crédito ou os direitos que estão na origem desses rendimentos estão adstritos ao estabelecimento estável e não directamente à ‘empresa geral’<sup>61</sup>. Como a Convenção E-F não se aplica porque o estabelecimento estável é não-residente no Estado E, pode suceder que a Convenção celebrada entre o Estado da residência (R) e o Estado da fonte (F) preveja uma taxa de retenção sobre dividendos superior à negociada entre os Estados E-F. Assim, o estabelecimento estável fica sujeito a uma retenção na fonte superior às das empresas residentes no Estado E, em violação do disposto no artigo sobre não-discriminação na Convenção E-R.



O Comentário ao artigo 24.º foi alterado em 1992 em resultado do relatório sobre os casos triangulares. De acordo com o que aí vem disposto (parágrafo 52 a 54) a maioria dos países Membros na situação do Estado do estabelecimento estável está disposta a aplicar o seu regime de eliminação da dupla tributação, seja por força do seu direito interno, seja por força do número 3 do artigo 24.<sup>62</sup> Para

<sup>61</sup> Tradução literal do inglês *general enterprise*. Como muito bem nota Kees van Raad quando uma empresa opera noutro país através de um estabelecimento estável deve-se, para evitar incorrecções do ponto de vista fiscal, referir não à ‘sede’ mas à ‘empresa geral’ (ou ‘empresa matriz’, na expressão utilizada por Manuel Pires), significando esta expressão a totalidade da empresa, incluindo o estabelecimento estável. A incorrecção gerada com a utilização da palavra ‘sede’ deriva do facto de esta sugerir que a totalidade da empresa pode ser dividida entre a sede e o estabelecimento estável, da mesma forma que se distingue uma filial da sociedade-mãe. Utilizando o exemplo do Professor, quando a empresa geral coloca um computador à disposição do estabelecimento estável no estrangeiro é incorrecto pensar-se que o computador saiu de uma empresa para entrar noutra. O computador que era parte da empresa geral foi depois, dentro da empresa geral, alocado ao estabelecimento estável. O que gera confusão é o facto de o estabelecimento estável ser parte da empresa geral e ser tratado para efeitos fiscais como uma empresa independente, cfr. *Nondiscrimination...*, p. 145 (em nota).

<sup>62</sup> Como refere Pasquale Pistone, no caso do Estado do estabelecimento estável usar o método da isenção como forma de eliminar a dupla tributação com o Estado da fonte, é considerado acto claro desde a decisão do caso *Saint Gobain* que os Estados-Membros no papel de Estado do estabelecimento estável devem estender a aplicação deste método aos estabelecimentos estáveis de empresas de outros Estados-Membros, cfr. “Tax Treaties and the Internal Market in the New European Scenario”, *Intertax*, Vol. 35, 2007, p. 77. O Grupo de Tra-

os restantes Estados sugere-se a introdução de um segundo período ao artigo 24.º, n.º 3, que lide com esta situação.

A redacção sugerida no Comentário (parágrafo 52) estabelece que o Estado do estabelecimento estável (Estado E) conceda um crédito de imposto relativamente ao imposto pago no Estado F sobre os dividendos, juros ou *royalties*, consoante o caso. Este crédito não pode, porém, ser superior ao que resultaria da aplicação da Convenção F-R<sup>63</sup>. Esta solução pode não eliminar completamente a dupla tributação no caso de a taxa de retenção na fonte ser superior na Convenção F-R relativamente à Convenção E-F. O Estado E na verdade não estará disposto a conceder um crédito em montante superior ao que concede às suas próprias empresas. Neste caso, a única forma de eliminar completamente a dupla tributação seria o Estado R aceitar conceder crédito pelo remanescente. Este foi o único consenso possível de atingir entre os países membros na alteração ao Comentário. Qualquer outra solução — designadamente a aplicação *tout court* da Convenção E-F mesmo quando a taxa de retenção na fonte for superior nesta Convenção relativamente à Convenção F-R, que parece-nos ser a solução mais consentânea num cenário bilateral<sup>64</sup> — parece afastar-se demasiado dos princípios subjacentes à Convenção Modelo: o princípio da reciprocidade<sup>65</sup> e o princípio mais geral do efeito relativo dos tratados<sup>66</sup>.

Uma outra questão não tratada no Comentário, mas com relevância nesta sede, é a da dedutibilidade do pagamento de juros e *royalties* pelo estabelecimento está-

balho da OCDE que está a desenvolver alterações aos Comentários ao artigo 24.º, por seu turno, pretende clarificar na próxima versão dos Comentários que o parágrafo 3 do artigo 24.º requer que os Estados estendam as normas para eliminar a dupla tributação aos estabelecimentos estáveis, esclarecendo, porém, que isso não significa que um estabelecimento estável tem direito aos mesmos benefícios conferidos pela Convenção como se fosse um residente, *cf.* Centre for Tax Policy and Administration da OCDE, *Application and Interpretation of Article 24 (non-discrimination)*. *Public discussion draft*, 3 de Maio de 2007, disponível na página da internet da OCDE.

<sup>63</sup> É a seguinte a redacção sugerida: «Quando um estabelecimento estável de um Estado Contratante de uma empresa do outro Estado Contratante recebe dividendos, juros ou *royalties* provenientes de um Estado terceiro e o direito ou o bem gerador dos dividendos, dos juros ou das *royalties* está efectivamente associado a esse estabelecimento estável, o primeiro Estado concede um crédito de imposto relativamente ao imposto pago no Estado terceiro sobre os dividendos, juros ou *royalties*, consoante o caso, mas o montante desse crédito não poderá exceder o montante calculado mediante a aplicação da taxa correspondente prevista na Convenção em matéria de impostos sobre o rendimento e o património entre o Estado de que a empresa é residente e o Estado terceiro».

<sup>64</sup> Segundo o relatório referido na nota acima esta solução é susceptível de gerar o denominado *treaty shopping* especialmente se o Estado de residência da empresa que detém o estabelecimento estável eliminar a dupla tributação dos lucros do estabelecimento estável através do método de isenção, *cf.* p. R (11)-13.

<sup>65</sup> São feitas algumas referências a este princípio ao longo dos Comentários à Convenção Modelo. Veja-se, por exemplo, o parágrafo 12 dos Comentários ao artigo 3.º (“... princípio da reciprocidade em que a Convenção assenta”) e o parágrafo 41 dos Comentários ao artigo 10.º (“... sem perder de vista a reciprocidade, a base de toda e qualquer convenção”).

<sup>66</sup> Quanto a este princípio consuetudinário do Direito Internacional Público codificado no artigo 34.º da Convenção de Viena e que se traduz na máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* v. Nguyen Quoc Dinh e outros, *Direito Internacional Público*, p. 246 e ss. Como se verá noutro capítulo em mais pormenor, uma das excepções a este princípio é a cláusula da nação mais favorecida.

vel à empresa geral. Neste ponto chegamos ao âmago do problema do tratamento jurídico-fiscal da figura dos estabelecimentos estáveis.

A questão que subjaz pode ser formulada como se segue: será verdadeiramente possível tratar o estabelecimento estável como uma entidade independente? E dependendo da resposta positiva a esta pergunta, deverá o estabelecimento estável ser comparado com uma entidade independente?

