

Instituto Politécnico de Lisboa
Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa



DISSERTAÇÃO

DOS PREJUÍZOS NO REGIME DE
PARTICIPATION EXEMPTION: A
RELAÇÃO ENTRE
ESTABELECIMENTO ESTÁVEL E
FILIAL

Hugo André Neves Rodrigues

Sob a orientação científica do Professor Doutor João Ricardo
Catarino

LISBOA, DEZEMBRO DE 2015

INSTITUTO POLITÉCNICO DE LISBOA
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO DE LISBOA

DOS PREJUÍZOS NO REGIME DE
PARTICIPATION EXEMPTION: A
RELAÇÃO ENTRE
ESTABELECIMENTO ESTÁVEL E
FILIAL

Hugo André Neves Rodrigues

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Fiscalidade, realizada sob a orientação científica do Professor Doutor João Ricardo Catarino.

Constituição do Júri:

Presidente: Professora Doutora Clotilde Palma

Vogal: Professor Doutor João Ricardo Catarino

Vogal: Dr. Amândio Fernandes Silva

LISBOA, DEZEMBRO DE 2015

Aos meus pais

“Creio muito na sorte. Quanto mais trabalho, mais sorte pareço ter.”

R. W. Emerson

Agradecimentos

Cumpro, nesta sede, agradecer a todos aqueles que, directa ou indirectamente, possibilitaram a realização da Dissertação.

Aos meus colegas e amigos da Direcção de Serviços de IRS, por uma convivência no dia-a-dia que muito prezo.

Ao Dr. José Vaz e à Dra. Helena Vaz, pela pronta disponibilidade que sempre demonstraram. À Dra. Ana Gomes, por ser a pessoa certa, numa época tão decisiva da minha vida.

Aos colegas da Biblioteca do CEF, pelo acesso a um acervo documental de incomensurável valia, bem como pelo tratamento, sempre cordato, que revelaram.

Aos meus colegas de Mestrado, por terem feito desta nossa empresa um espaço de conhecimento, respeito e estima.

A todos os docentes do Mestrado de Fiscalidade do ISCAL, em particular aos Professores Doutores Vasco Valdez e Vasco Guimarães, pela experiência e as avisadas discussões que propiciaram durante as prelecções.

À Professora Doutora Clotilde Palma e ao Dr. Benjamim Barbosa, pela confiança depositada. Foram mais que Professores...

Ao Professor Doutor João Catarino, ao qual manifesto o meu dilecto apreço, pela dedicação e prodigalidade que sempre demonstrou ao longo da investigação e, por ser, um verdadeiro Orientador.

E aos meus pais, por tudo...

Resumo

Propõe-se o presente mestrando encetar um estudo sobre o confronto do novo regime de *participation exemption* (dupla tributação económica), constante do artigo 51º, do CIRC, com a norma presente no artigo 54-A, do mesmo diploma.

Sendo a realidade objectiva em apreço coincidente, ou seja, versando o enquadramento sobre o tratamento fiscal da percepção de dividendos da entidade residente em território português (pelo que se exclui a abordagem às mais-valias), a dissociação de regimes ocorre quando a entidade distribuidora assume a forma de um estabelecimento estável, por contraponto a uma figura com personalidade jurídica distinta.

Com efeito, a regra ínsita ao artigo 54-A, permite ao beneficiário dispor de um mecanismo opcional de reporte do resultado fiscal do estabelecimento estável, materializando uma situação que não encontra paralelo com o sistema gizado para as restantes entidades.

Independentemente dos méritos da solução, que não serão discutidos no nosso ensaio, julgamos profícuo reflectir sobre os meandros insertos na noção de estabelecimento estável, mormente quando observados à luz de uma aproximação com a filial não residente, tendo, como pano de fundo, o contexto de competitividade que a reforma do IRC pretende impor ao sistema de tributação das pessoas colectivas.

Palavras-chave: Estabelecimento estável; Entidade dominada; Dupla tributação económica; Reporte de prejuízos; Atribuição de lucros; Competitividade

Abstract

It is proposed to this master's degree initiate a study of the confrontation of the new system of participation exemption (economic double taxation), in Article 51 of the CIRC (Tax Code on Corporate Income), with the standard provided in Article 54-A of that regulation.

Being the objective reality coincident, that is, dealing with the framework on the tax treatment of the perception of the resident entity dividends in Portuguese territory (at that exclude the approach to capital gains), the different approach occurs when the distributing entity takes the form of a permanent establishment, by contrast to a figure with separate legal personality.

Indeed, the 54-A article, allows the recipient to have a carry-over optional mechanism on the taxable income of the permanent establishment, materializing a situation that has no parallel with the system for the remaining entities.

Regardless of the solution merits, not discussed in our excursus, we believe profitable to reflect on the concept of permanent establishment, especially when viewed in light of an approach to a non-resident subsidiary, and, as a backdrop, the context competitiveness that the reform of the IRC (Code on Corporate Income) intends to impose on the system of taxation of legal persons.

Keywords: Permanent establishment; Controlled entity; Economic double taxation; Cross-Border losses; Profit allocation; Competitiveness

Índice

1. Aspectos Introdutórios.....	1
Objecto; Objectivos; Interesse; Metodologia; Revisão da Literatura.....	3

Parte I – O enquadramento do reporte transfronteiriço de rendimentos no contexto da reforma do IRC: o princípio da territorialidade e a dupla tributação económica

1. A conformação do princípio da territorialidade enquanto elemento integrante da competitividade na reforma do IRC.....	6
2. Sobre os métodos de eliminação da dupla tributação económica.....	18
2.1 Dificuldades inerentes à operacionalização do crédito de imposto e do método de isenção.....	18
2.2 Considerações sobre a viabilidade jurídica dos dois métodos – o Acórdão <i>FII</i>	33
2.3 Relação do método de isenção preconizado no CIRC, com o modelo de crédito de imposto utilizado na rede de Convenções celebradas por Portugal.....	36

Parte II – Do estabelecimento estável, enquanto figura separada da entidade-mãe localizada no território português: semelhanças e diferenças com a transmissão de resultados originados numa filial

1. Do conceito de estabelecimento estável e entidade funcionalmente distinta.....	41
1.1 Noção de estabelecimento estável, nos termos do artigo 5º, nº 1 do MCOCDE.....	41
1.2 A ideia de actividade como elemento de conexão entre estabelecimento estável e entidade-mãe.....	50

1.3 A repartição de rendimentos entre estabelecimento estável e entidade-mãe, nos termos do artigo 7º, nº 1 e 2 do MCOCDE: o conceito de entidade funcionalmente distinta.....	56
1.4 O princípio da plena concorrência e as teorias da independência absoluta e restrita do estabelecimento estável.....	69
2. Confronto de regimes e figuras: o artigo 51º e 54-A do CIRC.....	86
2.1 O dividendo, nos termos do artigo 10º do MCOCDE: distinção entre entidade distribuidora e beneficiária.....	86
2.2 O lucro enquanto realidade diferenciada do dividendo: a participação social e a deliberação societária como critérios de associação dos dois conceitos.....	98
2.3 A conceptualização do rendimento para efeitos de tributação e a sua correspondente ligação com o lucro tributável.....	112
2.4 A relação entre lucro e prejuízo.....	122

Parte III – As matrizes da proximidade estrutural entre estabelecimento estável e filial: o alinhamento preconizado pelo TJUE acerca dos momentos e da medida dos prejuízos reportáveis

1. A aproximação subjectiva entre a figura do estabelecimento estável e da filial – o conceito de dependência.....	129
1.1 A ponderação da personalidade jurídica como ditame desadequado de aproximação entre estabelecimento estável e filial.....	129
1.2 A dependência, enquanto referência da preponderância da entidade-mãe sobre o estabelecimento estável.....	137
2. Do controlo da sociedade localizada fora do território português: uma "medida" de dependência direccionada à filial.....	144
2.1 O controlo, tomado como domínio total, enquanto paralelo do conceito de dependência, na perspectiva da relação da entidade entre a sociedade dominante e a filial.....	144
2.2 A negação da disciplina dos grupos de sociedades como modelo da conexão entre sociedade dominante e filial.....	158
3. As “coordenadas” do TJUE no âmbito do reporte transfronteiriço de prejuízos	173

3.1 A natureza “final”, enquanto acepção apta e necessária à transmissão dos prejuízos: a matriz inciada no Acórdão <i>Marks & Spencer</i>	173
3.2 Subsequentes desenvolvimentos jurisprudenciais: os Acórdãos <i>OY AA</i> , <i>Lidl Belgium</i> , <i>Krankenheim Ruhesitz</i> e <i>X-Holding</i>	180
3..3 Confronto com o regime do CIRC estatuído nos artigos 51º e 54-A.....	191

Parte IV – Conclusões finais e perspectivas de investigação posteriores

1. Síntese/Solução Proposta.....	197
2 Conclusões.....	209
3. Proposta para investigação futura.....	212
4. Referências Bibliográficas.....	213
5.Anexos.....	244

Lista de siglas e abreviaturas

AOA - Authorised OECD Approach
BEPS – Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros
CEE- Comunidade Económica Europeia
EEE – Espaço Económico Europeu
CDT – Convenções para eliminar a dupla tributação
CIRC – Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRS - Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CSC – Código das Sociedades Comerciais
CVM – Código dos Valores Mobiliários
DGCI – Direcção Geral das Contribuições e Impostos
IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
LGT – Lei Geral Tributária
MCCC - Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
MCOCDE – Modelo de Convenção sobre o Rendimento e Património de 2010
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
SNC – Sistema de Normalização Contabilístico
TCE – Tratado que institui a Comunidade Europeia
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TUIR – Testo Unico delle Imposte sui Redditi
UE – União Europeia

1. Aspectos Introdutórios

Propõe-se a presente investigação analisar o contexto encetado na recente Reforma de IRC, nomeadamente no que concerne ao tratamento da repatriação de rendimentos e prejuízos apurados no seio dos estabelecimentos estáveis e filiais, pertencentes a entidades localizadas no nosso território.

A direcção do nosso estudo será, deste modo, guiada através do regime (essencialmente) presente nos artigos 51º e 54-A, do CIRC, ou seja, tratará das possíveis compatibilizações, ao nível das duas sobreditas figuras, dentro do espaço normativo da eliminação da dupla tributação económica (“participation exemption”).

O cerne da Dissertação fundamenta-se no enquadramento que a OCDE, vota ao conceito de estabelecimento estável, inserto no respectivo modelo convenção e em estudos dedicados à temática, designadamente na interpretação destas realidades enquanto “entidades funcionalmente distintas”, ou seja, enquanto figuras que, para todos os efeitos fiscais, revelam uma natureza autónoma da empresa-mãe. É, apoiada neste pressuposto, que não é isento de controvérsias, mas que é secundado pelo nosso ordenamento no artigo 54-A, do CIRC, que a investigação irá procurar as similitudes entre estabelecimento estável e a filial.

Enquanto decorrência deste entendimento, impera, na nossa perspectiva, uma saliente desarticulação entre as soluções pugnadas nas normas do artigo 51º e 54-A, do CIRC, quando cogitadas à luz da exortação do Anteprojecto, que veicula uma matriz simbiótica na conferência das duas noções. A diferenciação descobre-se, em termos singelos, a partir da oportunidade gizada, no caso de apuramento de prejuízos no seio do estabelecimento estável, de eleição, por parte da empresa localizada em território português, dos momentos (ainda que limitados pelo hiato temporal de três anos estatuído no artigo 54-A, nº 6 do CIRC) de reporte dos sobreditos resultados negativos.

Se a transmissibilidade das perdas calculadas na esfera do estabelecimento estável não constitui uma originalidade da Reforma do IRC, a interacção das duas alternativas de tratamento dos respectivos resultados na entidade portuguesa, designadamente por via do exercício do regime isenção previsto no artigo 54-A (cuja opção será, naturalmente, exercida perante a eventualidade de um resultado lucrativo derivado da actividade do estabelecimento estável), ou, ao invés, perante o reporte automático à empresa

portuguesa, exercido na eventualidade do cálculo de perdas no estabelecimento estável, compreendem-se as reais prerrogativas presentes neste âmbito.

A incongruência revela-se, justamente, neste ponto. Se o novo paradigma institui o estabelecimento estável como figura idêntica a uma entidade destacada da empresa portuguesa, de tal modo que abre a possibilidade à escolha (e que substitui o precedente automatismo de reporte dos resultados) então como justificar que este novo regime imponha, no que concerne aos prejuízos fiscais calculados fora do território português, como condicionalismo necessário à correspondente consideração, a particularidade da respectiva proveniência encontrar-se associada a um estabelecimento estável ou a uma entidade totalmente autónoma/filial da empresa portuguesa.

Deste modo, a Dissertação irá ponderar sobre uma solução complementar ao artigo 51º, que consinta a transmissibilidade dos prejuízos fiscais determinados pela filial (sendo, todavia certo, que um alinhamento desta natureza, constitui uma perspectiva de *iure condendo*, visto que o dito artigo 51º, não aponta para uma hermenêutica, de qualquer modo, cimentada na possibilidade de atender aos prejuízos fiscais).

Neste propósito, e de forma sequencial, a nossa proposta inicia pela compreensão da antecâmara da nossa investigação, ou seja, na compreensão do desiderato competitivo da Reforma do IRC, fundado no princípio da territorialidade, ou seja, na desconsideração fiscal dos rendimentos apurados fora do nosso território. A Dissertação continua pelos métodos de eliminação da dupla tributação económica, ou, no nosso caso, pelo contexto do nosso estudo, focalizado nos ditames ínsitos ao método de isenção e ao crédito de imposto, cujo confronto contextualiza e define os elementos de aproximação entre a filial e estabelecimento estável.

No seguimento, são compulsadas as condições de caracterização do estabelecimento estável como “entidade funcionalmente distinta”, ou seja, como realidade autónoma da empresa portuguesa. Mais, abordamos os elementos objectivos da repatriação dos resultados do estabelecimento estável e filiais, assentes nas correspondentes dicotomias entre lucro/prejuízo e dividendo/prejuízo fiscal. Prosseguimos a nossa exposição com a observação da aproximação subjectiva das duas figuras à entidade portuguesa, corporizadas nos conceitos de dependência e controlo. Findamos a investigação, dissecando as formas de transmissão de prejuízos, apoiados na configuração erigida pelo TJUE.