Cumpra apenas informar que não nos vamos debruçar sobre a questão prévia da legitimidade de comparação de duas figuras diferentes (estabelecimento estável e entidade independente) através da criação da ficção do estabelecimento estável ser uma entidade independente. O problema é outro: será que as regras que se aplicam entre empresas independentes podem ser igualmente aplicáveis aos estabelecimentos estáveis?

Este tópico tem vindo a ser profundamente estudado e debatido no contexto da revisão dos Comentários ao artigo 7.º da Convenção Modelo, sob a alçada do “Grupo de Trabalho n.º 6 sobre a Tributação das Empresas Multinacionais” criado pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE<sup>67</sup>.

Em 1986, o Prof. Kees van Raad bem notava, face ao disposto no parágrafo 17 da versão de 1977 dos Comentários à Convenção Modelo, que *“interest and royalty payments by a permanent establishment to the general enterprise do not lead to a tax deduction for the permanent establishment if the payments relate to funds or patents which have not been acquired by the general enterprise from a third party but come from the general enterprise’s own resources, i. e., from its reserve funds or research activities. Consequently, whereas in general the tax treatment of a permanent establishment is controlled by the fiction of a separate enterprise, in respect of interest, royalties, etc., this function is replaced by the economic reality that the permanent establishment is but an integrated part of a larger unit”*<sup>68</sup>. Daí ser questionável se a recusa da dedução destes pagamentos (ou, para ser mais correcto, o não reconhecimento destes pagamentos como despesas do estabelecimento estável porque a questão da dedutibilidade depende da lei interna de cada Estado) não será contra o actual artigo 24.º, n.º 3, da Convenção.

A redacção dos Comentários a que van Raad se referia foi alterada em 1994 fruto da publicação de um relatório sobre a atribuição de lucros aos estabelecimentos estáveis<sup>69</sup>. Porém, embora as alterações introduzidas nos Comentários

<sup>67</sup> Uma breve, mas incisiva, abordagem da problemática pode ser encontrada em “Tax Law Note: How Should Deductible Expenses of Permanent Establishments be Determined?”, paper apresentado pelo FMI para uso de oficiais governamentais e membros do público, [Online] disponível a partir de <http://www.imf.org/external/np/leg/tlaw/2004/notes/eng/establ.htm>, acedido a 8 de Dezembro de 2004, Internet.

<sup>68</sup> Cfr. *Nondiscrimination...*, p. 146.

<sup>69</sup> Disponível em OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Vol. II, Edição em folhas soltas, P. R(13). Para uma apreciação crítica das alterações introduzidas e analisando o aresto jurisprudencial de um tribunal Canadano nesta área — *Cudd Pressure Control Inc. v. the Queen*, que se tornou célebre — do mesmo Professor, “Deemed Expenses of a Permanent Establishment under Article 7”, *International Studies in Taxation: Law and Economics. Liber Amicorum Leif Mutén*, Series on International Taxation 21, Kluwer Law International, 1999, pp. 285 e ss.

tenham vindo a introduzir alguns esclarecimentos, a verdade é que a versão actual dos Comentários (2003) continua a gerar dúvidas<sup>70</sup>.

Nestes termos, o parágrafo 17.4 relativo ao pagamento de *royalties* entre o estabelecimento estável e a empresa geral e o parágrafo 18.3 relativo ao pagamento de juros entre o estabelecimento estável e a empresa geral continuam, na mesma linha dos Comentários anteriores, a favorecer o não reconhecimento desses rendimentos como despesas do estabelecimento estável susceptíveis de serem deduzidas ao seu lucro tributável<sup>71</sup>.

Depois das referidas alterações efectuadas em 1994, foi, no ano seguinte, publicado o Relatório “Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às administrações fiscais”<sup>72</sup>. Relatório este que aborda a aplicação do princípio da plena concorrência a transacções entre empresas associadas.

Na sequência deste Relatório, a OCDE decidiu continuar os trabalhos no sentido de determinar até onde podia ir o tratamento do estabelecimento estável como uma empresa independente por um lado e, por outro lado, para determinar em que medida é que as *guidelines* sobre preços de transferência entre empresas associadas podiam ser aplicadas, por analogia, à atribuição de lucros ao estabelecimento estável com base no princípio da plena concorrência consagrado no artigo 7.º da Convenção Modelo<sup>73</sup>. Em resultado do trabalho que tem vindo a ser efectuado foram publicadas as conclusões dos estudos e das discussões reali-

<sup>70</sup> Sobre o papel de novas versões dos Comentários na interpretação de CDTs concluídas previamente v. John Avery Jones, “The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty is Concluded”, *BIBFD*, March 2002, pp. 102 e ss.

<sup>71</sup> Cfr. o Parecer subscrito pela Dra. Maria dos Prazeres Rito Lousa do CEF, de 12 de Maio de 1994, publicado na CTF n.º 374, sobre a dedutibilidade dos juros de mora pagos pelo estabelecimento estável em Portugal à empresa geral em Espanha e, posteriormente, da mesma Autora, “O Problema da Dedutibilidade dos Juros para Efeitos da Determinação do Lucro Tributável” *Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Correia do Vale*, CCTF n.º 171, CEF, Lisboa, 1995, p. 347 e ss. Mais recentemente, Raffaele Russo, “Tax Treatment of ‘Dealings’ Between Different Parts of the Same Enterprise under Article 7 of the OECD Model: Almost a Century of Uncertainty”, *BIBFD*, Outubro de 2004, p. 472 e ss.

Para uma descrição da situação em Portugal anteriormente à entrada em vigor do CIRC, cfr. Manuel Pires, *Da Dupla...*, p. 753 e ss.

<sup>72</sup> Este Relatório tem por base um outro publicado em 1979. Desde 1995 esta publicação tem sido feita pela OCDE sob a forma de folhas soltas para incorporar alterações que venham a ser realizadas. Sobre este tema, na doutrina portuguesa, António Lobo Xavier “Preços de Transferência no Sector Financeiro”, *A Tributação face às Relações Internacionais e à Utilização das Novas Tecnologias*, CCTF n.º 187, Lisboa, 2000, p. 245 e ss.

A Comissão Europeia criou, também, em Julho de 2002 o fórum conjunto da UE em matéria de preços de transferência composto, entre outros, por um membro da Administração Fiscal de cada Estado-Membro. Para mais desenvolvimentos v. a “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre os trabalhos efectuados pelo fórum conjunto da UE em matéria de preços de transferência no domínio da tributação das empresas entre Outubro de 2002 e Dezembro de 2003 e sua proposta para um Código de Conduta para a efectiva implementação da Convenção de Arbitragem (90/436/CEE de 23 de Julho de 1990), Bruxelas 23.04.2004, COM (2004) 297 final.

<sup>73</sup> Para um enquadramento teórico e histórico deste artigo v. Irene J. J. Burgers, “Commentary on Article 7 of the OECD Model Treaty: Allocation of Profits to a Permanent Establishment”, in *The Taxation of Permanent Establishments*, IBFD, Edição em folhas soltas.

zadas, compostas por quatro partes distintas: uma primeira parte relativa a estabelecimentos estáveis em geral, a segunda parte relativa a bancos, a terceira parte relativa a empresas com actividade no comércio de produtos financeiros e finalmente um capítulo dedicado à actividade seguradora<sup>74</sup>.

A premissa básica segundo a qual a OCDE orientou o seu estudo sobre este tema reside na aplicação das orientações sobre preços de transferência entre empresas associadas à atribuição do lucro aos estabelecimentos estáveis. De acordo com a orientação seguida importa, primeiramente, realizar uma análise factual e funcional do estabelecimento estável em ordem a determinar as funções, os activos e os riscos assumidos por este (como em qualquer empresa independente). Num segundo momento, cumpre comparar o lucro obtido pelo estabelecimento estável com o lucro que seria obtido por uma empresa independente que exerça o mesmo tipo de funções, detenha o mesmo género de activos e assuma riscos similares. A primeira dificuldade a ultrapassar neste esquema consiste em determinar que funções, activos e riscos devem ser atribuídos ao estabelecimento estável.

A metodologia adoptada pela OCDE deixa bem assente que *“it should be noted that the aim of the authorised OECD approach is not to achieve equality of outcome between a PE and a subsidiary in terms of profits but rather to apply to dealings among separate parts of a single enterprise the same transfer pricing principles that apply to transactions between associated enterprises. There are generally economic differences between using a subsidiary and a PE. Application of the authorised OECD approach should achieve equality of treatment between different types of PE, but will not achieve equality of outcome between subsidiaries and PEs where there are economic differences between them. The legal form chosen, PE or subsidiary, may have some economic effects that should be reflected in the determination of taxable profits. Thus, it might be expected that business done through PEs is actually more profitable because of the possibilities of efficient capital utilisation, risk diversification, economies of scale etc.”*<sup>75</sup>

Como o estudo expressamente reconhece, existem situações em relação às quais não é possível efectuar a comparação entre um estabelecimento estável e uma empresa independente. É o caso do “aviamento da empresa”<sup>76</sup> cuja determinação

<sup>74</sup> Todos estes relatórios e documentos conexos encontram-se disponíveis para consulta na página da OCDE na internet: [www.oecd.org](http://www.oecd.org). Para uma análise desta problemática, António Valle, “Taxation of Transfers of Goods between Permanent Establishments and Head Offices and Compatibility with EC Law” *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Fevereiro de 2004, CEDAM.

<sup>75</sup> OCDE, “Discussion Draft on the Attribution of Profits to the Permanent Establishment — Part I (General Considerations)”, p. 18.

<sup>76</sup> Expressão pela qual optámos por traduzir o inglês “credit worthiness”. Como refere o Prof. Ferrer Correia o aviamento é “a eficiência ou capacidade de realizar o fim (lucrativo) para que foi criado [o estabelecimento, interpolação] — a sua capacidade de rendimento ou de lucro”. Para mais desenvolvimentos, cfr. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, Universidade de Coimbra, 1973, pp. 203-206 e “Reivindicação do Estabelecimento Comercial como Unidade Jurídica”, *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1985, pp. 255-258.

relativamente a estabelecimentos estáveis de sociedades é muito difícil. O aviamento assume, entre outros, um papel relevante para a exigência de garantias entre empresas independentes que negociam entre si. A posição da OCDE é, contudo, a de que o estabelecimento estável goza do mesmo aviamento que a empresa geral e, portanto, não reconhece garantias prestadas entre o estabelecimento principal e a empresa geral. O que, rectas contas, se traduz, afinal, no reconhecimento pela própria OCDE da impossibilidade de consideração do estabelecimento estável como uma empresa independente em todas as situações<sup>77</sup>.

No que toca especificamente à admissibilidade da consideração do pagamento de juros e *royalties* entre o estabelecimento estável e a empresa geral, o estudo da OCDE citado representa uma mudança de perspectiva ao passar a reconhecer a dedutibilidade do pagamento de juros entre o estabelecimento estável e a empresa geral<sup>78</sup> (o que até aqui era admitido somente em relação a bancos<sup>79</sup>). Para

<sup>77</sup> O reconhecimento desta impossibilidade de tratamento como uma entidade independente vem desde à longa data e, em último termo, reconduz-se à *vexata quaestio* que desde sempre acompanha este tema: a opção entre a adopção do princípio do preço de plena concorrência na determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis ou a repartição do lucro global da sociedade segundo uma fórmula (*formulary apportionment*). Sobre este tópico cfr. as considerações tecidas em Bruno Vinga Santiago, “O Futuro da Tributação Directa dos Grupos de Sociedades na União Europeia” *Fiscalidade* n.º 16, ISG, Outubro de 2003, em especial pp. 112 a 123.

<sup>78</sup> O artigo 1.º da Directiva 2003/49/EC, de 3 de Junho de 2003, sobre um regime comum de tributação aplicável ao pagamento de juros e *royalties* feito entre empresas associadas de Estados-Membros diferentes, estabelece a isenção de pagamento de imposto na fonte desde que o beneficiário efectivo dessas importâncias seja uma sociedade associada de um outro Estado-Membro ou um estabelecimento estável de uma sociedade de um Estado-Membro situado num Estado-Membro diferente do Estado-Membro donde provêm os pagamentos. O estabelecimento estável será tratado como o devedor dos juros e *royalties* apenas na medida em que o pagamento dessas importâncias constituam despesas dedutíveis do estabelecimento estável no território onde está situado (artigo 1.º, n.º 3).

De acordo com Manuela Duro Teixeira, no capítulo sobre a tributação de estabelecimentos estáveis em Portugal, na edição do International Bureau of Fiscal Documentation sobre a tributação destas entidades “*with regard to interest paid by a permanent establishment to its head office, several private letter rulings were issued confirming its tax deductibility, as well as the non-applicability of withholding tax on such payments, on the grounds that they are payments within the same legal entity. A more restrictive view is now followed by the tax authorities (...) who accept the deductibility of interest only if a “normal” debt/equity ratio (not defined in the law) is maintained. (...) Royalty payments by permanent establishments are not common, and the tax authorities have never expressed an official view on their deductibility*” (apud *The Taxation of Permanent Establishments*, IBFD, 2003, p. 44, edição em folhas soltas). Mais recentemente e mais detalhadamente sobre este tema, da mesma Autora, cfr. *A Determinação do Lucro Tributável dos Estabelecimentos Estáveis de Não Residentes*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 72 a 76.

O artigo 23.º, n.º 1, al. c), do CIRC (com a epígrafe “custos ou perdas”) estabelece que serão considerados custos dedutíveis os “*encargos de natureza financeira, como juros de capitais alheios (...)*” (o carregado é nosso). Entendemos que esta palavra deve ser entendida num sentido económico e não estritamente jurídico pois, se assim fosse, os capitais emprestados pela empresa geral ao estabelecimento estável não poderiam propriamente ser considerados alheios.