Objecto, Objectivos, Interesse, Metodologia e Revisão da Literatura

Tendo em mente as possíveis aproximações que se possam encetar entre a situação, definida pela Reforma do IRC, para as filiais e estabelecimentos estáveis, ao nível da eliminação da dupla tributação económica dos rendimentos distribuídos a entidades portuguesas, o nosso estudo propõe, com a devida modéstia, o seguinte enquadramento:

- **Objecto/Problema:** A nossa investigação identifica a discrepância de tratamento, no que concerne à repatriação dos prejuízos apurados, entre filial e estabelecimento estável. Com efeito, da conjugação do regime estatuído no novo artigo 54-A, do CIRC, que oferece a possibilidade, à entidade situada no território português, de optar pela não concorrência dos lucros ou prejuízos calculados pelo estabelecimento estável para o seu lucro tributável, com a alternativa de reporte automático desses mesmos resultados (faculdade que a Reforma do IRC manteve inalterada), permite a discricionariedade na definição dos momentos de transmissão dos rendimentos e, sobretudo, dos prejuízos, calculados na esfera do estabelecimento estável. Sumariamente, o objecto do estudo versará sobre a oportunidade da transmissão dos prejuízos fiscais apurados pela filial, a partir do confronto com solução determinada para os estabelecimentos estáveis.
- **Objectivos:** O nosso objectivo aponta para a sinalização das semelhanças entre as duas figuras, visíveis a partir da análise ao regime de eliminação da dupla tributação económica. Neste âmbito, e por referência ao estabelecimento estável, é expresso o entendimento (na norma do artigo 54-A, nº 3 do CIRC) do conceito enquanto figura separada, ou seja, da afirmação da sua natureza autónoma em relação à entidade-mãe portuguesa. Esta circunstância, acompanhada da origem dos resultados (numa jurisdição externa) e do seu destino (uma entidade localizada no nosso território), convergem para uma interpretação semelhante entre estabelecimento estável e filial. Atendendo, igualmente, que o significado das duas noções não é inteiramente coincidente, torna-se necessária a verificação do domínio total da entidade portuguesa sobre a filial, enquanto medida de correspondência com a relação constituída entre o

estabelecimento estável e a respectiva empresa. Deste modo, encontra-se uma fundamentação similar entre as duas figuras, que expõe a mesma possibilidade de decisão dos momentos de distribuição dos rendimentos (e dos prejuízos) da filial. Perfila-se um espaço de discussão favorável ao nosso objectivo, qual seja, a aproximação dos regimes dispensados aos estabelecimentos estáveis e filiais, no plano da transmissão dos prejuízos.

- Interesse do Tema: Sustentados na Reforma do IRC, que procura “assemelhar” a figuras da filial e do estabelecimento estável, julgamos que, em coerência com o novo contexto do CIRC, a desigualdade das soluções torna pertinente uma abordagem que procure aproximar as eventuais soluções para os dois conceitos, ao nível da transferência dos prejuízos para a entidade portuguesa. Falamos de uma matriz, no nosso entendimento, inovadora, (sendo certo que decalcada do novo CIRC e da posição da OCDE), que poderá servir as bases de um putativo regime de transmissão de prejuízos mais próximo entre estabelecimento estável e filial, sem prejuízo do alinhamento potenciar novas discussões alicerçadas nas maiores semelhanças entre as duas figuras. Mais releva que uma direcção semelhante entre as duas noções contribuirá, neste âmbito, para uma simplificação legislativa. Para alcançar este desiderato, a nossa investigação densifica uma série de conceitos que, apesar de finalizados à compreensão das contingências entre estabelecimento estável e filial, não menos contribui para o entendimento de outras noções, essenciais à composição da Dissertação, e que, em larga medida, motivaram o aluno a escolher a temática. A título de exemplo refira-se: a competitividade fiscal; os métodos de eliminação da dupla tributação económica; as noções de dependência e controlo (esta última associada à ideia de domínio total); o conceito de “perdas finais”, etc.
- Metodologia: Nesta senda, será o escrito guiado por uma metodologia de investigação assente numa vertente qualitativa, ou seja, numa análise essencialmente conceptual. Esta referência, conduziu-nos a um processo de exposição, bem como a busca de fontes, posicionadas num campo mais abrangente que a indagação normativa. Não descurando o enquadramento da proposta no complexo das regras do CIRC, não é menos verdade que o nosso estudo irá procurar soluções extravagantes ao dito âmbito. A emergência do

actual regime de “participation exemption”, exigiu a abordagem às motivações essenciais da sua introdução no nosso ordenamento, ínsitos ao Anteprojecto de Reforma do IRC. Ora como a investigação não buscou uma análise meramente descritiva, tornou-se necessário diligenciar os acervos teóricos que permitissem a aproximação entre estabelecimento estável e filial. O MCOCDE, enquanto paradigma fundamental de percepção do primeiro conceito, e que, simultaneamente, oferecia as bases de entendimento para as situações plurilocalizadas. Os ditames de Direito Societário auxiliaram na observação da estrutura de detenção e das formas de domínio da filial e, por inerência, da semelhança entre a relação constituída entre a filial e a empresa-mãe, com a ligação determinada entre o estabelecimento estável e a entidade portuguesa. Finalmente, o TJUE forneceu a configuração dos prejuízos susceptíveis de transmissão à empresa localizada no nosso território. Deste modo, a investigação assentou em suportes documentais (pontuada por referências numéricas muito circunstanciais), com um cerne primordialmente apoiado nas experiências, tanto doutriniais, como na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. O fito foi o desenvolvimento de soluções, não através da recolha de novos elementos, nem, tão pouco, por via da supressão de qualquer dos paradigmas vigentes, mas, ao invés, procurando na relação entre os diversos padrões instituídos, os elementos determinantes para a compreensão de alternativas complementares às perspectivas actuais.

- Revisão da literatura: Sendo, as nossas referências bibliográficas, parte integrante da revisão da literatura, para as quais remetemos, é imperativo frisar que os elementos consultados apontam para um aprofundamento de cada um dos conceitos a que nos propomos rever (a exemplo: as metodologias de eliminação da dupla tributação económica, o concepção de estabelecimento estável, a noção fiscal de dividendos, etc.). As nossas soluções/objectivos advém, precisamente, da relação desses factores, concretizando-se, neste prisma, e no nosso entendimento, o aspecto inovador da nossa pesquisa

Parte I – O enquadramento do reporte transfronteiriço de rendimentos no contexto da reforma do IRC: o princípio da territorialidade e a dupla tributação económica

1. A conformação do princípio da territorialidade enquanto elemento integrante da competitividade na reforma do IRC

O enquadramento do paradigma da competitividade, quando analisado sob a vertente fiscal, apresenta uma inevitável correlação com a maximização dos resultados empresariais, tendo em atenção, enquanto mensuração relativa, a situação apresentada pelos vários países.

S.MATTHEWS (2011: 7 a 9) tece algumas directrizes a esse respeito, apontando, desde logo, as formas de incidência do imposto sobre o rendimento das pessoas jurídicas como o referencial essencial para as soluções de atracção de investimento. Dentro desse âmbito, o autor individualiza a determinação do lucro tributável, os critérios que regem a eliminação da dupla tributação, as taxas de tributação efectiva (e no cenário mais abrangente, também os baixos níveis de conflitualidade fiscal incluindo, neste ponto, a eficiência da administração tributária) como factores diferenciais entre os diversos sistemas de tributação.

M.CORREIA (2011: 971 e ss) fala, a este propósito, dos denominados comportamentos de substituição ou, por outras palavras, da prossecução de soluções alternativas que propiciem resultados económicos semelhantes, mas a menores custos fiscais¹. Deste modo, as zonas de tributação “amigável” induzem à transferência dos agentes quando os custos de transacção, associados a essa deslocalização, sejam inferiores aos benefícios fiscais advenientes. Acerca das componentes que contribuem negativamente para agravar esses custos de transacção, é possível identificar a complexidade do sistema de tributação empresarial visado², mais propriamente na vertente da sua interacção com o

¹R.CALÇADA PIRES (2011:80 e 81) destaca ainda outro efeito pernicioso da tributação na economia. De cariz contrário ao efeito-substituição, o efeito-rendimento surgiria como reacção dos agentes económicos ao aumento do nível de fiscalidade, induzindo a comportamentos que redundariam num aumento de actividade de cariz compensatório, de forma a possibilitar uma manutenção dos rendimentos percebidos.

²A que não é alheia a instabilidade e a técnica legislativa. Para alguns exemplos no sistema português, veja-se J.CATARINO (2009:446 e 447). C.LOUREIRO (2005:239 e ss), sintetiza quatro factores determinantes para o sucesso do sistema fiscal, na sua relação com as empresas: Estabilidade, certeza e segurança; Simplicidade; Custos de cumprimento; Carga fiscal.

mercado envolvente. Ou seja, entre o binómio que se estabelece entre vendedor e comprador, onde o primeiro almeja aumentar o seu lucro, e o segundo minimizar o prejuízo, a fiscalidade deve oferecer uma correcta avaliação dos elementos transferidos, de forma a que o elemento tributário interfira, da menor forma possível, na dinâmica comercial. Falamos, assim, da optimização fiscal, isto é, de uma variável negocial que, como qualquer outra, terá de procurar exponenciar a sua eficiência³.

J. CATARINO, S.DIOGO e A.LOPES (2015:415 e ss) observam a relação entre proficiência do Estado e competitividade fiscal. Sumariando os termos, o conceito de “Boa Governança” traduziria as melhores práticas, amparadas em comportamentos transparentes, ou seja, na tomada de decisões sustentadas em «*regras e procedimentos pré-estabelecidos*», sustentadas no primado do Direito e dos mecanismos institucionalizados da Democracia eleitoral. Estes imperativos, acrescidos de uma governação política e administrativa escudadas numa burocracia formal mínima, mas, simultaneamente, estáveis e credíveis, acompanhadas de gastos e orçamentos prudentes, bem como de políticas perenes e credíveis, contribuiriam, de forma decisiva, para o estabelecimento de uma «*boa relação entre estados e cidadãos para alcançar uma boa governança fiscal*». Ainda na esteira dos autores, o imposto seria a face mais visível «*do contrato social entre os cidadãos e o Estado*», encerrando particularidades inatas ao domínio tributário, mormente quando ponderados os círculos da cobrança de impostos, ou da fraude e corrupções fiscais, que seriam vicissitudes determinantes, cujo fomento seria preponderante no cercear do crescimento económico e na promoção das desigualdades. Ora, a conjugação das virtudes da dita “Boa Governança”, teriam efeitos directos no alargamento da base tributária, tal como na revista relacional tributária entre as diferentes jurisdições. A “competitividade macroeconómica”, de acordo com J. CATARINO, S.DIOGO e A.LOPES, redundaria, em termos sintéticos, na concorrência pela receita fiscal entre Estados. A dinâmica desta disputa tributária, resultaria, sempre segundo os autores, em “migrações” económicas direccionadas aos países com factores

³ Na definição de K.VOGEL (1988: 310): «*The concept of efficiency is based on the assumption that productivity will be highest when income producing factors are distributed by market mechanism without public interference*». Ora, o autor percepção uma relação entre eficiência e neutralidade, reconhecendo, na segunda, uma intrínseca tendência para o alheamento da intervenção pública na economia. A assumpção decorreria da optimização proporcionada pelas forças de mercado. Este princípio permite a K.VOGEL concluir que, pela sua natureza inata anti-neutral, as leis tributárias deverão empreender a tentativa de minimizar os seus efeitos na economia, de modo a relativizar os seus resultados na sobredita eficiência. A nível internacional, nos ditames do autor, e seguindo o mesmo raciocínio, qualquer ingerência de um determinado Estado, no sentido da promoção dos seus interesses, culminará numa quebra de eficiência global.

de tributação mais benignos, potenciados por sistemas fiscais benéficos, ou seja, «*onde foram desenvolvidas reformas tributárias pró-crescimento*»⁴.

É perante estes ditames que se orienta a direcção reformista do IRC, na sua vertente pró-competitiva, pautando-se pela constatação, a montante, de algumas das problemáticas imanentes da realidade tributária do imposto. Mais propriamente, o Anteprojecto destaca a «*ausência de suficiente cooperação internacional para harmonizar os diversos sistemas fiscais*»⁵, numa afirmação de princípio, onde «*relativam-se os conceitos o aconselha-se uma abordagem pragmática*»⁶, bem como o

⁴ C.PALMA (2015:130 a 137), adverte para a «*dupla faceta*» da concorrência fiscal. Sendo certa a dinamização económica, por via da determinação tributária incondicionada por parte das diferentes jurisdições, a autora não deixe de alertar para a «*natureza predadora, interferindo com o princípio da neutralidade conduzindo a uma erosão de receitas*». C.PALMA assinala as iniciativas a nível europeu, tomadas no âmbito da salvaguarda do mercado único e no combate à concorrência fiscal prejudicial, mormente no que concerne ao apelidado Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, aprovado em 1997. Ainda de acordo com a autora, falamos de um documento de natureza não vinculativa, sinalizando uma «*uma espécie de gentleman's agreement*», ou seja, uma sujeição meramente política dos Estados Membros. A autora não deixa de sinalizar as incongruências do plano da União, sobretudo na irrelevância a que vota as medidas de carácter geral (como a taxa geral existente na Irlanda, que se cifra nos meros 12,5%, ou mesmo da inexistência, regra geral, de qualquer tributação incidente sobre os rendimentos das pessoas colectivas, como na Estónia), e censura a potencialidade prejudicial do regime das actividades financeiras da Zona Franca da Madeira. Em 1998, a OCDE promove a sua própria iniciativa, no âmbito da concorrência fiscal prejudicial. De matriz política (à semelhança do Código de Conduta), o Relatório sobre as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, estipula os elementos definidores (bem como a separação) de paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais. O documento estipula o compromisso dos países membros de «*não adotar novas medidas que estejam abrangidas pelo respetivo âmbito de aplicação ou a não reforçar e a rever as já existentes, bem como a remover as práticas prejudiciais ou os regimes preferenciais já existentes (denominada regra dos três R: refrear, rever e remover as práticas prejudiciais)*».

⁵Numa ponderação circunscrita ao prisma europeu, já em 2001, M.PATINHA ANTÃO (2001:15 e ss), alertava para a necessidade de maior competitividade do sistema de tributação directa nacional, como resposta às restrições orçamentais advenientes do Pacto de Estabilidade e Crescimento, ao federalismo monetário ditado pelo Euro, e da crescente dinâmica do Mercado Único Europeu. Ao arpejo desta gradual aproximação, que colocava Portugal numa situação relativa desfavorável quando comparado com os seus congéneres europeus, em face da sua situação periférica e dos seus desequilíbrios estruturais, seria premente a utilização da via competitiva, possibilitada pela parca harmonização da fiscalidade directa, a realizar, sobretudo, por meio de uma taxa de tributação efectiva global inferior à média europeia. No mesmo sentido, G. PINHEIRO (1998: 61 e ss.), ao frisar a fiscalidade como meio privilegiado de promover uma política económica no seio da União Europeia. Contudo, L.MAGALHÃES (2005: 200 e 201) destaca que o Pacto de Estabilidade e a abdicação, por parte dos Estados-Membros, da autonomia de iniciativa ao nível dos instrumentos monetários e cambiais, não constitui uma oportunidade mas, ao invés, uma limitação à adopção de eventuais políticas estimuladoras de uma maior competitividade do sistema fiscal, porquanto o procedimento relativo aos défices excessivos, ou seja, superiores a 3%, redundava numa pressão extra que impende sobre o Estado no estrito sentido de angariação de receita imediata.

⁶E que reflecte uma tomada de posição mais profunda, optando-se, expressamente, por uma perspectiva que promove a atracção individualizada de recursos, de onde a competitividade fiscal é uma clara emanção, em detrimento de uma ponderação global que conota estas práticas como desviantes da

contexto crónico nacional, enquanto «*pequena economia aberta com diminuto peso relativo no mercado internacional*» (2013:52 e 53)⁷. Sobre este último ponto, as conclusões de autores como R.F. FERREIRA (2005:568) e C.PALMA (2005:549), traçam um perfil do nosso tecido empresarial essencialmente constituído por pequenas e médias empresas. Decorrente, dessa circunstância, seria a sua natural inépcia para a expansão internacional, o que, tendencialmente, posiciona o nosso país como um centro de importação de investimento estrangeiro (C.PALMA esclarece que esse mesmo investimento é, geralmente, concretizado através do estabelecimento *ex novo*, em detrimento da aquisição de partes de empresas já constituídas (2005:549). É uma asserção que não é alheia à fraca estruturação das sociedades nacionais, circunstância sintomática e desvantajosa a um posicionamento directo estrangeiro).

Perante o panorama descrito, a reforma consubstancia a sua intervenção pela descida do nível de fiscalidade, quando observado sob o prisma do IRC. Um primeiro vector é alicerçado numa redução calendarizada da taxa nominal⁸, ao qual se acrescenta uma redefinição, em termos revigorados, do princípio da territorialidade.

Não obstante, devemos frisar que não estamos perante uma singularidade portuguesa⁹. Com efeito, o nosso país acompanha uma trajectória global de redução da tributação empresarial, sufragada pelos dados da OCDE, que apontam para uma diminuição média de 7,2 pontos percentuais das taxas nominais, no período compreendido entre 2000 (32,6%) e 2011 (25,4%), no que concerne à análise relativa dos seus países membros.

concorrência. Sobre os aspectos positivos e negativos da concorrência fiscal internacional, *vide* G.C.HUFBAUER e J. KIM (2008:20 e ss.), e J. CATARINO (2009:435).

⁷É uma evidência confirmada quando analisados os dados da administração fiscal que, em absoluto, concluem, para o período de tributação de 2012, que 88% das declarações apresentadas reflectem um volume de negócios inferior a 500,000 EUROS, sendo que apenas 0,4% dos contribuintes sujeitos a IRC exibem um volume de negócios superior a 25 Milhões de EUROS, representando uma fatia de 52%,54% e 52% da receita deste imposto, dos anos de 2010, 2011 e 2012, respectivamente. C.LOUREIRO (2005:246) adverte que a concentração de receita num número limitado de empresas comporta riscos acrescidos e enviesa as comparações internacionais.

⁸Apesar de extravagante ao objecto do nosso estudo, frisamos que F.PEREIRA (2008: 13 e ss) e F.VANISTENDAEL (2003: 21 e 22) realçam os impactos benéficos da descida das taxas nominais na economia, mormente pela redução do custo do capital, mensurado pela taxa de tributação marginal, e naturalmente, nos níveis gerais de tributação, pela medida da taxa de tributação média efectiva. K. ANDERSSON (1999: 20 a 24) adverte, contudo, que, a mesma taxa de tributação marginal é influenciada por outros factores, sublinhando os níveis gerais de tributação, a instabilidade legislativa (ou, como designado pelo autor, o risco político) e a existência de outras taxas que não onerem directamente o capital (impostos especiais sobre o consumo, mais-valias ou impostos sobre o trabalho dependente). Ou seja, o autor propõe um referencial de contexto, sendo a taxa nominal apenas um dos elementos de ponderação a relevar numa potencial decisão de investimento.

⁹Nem tão pouco estamos perante uma tendência recente. Denote-se que, desde 1988, a taxa nominal de IRC desceu de 36,5%, para 23% em 2014.

De notar que os seus efeitos reditícios foram mínimos, mantendo-se praticamente inalterados os ganhos fiscais decorrentes da incidência sobre a actividade empresarial. Em 2000, o nível de fiscalidade destes tipos de impostos representava 3,4% do PIB, na média da OCDE, ao passo que em 2007 o mesmo indicador cifrava-se em 3,5%. Em razão de factores exorbitantes à índole fiscal (o advento da crise), este número baixou para os 2,8% em 2008, apresentando, todavia, uma trajectória ascendente em 2011, chegando aos 3,0%.

Não obstante, passando à delimitação da nossa investigação, sobre a densificação do princípio da territorialidade, serve o enunciado de F.PEREIRA (2008:16): «*De uma forma simples, de acordo com a tributação na origem, os lucros devem ser tributados apenas no país onde o capital é investido*». Apesar de singela na sua construção, a noção não é isenta de dificuldades práticas na sua aplicabilidade. Desde logo, como menciona R.MORAIS (2005: 152 a 157), nem sempre é possível determinar a exactidão do local onde o rendimento foi produzido, pela inexistência do que o autor denomina de um “critério físico”. O Direito Internacional Tributário procurou ultrapassar algumas destas dificuldades através da delimitação do âmbito de tributação do país da fonte, por meio da criação de um pólo de imputação de rendimentos empresariais, denominado estabelecimento estável. O estabelecimento estável pressupõe, nas palavras do autor «*uma estrutura, uma base física, que indicie uma actividade regular no país em causa – a ser tributado como se de uma entidade jurídica autónoma se tratasse*.» (2005: 153) ou ainda «*O recurso à noção de estabelecimento estável traduz-se como que na equiparação de uma realidade económica (uma unidade empresarial) a uma realidade jurídica (um sujeito passivo de imposto)*¹⁰. Ausente este elemento, e em situações de

¹⁰Sobre a explicação económica que medeia a conceptualização do estabelecimento estável, VON SCHANZ (Citado, apud R.XENOPHON RESCH, 2003: 477 e ss) fala do princípio de “*economic allegiance*”, cuja manifestação traduzir-se-ia na atribuição da competência de tributação ao país que apresentasse uma maior conexão com a actividade económica sujeita a tributação, alicerçando-se no pressuposto que, esse mesmo país, teria disponibilizado os maiores benefícios para a realização do rendimento. O estabelecimento estável seria determinante porquanto permitiria associar uma referência a essa mesma localização. Contudo, conforme observa VON SCHANZ, nem sempre o agente necessita de fazer uso das condições proporcionadas pelo estado onde se localiza o estabelecimento estável, o que lançaria as bases para uma pretensão tributária do país de residência. ERIC KEMMEREN (2008:126 e 127), advoga que o critério de “*economic allegiance*” estaria associado às contribuições que um determinado território teria proporcionado a um sujeito específico, ou seja, dos benefícios que teriam sido retirados para a percepção dos rendimentos. No mesmo sentido, mas sem fazer qualquer referência específica ao conceito de “*economic allegiance*”, K.VOGEL (1999:280) designa como razão essencial para a existência da noção do estabelecimento estável, a certeza de que os rendimentos não são tributados num determinado Estado, sem que existam laços económicos consistentes entre essa jurisdição e as actividades empresariais aí desenvolvidas. R.XENOPHON RESCH esclarece que a convenção modelo

fronteira, o parâmetro não é tão linear. Ainda segundo R.MORAIS, no caso dos dividendos e juros existiriam dois conceitos de fonte: «a fonte de rendimento propriamente dita, que é um conceito económico que respeita à sua produção; a fonte de pagamento que é um conceito financeiro que respeita à sua realização» (2005: 153). Desde logo, é de reter uma categorização diferenciada dos dividendos, numa assumpção que terá toda a relevância nas nossas considerações ulteriores acerca da sua autonomização fiscal em relação ao lucro tributável. No entanto, e focalizando a análise actual, a convenção modelo OCDE, resolve o diferendo outorgando ao país de residência a competência para tributar os dividendos originados noutro Estado¹¹.

Ao isentar a tributação dos dividendos e reservas distribuídas, numa base universal (e conduzindo a sua orientação numa lógica vocacionada para a limitação da tributação deste tipo de rendimentos), a reforma estabelece um padrão de tratamento expressivo, em que apenas os ganhos oriundos do nosso território poderão ser objecto de tributação em Portugal. Mais especificamente, e fazendo uso da distinção de R.MORAIS, é diminuída a influência que a fonte de pagamento poderá implicar no devir fiscal¹².

É um apontamento que vai de encontro ao cerne das conclusões que iremos desenvolver, ou, mais propriamente, na verificação que a reforma orienta os seus fundamentos na aproximação do tratamento a conferir à distribuição dos ganhos originados numa localização fora do país de residência, independentemente de serem atribuídos por uma filial, ou por uma sucursal.

OCDE concede ao país da fonte a competência para tributar os rendimentos aí gerados, numa posição que não é desprovida da sua devida conotação política, favorecendo os países importadores de capital, mais interessados no reforço do princípio da fonte. Sobre os fundamentos políticos que justificam a opção pelo princípio da fonte, veja-se J.A.RODRÍGUEZ ONDARZA (2003: 35 e ss).

¹¹Independentemente de conferir ao país da fonte a possibilitar de tributar os dividendos até aos limites fixados no art.10º, nº 2.

¹²A distinção entre os vários níveis de eficácia espacial foi concebida pela doutrina italiana a partir da verificação das limitações naturais do princípio da territorialidade. Sendo certo que o preceito evitava um concurso positivo de competência de tributação na origem do rendimento, outra questão distinta prendia-se aquando do repatriamento dos proveitos para o residente italiano, independentemente da sua fonte proceder de um estabelecimento estável ou de uma filial (os ganhos teriam já sido tributados no país da fonte). A graduação dos modelos teóricos concebidos na sequência desta conclusão eram reflectidos no âmbito de competência de cada norma, dos quais destacamos, para o âmbito da dupla tributação económica, as denominadas *norme relativamente universali*, cuja disciplina incidiria sobre o tratamento dos factos tributários ocorridos fora do território nacional, mas com reflexos nesse mesmo ordenamento, em consequência de outros elementos de conexão pessoal, como a residência, cfr. C.GARBARINO (1990:95 e ss.). É um raciocínio gizado em moldes semelhantes à reforma, onde a maior ou menor percepção sobre a territorialidade serve como pressuposto para a compreensão da competência de tributação em sede de eliminação da dupla tributação económica, em detrimento de um entendimento que focaliza a resolução em sede do princípio da residência.

O princípio da territorialidade, enquanto meio eminente na elaboração de um modelo competitivo, paralelamente, promove uma maior eficiência do sistema fiscal, entendido em termos globais, acompanhado de uma melhoria nas condicionantes envolventes para o investimento externo das empresas nacionais. Nessa conclusão, a reforma alicerça-se na corrente teórica ínsita nos dois conceitos de “capital import neutrality” (CIN) e “capital ownership neutrality” (CON).

Para a compreensão das duas noções, é mister a alusão ao conceito de “capital export neutrality” (CEN). Como elucida P.R.PEREIRA (2010:71 e 72), falamos do posicionamento do estado de residência enquanto promotor de um alinhamento fiscal semelhante, a conceder a todo o tipo de origens de onde os rendimentos possam provir. Na prática, estamos perante uma dogmatização tributária que procura minimizar os efeitos da fiscalidade na tomada de decisões dos agentes privados, aproximando os valores líquidos de imposto dos rendimentos de fontes domésticas ou internacionais.

A CIN encontra a sua identidade neste raciocínio, porquanto pressupõe um tratamento fiscal idêntico para nacionais ou não nacionais (na terminologia do art.24º do MCOCDE) ou residentes ou não residentes (na formulação gizada pelo TJUE) no país importador do capital, ou, de um outro modo, e utilizando a definição de P.R.PEREIRA: «*A neutralidade na importação de capitais significa que os capitais originários de diversos países deveriam competir em igualdade de termos no mercado de capitais de qualquer país*» (2010:72). Seja como for, no que respeita ao âmbito de eliminação da dupla tributação económica de lucros distribuídos a residentes portugueses, a CIN funda a sua génese nas situações ocorridas fora do território nacional, e, portanto, extravagantes à delimitação que o legislador possa encetar. Sendo certo que a CIN também pressupõe a eliminação da tributação na fase de repatriamento dos capitais¹³, ao regime português cabe apenas o tratamento fiscal dos ganhos distribuídos aos residentes no nosso país. A CIN verá a sua efectividade garantida, fora da abrangência directa do ordenamento português, ou seja, de forma alheia à eliminação

¹³Cfr. R.MORAIS (2005:155), J.PEDRO SANTOS (2000: 43), P.R. PEREIRA (2010: 72), G.PINHEIRO (1999:253). Os autores esclarecem que a mecânica transnacional do CIN supõe uma reciprocidade de todas as ordens jurídicas envolvidas, tanto no país da origem, como no estado receptor dos rendimentos. Ou seja, a neutralidade ideal só seria alcançada através da atribuição exclusiva da competência de tributação ao país da fonte. Ora, nesse sentido, o método modelar no estado de residência deveria prever a isenção integral, como forma de eliminação da dupla tributação económica. O crédito de imposto só, residualmente, cumpriria o mesmo desiderato, nos casos em que o nível de tributação no país de residência fosse menos elevado.

da dupla tributação económica, e perante os casos que envolvam outras jurisdições, por via do aprofundamento do princípio da não discriminação¹⁴.

O “capital ownership neutrality” (CON), assenta na percepção que o investimento directo multinacional deverá ser afectado, na menor medida possível, pelas influências que a fiscalidade possa exercer¹⁵. No fundo, o conceito é vocacionado para um entendimento integrado dos diversos sistemas tributários em presença, numa decisão de expansão externa empresarial.

Neste contexto, é perceptível a coerência da reforma, ao enveredar por uma justificação que contemple apenas o CON e o CIN. Por contraposição, o CEN, na sua propensão pelo nivelamento da tributação dos rendimentos empresariais, independentemente das suas origens, desenvolve o seu âmbito de actuação, na sua essencialidade, em obediência ao princípio da não discriminação, mas no círculo de atribuições do estado de residência. Compreende-se, nesta perspectiva, que o método mais adequado de eliminação da dupla tributação económica seja o crédito de imposto.

A reforma, ao invés, conduz a sua matriz no incentivo ao alargamento externo das sociedades portuguesas. Desse modo, não seria aconselhável induzir a uma igualização de tratamento de todas as fontes de rendimentos, mas antes a uma concepção que privilegiasse redução relativa do custo do capital, na fase do seu repatriamento¹⁶, quando comparados com outras jurisdições que não utilizem a metodologia de isenção

¹⁴Cfr. B. VINGA SANTIAGO (2009: 21 e 22).

¹⁵Cfr. B. VINGA SANTIAGO (2009: 20).

¹⁶J.VAN HOORN JR. (1991:13) distingue três concepções distintas de capital: a jurídica, consubstanciada no valor agregado das contribuições efectuadas pelos membros da sociedade, que, em última análise, justificaria o direito e determinaria a medida na distribuição dos dividendos; a económica, que incluiria todo o património líquido, e onde estariam inseridos, tanto os empréstimos financeiros concedidos à empresa, como os seus lucros retidos, mas que não integraria o capital subscrito e ainda não realizado; e finalmente, a fiscal, que seria de tal modo abrangente que compreenderia o espectro das duas outras definições e ainda todas as reservas constituídas pelas sociedades, contabilizando, igualmente, as reservas livres. J.M.MARTIN OVIEDO (1997:123 a 125) adopta uma perspectiva do capital enquanto fonte de financiamento empresarial, tanto na forma do capital social, das reservas constituídas ou de outras fontes alheias aos recursos próprios da sociedade. O autor, ao não incluir a distribuição dos lucros, tanto na forma de dividendos ou reservas, subjaz a ideia de que, a estas duas formas, corresponderiam momentos distintos e autónomos da noção de capital. Esta última posição, para além de ser altamente discutível, na medida os dividendos poderão servir como fonte de financiamento, como referem M.P.RITO LOUSA (1993:451) ou G.PINHEIRO (1999: 253 a 255), para a compreensão da dupla tributação económica que agora nos ocupa, qualquer uma das conceptualizações mais abrangentes indica o tratamento similar dos lucros/dividendos, bem como das reservas distribuídas, não se procedendo a qualquer distinção na tipologia de ambos. E, tão pouco, em nenhuma das definições é possível descortinar uma crítica ao custo que a fiscalidade poderá inculir em todos esses meios reditícios, quer eles comunguem da mesma natureza intrínseca dos outros elementos de capital, quer eles sejam uma consequência directa dos mesmos.

integral¹⁷, e que surge enquanto expoente prático da CIN. Por outras palavras, o regime nacional, tendencialmente, aproxima-se de uma neutralidade absoluta na tributação de rendimentos de procedência externa, contribuindo, igualmente, para uma maior eficiência do sistema global de tributação (o CON)¹⁸. A relação dos dois preceitos com o princípio da territorialidade seria evidenciada pelo tratamento fiscal dos lucros distribuídos a sociedades portuguesas, tendencialmente mais próximo de um nível de tributação nulo, porquanto a sua origem localizar-se-ia fora do território nacional¹⁹.