<sup>79</sup> Como nota o Relatório da OCDE de 1984 sobre bancos multinacionais (*Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Three Taxation Issues*, Parte II: The Taxation of Multinational Banking Enterprises, Paris, 1984), o pagamento de juros entre bancos deve ser tomado em consideração na determinação do lucro dos estabelecimentos estáveis de bancos, uma vez que parte da actividade bancária com terceiros independentes consiste no pagamento e recebimento de juros, o que não acontece com outro tipo de empresas.

tal desiderato admite-se a tomada em consideração do montante de juros que seriam pagos pelo estabelecimento estável em condições de plena concorrência tomando em atenção as *funções, activos e riscos* atribuídos ao estabelecimento estável. Como se reconhece no estudo referido, nas empresas não-financeiras a movimentação de fundos no seio da mesma empresa pode, em alguns casos, corresponder à contraprestação devida pela realização de uma função de tesouraria, da mesma forma que ocorre nos bancos<sup>80</sup>.

Tem-se entendido que a razão pela qual os Comentários não se mostram favoráveis ao reconhecimento de juros devidos por empréstimos internos prende-se com motivos de evasão fiscal. De facto, existe o risco de que meras transferências de fundos de uma parte da empresa para outra não correspondam à realização económica de um empréstimo. O reconhecimento destas operações como empréstimos e o consequente pagamento de juros poderiam levar à incorrecta dedutibilidade destas importâncias.

Com esta mudança de posição que se saúda e que se espera que em breve seja transposta para os Comentários, poderá passar a ser reconhecida a dedutibilidade do juro devido que deverá corresponder ao que seria devido numa situação de plena concorrência, pela aplicação por analogia das orientações previstas nas *Guidelines* sobre preços de transferência entre empresas associadas.

Relativamente ao pagamento de *royalties* pelo estabelecimento estável à empresa geral pelo uso de bens incorpóreos, a posição actual dos Comentários (parágrafo 17.4) é que estes pagamentos não devem ser considerados. Enquanto os Comentários favorecem a consideração de “*que os custos da criação de direitos intangíveis são imputáveis a todos os departamentos da empresa que os irão utilizar, pelo que os custos de criação devem ser consequentemente repartidos*”, a nova perspectiva é que pagamentos nocionais de *royalties*<sup>81</sup> entre diferentes partes da empresa podem ser admitidos na medida em que seja possível identificar que parte da empresa é que efectivamente suportou os custos da criação dos bens em causa. Da mesma forma também nesta sede se sugere a aplicação das *Guidelines* por analogia para a determinação da propriedade económica do bem incorpóreo. O mesmo é defendido relativamente à prestação de serviços intra-grupo (parágrafo 17.7)<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a identificação e reconhecimento destas funções de tesouraria v. OCDE, “Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment (PES): Part II (Banks), 4 de Março de 2003, pp. 30-32 e Michael Kobetsky, “Intra-Banks Loans: Determining a Branch Business Profits under Article 7 of the OECD Model”, *BIBFD*, Fevereiro de 2005, p. 48 e ss.

<sup>81</sup> “*The use of the word ‘royalty’ is not meant to convey either an actual payment or a formal license agreement between two parts of the same enterprise but is intended to refer to the arm’s length compensation that one would have to pay (and deduct from the income) for the use of the intangible if the provider of the intangible were a distinct and separate enterprise*”, *ult. Ob. cit.*, p. 56.

<sup>82</sup> Sobre os termos em que os acordos de partilhas de custos e os acordos de prestação de serviços intra-grupo são admitidos e reconhecidos a legislação portuguesa, veja-se os artigos 11.º e 12.º da Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de Dezembro que regulamenta a matéria dos preços de transferência.

Findo este escurso pela análise dos desenvolvimentos em discussão na OCDE relativamente à aplicação dos preços de transferência às relações entre o estabelecimento estável e a empresa geral, retomamos a análise do artigo 24.º, n.º 3.

Ao contrário dos parágrafos anteriores, no artigo 24.º, n.º 3, a comparação é feita não com “*nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação, em especial no que se refere à residência*”, mas sim com “*as empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas actividades*”. Significa isto que o termo de comparação escolhido foram empresas residentes no outro Estado Contratante que estejam no mesmo sector de actividade, o que mostra coerência com o critério definido no número 2 do artigo 7.º da Convenção Modelo para imputação dos lucros a estabelecimentos estáveis<sup>83</sup>. Com efeito, explicita o normativo por último referido: “*quando uma empresa de um Estado Contratante exerce a sua actividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento estável aí situado, serão imputados, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento estável os lucros que este obteria se fosse uma empresa distinta e separada que exercesse as mesmas actividades ou actividades similares, nas mesmas condições ou em condições similares, e tratasse com absoluta independência com a empresa de que é estabelecimento estável*”.

É porém admitido por vozes autorizadas<sup>84</sup> que, em certos casos, a comparação deve ser feita não com uma empresa independente, mas sim com uma empresa doméstica que tenha a mesma estrutura societária que a empresa detentora do estabelecimento estável. Este argumento é válido sobretudo para o regime de tributação dos grupos societários que, por regra, só se aplica domesticamente. De facto, se o estabelecimento estável for comparado exclusivamente com uma sociedade doméstica independente, os regimes de tributação dos grupos societários não serão considerados discriminatórios porque não existe sequer termo de comparação<sup>85</sup>.

A este propósito já se pronunciou um Tribunal nova-iorquino no caso *Re Reuters Limited v. Tax Appeals Tribunal, et al.*. Neste caso, a Reuters veio arguir que o método de cálculo do *franchise tax* cobrado pelo Estado de Nova Iorque era discriminatório segundo a CDT Inglaterra/EUA. A Reuters entendia que o seu estabelecimento estável em Nova Iorque deveria ter sido tributado como se fosse uma entidade independente, comparando-o com uma hipotética sociedade de Nova Iorque que exercesse a sua actividade apenas nesse Estado.

<sup>83</sup> No mesmo sentido, Scott Wilkie, “Converging Tax Systems: Free Trade, International Tax Neutrality, and Non-discrimination” *IFA Special Seminar on Canadian Tax Treaties: Policy and Practice* (co-eds. Brian Arnold and Jacques Sasville, publicado pela IFA (Canadian branch), p. 21:25.

<sup>84</sup> Klaus Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen ...*, p. 1854 e Raul Angelo Papotti, “Treaty Non-Discrimination Clauses in Group Consolidation Situations”, *Intertax*, Vol. 31, Issue 10, 2003, p. 320 e ss.

<sup>85</sup> Todavia, as alterações propostas aos Comentários ao Artigo 24.º pela OCDE em Maio de 2007 vão no sentido de que o princípio da igualdade de tratamento apenas deve ser tomado em consideração relativamente à actividade do estabelecimento estável, excluindo assim outros aspectos relativamente aos quais também deveria ser aplicado o princípio da igualdade de tratamento, tais como, as normas sobre tributação dos grupos societários ou sobre reporte de prejuízos.

O Tribunal discordou com a comparação pretendida pela Recorrente nos seguintes termos: “*Reuters-New York, as a branch of the United Kingdom enterprise, is not juridically equivalent to a free-standing entity as proposed in its hypothetical analogy. Reuters-New York cannot be lifted out of and placed in isolation of its own legal universe, for the tax and juridical realities under the antidiscrimination clause are otherwise (...) the purpose of the nondiscrimination clause is to protect foreign taxpayers against local economic discrimination derived from disparate tax treatment. The ultimate taxpayer here is the corporate entity, Reuters-United Kingdom, not its branch affiliate. Thus, to measure the potential discriminatory effect of New York’s franchise tax, by reference to Reuters’ New York branch as an enterprise discrete from its juridical parent, is not supportable under the language or purpose of the nondiscrimination clause*”<sup>86</sup>.