¹⁷Incrementando, dessa forma, o reforço da sua competitividade, cfr. J.PEDRO SANTOS (2000:42)

¹⁸J.PEDRO SANTOS (2000:45 a 49) esclarece que, ao nível de uma harmonização elevada de todos os sistemas fiscais, o crédito de imposto serviria o mesmo escopo neutral mencionado. Com efeito, perante uma similitude tributária, os níveis de produtividade marginal seriam muito aproximados, ou seja, as decorrências que a fiscalidade provocaria no custo do capital seriam idênticas em qualquer jurisdição. Como o crédito de imposto tende a equiparar a tributação de todos os rendimentos, e perante uma situação comparável em todos os países, atingir-se-ia um patamar de neutralidade e eficiência fiscal absolutas, com o conseqüente incentivo mínimo à concorrência internacional. Contudo, e como o autor alerta, a funcionalidade deste modelo terá de ser perspectivada a longo prazo, acompanhada de uma vontade política generalizada de optimização da livre circulação de capitais. No estágio actual, de desfasamento dos sistemas tributários, e onde a concorrência fiscal internacional surge sequencialmente, o método de isenção integral encontra o seu espaço enquanto meio de maximização de eficiência fiscal, na perspectiva do investidor, trazendo consigo um efeito natural de atracção de capital. No mesmo sentido F.PEREIRA (2008:17) e J.A.RODRÍGUEZ ONDARZA (2003:47 e 48).

¹⁹No que concerne à neutralidade fiscal internacional, K.VOGEL (1988: 313 a 315) parte de um ponto de vista dogmático, também ele, transfronteiriço. Para o autor, se a dita neutralidade assenta na ideia essencial que o tributo deverá ser gizado em termos que a decorrência do processo económico não seja afectada pela existência desse mesmo imposto, então não fará sentido a cisão hermenêutica propalada pelo CIN ou pelo COM. K.VOGEL nota que a interpretação da neutralidade, enquanto imperativo direccionado a uma parte isolada do decurso económico, ou seja, ao tratamento que uma determinada jurisdição dispense a um qualquer intenerário redíctio, visaria, tão somente, uma fracção incompleta do enquadramento tributário devido a esse ganho. Com efeito, o autor adverte que a verdadeira neutralidade deveria, como pressuposto prévio, atender às condições existentes nos diversos países envolvidos, de forma a prevenir as potencialidades nefastas na decisão económica que as leis tributárias desenvolvam, através do favorecimento do investimento num determinado país. Dito de outro modo, K.VOGEL fala de uma neutralidade entre Estados ou, na respectiva denominação, a «*inter-nations neutrality*». O cerne da reflexão é sustentado na percepção que as condições económicas nos diversos países não são semelhantes. As correspondentes virtudes são medidas, grosso modo, e sempre segundo o autor, através do acervo de bens públicos ao dispor do investidor, bem como da eficácia associada às respectivas administrações. Sendo certas as dificuldades de quantificação das duas variáveis, não seria menos verdade que o desenho de um sistema mundial tendente a favorecer os países com estruturas mais eficientes (nas palavras de K.VOGEL, com melhor «*administrative net output*») não iria provocar qualquer distorção na eficiência económica (antes pelo contrário, seria um incentivo à promoção da eficácia entre os diversos países e, deste modo, criar um incentivo a uma crescente procura, por parte dos Estados, de maior eficiência) Ora, esta asserção representaria o ditame de referência do alinhamento fiscal, ou seja, que as normas tributárias deveriam interferir, na menor medida possível, com a proficuidade de cada país, através da criação legislativa de benefícios relativos, entre as várias jurisdições. A melhor forma, ainda segundo K.VOGEL, de contrariar esta tendência, seria através da consertação de um paradigma global de tributação no país da fonte, ou seja, de uma metodologia que circunscreve a incidência de imposto aos locais onde os investidores usufruem das ditas condições, contrariando o modelo vigente assente na tributação mundial de rendimentos.

Descrita a direcção essencial da reforma, mormente na sua relação com a dupla tributação económica, para remate deste capítulo introdutório, deixamos um apontamento sobre a justiça fiscal inerente às novas formas de concorrência internacional. Sendo certo que a globalização económica trouxe novas oportunidades, através de uma maior liberdade de circulação de bens, pessoas e capitais, com reflexos naturais no plano tributário, não é menos verdade que promoveu a criação de novas necessidades políticas de combate à fraude e evasão fiscal²⁰, sobretudo num plano internacional, ou, mais propriamente, numa zona de difícil compatibilização com os tradicionais cânones da soberania tributária, visíveis tanto pelo alcance limitado das normas internas, como pelo que J.L.SALDANHA SANCHES (2010:66) apelida de “*zonas de obscuridade*”, ou seja, áreas de relativa indefinição tributária, cuja natureza incentiva à procura de vantagens por parte de grupos de interesses, fomentando, segundo o autor, a possibilidade de formação de regimes privilegiados para determinados tipos de contribuintes. Outra expressão, mais evidente, seria as formas extremas da concorrência fiscal, designadamente as zonas de baixa ou nula tributação, que provocariam evidentes consequências ao nível da erosão tributária.

A.CARLOS DOS SANTOS (2011:21 e ss) salienta o “optimismo” instalado, assente nas virtudes do processo de crescimento económico (que escamotearia as profundas desigualdades existentes entre regiões, estratos e classes sociais, a que não seriam alheias as sucessivas crises, mais ou menos debeladas ao longo das últimas décadas), experienciado mundialmente até ao dealbar da crise financeira ocorrida em Outubro de 2008. Mesmo após este advento, o autor denota a «*ausência de relexão teórica consistente sobre o tema*», que a UE terá votado aos acontecimentos que mediarão desde então, sobretudo na incapacidade dos Estados Membros em traçar uma acção política focalizada nos verdadeiros problemas provocados pela crise, no plano financeiro ao nível «*do cerceamento do crédito*», e no *prima* económico, por via «*do aumento do desemprego decorrente da redução da actividade económica*»²¹.

²⁰Vide J.CATARINO (2009:450)

²¹ Ainda segundo A.CARLOS DOS SANTOS, os sinais, neste contexto, seriam, tanto mais incongruentes, quando ponderada a estratégia europeia ínsita ao denominado Plano de Relançamento da Economia Europeia, de 26 de Novembro de 2008. Em termos sumários, e seguindo a exposição do autor, o plano centrava as respectivas medidas em dois pilares: o primeiro, direccionado ao aumento do poder de compra, através de injeções públicas destinadas ao aumento da procura, a cargo dos Estados Membros e do Banco Europeu de Investimento (até 3%, dos respectivos Orçamentos); o segundo, sustentado no aumento da competitividade da UE, através de uma maior celeridade na execução dos fundos estruturais, encaminhados para «*investimentos inteligentes (qualificações, eficiência energética (...))*», «*para infra-*

No entanto, a sinonímia entre a concorrência fiscal com estes efeitos nefastos não é linear. Com efeito, a discussão não é completa enquanto não forem introduzidos mais dois níveis de ponderação: a eficiência e a medida do Estado.

No primeiro nível, situa-se a ponderação do custo de produção de bens públicos, e no segundo a quantificação da necessidade dos mesmos. Um equilíbrio perfeito permitiria ao Estado encaminhar-se no sentido de optimização dos seus meios reditórios, colocando pressão nos seus concorrentes, no sentido de potenciarem as suas estruturas sociais, políticas e económicas, onde a concorrência fiscal seria, apenas, umas das causas e, simultaneamente, uma das consequências dessa comparabilidade mundial. Isto significa que a competitividade tributária não é, ontologicamente, censurável²².

Certamente que as alternativas e as escolhas não são simplistas, já que esse balanceamento não é uma tarefa benigna. Desde logo, como elucida J.CATARINO (2008:157), a teoria económica, que baliza as quantidades óptimas de bens produzidos, pelo nivelamento dos benefícios e custos marginais associados, não serve como referencial para a produção de bens públicos, porquanto a oferta, neste âmbito, surge, tendencialmente, “em quantidades iguais para todos sem atender a preferências” (2008:157). Sem estas “estruturas de ajuste”, o debate sobre a avaliação da intervenção estadual adquire um cunho menos científico, abrindo espaço para conformações políticas, com a inerente indefinição e volatilidade daí advenientes. Esta mensuração é tanto mais dificultada, como salienta L.M.TEIXEIRA PINTO (2000:557 e ss) pela diversidade dos modelos culturais, que provocam diferenciações avultadas, onde proliferam os mais diferentes parâmetros interpretativos, por vezes incidentes sobre as

estruturas (...) como o TGV, para as interconexões (redes de energia, redes de tecnologia de informação e comunicação)». Sobre as questões tributárias, colocadas em plano secundário, quando cotejadas com a importância dispensada (e, inicialmente, perspectivada) para o impacto das despesas públicas, o plano previa uma descida generalizada dos impostos e contribuições para a Segurança Social. A.CARLOS DOS SANTOS observa que, no essencial, e apesar dos propósitos anteditos, a intervenção do Estado na economia, no espectro da União, jamais patenteou qualquer viabilidade prática, em face de uma orientação que nunca abandonou a salvaguarda dos instrumentos precedentemente estabelecidos, como o Pacto de Estabilidade e Crescimento (transcrevendo os ditames do Plano (p.9): «Budgetary policy should be conducted within the Stability and Growth Pact (...) Extraordinary circumstances combining a financial crisis (...) may lead some Member States to breach the 3% GDP deficit (...) corrective action will have to be taken in time frames consistent with the recovery of the economy.»), que difunde a necessidade de controlo de défices excessivos, ou dos compromissos ínsitos à Estratégia de Lisboa (recuperando o Plano (p.10 e ss): « (...) there should be a close connection between the fiscal stimulus and actions in the four priority areas of the Lisbon Strategy (people, business, infrastructure and energy, research and innovation)»), com as inerentes tendências de primazia financeira/económica e flexibilização laboral. Veja-se, no mesmo escrito, a descrição das iniciativas do ECOFIN, Eurogrupo e Conselho da UE, durante este período.

²² Cfr. J.L. SALDANHA SANCHES (2010:67)

mais rudimentares liberdades humanas²³. A que se acrescentam as disparidades nas considerações entre o capital físico e o capital humano, geralmente com a definição de uma envolvimento mais favorável ao primeiro, de apropriação e rentabilidade mais imediata²⁴.

Não existem verdades absolutas nem soluções perfeitas. Apenas uma coisa é certa: a crítica à competitividade e à justiça fiscal agrupa-se num conjunto de análise muito mais abrangente. Discutimos simultaneamente o Estado, ou mais apropriadamente, o papel do Estado num mundo globalizado²⁵.

²³Onde a amplitude dessas mesmas liberdades fundamentam a funcionalidade e os limites de actuação do próprio Estado. Sendo certo que o paradigma ocidental entende, de forma pacífica, algumas liberdades elementares, essencialmente posicionadas ao nível político, jurídico e cívico, cuja transversalidade é assegurada pelos determinismos igualitários, menos unânime será o pressuposto que essa igualdade seja extensível ao espaço económico e social, o que levanta a questão sobre a acuidade das políticas públicas vocacionadas nessa direcção. Nesse sentido, veja-se J. CATARINO (2008:105 e ss.)

²⁴S. VASQUES (2000: 429 e ss) argumenta a inadequação do princípio da capacidade contributiva, enquanto meio de legitimação da igualdade tributária, na sua dimensão mais complexa e intervencionista, visto na sua relação com o fenómeno da globalização. O contraponto seria a teoria do benefício/equivalência, mais adequada a um mundo de mobilidade humana e empresarial acrescida. Mais propriamente, a relatividade espacial dos agentes conduziria a uma pressão para a simplificação fiscal, caracterizada pela proporcionalidade da tributação com os benefícios que fossem proporcionados ao contribuinte.

²⁵Sobre algumas reflexões acerca dos problemas globalizados da fiscalidade, veja-se ainda M.C.CARDONA (1993: 211 a 214), M.PIRES (1986:15 a 18) e R.CALÇADA PIRES (2011:116 e ss).

2. Sobre os métodos de eliminação da dupla tributação económica

2.1 Dificuldades inerentes à operacionalização do crédito de imposto e do método de isenção

Discorridos os axiomas principais em que se movimenta a reforma, na ponderação técnica que visa prevenir a tributação sucessiva do mesmo resultado, afigura-se incontornável uma visão sobre a figura da dupla tributação económica²⁶, tomada na sua vertente internacional.

Entendida a sua dimensão, no confronto com a dupla tributação internacional²⁷, o primeiro conceito desempenha, ao nível da normalização da estruturação financeira, um papel nivelador no plano empresarial. F.PEREIRA (2000:600) destaca os efeitos

²⁶ V. GUIMARÃES (1989:20 a 23) retém o tratamento do fenómeno da dupla tributação, como um dos sustentáculos à neutralidade da tributação das actividades económicas. Em termos sumários, o autor identifica o conceito com a circunstância de «*um mesmo facto jurídico originar a tributação duas vezes*». A dupla tributação económica entroncaria na temática, ao incluir, segundo V. GUIMARÃES, no seu escopo de análise, as situações em que um determinado rendimento é «*tributado duas vezes, em fases sucessivas ou noutra pessoa colectiva ou ente sujeito a tributação*». A aludida neutralidade insere-se nesta ideia, quando perspectivada a dupla tributação económica como forma de diminuição do lucro final, por via da dupla imposição fiscal de um determinado rendimento. O autor identifica cinco meios de obviar esta circunstância: a isenção, através da abdicação de tributação por parte de um dos Estados envolvidos; a fusão, como forma de “eliminação” de uma das entidades susceptíveis de integrar o circuito económico, coarctando-se, deste modo, a possibilidade dos ganhos mudarem «*de natureza no processo de distribuição (por exemplo: transformação do lucro em dividendos distribuídos)*»; tributação pelo lucro consolidado (o escrito é datado do período precedente ao regime de tributação dos grupos de sociedades), enquanto método de repercutir os rendimentos e prejuízos na sociedade dominante; imputação (transparência fiscal), como instrumento de integração directa dos rendimentos empresariais no rendimento tributável dos respectivos membros; e o crédito de imposto, como processo de dedução ao lucro tributável das importâncias incluídas nos lucros distribuídos.