Importa ainda referir que na medida em que o artigo 24.º, n.º 3, se refere à “tributação de um estabelecimento estável” sem qualquer restrição relativamente ao tipo de rendimento, a comparação não se limita à tributação do lucro do estabelecimento, estendendo-se a outras categorias de rendimento, como o rendimento de bens imobiliários (artigo 6.º)<sup>87</sup>.

O segundo período do terceiro parágrafo do artigo 24.º ocupa-se das denominadas deduções à matéria colectável e à colecta, em função da situação pessoal e familiar do contribuinte, excluindo-as da igualdade de tratamento. O que significa que os residentes de um Estado Contratante que tenham um estabelecimento estável no outro Estado Contratante não ficam, por esse facto, abrangidos pelas deduções à matéria colectável e à colecta que o Estado de acolhimento confere aos seus residentes. De acordo com o parágrafo 22 do Comentário ao artigo 24.º, o período em análise “[v]isa, essencialmente, evitar que essas pessoas [as pessoas residentes num Estado Contratante e com um estabelecimento estável no outro Estado Contratante, interpolação] obtenham vantagens superiores às dos residentes graças à acumulação das deduções e abatimentos pessoais para encargos familiares que lhes sejam concedidos, por um lado, no Estado de que são residentes, em virtude do disposto na legislação interna e, por outro lado, no outro Estado, em virtude do princípio da igualdade de tratamento”<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Citado por Lara Friedlander *ob. cit.*, pp. 82-83.

<sup>87</sup> Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 136.

<sup>88</sup> De acordo com John Avery Jones *et al.*, “The Non-discrimination...”, p. 337, o Reino Unido, os EUA e o Canadá frequentemente colocam este período num parágrafo separado para ser aplicável também à disposição do artigo 24.º, n.º 1, ou seja, para salientar que estas deduções não se aplicam a não-residentes.

### 1.5. Artigo 24.º, n.º 4

*“4. Salvo se for aplicável o disposto no número 1 do artigo 9.º, no número 6 do artigo 11.º ou no número 4 do artigo 12.º, os juros, royalties e outras importâncias pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do lucro tributável de tal empresa, como se fossem pagas a um residente do primeiro Estado mencionado. De igual modo, quaisquer dívidas de uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do património tributável dessa empresa, nas mesmas condições como se fossem contraídas com um residente do primeiro Estado mencionado.”*

O número 4 do artigo 24.º lida com uma situação específica que muito pouco ou nada tem em comum com os parágrafos anteriores. Como refere o Comentário *“visa obviar a uma forma particular de discriminação resultante do facto de, nalguns países, a dedução dos juros, royalties e outras importâncias, admitida sem restrições quando o beneficiário é um residente, ser pelo contrário limitada ou mesmo interdita quando este não é residente”*<sup>89</sup>. Trata-se de um caso de discriminação indirecta na classificação de Kees van Raad. Ou seja, ao contrário do primeiro e terceiro parágrafos, a discriminação incide não sobre a pessoa (empresa) estrangeira, mas sim sobre a empresa residente<sup>90</sup> que paga um qualquer montante a um residente do outro Estado<sup>91</sup>. Deixamos, assim, de estar perante um caso de uma diferenciação de dois contribuintes na mesma situação, excepção feita à respectiva nacionalidade, para passar a estar perante um caso em que a comparação é feita entre dois residentes na mesma situação, em que um paga juros, *royalties*<sup>92</sup> e outras importâncias a um residente do mesmo Estado, enquanto o outro efectua os mesmos pagamentos a um residente do outro Estado Contratante<sup>93</sup>. Daí que, na dicotomia entre a fonte e a residência que subjaz a toda a estrutura da Convenção Modelo, o Estado onde se situa a empresa que paga as importâncias em causa seja considerado como Estado da fonte.

O número 4 do artigo 24.º incorpora uma regra de imposição da dedutibilidade de certos pagamentos desde que se verifiquem, cumulativamente, dois

<sup>89</sup> Parágrafo 55 dos Comentários ao artigo 24.º.

<sup>90</sup> O parágrafo correspondente da Convenção Modelo norte-americana refere-se, mais amplamente, a residentes, o que permite incluir, no âmbito de aplicação do artigo, residentes de um Estado Contratante que não tenham nenhuma empresa (abrangendo assim, por exemplo, o pagamento de juros derivados de um empréstimo para a aquisição de habitação por parte de indivíduos particulares).

<sup>91</sup> Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 173.

<sup>92</sup> Muito embora os conceitos de juros e de *royalties* presentes, respectivamente, nos artigos 11.º, n.º 3, e 12.º, n.º 2, valham apenas para efeitos dos respectivos artigos, não se levantam problemas de maior na caracterização destes pagamentos para efeitos do artigo em análise uma vez que mesmo que não se qualifiquem como tal, caem no conceito de “outras importâncias”, cfr. Kees van Raad, *Nondiscrimination...*, p. 175.

<sup>93</sup> Não devendo relevar como justificação para ocorrer uma discriminação o método segundo o qual os pagamentos são registados na contabilidade (método de caixa e método do acréscimo) de cada Estado Contratante, cfr. ult. Autor e *Ob. cit.*, p. 175.

requisitos: o regime legal interno não se apresenta conforme com os artigos 9.º, n.º 1, 11.º, n.º 6 e 12.º, n.º 4 da Convenção Modelo e aplica-se somente a não-residentes. É o que resulta do parágrafo 56 dos Comentários, de difícil compreensão<sup>94</sup>.

Em consequência, simetricamente, a imposição do artigo 24.º, n.º 4, não é aplicável às normas legais internas que não estejam de acordo com os artigos referidos mas que se apliquem tanto a residentes como a não-residentes pelo simples facto de que, neste caso, a regra do artigo 24.º não é chamada a actuar, uma vez que residentes e não-residentes são tratados da mesma forma no que toca à dedutibilidade dos pagamentos aí referidos. Por outro lado, um regime legal doméstico que se aplique apenas a não-residentes (residentes do outro Estado Contratante) mas esteja de acordo com o artigo 9.º, n.º 1, 11.º, n.º 6 e 12.º, n.º 4, também não é proibido pelo artigo em análise uma vez que entra dentro da cláusula de excepção aí prevista (“Salvo se for aplicável...”). Ou seja, apenas no caso de o regime legal interno não estar em conformidade com os artigos 9.º, n.º 1; 11.º, n.º 6 e 12.º, n.º 4 e aplicar-se somente a não-residentes é que deixa de caber na cláusula de excepção do início do artigo 24.º, n.º 4 e, como tal, revela-se proibido.

As implicações do número em análise não se ficam, todavia, por aqui, assumindo ainda relevância pela forma como podem influenciar o regime de subcapitalização<sup>95</sup> em vigor nos Estados Contratantes<sup>96</sup>. De facto, a regra da dedutibilidade dos pagamentos feitos a residentes do outro Estado Contratante nas mesmas condições que seriam se fossem feitos domesticamente é exceptuada pela

<sup>94</sup> “O número 4 não impede o país do mutuário de assimilar os juros a dividendos em virtude das respectivas regulamentações internas em matéria de subcapitalização, na medida em que sejam compatíveis com o número 1 do artigo 9.º ou com o número 6 do artigo 11.º. Todavia, se tal regime resultar de regras que não são compatíveis com os artigos referidos e aplicáveis apenas a credores não-residentes (com exclusão dos credores residentes), a aplicação deste regime é interdita nos termos do número 4” (o carregado é nosso).