²⁷São múltiplas as teorizações em torno da distinção das duas figuras. A tese maioritária, conforme assim descrita por A.XAVIER (2014: 35 e 36), enuncia que a dupla tributação económica ocorreria quando estivessem envolvidos uma pluralidade de sujeitos passivos [no mesmo sentido, C.NABAIS (2013:76), J.CAMPOS AMORIM (2010:472 e 473) e A.L.XAVIER, I.S.FIDALGO e F.M.SILVA (2010:20)]. Outro entendimento explicita a aplicabilidade do conceito nas situações em que o mesmo rendimento fosse tributado mais que uma vez, independentemente dos sujeitos ou o tipo de imposto divergirem (caso dos lucros e dividendos). Ou, a diferenciação dar-se-ia por via dos dois tipos de qualificação científica, ou seja, um determinado rendimento poderia ter uma causa jurídica, ou, antes, económica. Ainda, de referir que a dissonância das duas concepções redundaria, ao invés, numa questão de amplitude da soberania tributária, em que a dupla tributação económica se reportaria à sujeição de rendimentos originados no mesmo país, enquanto que a dupla tributação jurídica estaria relacionada com a incidência fiscal em várias jurisdições. Independentemente do juízo sobre os méritos de cada uma das posições [para uma definição e crítica dos vários modelos, veja-se M.PIRES (1986: 100 e ss)], importa apenas realçar a transversalidade que a tributação dos lucros distribuídos merece ao nível da conceptualização da dupla tributação económica. Por outras palavras, a duplicação de pagamentos, consequentes dos diversos tipos de incidência que poderão ocorrer ao nível dos lucros empresariais, só poderão ser evitados pela recondução à dogmática da dupla tributação económica.

destorcidos que uma conceptualização ineficiente da dupla tributação económica pode acarretar, que desde logo passam pela não distribuição de lucros, circunstância que seria tanto mais fomentada quando conjugada com um regime mais favorável de tributação de mais-valias mobiliárias. Igualmente, em grande medida como consequência desta realidade, surge a opção de financiamento através de capitais alheios, em detrimento dos capitais próprios, numa operação denominada de alavacagem, ou “*leverage*”²⁸.

M.P. RITO LOUSA (1993:450 a 453)²⁹ esclarece que a situação seria uma decorrência da desconformidade de tratamento a que são sujeitas as distribuições de lucros, quando em presença de pretensões de tributação de várias jurisdições. A segmentação é simples: para além da sujeição no país de origem dos rendimentos, integrado no lucro tributável apurado da sociedade distribuidora, seguir-se-ia uma segunda incidência fiscal, agora junto do país de repatriamento. O contraste com o financiamento através do crédito é evidenciado, logo pela particularidade do juro constituir um encargo dedutível para a entidade pagadora³⁰. Será a temática explanada, ainda neste capítulo, acerca da relação com os instrumentos híbridos.

²⁸Contudo, a opção pelo financiamento preferencial, através de empréstimos, não é isenta dos seus riscos. Desconsiderando as consequências fiscais, a explicação, como afirma F. ARAÚJO (2005:293), resulta da circunstância do crédito consubstanciar uma forma de endividamento. Nessa posição, o investidor/credor transfere o risco para a empresa, que fica adstrita ao pagamento da dívida. A situação agrava-se gradualmente na medida do incremento desse endividamento, aumentando o risco para os accionistas, que vêm diminuir probabilidade do seu lucro.

²⁹No mesmo sentido, G.PINHEIRO (1998:254 e 255).

³⁰Todavia, não se ignore a relação que se estabelece entre as possibilidades de dedução de juros e a distribuição de dividendos, na esfera dos grupos de sociedades. Conforme observava J.C.ESTEVES (2010:783 e ss), já no âmbito do anterior regime, (e que permanece inalterado), nomeadamente na isenção integral de tributação de dividendos originados dentro da UE ou do EEE, tanto na fonte como no país de destino, permitia a criação de sociedades instrumentais junto de jurisdições que conferem um tratamento favorável das rendibilidades financeiras, e que obteriam recursos financeiros a custos mais reduzidos, junto dos próprios sócios ou do mercado desse país, redistribuindo esses financiamentos, a título oneroso, a outras sociedades do grupo. O resultado fomentaria os resultados da dita sociedade instrumental, na medida do diferencial do juro praticado (sem qualquer prejuízo para as restantes empresas do grupo, que iriam deduzir esse mesmo gasto). O repatriamento desse lucro seria isento, precisamente pelo regime instituído a nível europeu de eliminação de tributação da distribuição de lucros. O aprofundamento da eliminação da dupla tributação económica, alargando-se a um prisma universal, vem colocar esta problemática ao mesmo nível global, permitindo que este tipo de operações sejam praticadas em qualquer parte do mundo, e que possam repercutir-se no ordenamento nacional. A questão foi identificada pela OCDE no seu relatório de combate à erosão da base tributária e transferência de lucros (BEPS), num plano mais abrangente de luta ao planeamento fiscal internacional abusivo, onde as interações entre os juros de financiamento e a distribuição de lucros foram integradas na categorização dos instrumentos híbridos, ou, mais propriamente, na exploração das divergências de qualificação jurídica de instrumentos de financiamento, que se estabelecem entre os diversos países, tendo, como pano de fundo, a dedutibilidade dos juros e a repercussão na eliminação da dupla tributação económica na fase de distribuição de dividendos. Cumpre reter que, independentemente dos desvirtuamentos que possam advir

Para obviar os efeitos deste tipo de tributação sucessiva, na esfera do sócio, é pertinente um olhar sobre as características do modelo precedente, bem como sobre as novas disposições, na conceptualização da dupla tributação económica. Em relação ao método de isenção proposto pela reforma, a solução aponta para um tendencial afastamento da tributação ao nível dos sócios³¹. Neste género, é possível individualizar duas grandes categorias: a primeira, denominada de isenção com progressividade, onde, apesar do rendimento não ser sujeito a tributação, é promovida a sua inclusão para efeitos de determinação da taxa a aplicar³². Bem se compreende que a sua relevância é limitada às situações em que seja previsto um imposto de taxas diferenciadas; e a segunda, apelidada de isenção integral, onde os rendimentos repatriados não são, igualmente, sujeitos a incidência, mas tão pouco concorrem para a definição da taxa de imposto (sistema que vigora no nosso país, ao nível da dupla tributação económica)³³.

No que concerne ao crédito de imposto, tecnicamente, consiste num sistema de imputação do imposto pago pela sociedade distribuidora, à colecta do sócio, ou seja, após a determinação do valor do seu imposto pessoal, sendo que, ao nível do rendimento tributável, deverão ser tomados os seus valores líquidos da tributação incidente na sociedade³⁴.

de uma solução legal que preveja a eliminação da dupla tributação dos lucros empresariais, é excessiva e desproporcionada uma previsão que elimine as vantagens do regime, baseada nas potencialidades de aproveitamento que se possam associar ao mesmo. Como enuncia F.SARAIVA MARQUES (2010:185 e ss) o combate deverá, ao invés, centrar-se na densificação das soluções legislativas internacionais, situadas no âmbito do combate ao planeamento fiscal abusivo, tanto na sua perspectiva bilateral (reformando convenção por convenção), como na multilateralidade conferida pela OCDE ou UE, ou, em última análise, como aponta J.C.ESTEVES, numa elaboração dogmática mais objectivável de mecanismos como a cláusula geral anti-abuso. A temática será, de seguida, explanada à luz da nova redação do artigo 51º, nº 10, alínea a) do CIRC.

³¹Que é o próprio fundamento do método de isenção, por força do qual os Estados dos sócios abdica de tributar certos rendimentos, cfr. M.PIRES (1986:338) e F.PEREIRA (2000:605)

³²M.PIRES (1986:355 e ss.) esclarece que não estamos perante uma figura similar ao crédito de imposto. Desde logo, o objecto de cada um dos métodos é diverso, porquanto o crédito de imposto visa o imposto pago no estrangeiro, ao passo que a isenção aplica-se ao rendimento colectável; depois, no método de isenção, a determinação dos montantes é sempre efectuada no país da fonte, ao contrário do crédito de imposto, em que o nível de tributação do país de residência poderá ser o referencial para os montantes a deduzir; e, finalmente, no método de isenção, é sempre determinada a não tributação dos rendimentos repatriados, enquanto que no crédito de imposto, essas mesmas importâncias concorrem para a formação da matéria colectável.

³³É, igualmente, a distinção subjacente no artigo 23-A, nº 1 e 3 para a isenção integral e progressiva, respectivamente. Veja-se, igualmente, o § 14 dos comentários ao MCOCDE.

³⁴Dentro da categoria lata do crédito de imposto, encontramos, conforme enunciado por F.PEREIRA (2000:604 e 605) mais três subespécies que, pelo gradual nível de complexidade, se enunciam: a primeira, denominada de crédito de imposto compensatório, que visa nivelar o imposto apurado pelas taxas nominais aplicadas na sociedade e no sócio; a segunda, que toma por referencial, não as taxas nominais,

Contudo, no crédito de imposto, intui-se complexidade que o método encerra. M.LEÓNIDAS ROCHA e R.J.ALMEIDA (2009:260 e ss) advertem que, o sistema português a que alude o artigo 91º, do CIRC, implica a simulação de todo o imposto que se paga em Portugal, de acordo com as regras do CIRC e diplomas conexos. Depressa se depreende as dificuldades e a morosidade em torno do conceito, bem como as decorrências ao nível da sua funcionalidade. Os mesmos autores revelam que, verdadeiramente, os sujeitos passivos limitam-se a aplicar a taxa nominal de IRC ao RAI das sucursais, quando em presença de rendimentos derivados dessas entidades, comparando o resultado com a fracção de imposto pago no país da fonte³⁵. Para além das dificuldades práticas, ao crédito de imposto subjaz uma característica estrutural que coloca um obstáculo à sua aplicabilidade: nos casos em que não tenha sido apurada qualquer matéria colectável, o contribuinte terá de suportar o imposto pago no estrangeiro. Ou seja, a dupla tributação, que é o fundamento do próprio mecanismo, desta forma, não é evitada³⁶.

Igualmente, o crédito de imposto vê a sua amplitude de aplicação, no que concerne à temática da distribuição de lucros, limitada, em teoria³⁷, ao estrito âmbito dos

mas as taxas de tributação efectiva; e, finalmente, o crédito de imposto que resulta do diferencial de todo o acervo normativo fiscal incidente sobre a sociedade e o sócio. O MCOCDE, no seu art. 23-B, orienta-se numa alusão relativa ao imposto pago praticada na jurisdição da sociedade distribuidora, pelo que perpassa uma aproximação à corrente mais complexa, conhecendo uma derivação que ajusta a colecta, do sócio, através de uma operação única, que resulta na dedução do imposto pago na sociedade distribuidora (imputação integral), e outra, que reputa a mesma dedução, mas por referência à fracção de imposto correspondente no país do sócio (imputação normal). Veja-se ainda M.C.CARDONA (1993:220) e G.PINHEIRO (1998:157)

³⁵F.PEREIRA (2000: 604 e 605) alerta, igualmente, para os constrangimentos à operacionalidade do crédito de imposto.

³⁶Os mesmos autores referem a iniquidade do sistema, que é tanto mais enfatizada, em Portugal, pela sujeição à Derrama (2009:271). De facto, ao incidir sobre o lucro tributável, e não sobre a colecta, o sujeito passivo pode ser confrontado com uma situação de pagamento imposto, onde estarão enxertados os rendimentos originados fora do território nacional, independentemente de ser apurada qualquer matéria colectável, sem a correspondente dedução por crédito de imposto.

³⁷ Mas obviada, na prática, no actual sistema do CIRC, por via do artigo 91º-A, que estende a possibilidade de dedução à coleta da sociedade localizada no nosso território da fracção do imposto pago, correspondente aos lucros que originaram os lucros e reservas distribuídas. À parte das dificuldades funcionais de segmentação e associação dos ganhos aos dividendos e às reservas especificamente transmitidas, a solução é omissa acerca do alargamento às situações onde a transferência é direccionada a um estabelecimento estável situado em Portugal. Uma interpretação literal do artigo 91º-A nº1, conduz a possibilidades de interpretação dúbias, porquanto, se é certo que o preceito estipula a aplicabilidade do crédito de imposto às condições às “*quais não seja aplicável o disposto no artigo 51º*”, tão pouco aponta para uma remissão expressa para o artigo 51º-D, ou seja, para a norma que equipara os estabelecimentos estáveis aos residentes em Portugal, para efeitos de consideração do método de isenção. A descoordenação é tanto mais evidente quando analisados os ditames erigidos no Anteprojecto (2013:126),

estabelecimentos estáveis. Melhor se compreenderá a afirmação nos capítulos ulteriores dedicados aos estabelecimentos estáveis e aos dividendos, mas podemos já adiantar uma explicação simplificada. Mais especificamente, o art.4º, nº 1 do CIRC, rege a tributação dos sujeitos passivos residentes no nosso país pela totalidade dos rendimentos percebidos, dentro ou fora do território nacional. Os estabelecimentos estáveis, enquanto extensão do residente português, veriam o seu lucro tributável incorporado no sujeito passivo português. Como teria sido suportado o imposto pago no estrangeiro, em Portugal seria concedido um crédito de imposto, incidente sobre esse mesmo lucro tributável apurado no país da fonte, nos termos em vigor no CIRC ou na Convenção celebrada com o estado de onde esse rendimento fosse originário. Os reflexos do modelo na distribuição de reservas ou dividendos encontrar-se-iam no confronto de tratamento fiscal com o lucro tributável, isto é, o crédito de imposto seria outorgado por referência ao imposto pago, que por sua vez teria por base o resultado fiscal apurado, enquanto que as reservas e dividendos distribuídos seriam uma unidade autónoma, que fariam parte, apenas, do lucro tributável da sociedade residente³⁸. Por outras palavras, não haveria imposto pago no estrangeiro a que fosse possível atribuir um crédito de imposto³⁹ (só em situações pontuais, em que seja atribuída uma competência residual de tributação dos dividendos ao país da sociedade distribuidora, poderá ser perspectivado um crédito de imposto incidente sobre essas importâncias⁴⁰).

Da parte do método de isenção, era questão controvertida, sobre a operacionalidade do instituto, a exigência da tributação efectiva na origem do rendimento. Apesar da aparente simplicidade da definição, que significaria, segundo A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:70), a sujeição do resultado contabilístico a tributação, J.C.ESTEVES (2011:111 e ss) sintetiza que o conceito reflecte a tensão entre a natureza

ao advogar que os pressupostos do crédito de imposto não se cingem à inaplicabilidade do artigo 51º, mas igualmente, à preterição de “*algum dos restantes requisitos previstos no artigo 51º e seguintes*”.

³⁸ É uma situação que a Reforma procurou dirimir a partir do artigo 91º, nº 4 do CIRC, oferecida através da possibilidade de adiamento da dedução do imposto pago no estrangeiro, nos cinco períodos de tributação posteriores aquele em que os rendimentos obtidos foram incluídos na matéria coletável.

³⁹ Aliás, M. PIRES (1986:332 e 333) reparte os métodos de eliminação da dupla tributação em duas categorias. Precisamente, a sua distinção provém do objecto onde incidem, designadamente, o crédito de imposto funcionaria pela dedução do imposto pago no exterior, enquanto que a isenção seria aplicada sobre a matéria colectável.