<sup>95</sup> A subcapitalização pode ser caracterizada, genericamente, como uma situação de endividamento excessivo de uma empresa perante uma outra empresa relacionada. A lei portuguesa — artigo 61.º, n.º 3, do CIRC — considera existir endividamento excessivo quando o valor das dívidas for superior ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio da entidade relacionada. Para mais desenvolvimentos, v., por exemplo, Patrícia Noiret Cunha, “A Subcapitalização no Direito Português (Apreciação face ao Direito Comunitário)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Soares Martínez*, Vol. II, 2000.

<sup>96</sup> O Supremo Tribunal Administrativo francês decidiu que as regras sobre subcapitalização francesas, ao limitar a dedução de juros pagos a sociedades-mães residentes na Alemanha, mas não às residentes em França, eram incompatíveis com o artigo 43.º do Tratado da UE. Num outro caso foi decidido que as referidas regras eram incompatíveis com a convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre a França e a Áustria, em 1959. A notícia destes casos foi nos dada no *Annual Report 2003-2004*, do IBFD.

Em Dezembro de 2002, o TJCE decidiu no Caso C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) que as regras de subcapitalização alemãs eram contrárias ao princípio da liberdade de estabelecimento. Em conformidade, o legislador português emendou a mão e passou a determinar que o regime doméstico de subcapitalização se aplica apenas relativamente a entidades residentes fora da UE.

Adiante, em capítulo autónomo, serão tecidas mais considerações sobre a compatibilidade dos regimes domésticos de subcapitalização com o princípio da não-discriminação em Direito Internacional Fiscal e em Direito Comunitário.

aplicação alternativa dos artigos 9.º, n.º 1, 11.º, n.º 6 e 12.º, n.º 4. Estas remissões pressupõem uma delicada tarefa interpretativa. Assim, a ressalva feita à aplicação do artigo 9.º visa abarcar os casos em que um pagamento a uma empresa associada, residente no outro Estado Contratante, é feito em condições que não teriam sido negociadas entre empresas independentes, desta forma alterando o preço de plena concorrência. Significa isto, por outras palavras, que qualquer pagamento feito a uma empresa associada residente no outro Estado Contratante deve respeitar a legislação interna sobre preços de transferência do Estado Contratante da empresa que realiza o pagamento.

Por outro lado, a ressalva da aplicação do artigo 9.º, legitima a aplicação das regras internas sobre subcapitalização que sejam conformes com o princípio da plena concorrência, isto é, as normas segundo as quais os juros pagos para além do preço de plena concorrência são recharacterizados como lucros ou qualquer outra espécie de remuneração e que os rendimentos que vierem a ser assim determinados sejam os que seriam obtidos em condições de independência<sup>97</sup>.

A aplicação do número 1 do artigo 9.º impõe-se sempre que um pagamento que tenha sido feito a uma empresa associada residente no outro Estado Contratante foi realizado em condições diferentes das que teriam sido acordadas entre empresas independentes. A consequência da aplicação do artigo 9.º, n.º 1, neste caso é dupla: por um lado os lucros da empresa que efectuou o pagamento podem ser corrigidos nos termos do referido artigo e, por outro lado, entra em aplicação o disposto do número 4 do artigo 24.º e, como tal, o pagamento efectuado deixa de ser dedutível na determinação do lucro tributável da referida empresa.

A remissão feita para o número 6 do artigo 11.º refere-se ao pagamento de juros, excluindo parcialmente a aplicação do artigo 24.º, nos casos em que o montante dos juros pagos, tendo em conta o crédito pelo qual são pagos, exceder o montante que seria acordado entre o devedor e o beneficiário efectivo na ausência de relações especiais<sup>98</sup>. De notar que aqui é apenas considerada a hipótese de a taxa de juro aplicada não corresponder à que seria usada numa situação

<sup>97</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a compatibilidade dos regimes domésticos de subcapitalização com o artigo 9.º, n.º 1, da Convenção Modelo, v. Otmar Thömmes, Robert Stricof, Katja Nakhai, "Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles (An analysis of thin capitalization rules in light of the non-discrimination principle in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties)", 32 *Intertax* 3, 2004, p. 132. Relativamente à compatibilidade com as convenções do regime português de subcapitalização antes da reforma de 2000, v. Glória Teixeira, *Tributação do Rendimento*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 135 e ss.

<sup>98</sup> Como refere o parágrafo 35 aos Comentários ao artigo 11.º "[n]o que diz respeito ao regime aplicável à parte excedentária dos juros, a natureza exacta dessa parte deverá ser apreciada em função das circunstâncias próprias de cada caso concreto, tendo em vista determinar a categoria de rendimentos onde deverá ser integrada para efeitos de aplicação das disposições da legislação fiscal dos Estados interessados e do disposto na Convenção. Este número apenas permite o ajustamento da taxa de juro, mas não a requalificação do empréstimo de forma a conferir-lhe a natureza de participação no capital. Para que esse ajustamento fosse possível, ao abrigo do disposto no número 6 do Artigo 11.º, seria pelo menos necessário suprimir a frase «tendo em conta o crédito pelo qual são pagos», que introduz uma restrição".

de concorrência, não cabendo aqui a hipótese do próprio endividamento revelar montantes excessivos (caso em que esse excesso poderia, eventualmente, ser qualificado como uma participação no capital). Assim, a remissão feita para o artigo 11.º, n.º 6, apenas refere que o excesso relativamente a aplicação de uma taxa de concorrência deve ser tributado em conformidade com a legislação dos Estados Contratantes, sendo que o montante de juros que seriam devidos de acordo com o princípio da plena concorrência deve ser tratado de acordo com a regra do artigo em análise (ou seja, a parte que não estiver em excesso deve poder ser deduzida nos termos do artigo 24.º, n.º 4).

As considerações tecidas relativamente ao pagamento de juros valem também, *mutatis mutandis*, para o pagamento de *royalties*.

O mesmo vale em relação a “outras importâncias pagas” que, segundo o Prof. Klaus Vogel, referem-se a pagamentos em troca de bens ou serviços recebidos<sup>99</sup>.

A segunda frase do artigo em análise contém um comando sobre a dedutibilidade das dívidas a residentes do outro Estado Contratante para efeitos dos impostos sobre o património ou sobre o capital das empresas. Enquanto que a versão francesa da Convenção Modelo usa a expressão “*fortune imposable*”, a versão inglesa utiliza expressão “*taxable capital*”<sup>100</sup>. Na versão de 2003 da tradução portuguesa da Convenção Modelo, efectuada pelo CEF, optou-se por introduzir a expressão “*património tributável*”, isto muito embora algumas das convenções celebradas por Portugal recorram à expressão “*capital tributável*”. Seja como for, em Portugal não existe nenhum imposto geral sobre o património ou sobre o capital das empresas pelo que este período não tem aplicabilidade<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Klaus Vogel, *Doppelbesteuerungsabkommen ...*, p. 1871, parágrafo 148.