⁴⁰ Apesar de integradas no art.23-A, nº 2 do MCOCDE, cuja epígrafe refere o método de isenção, a verdade é que a norma trata do modelo de imputação normal, aplicado no Estado de residência aos rendimentos originados no país da fonte. Aliás, nestes casos, em rigor, estaríamos perante a eliminação da dupla tributação jurídica dos dividendos, porquanto o objectivo é a ablação do imposto pago no país de origem, em termos muito semelhantes ao que ocorre com os estabelecimentos estáveis. Nesse sentido, vejam-se os § 47 a 50 dos comentários ao MCOCDE, relacionados com art.23º.

de uma cláusula anti-abuso específica⁴¹, com os próprios fundamentos inerentes à dupla tributação económica, qual seja, a neutralidade até à última tributação nas pessoas singulares⁴². As críticas ao conceito alicerçavam-se nos obstáculos práticos que lhe eram subjacentes, de onde se destacavam quatro problemáticas fundamentais⁴³:

- A primeira, seria a medida dessa tributação, ou seja, a eventual necessidade de sujeição a uma taxa mínima de imposto;
- A segunda, se o requisito deveria ser aplicado à distribuição de lucros, tomado como singularidade uniforme, ou, ao invés, seria possível proceder a uma divisão na tributação;
- A terceira, se os lucros distribuídos devem ser analisados de uma forma global, ou por referência a cada um dos períodos de tributação (em que a potencial verificação de prejuízos fiscais na sociedade distribuidora afastaria a possibilidade de utilização do mecanismo da dupla tributação económica no seio da sociedade receptora);
- A quarta, se, numa distribuição de lucros “em cadeia”, ou seja, que tenham origem numa sociedade diferente da que procede à atribuição de rendimentos à sociedade receptora, deverá a tributação efectiva ser aferida por referência a todas as sociedades situadas a montante da última beneficiária⁴⁴.

⁴¹Nesse sentido, veja-se o relatório do Orçamento de Estado de 2007 (2006:30) que dita expressamente: «A cláusula anti-abuso inserida no artigo 46.º do Código do IRC tem em vista evitar que a aplicação do método da isenção consagrado neste preceito para a eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos tenha como efeito final a dupla não tributação desses rendimentos na esfera da sociedade afiliada, que distribui os lucros, e na esfera da sociedade beneficiária». Com efeito, e alicerçados na demarcação explicitada por C.PALMA (2015: 137 a 144), a natureza abusiva do conceito de tributação efectiva encontraria o seu enquadramento teórico

⁴²No mesmo sentido, F.SOUSA CÂMARA (2006:45 e 46).

⁴³Cfr. A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:70 a 82). As reflexões dos autores têm como pano de fundo o art. 32º, nº 1 do EBF aprovado pelo Orçamento de Estado de 2011, que revogava o regime especial de eliminação de tributação económica nas distribuições de lucros aplicáveis a estas sociedades, submetendo-as ao regime geral, ou seja, à sujeição à regra da tributação efectiva.

⁴⁴Bem se compreende que a problemática encerra contornos mais complexos com a presente solução de *participation exemption* de cariz universal. Se a questão em torno da tributação em cadeia seria delimitada no estrito âmbito do ordenamento nacional, agora a sua interpretação casuística terá, necessariamente, de compreender todas as jurisdições do circuito económico dos dividendos. J.C.ESTEVES (2011:112 a 115) realça, tanto a tendência multinacional dos grupos económicos, como o fito finalístico da dupla tributação económica. Nesse âmbito, sugere uma ponderação global sobre a tributação directa dos lucros distribuídos, tendo em atenção que, por princípio, a incidência sobre este tipo de rendimentos na origem será uma realidade. Cumpre, novamente, dividir a observação em dois campos distintos: enquanto máxima contextualizada na fundamentação da dupla tributação económica e, desse modo, inserida no âmbito do nosso estudo, a verificação da dupla tributação económica, em qualquer das

A crítica ao regime, transversal à respectiva doutrina⁴⁵, salientava a suposta incompatibilidade entre o método de isenção e a existência de limitações quantitativas à concessão do benefício. O alicerce teórico que suportaria este sistema passaria por manter a esfera de incidência fiscal na sociedade distribuidora, independentemente da taxa de tributação efectiva divergir da praticada no país do sócio. A compatibilização com a perspectiva anti-abusiva passaria, nas variadas percepções, pela sua análise à luz da cláusula geral⁴⁶, pela integração nas cláusulas específicas CFC firmadas no CIRC⁴⁷ (no caso em que os lucros ou rendimentos são obtidos por empresas residentes, a solução natural seria a aplicação do art. 66º), ou mesmo a eliminação completa da solução legal⁴⁸. O enquadramento específico da tributação efectiva fundar-se-ia como decorrência natural do conceito de dupla tributação económica, ou seja, a possibilidade de determinados tipos de rendimentos serem tributados mais de uma vez, apenas existe perante a ocorrência de incidência fiscal numa fase anterior do circuito económico, seja ela qual for.

A suportar este alinhamento surgiria o entendimento pugnado no Parecer nº101/90, do Professor Freitas Pereira, que daria origem à Circular da DGCI nº 4/91, de 30 de Janeiro de 1991. Desde logo, a referida doutrina administrativa começa por dimensionar a questão na relação global do percurso de tributação dos lucros, mais propriamente, o objectivo de tributação efectiva deveria, a final, ser aferido por referência a todos os sujeitos passivos, incluindo a pessoa física receptora dos dividendos. O que não significaria que, mesmo na eventualidade de, tanto sociedade distribuidora não ter sido sujeita a tributação, como a sociedade receptora beneficiar do regime instituído no (à época) artigo 45º, do CIRC, que o desígnio da tributação efectiva não fosse cumprido. Mas mais determinante seria a posição defendida em relação à interpretação da natureza da isenção constante do nº1 [actual nº10, alínea b)]. O suporte para se concluir que o preceito apontaria para as isenções totais, aquando do apuramento do lucro tributável na

fases da distribuição dos lucros, parece de toda a acuidade; noutro prisma, mas simultaneamente, o acompanhamento desta percepção deverá ser seguida por uma metodologia dos meios anti-abuso mais apurada e abrangente.

⁴⁵Veja-se A.L.XAVIER, I.S.FIDALGO e F.M. SILVA (2010:16 e ss); F.SOUSA CÂMARA e B.VINGA SANTIAGO (2011:755 e ss); J.C.ESTEVES (2011:111 e ss); A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:67 e ss); F.SOUSA CÂMARA (2006:33 e ss).

⁴⁶Cfr. F.SOUSA CÂMARA (2006:45).

⁴⁷Cfr. A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:73)

⁴⁸Cfr. J.C.ESTEVES (2011:135 e 136). O autor defende que a integração analógica de outra previsão seria constitucionalmente inadmissível.

sociedade distribuidora, enquanto meio para afastar a aplicação do art. 45º, decorreria da própria natureza das entidades, mormente quando ponderada a hipótese de apenas parte dos ganhos atribuídos terem sido isentos de tributação. Nesta situação, não haveria razão para a restante parte dos rendimentos colocados à disposição não beneficiarem do preceito contido no art.45º. A única solução para obviar a este circunstancialismo passaria pela criação de um processo do tipo *pro rata*⁴⁹, situação que seria incompatível com o sistema gizado no art.45º⁵⁰. A reflexão é de toda a acuidade, porquanto permite, pelas suas conclusões, determinar que a incidência sobre os lucros distribuídos consubstancia uma operação homogénea, visível na desconsideração das vicissitudes que medeiam a formação do lucro. Ou seja, o aspecto relevante encontra-se na definição fiscal referente à tributação do próprio lucro distribuído.

Ora, o mote lançado facilita a compreensão da solução legislativa actual, presente no disposto do artigo 51º, nº 10 alínea b) do CIRC. A inovação do preceito descobre-se, no essencial, pela análise à sua primeira parte: *«Sejam distribuídos por entidades sujeitas e não isentas a imposto sobre o rendimento ou, quando aplicável, provenham de rendimentos sujeitos e não isentos a imposto sobre o rendimento nas entidades subafiliadas»*.

⁴⁹J.C.ESTEVES (2011:125 e 126) fala, a propósito, que, na eventualidade de existência de actividades mistas ao nível da sociedade participada, designação que o autor utiliza para caracterizar as entidades que apresentassem tanto ganhos sujeitos a tributação, como excluídos da mesma, não inibiria o beneficiário de usufruir do regime de eliminação de dupla tributação económica, quando percepcionados os lucros distribuídos.

⁵⁰Em rigor, a doutrina administrativa elucidou que o conceito de isenção presente na norma do nº 1 seria, igualmente, referente a uma entidade que fosse beneficiária de uma isenção permanente e total. A primeira asserção seria resultado de uma exigência de maior funcionalidade, porquanto à falta de um mecanismo que permitisse a conexão exacta entre o período de tributação em que os rendimentos fossem gerados e a sua distribuição, seria sempre possível à entidade diferir o pagamento para um espaço temporal onde essa isenção tivesse cessado. A segunda, derivaria da própria letra da lei, vista na perspectiva da sua menção às entidades sujeitas e não isentas. Ora, se fosse pretensão do legislador apontar a interpretação para o âmbito da sujeição/isenções objectivas, seria mister a alusão aos rendimentos, ao invés das entidades. Com efeito, a conclusão necessária redundaria na possibilidade de apreciação de cada categoria reditícia, desligada tanto das outras componentes do rendimento, como da entidade a quem os mesmos fossem disponibilizados. Ou seja, a forma de obviar a aplicação do art.45º passaria pela verificação, na entidade distribuidora, que esta gozaria de uma situação de isenção permanente, global e subjectiva. Três características que melhor são conciliáveis com a exigência de uma maior operacionalidade do mecanismo. No mesmo sentido, veja-se A.R.MENDES e M.CORREIA (2010: 76 e 77) e A.L. XAVIER, I.S.FIDALGO e F.M. SILVA (2010:43 e ss). Os autores acrescentam que a própria noção de lucro não comportaria fraccionamentos nos seus termos, ou mais propriamente, não seria possível repartir a realidade consoante as derivações das suas várias fontes, dividindo a sua análise pelos concretos incrementos que tivessem contribuído para a sua formação, de forma a proceder a uma análise das componentes efectivamente tributadas e das que eventualmente não o tivessem sido.

Do nosso ponto de vista, a nova regra empreende uma nova metodologia na aplicação do conceito de tributação efectiva, padronizada em três vertentes. A primeira, que julgamos relativamente pacífica, consubstancia o abandono por uma determinação quantitativa associada ao conceito. Era, de resto, uma posição já reafirmada pela administração fiscal, evidenciada na Circular nº 24/2011, de 11 de Novembro de 2011, sancionada pelo Director Geral dos Impostos, no seu ponto 1., que na definição de tributação efectiva, resumia a sua densificação à mera incidência de IRC ou de outro imposto de natureza análoga.

A segunda conclusão aponta para a consagração legal da solução pugnada na Circular da DGCI nº 4/91, de 30 de Janeiro de 1991. Ora, parece uma evidência que os casos em que a sociedade distribuidora beneficie de uma isenção subjectiva, não poderão (os rendimentos distribuídos) ser enquadrados no sistema de eliminação da dupla tributação económica na esfera da entidade beneficiária. Novamente, e na prática, confirma-se o reconhecimento da posição da administração fiscal ínsita na Circular nº 24/2011, designadamente no seu ponto 3: *«O requisito de tributação efectiva deve considerar-se verificado quando a sociedade que gerou os lucros distribuídos não beneficie de isenção»*. Mais controversa, e ainda no âmbito da relevância do tipo de isenções desenhadas na sociedade distribuidora, é a mesma redacção, mas antes na sua alusão ao requisito que aponta a necessidade da proveniência dos lucros distribuídos reportarem-se a rendimentos sujeitos e não isentos. Sendo certo que estamos perante mais uma transposição para o CIRC do entendimento da Circular nº 24/2011, a interpretação deste segmento do preceito carece de uma densificação mais objectiva, nomeadamente quando confrontado com a anterior estatuição. Com efeito, apontava o pretérito art.51º, nº10, que a dedução do nº 1 *«só é aplicável quando os rendimentos provenham de lucros que tenham sido sujeitos a tributação efectiva»*. Apelando a um elemento literal, a inversão parece corresponder ao âmbito de incidência de imposto na entidade distribuidora. A solução vigente indica, quando conjugada com o limiar mínimo de tributação, para uma parametrização ao nível da sujeição dos rendimentos que dão origem ao lucro distribuído. A diferença para o regime transacto revela-se no patamar em que era analisado a sujeição de imposto, mais propriamente ao nível do lucro distribuído. Na prática, a nova regra, quando observada á luz das considerações precedentes, determina a exclusão do regime nos casos em que a entidade distribuidora seja isenta (subjectivamente) de tributação. A asserção é confirmada pelo entendimento já descrito da Circular nº 4/91. Por outras palavras, se a aplicação da norma do art.51º

não é obstruída pela existência de rendimentos isentos, desde que uma parte dos ganhos seja sujeita a tributação, então a exclusão só se verificará se a totalidade dos rendimentos auferidos pela sociedade distribuidora estiver isenta. Contudo, e não é demais enfatizar, que este é um alinhamento que ainda carece de certezas mais objectivas.

Nesse sentido, os meandros do novo paradigma são de tal forma contingentes que a solução poderá ainda passar pelo apuramento da sujeição de tributação ao nível das entidades que participem no circuito de distribuição dos lucros. Deste modo, bastaria que o lucro distribuído fosse, num qualquer patamar do grupo societário, sujeito a tributação. Contudo, também neste prisma se levanta a mesma questão precedente, qual seja, o nível de ponderação da incidência de imposto, ou seja, se a sujeição se apuraria a partir do lucro tributável de qualquer uma das sociedades participadas (ou subparticipadas) pela entidade beneficiária, ou se o exame far-se-ia por referência à fase de distribuição dos lucros⁵¹.

No entanto, também não é menos verdade que o modelo actual indica que a compatibilização terá de ser cotejada no plano das entidades subafiliadas. É a resposta ao ensejo da doutrina que aspirava a um regime mais adaptável à realidade dos grupos societários, numa lógica de flexibilização da fiscalidade, mais propícia às estruturas

⁵¹E não só. A praticabilidade do exercício alongar-se-ia para a dificuldade no apuramento de tributação nas entidades subafiliadas, mormente nos casos de dispersão das participações sociais. J.C.ESTEVES (2011:128 e 129) denomina este fenómeno de “segregação do lucro distribuído”, isto é, a desconsideração dos eventuais patamares de incidência fiscal, no âmbito dos lucros distribuídos, motivado, em grande medida, pelos obstáculos de averiguação prática dessa tributação. É um problema que, acrescentamos nós, mais se enfatiza com o presente regime de cariz universal de eliminação da dupla tributação económica, ou seja, pelo padrão de aferição que extravasa o domínio doméstico. O autor procura a resolução a partir da presunção de tributação efectiva num qualquer nível do percurso do grupo. Mas mesmo na eventualidade da administração fiscal afastar esse princípio, a tributação efectiva estaria sempre assegurada, e até eventualmente facilitada, pois a indagação da tributação efectiva poderia sempre efectuar-se junto dos sócios, na recta final da linha económica da distribuição dos lucros. Contudo, arguimos nós, que esta interpretação significaria o esvaziamento prático da noção da tributação efectiva. As objecções que se levantam à definição do nível de incidência nos vários níveis da cadeia do grupo são os mesmos, tanto para a administração fiscal, como para o sujeito passivo. Se é espinhosa a certificação destes níveis de tributação por parte da entidade beneficiária, tanto mais o será para a administração, com a disponibilidade de menores níveis de informação acerca da real situação das sociedades participadas. É, aliás, uma afirmação contrária às conclusões da Circular nº 24/2011, que indica, expressamente, no seu ponto nº 2 que «o ónus da prova da verificação do requisito de tributação efectiva recai sobre a entidade á dedução a título de eliminação da dupla tributação económica», e ao princípio genérico referido na norma do art.51-B, nº 3 do CIRC. Uma diferente solução significaria a obliteração operacional do conceito de tributação efectiva.

verticalizadas empresariais⁵². Vai também de encontro ao entendimento administrativo insito na já descrita Circular nº 24/2011, no seu ponto 2. Contudo, e colocando os termos perante a norma vigente, a realidade adquire contornos mais complexos, numa abrangência que foge ao simples domínio nacional, concorrendo, da mesma forma, para as variantes funcionais do mecanismo, mas agora num prisma ainda mais intrincado. Finalmente, uma última problemática é centralizada nos casos em que sejam distribuídos lucros aos sócios, sem a correspondente averiguação de qualquer lucro tributável, em virtude da dedução de prejuízos fiscais apurados em exercícios anteriores. Em face da omissão relativa ao enquadramento expresso do regime actual e precedente a este assunto, e observando a Circular nº24/2011, que afasta liminarmente a verificação do mecanismo do artigo 51º, nestes casos⁵³, não podemos deixar de assinalar a dificuldade de accionar esta regra, quando deparados com os reflexos, na sociedade distribuidora, de resultados fiscais negativos. Porém, e também aqui, não é menos verdade que as críticas adensam-se quando observado o desvirtuamento da natureza compensatória associada aos prejuízos, numa perspectiva de créditos fiscais gerados numa fase antecedente⁵⁴.