<sup>100</sup> A expressão usada na versão oficial alemã é “*steuerpflichtigen Vermögen*” que se refere a imposto sobre a fortuna ou imposto sobre o património.

<sup>101</sup> Cfr. parágrafo 10 dos Comentários ao artigo 22.º da Convenção Modelo e Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *As Convenções...*, pp. 280-81. Para uma introdução à temática da tributação do património em Portugal, Saldanha Sanches, “Sobre a Hipótese de um Imposto sobre o Património das Empresas”, *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*, Coimbra Editora, 2000. Depois da reforma de 2003, cfr. Casalta Nabais, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 219 e ss. Com mais indicações bibliográficas, v. Nuno Sá Gomes, *Tributação do Património. Lições Proferidas no 1.º Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2004*, Almedina, Coimbra, 2005. Muito embora não exista nenhum imposto geral sobre o património das empresas, o actual IMT e IMI constituem impostos sobre o património imobiliário ou, para ser mais preciso, sobre uma manifestação desse património, cfr. Diogo Leite de Campos e Mónica Leite de Campos, *Direito Tributário*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 58. No sentido de que a tributação do património que discrimine entre património imobiliário e mobiliário é inconstitucional, cfr. Eduardo Paz Ferreira, “Em Torno das Constituições Financeira e Fiscal e dos Novos Desafios na Área das Finanças Públicas”, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 30.

### 1.6. Artigo 24.º, n.º 5

“5. As empresas de um Estado Contratante cujo capital, total ou parcialmente, directa ou indirectamente, seja possuído ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante não ficarão sujeitas, no primeiro Estado mencionado, a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexa, diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas outras empresas similares desse primeiro Estado mencionado.”

O preceito acima exposto visa, sobretudo, evitar um proteccionismo fiscal pelo Estado da fonte através de medidas fiscais que dificultem o investimento externo<sup>102</sup>.

O número 5 do artigo 24.º tem uma dupla semelhança com o número anterior uma vez que, por um lado, segundo a dicotomia fonte/residência que acompanha toda a Convenção Modelo entende-se que as empresas residentes com accionistas no outro Estado Contratante encontram-se no Estado da fonte e os accionistas estão no seu Estado de residência e, por outro lado, porque elege como factor proibitivo da discriminação não a nacionalidade dos accionistas da empresa, mas sim a sua residência. Este artigo acaba por ter uma importância prática significativa porque muitos regimes legais discriminam com base na residência dos accionistas<sup>103</sup>.

Por outra via, também se podem encontrar semelhanças com o primeiro e terceiro parágrafos do artigo 24.º na medida em que, paralelamente, o que se proíbe é uma “*tributação ou obrigação com ela conexa, diferente ou mais gravosa*”, sendo que a comparação não é feita com *nacionais do outro Estado* que se encontrem na mesma situação, em especial no que se refere à residência, mas sim com *empresas similares*.

Em virtude de o Comentário não ter explicitado o que se deve entender por empresas similares, têm-se levantado algumas dúvidas neste domínio. Assim, por exemplo, a Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre os EUA e o Canadá refere expressamente no artigo XXV, n.º 5, de acordo com a posição defendida tradicionalmente pelo Canadá, que as empresas similares do outro Estado em relação às quais se deve fazer a comparação são empresas cujo capital é no todo ou em parte detido ou controlado, directa ou indirectamente, por um ou mais *residentes de um terceiro Estado*<sup>104</sup>. A orientação prevalecente é, porém, a de que a comparação deve ser feita com empresas residentes cujo capital seja controlado, directa ou indirectamente, total ou parcialmente, por *residentes desse Estado*.

<sup>102</sup> Neste sentido Scott Wilkie que refere ter esta norma as suas origens nos velhos tratados de amizade, navegação e comércio, cfr. *ob. cit.*, p. 21:36.

<sup>103</sup> Veja-se o Caso C-200/98 (*X AB & Y AB v Riksskatteverket*).

<sup>104</sup> No mesmo sentido a posição do Brasil (país não-membro da OCDE).

De salientar é ainda que o que se proíbe é a discriminação contra as empresas detidas por não-residentes, mas não a discriminação contra as próprias pessoas que detêm o capital sobre as empresas. Por isso, argumenta-se, os sistemas de imputação (que funcionam na generalidade dos casos somente a nível doméstico) não violam a presente disposição. Estes sistemas que visam atenuar a dupla tributação económica dos lucros distribuídos através do mecanismo do crédito de imposto, não interferem com o direito do Estado da fonte em tributar os sócios residentes no outro Estado Contratante que serão tributados por retenção na fonte de acordo com o artigo 10.º da respectiva CDT<sup>105</sup>. Outro entendimento — isto é, que os sócios não-residentes estariam sujeitos à mesma tributação que os sócios residentes — iria contra o artigo 10.º da Convenção Modelo.

Para mais, a discriminação proibida por este artigo só releva na medida em que a discriminação ocorrida se verifique por causa do capital ser estrangeiro e não por qualquer outro motivo não relacionado com a posse do capital.

O parágrafo 58 dos Comentários dispõe que o presente parágrafo releva também relativamente às normas sobre subcapitalização. No entanto, na medida em que o artigo 24.º, n.º 5, está redigido em termos muito amplos deve ceder a prevalência ao número 4 do artigo 24.º. Porém, em virtude de o actual número 4 não constar do Projecto de Convenção de 1963 pode suceder que as CDTs mais antigas não o contenham e, portanto, a conformidade dos regimes subcapitalização domésticos dos Estados Contratantes com o disposto na Convenção terá de ser aferida pelo actual número 5 do artigo 24.º.

Nesta sede, relevam ainda, especialmente, problemas de discriminação na tributação dos grupos societários quando uma (ou mais) das sociedades que faz parte do grupo é não-residente não podendo pois beneficiar do regime legal.<sup>106</sup> O'Brien, em comentário à compatibilidade do regime norte-americano de tributação dos grupos societários com esta disposição, começa por sugerir que neste caso a comparação correcta seria com sociedades residentes consideradas separadamente, assim ignorando a relação de grupo. Acaba, todavia, por concluir que tal comparação corresponde a uma leitura demasiado restritiva do parágrafo e que, portanto, o regime estadunidense é susceptível de violar o artigo 24.º, n.º 6, da Convenção Modelo (na versão de 1977 a que corresponde hoje o n.º 5)<sup>107-108</sup>.

<sup>105</sup> Hugh Ault, *Ob. cit.*, pp. 569-70.

<sup>106</sup> Para exemplos de casos decididos pelo Supremo Tribunal Administrativo sueco sobre casos relacionados com a discriminação de grupos societários v. Kristina Ståhl, "The Application...", p. 197 e ss. Em Maio de 2007, o Centre for Tax Policy and Administration da OCDE lançou um relatório com as alterações que propõe que sejam introduzidas aos Comentários ao artigo 24.º. Uma dessas alterações vai no sentido de clarificar que o número 5 do artigo 24.º não pode ter por efeito permitir a consolidação fiscal transfronteiriça.

<sup>107</sup> James O'Brien, *Ob. cit.*, pp. 580 a 585.