⁵²A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:80 a 82) analisavam a literalidade do preceito do nº10 do art.51º, como omissa no respeitante à entidade que tivesse originado os rendimentos sujeitos a tributação efectiva. Em teoria, seria possível que o exame à aplicação do conceito fosse aferido em qualquer nível da cadeia de distribuição de lucros, e não apenas na sociedade que tivesse distribuído directamente os lucros à entidade beneficiária. No mesmo sentido, alinha a Circular nº24/2011, no seu ponto 2.: «*Com efeito, o requisito previsto no nº 10 do 51º, não exclui os casos (...) pela sociedade distribuidora contribuíram lucros distribuídos pelas subafiliadas e anteriormente tributados na esfera destas*». A.L.XAVIER, I.S.FIDALGO e F.M. SILVA (2010:33 e ss) esclareciam que a mesma regra não se encontraria construída numa base subjectiva. Essa perspectiva seria aferida pela própria redacção da norma, que não apontaria para um referencial adstrito às entidades presentes no circuito de distribuição dos lucros, mas seria antes orientada para a análise aos rendimentos eventualmente sujeitos a tributação. Partindo deste ponto, nada obviaria a que a ponderação fosse efectuada na amplitude de todas as sociedades que participassem da distribuição dos lucros. Mais, seria uma decorrência dos próprios fundamentos que presidem à eliminação da dupla tributação económica. De facto, e ainda segundo os autores, se o mecanismo foi concebido de forma a evitar multiplicidade de sujeições a tributação de um determinado rendimento, então bastaria que essa mesma incidência tivesse ocorrido em qualquer fase do circuito económico, de forma a justificar a aplicação do instituto. Paraphraseando a mesma doutrina: «*Se o rendimento já foi tributado uma vez, seja onde e quando o tiver sido, não o poderá ser uma segunda*» (2010:35).

⁵³E ainda mais. A doutrina administrativa enquadra, no mesmo entendimento, a situações em que, sem prejuízo dos montantes pagos pelo sujeito passivo a título de pagamentos por conta, pagamento especial por conta ou tributações autónomas, tenham sido deduzidos prejuízos fiscais na sociedade distribuidora. Veja-se os pontos 5. e 6.

⁵⁴Cfr. A.L.XAVIER, I.S.FIDALGO e F.M. SILVA (2010:41 e ss). Os autores conduzem a questão ao âmbito da capacidade contributiva, ou seja, os prejuízos mais não seriam que créditos gerados no tempo pela capacidade de pagar, ou, e passando a citar: «*créditos que decorrem de manifestações negativas dessa capacidade contributiva verificadas em exercícios anteriores*». A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:79) olham o lucro distribuído numa perspectiva temporal unificada, o que significaria que essa

Neste ponto, é impreterível assinalar uma diferença introduzida pelo Orçamento de Estado de 2015 (Lei nº 82-C/2014, de 31 de Dezembro). No anterior regime inserido pela Reforma do IRC, as precedentes conclusões acerca da tributação efectiva do artigo 51º, nº 10 alínea b), eram acompanhadas da exigência de verificação cumulativa dos pressupostos ínsitos na alínea a). A conjunção “ou”, que medeia as duas alíneas anteditas, redundava na inclusão de um sistema de observação alternativo, no que concerne à funcionalização do instituto presente no artigo 51º, do CIRC. Desde logo, perpassa a ideia de uma análise dissociada entre os dois segmentos normativos, o que corrobora os termos da nossa anterior exposição acerca da tributação efectiva (também ela pautou-se por uma revista desagregada de qualquer outra variável). Mas mais do que isso, a sobredita alínea a), exorta a necessidade de compreensão da diferença entre o pagamento de juros e retribuição de investimentos na forma de dividendos. A asserção deriva da repartição de competências de tributação entre Estados, em cada um dos casos. No primeiro, seguindo o alinhamento edificado no artigo 11º do MCOCDE, conferindo-se que a jurisdição competente de tributação corresponde ao Estado de localização do emitente da dívida, e concretizando o pagamento dos juros um encargo dedutível na esfera dessa mesma entidade, se o artigo 51º, nº 10, alínea a), do CIRC, exclui a aplicação da figura da dupla tributação económica, nos casos em que a distribuição constitui, simultaneamente, uma despesa dedutível na entidade de origem, então os montantes percebidos pela figura portuguesa, nestas circunstâncias, não poderão ser isentos de tributação. Dito de outro modo, a norma do artigo 51º, nº 10, alínea a), do CIRC, impõe a distinção entre dívida e participação social⁵⁵.

Sendo certo que a economia do nosso estudo não permite uma copiosa abordagem da temática, é, porém, imperioso salientar que a regra nacional propende no sentido, mais genérico, da explanação dos apelidados instrumentos híbridos. A concepção transparece um sistema de análise assente na substância económica do veículo de repatriamento, em detrimento da nomenclatura legal eventualmente associada, como meio de promoção da

noção não passaria de um saldo que agruparia todos os exercícios que tivessem contribuído para a formação de um resultado passível de ser atribuído aos sócios da sociedade distribuidora. A conclusão seria descortinada pela análise ao art.51º, onde não se vislumbraria qualquer menção a um eventual “lucro de exercício”.

⁵⁵ Uma distinção que segue o alinhamento mais genérico dos denominados instrumentos híbridos. Seguimos, nesse sentido, o delineamento encetado por L.SASSO (2013:63 a 68). Mais se diga que a densificação do conceito de participação social, *maxime* na sua conexão com a noção de dividendo e de lucro tributável, será discorrida mais adiante.

neutralidade tributária. A colocação é singela: para um sistema ser neutral, instrumentos economicamente equiparados deverão ser tributados de modo idêntico.

À ilusória simplicidade da afirmação, são contrapostos complexos problemas operacionais, geralmente articulados com as diferenças interpretativas providas dos ordenamentos nacionais envolvidos⁵⁶. As dificuldades redundam, comumente, da conferência de duas hipóteses possíveis: uma dupla não tributação de rendimentos, adveniente da qualificação, no Estado de origem, de um determinado pagamento enquanto juros fiscalmente dedutíveis, acompanhado da consideração dessa remuneração como dividendo no País de residência do beneficiário, com a consequente isenção dispensada a este tipo de rendimentos (situação que a disposição do artigo 51º, nº 10, alínea a), do CIRC, visa obviar); ou, no caso inverso, uma dupla tributação, sobrevinda da qualificação de um montante como dividendo, no país da fonte, com a correspondente aplicação de uma taxa de tributação (“withholding tax”) nessa jurisdição (artigo 10º, nº 2 do MCOCDE), seguido do tratamento, no país de residência, desses valores, como pagamentos de dívida, ou seja, rendimentos derivados de juros (situação que a disposição do artigo 51º, nº 10, alínea a), do CIRC, pode propiciar)⁵⁷.

⁵⁶ L.SASSO (2013:64) esclarece que as dificuldades interpretativas são, tanto mais enfatizadas pela própria indefinição subjacente ao conceito de participação social, ínsito ao artigo 10º, do MCOCDE. Sendo certo que a bissectriz da noção assenta, segundo o autor, na susceptibilidade do titular beneficiar dos lucros correntes (dividendos e reservas) distribuídos pela entidade, ou dos potenciais incrementos no valor dos activos da empresa, entendidos como remuneração pelo risco incorrido, não é menos verdade que o alargado âmbito dos elementos associados aos instrumentos híbridos, torna problemática a aferição sobre o preenchimento dos ditos pressupostos. À falta de uma especificação mais criteriosa das situações passíveis de serem abarcadas pelas duas variáveis anteditas do disposto no artigo 10º, do MCOCDE, o autor sublinha algumas áreas societárias imprecisas, como os direitos convertíveis, retribuições em data definida, pagamento de taxas de juro mínimas. Ora, a indagação do enquadramento destes casos no risco empresarial sobredito pressupõe uma análise casuística, o que afigura um factor exponencial de divergências entre as várias jurisdições envolvidas.

⁵⁷ H.PILS (2011:482 e ss) enceta uma tentativa de agrupar a compreensão dos instrumentos híbridos no termo “dividendos”, inserto no preceito do artigo 10º, nº 3, do MCOCDE. As virtudes da aceção passariam pela análise conjugada (e, conseqüentemente, harmonizada) da interpretação de uma determinada operação entre os Estados envolvidos. Na prática, seria obviada qualquer descoordenação no tratamento de uma determinada transacção. O autor observa que o §25, dos Comentários ao artigo 10º, abriria a oportunidade a uma abordagem desse género, ultrapassando as posições nacionais divergentes acerca da natureza da origem (na participação social ou na dívida contraída) das operações transfronteiriças. O eixo do entendimento assentaria na equiparação à noção de dividendos de todas as transferências financeiras que resultassem do reembolso ao respectivo titular, em função da assumpção do risco pelo êxito empresarial da entidade pagante, independentemente de uma eventual nomenclatura legal associada à satisfação de juros por putativos empréstimos contraídos. Nesse sentido, a conexão à definição do termo “dividendo” oferecida pelo artigo 10º, nº 3 do MCOCDE, teria, pela natureza das dívidas híbridas, que ser inserida nas alternativas residuais do preceito, mormente na expressão “rendimentos de outras partes sociais”. Neste plano, o autor propõe uma visão ampla das realidades que poderão ser abrangidas pelo conceito. Concretizando, os denominados “*corporate rights*” reuniriam

L.SASSO (2013:66 a 68) elucida que a probabilidade de ocorrência destas contingências é ampliada, quando observada a propensão das entidades abrangidas para explorar as inconsistências relativas das legislações fiscais dos Estados envolvidos. Mais, e ainda no rumo do autor, a complexidade legal e económica projectada em torno dos instrumentos híbridos, encerra um inevitável balanceamento entre o incentivo à promoção de instrumentos financeiros que promovam o investimento em condições competitivas, por um lado, e por outro, a necessidade de proteger a base tributável de transacções abusivas, designadamente através da repartição equitativa dos rendimentos sujeitos a imposto entre os diferentes Estados⁵⁸.

Temos, para nós, que o âmago dos problemas sobreditos, ao nível do método de isenção, revela uma matriz que, na sua essencialidade, é conduzida à mesma dificuldade operacional das cláusulas anti-abusivas. No seguimento do enquadramento promovido por C.PALMA (2015:125 e ss), julgamos notório que as disposições inseridas no artigo 51º, nº 10 do CIRC, ordenam uma aproximação direccionada ao combate anti-elisivo, na vertente da dupla tributação económica «*em que a conduta que se pretende evitar é tipificada de modo expesso, quer nas leis internas, quer nos tratados internacionais*»⁵⁹. O alinhamento, neste domínio, é uma decorrência da

todos os direitos onde a contraparte fosse uma sociedade. Dito de outro modo, estaríamos perante uma cláusula residual, inclusiva de todas as posições activas incidentes sobre figuras extravagantes a particulares ou a agrupamentos sem personalidade jurídica. O carácter aberto da cláusula seria de tal forma abrangente, que sustentaria eventuais limitações aos direitos de voto e à participação nos lucros da empresa, tradicionalmente associados ao direito de um sócio numa sociedade. A acepção seria corroborada pela própria estrutura do disposto no artigo 10º, nº 3 que, em face da impossibilidade prática de nomear todas as situações enquadráveis na ideia de dividendo distinguíveis nos ordenamentos nacionais, propenderia para uma compreensão alargada do conceito.

⁵⁸ A temática merece uma atenção especial por parte do relatório BEPS. Aprovado pelo Comité de Assuntos Fiscais da OCDE, a 25 de Junho de 2013, corporiza o intento de compilar as principais metodologias de erosão da base tributária e transferência de lucros, quando observada na interacção dos vários sistemas tributários nacionais, o documento propõe um plano de acção de envergadura transfronteiriça, na acepção de um modelo que vise modernizar, os instrumentos nacionais e internacionais de coordenação, tendente a conciliar a tributação, a este nível, com as actividades económicas reais. Em especial, a acção 2 do plano, intitulada “*Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*”, segmenta os intuítos da OCDE em inviabilizar os efeitos (dupla não tributação ou dupla dedução) decorrentes da utilização de instrumentos híbridos. Neste contexto, os Estados são impelidos a adoptar, internamente, soluções que visem obstaculizar a isenção de tributação de rendimentos, que configurem realidades dedutíveis no seio da entidade pagadora, numa percepção alinhada com a disposição ínsita no artigo 51º, nº 1 alínea a), do CIRC. A densificação técnica dos instrumentos híbridos foi concretizada através do *Discussion Draft*, onde se compreendem alguns exemplos de potenciais explorações abusivas das diferenças interpretativas geradas entre várias jurisdições, que iremos explicar no nosso anexo.

⁵⁹ Ainda da autora (2015:137): «*Sniper approach, por contraposição às cláusulas gerais anti-elisão ou anti-abuso ou shotgun approach*».

ponderação acerca da materialidade das operações, pugnando pela reprovação de iniciativas «*com o objectivo essencial de eliminação ou diminuição do encargo fiscal (“economia fiscal”)*». É, precisamente, neste ponto que são retidas as dificuldades de funcionalização deste mecanismo, porquanto, e ainda na senda de C.PALMA (2015.126 a 128), o planeamento fiscal não é aprioristicamente censurável. Antes, o desiderato “poupança fiscal”, comporta um acervo de diligências aceitáveis, tendentes a diminuir a onerosidade do imposto, dentro de um paradigma de racionalidade económica exorbitante ao princípio da legalidade da tributação⁶⁰. Ora, os ditames do artigo 51º, nº 10 visam, em conformidade com um substrato transversal às posições anti-abusivas específicas, afastar a relevância jurídica de determinadas operações, situadas no dito âmbito extravagante à tipicidade fiscal, posicionados em contextos particularizados (característica que se descobre no confronto com as cláusulas gerais, vocacionadas a «*abranger uma universalidade de situações em que a lei fiscal é contornada*»), que, neste caso, escrutina, grosso modo, as condições de incidência nos estádios precedentes da cadeia de distribuição de rendimentos.

Não cumpre, na presente investigação, o aprofundamento das questões sobre a exequibilidade do crédito de imposto ou da eliminação da dupla tributação económica por via do método de isenção, porque, tão pouco, é nossa intenção promover uma crítica aos méritos do regime actual de “participation exemption”, ou das suas eventuais alternativas, mas é visível que qualquer solução padece de dificuldades de compatibilização práticas que são manifestas. Mais facilmente é perceptível esta realidade quando observada do ponto de vista de uma eventual optimização técnica, com as imperfeições operacionais associadas a qualquer um dos métodos tendentes à eliminação da dupla tributação económica.