<sup>108</sup> As alterações aos Comentários ao Artigo 24.º propostas pela OCDE em Maio de 2007 vão no sentido de negar a aplicação artigo 24.º, n.º 5, ao regime dos grupos societários. Neste sentido, sugere-se a introdução dos parágrafos 57.1 e 57.2 a dispor: "for example, if the domestic tax law of one State allows a resident company

A importância prática da disposição em análise confirma-se pelo número de arrestos judiciais que a convocam. A título de exemplo, refira-se o caso que correu termos no *U.S. 7<sup>th</sup> Circuit Court of Appeals* relativo à dedutibilidade de juros pagos por uma sociedade norte-americana à sociedade-mãe residente em França<sup>109</sup>.

Simplificadamente, o caso radica na recusa pelo *Internal Revenue Service* da dedução dos juros vencidos (mas não pagos) pela sociedade *Square D* em virtude de um empréstimo contraído junto da sociedade-mãe residente em França (*Schneider SA*). A *Square D* pretendia deduzir ao seu lucro tributável dos anos de 1991 e 1992 os juros vencidos nesses anos mas que só foram pagos nos anos de 1995 e 1996, com base num método similar ao método dos proveitos e custos previsto no artigo 18.º do Código do IRC e inspirado no princípio de direito contabilístico da especialização ou do acréscimo (por oposição ao método de caixa nos termos do qual apenas se contabiliza no momento do efectivo recebimento ou pagamento)<sup>110</sup>.

O *Internal Revenue Service* recusou essa dedução com base no denominado *matching principle* da legislação americana, nos termos do qual a contabilização de um pagamento por parte de uma entidade deve corresponder à contabilização de um rendimento por parte de outra entidade. Sucede que, por efeito da aplicação da CDT celebrada com a França, esse rendimento encontra-se isento de tributação nos EUA. Daí não ser possível aplicar o referido princípio no caso porque os juros recebidos pelo não residente não se consideram nunca vencidos ou pagos para efeitos de tributação nos EUA. Para estes casos dispõe a lei americana que o juro só pode ser deduzido no momento do pagamento. A questão que a recorrente colocava era saber se a não dedutibilidade imediata do juro não constitui uma tributação “diferente ou mais gravosa” em virtude da sociedade-mãe ser francesa, relativamente à tributação que ocorreria se a sociedade-mãe fosse americana. O Tribunal recorrido entendeu que o diferimento da dedução do juro em causa ocorreu não por a sociedade *Square D* ser detida por uma residente em França, mas porque não se verificava a correspondência exigida pela lei entre a dedução do pagamento e a sua contabilização nas contas do credor. Na medida

*to consolidate its income with that of a resident parent company, paragraph 5 cannot have the effect to force the State to allow such consolidation between a resident company and a non-resident company. (...) withholding tax obligations that are imposed on a resident company with respect to dividends paid to non-resident shareholders but not with respect to dividends paid to resident shareholders cannot be considered to violate paragraph 5”.*

<sup>109</sup> Recurso de 13 de Maio de 2005 da decisão do *US Tax Court* no caso 6097-97. *Square D Company and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*. Disponível em *Worldwide Tax Daily*, Tax Analysts, 2005, 108-16. Outros dois casos julgados pelos tribunais norte-americanos contra o contribuinte com base nesta cláusula (*American Air Liquide, Inc v. Commissioner* e *UnionBanCal Corp v. Commissioner*) são relatados por Mary Bennett, “The David R. Tillinghast Lecture...”, *59 NYU Tax Law Review* 2006, pp. 456-459.

<sup>110</sup> Sobre a relevância dos princípios contabilísticos no direito, cfr., por último, Saldanha Sanches, “Problemas Jurídicos da Contabilidade”, *Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal*, Coimbra Editora, 2000.

em que essa dedução teria sido possível logo no momento do vencimento se o credor fosse residente nos EUA, a *Square D* vem invocar a violação do artigo 24.º, n.º 3 da CDT com França de 1967 (que corresponde ao artigo 24.º, n.º 5, da Convenção Modelo) argumentando que por ser uma subsidiária de uma sociedade francesa a lei americana impõe uma “tributação ou obrigação com ela conexas, diferente ou mais gravosa” do que estaria uma empresa similar cujo capital fosse controlado por um ou mais residentes nos EUA.

Em 13 de Fevereiro de 2006, o tribunal decidiu contra as pretensões da *Square D*. No entender do tribunal não havia discriminação porque a norma em crise apenas determina que o pagamento de juros efectuado a uma entidade relacionada não-residente nos EUA deve seguir o método de caixa, qualquer que seja a nacionalidade do titular do capital. A norma não impõe o método de caixa apenas porque o accionista é não-residente, fazendo-o genericamente para pagamentos a entidades relacionadas noutros Estados.

O recurso ao artigo 24.º, n.º 3, da Convenção celebrada entre França e os EUA (a que corresponde o artigo 24.º, n.º 5, do Modelo OCDE) apenas se compreende pela não inclusão de uma cláusula similar ao actual artigo 24.º, n.º 4, da Convenção Modelo na Convenção concluída entre os dois países aplicável aos factos.

A Convenção hoje em vigor (desde 30 de Dezembro de 1995) já dispõe de um normativo semelhante ao número 4 do artigo 24.º [artigo 25.º, n.º 3, al. a)] e que, em nossa opinião, seria prioritariamente aplicável. A ser esse o caso, a sociedade *Square D* poderia correr o risco de ver a sua pretensão de tratamento discriminatório rejeitada com base numa interpretação literal da letra da lei porque o parágrafo 4.º refere “juros, royalties e outras importâncias **pagas** por uma empresa”. Ora, a lei americana não impede a dedução dos juros efectivamente pagos, mas apenas a dedução imediata dos juros vencidos. Todavia, quer a doutrina<sup>111</sup> quer os próprios Comentários à Convenção Modelo se inclinam para a atribuição de um significado muito amplo à expressão “pagas” na medida em que a noção de pagamento significa o cumprimento da obrigação de colocar os fundos à disposição do credor nos termos previstos por contrato ou pelo uso<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> A este propósito refere lapidarmente o Prof. Kees van Raad que “[t]he method of accounting applied by the taxpayer (cash method or accrual method) has no relevance for the application. The expression ‘disbursement’ should not be interpreted as restricting the application of Article 24 to actual payments only”, cfr. *The Nondiscrimination...*, p. 124.

<sup>112</sup> Cfr. parágrafo 7 dos Comentários ao artigo 10.º e parágrafo 5 dos Comentários ao artigo 11.º.

### 1.7. Artigo 24.º, n.º 6

*“6. Não obstante o disposto no artigo 2.º, as disposições do presente artigo aplicar-se-ão aos impostos de qualquer natureza ou denominação.”*

Finalmente, o número 6 do artigo 24.º — ao arrepio do disposto no artigo 2.º — estende a aplicação do artigo 24.º a todo o tipo de impostos, qualquer que seja o nome que lhes seja atribuído. Ou seja, muito embora o artigo 2.º da Convenção Modelo constitua a norma onde vêm plasmados os impostos relativamente aos quais se aplica a Convenção, o artigo 24.º, n.º 6, estende a aplicação do artigo 24.º a quaisquer tributos que materialmente tenham a natureza de impostos.