⁶⁰ C. PALMA identifica que as condutas dos contribuintes, propensas à diminuição dos encargos fiscais, poderão ser subsumidas, em abstracto, a três grupos de operações, que divergem em função da sua natureza legal, ilícita ou antijurídica, respectivamente: *Intra legem*, quando a obtenção da «*poupança fiscal*» decorre da intenção legislativa (exemplos da autora: as exclusões tributárias, deduções específicas, zonas francas, etc); *Contra legem* (ou evasão fiscal), os encargos tributários são diminuídos mediante actos ilícitos (sempre do enunciado de C.PALMA: através de economia paralela, falsificação de contabilidade, emissão de faturas falsas, etc); *Extra legem* (ou elisão fiscal), quando a subtracção dos dispêndios fiscais surge por via «*da utilização de negócios jurídicos que não estão previstos nas normas de incidência fiscal*». É perceptível que os preceitos anti-abusivos visionam as últimas situações. Ora, é interessante observar a gradualidade entre os ditos comportamentos *Extra e Contra Legem*, cominando, os primeiros, com a ineficácia da correspondente operação, enquanto que, aos segundos, são impostas sanções criminais ou não penais.

2.2 Considerações sobre a viabilidade jurídica dos dois métodos – o Acórdão *FII*

Não obstante, outro ponto de análise resulta das ilações jurídicas que se poderão retirar da comparação entre o crédito de imposto e do método de isenção.

O caso *FII*⁶¹ é paradigmático acerca do entendimento. Em suma, na parte que concerne à análise da comparabilidade do crédito de imposto, o TJUE deparou-se com o problema levantado pelo Income and Corporation Taxes Act, ou, mais especificamente, na potencial diferenciação que o regime fiscal do Reino Unido estabeleceria no tratamento de dividendos recebidos pelos seus residentes. O sistema fiscal estipulava a isenção de tributação da distribuição de lucros entre empresas britânicas, e um crédito de imposto pelo imposto pago no país da fonte, nos casos de dividendos oriundos de não residentes.

Utilizando como referencial os dois princípios da não discriminação e da liberdade de estabelecimento, porquanto estariam em causa derivações resultantes das participações detidas por uma sociedade, que lhe permitiam influenciar as decisões de outra empresa⁶², o Tribunal aceitou o argumento que apontava uma diferença do regime britânico no tratamento dos dividendos, consoante as suas origens, mas não rematou que, dessa circunstância, resultaria uma desconformidade com ordem jurídica comunitária. Com efeito, o TJUE afirma que o Direito da UE concede ampla liberdade aos Estados-Membros na definição do seu sistema de tributação de lucros distribuídos, sendo que, nessa conformação, os ordenamentos deveriam precaver a não ocorrência de duas situações: a primeira, que os rendimentos de proveniência estrangeira não fossem sujeitos a taxas dissonantes com as vigentes para os dividendos oriundos do Reino Unido; a segunda, na denominada “tributação em cadeia”, o Estado-Membro da sociedade beneficiária ficaria apenas ficaria vinculado a garantir um nivelamento da tributação dos dividendos. Ou seja, na eventualidade da distribuição de lucros ser sujeita a tributação no país de origem, a jurisdição de destino desses rendimentos teria de assegurar que os mesmos seriam sujeitos a uma tributação efectiva semelhante aos ganhos de origem nacional.

⁶¹ C-446/04: Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue.

⁶² T.O’SHEA (2010:849 a 852) fala, a este propósito, que o TJUE utiliza o critério de “*Migrant/Non migrant test*” de forma a aferir dos mesmos dois princípios. Na prática, é preceituada a proibição do tratamento discriminatório entre entidades e/ou rendimentos de origem estrangeira, no confronto com os seus congéneres nacionais, excepcionando-se as situações que não são objectivamente comparáveis, ou quando o tratamento discriminatório se justificar por razões imperiosas de interesse geral.

Compreende-se a posição do TJUE, quando posicionado o campo de análise ao nível do país de sociedade receptora dos dividendos⁶³, ou seja, como os rendimentos que corporizariam a origem dos dividendos teriam já sido tributados no seio da empresa distribuidora residente (na forma do seu lucro tributável), a total eliminação da tributação dos dividendos na sociedade beneficiária, por via do método de isenção, evitaria a sua dupla tributação, quando, repita-se, observado sob o prisma do país da sociedade receptora. O surgimento de dividendos de origem transnacional é uma realidade nova e individualizada, porquanto o ordenamento do Estado de destino dos lucros, não conheceu qualquer pretensão a tributar o lucro tributável da sociedade distribuidora, em virtude das suas naturais limitações ao nível da competência de incidência em sociedades não residentes. Desse modo, o crédito de imposto cumpriria o desiderato de aplanagem de incidência sobre essa matriz separada que são os dividendos, expurgando o nível de tributação a que essa distribuição tenha sido sujeita no estrangeiro. Por outras palavras, os diferentes mecanismos teriam, como consequência, tanto a eliminação da dupla tributação no Reino Unido, bem como a garantia de que o imposto derivado dos dividendos seria o mesmo, independentemente da sua origem.

T. O'SHEA (2010:854 e 855), em comentário ao Acórdão, esclarece que a posição do TJUE reflecte uma afirmação de princípio: como não existem regras europeias que visem a eliminação da dupla tributação, esse esforço deve permanecer na esfera de competências de cada Estado-Membro. Ora, nesse âmbito, a única exigência consiste no tratamento igualitário, por cada país, de todos os rendimentos e entidades situados na sua jurisdição. Os reflexos das eventuais divergências residuais entre o imposto pago no estado da fonte, das que se verificam no estado receptor dos rendimentos, seriam alheias às liberdades fundamentais da UE, que estariam garantidas, no prisma de eliminação da dupla tributação, através do nivelamento fiscal, no país de residência, por via do crédito de imposto⁶⁴.

Esta aferição coaduna-se com o escalonamento de prioridades que BEN TERRA e P.WATTEL (2012:458 a 462) concluem para os casos que envolvem a apreciação de

⁶³ Aliás, é um critério assente que é ao Estado de residência que cumpre encetar os esforços devidos na eliminação da dupla tributação. Nesse sentido, veja-se A.XAVIER (2007: 741 e 742), C.NABAIS (2013:76) e M.C.CARDONA (1993:219 a 221).

⁶⁴ O exame do Tribunal não se poderia cingir à compatibilização do ordenamento britânico com a Directiva 90/435/CEE (comumente apelidada de "Mães e Filhas"). Tanto o correspondente artigo 4º, como § 4 do Preâmbulo, oferecem a possibilidade do Estado-Membro da sociedade-mãe utilizar o crédito de imposto, ou o método de isenção, como formas de eliminar a dupla tributação económica na distribuição de lucros de sociedades afiliadas.

temáticas centradas na fiscalidade directa. Para os autores, num primeiro patamar designado de “comparabilidade”, o TJUE recorreria a uma revista relativa entre eventuais discriminações que fossem possíveis detectar no tratamento de situações transfronteiriças, quando comparadas com questões análogas de natureza doméstica⁶⁵, dentro do Estado receptor do rendimento. Já nesse âmbito, a densificação do conceito tomaria, por base, a extensão de competência de tributação designada em cada Estado. Neste sentido, os casos em que Estado de residência (receptor) não tributasse um determinado tipo de rendimento de origem estrangeira, o que, no caso concreto da distribuição de lucros, significaria a não sujeição a imposto desses rendimentos⁶⁶, a acção do Tribunal não se justificaria porque, *a priori*, não seria possível avaliar qualquer tipo de discriminação. Passado esse nível, e utilizando a denominação dos autores, o “exercício” dessa competência de tributação teria de ser o mesmo, tanto no confronto entre sociedades residente e não residentes⁶⁷, como entre rendimentos domésticos e rendimentos de origem internacional. O caso *FII*, enquadrar-se-ia nesta última repartição, tendo o Tribunal encetado uma linha jurídica que não insere o crédito de imposto em qualquer ditame que obsta à sua viabilidade, enquanto solução para a eliminação da dupla tributação económica.

Ora, partindo das noções encetadas pelo TJUE, não é despicienda a conclusão que observa, à parte dos entorses funcionais de que o crédito de imposto pode padecer (conforme anteriormente descritos) que, por princípio, não é possível descortinar diferenças jurídicas que relevem na opção pelos diversos métodos de eliminação da dupla tributação económica. A importância do caso *FII* é determinante para a realidade portuguesa, porque o paralelismo do regime britânico com a concepção nacional, ao nível do tratamento da dupla tributação económica, na versão precedente à reforma, era

⁶⁵Os outros dois patamares diriam respeito, no fundo, à análise das justificações desse tratamento discriminatório, em termos similares aos propostos por T.O'SHEA.

⁶⁶Como no caso *CLASS IV ACT* (C-374/04: *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation V Commissioners of Inland Revenue*) Apesar da decisão do TJUE decorrer do exame ao mesmo “Income and Corporation Taxes Act”, tal como no Acórdão *FII*, o cerne da questão colocava-se em relação ao tratamento de entidades residentes ou não residentes, sendo que nesta última não haveria incidência de imposto, nos casos em que a origem do rendimento não se situasse no Reino Unido. Ao invés, no caso *FII*, o juízo do Tribunal era aferido por referência à origem do rendimento.

⁶⁷Como no caso *Denkavit* (C-170/05: *Denkavit Internationaal BV, Denkavit France SARL V Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*). O Tribunal julgou incompatível com liberdade de estabelecimento a distinção efectuada pelo “*Code général des impôts*”, no respeitante à distribuição efectuada por uma filial francesa, a uma sociedade residente em França que, à parte de uma tributação residual de 5%, beneficiaria da dedução do remanescente valor dos dividendos no seu lucro tributável, ao contrário das sociedades não residentes sem estabelecimento estável, que seriam tributadas a uma taxa de retenção na fonte de 25%.

idêntica, porquanto o regime português, similarmemente, não garantia a isenção de tributação dos lucros distribuídos por empresas situadas fora da UE ou da EEE⁶⁸.

Deste modo, a escolha de qualquer um dos métodos situa-se no plano da política fiscal/económica que se pretende impor no sistema português⁶⁹. Não parafraseando as nossas anteriores alusões ínsitas no primeiro capítulo, uma solução deste género visa, tão-somente, reduzir o custo associado ao capital, alinhando o posicionamento da reforma com os sectores da nossa doutrina que preconizavam uma solução no mesmo sentido⁷⁰.

2.3 Relação do método de isenção preconizado no CIRC, com o modelo de crédito de imposto utilizado na rede de Convenções celebradas por Portugal

⁶⁸Sendo certo que o TJUE limita o seu espectro de análise ao espaço europeu, não é despropositada a conclusão de ERIC KAMMEREN (2008: 120, 121 e 124). O autor realça que a eliminação da dupla tributação movimentou-se no mesmo contexto, tanto a nível europeu como no plano das CDT, ou seja, o conceito perspectiva a remoção de obstáculos (neste caso, fiscais) à formação de um mercado interno. As diferenças ressaltariam apenas na graduação dessa integração, sendo que ao nível dos Estados-Membros esse nível seria superior. B.VINGA SANTIAGO (2009: 85 e ss) destaca que o meio de actuação essencial europeu, ao nível da promoção do mercado interno, seria o princípio da não discriminação. Essa circunstância adviria da ausência legislativa da UE, no plano da fiscalidade directa. Ou seja, em face da proeminente inércia política dos Estados-Membros, o TJUE exerceria as suas prerrogativas no sentido da promoção de uma maior harmonização no seio da UE, fazendo uso do meio jurídico mais nivelador ao seu alcance, isto é, o princípio da não discriminação. Por sua vez, P.R.PEREIRA (2010: 332 e ss.) estabelece os limites utilizados pelo TJUE, na sua relação com as CDT, concluindo que o Tribunal respeita, genericamente, os princípios firmados nas convenções, mas impondo a compatibilização dos ditos instrumentos ao princípio da não discriminação e da livre circulação. A autora (2010: 336) vinca, novamente, o aspecto da harmonização fiscal europeia, ou, melhor dito, neste âmbito, seria de todo o interesse para a UE preservar o acervo de convenções que vinculariam os Estados-Membros, tornando-os parte do manancial legislativo europeu, em face da insuficiente conciliação que a UE revelaria neste particular. Todas estas referências doutrinárias permitem-nos perceber que a formulação do TJUE, acerca do princípio da não discriminação, é delineada em termos que não menosprezam a relação do Direito da UE com as restantes conexões internacionais que envolvem os Estados-Membros. Ora, sendo o princípio da não-discriminação o referencial de apreciação entre as divergências que se poderão colocar ao nível do crédito de imposto e do método de isenção, os princípios jurisprudenciais enxertados das decisões do TJUE poderão encontrar um espaço de aplicação mais abrangente que as relações entre Estados-Membros, ou, mais propriamente, entre Estados-Membros e Estados Terceiros. Precisamente, seria esta última situação em que se inseria o crédito de imposto em Portugal, ou seja, na distribuição de lucros provenientes de países localizados fora da UE ou do EEE.

⁶⁹No mesmo sentido, A.R.MENDES e M.CORREIA (2010:72 e 73)

⁷⁰Cfr. F.S.CÂMARA (2006:35 e 36) e A.L.XAVIER, I.S.FIDALGO e F.M. SILVA (2010:19 a 23). De realçar que já em 1999, a Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa (1999: 126 e 127), chefiada pelo Professor Alberto Xavier, chamava a atenção para as potencialidades de um regime que eliminasse totalmente a dupla tributação económica, propondo a sua extensão às pessoas singulares e colectivas, tanto nas suas relações internas como externas, bem como a natural revogação do regime previsto, neste âmbito, para as SGPS, tal como foi concebido na actual reforma do IRC.

Esta nova definição internacional pugnada pelo nosso país impõe uma ponderação sobre a sua compatibilização com os instrumentos vigentes previstos no mesmo âmbito.

Como infere C.NABAIS (2013:78 a 81) a prioridade ínsita na rede de CDT celebradas por Portugal aponta na priorização do método de crédito de imposto, enquanto meio de eliminação da dupla tributação. Ora, posto este enquadramento, é com acuidade que se indaga a questão sobre o espaço de aplicação reservado ao método de isenção, quando deparado com situações plurilocalizadas abrangidas por CDT que prevejam a utilização do crédito de imposto⁷¹.

Julgamos necessário destacar, neste âmbito, três pontos de ordem: o primeiro, prende-se com a demarcação, em duas frentes, da já referida política fiscal internacional, mormente no distanciamento aduzido no método de isenção, que se posicionaria ao nível das medidas unilaterais que o nosso país concebe para a eliminação da dupla tributação⁷². Do ponto de vista prático, significa que, com os países com os quais Portugal não celebrou nenhuma CDT, o novo regime de eliminação da dupla tributação económica encontra um espaço de aplicação total⁷³.

O segundo ponto a reter focaliza-se na necessária autonomização dogmática da dupla tributação económica⁷⁴. Ora, neste âmbito, a maioria das CDT contempla, apenas, a eliminação da dupla tributação internacional por via do crédito de imposto. Como já

⁷¹Uma variante do crédito de imposto encontra-se no denominado crédito de imposto fictício (*tax sparing credit*) que toma por referência o disposto no art. 23-A, nº 3 do MCOUDE. O crédito de imposto é concedido, não por referência ao imposto efectivamente pago no país da fonte, mas ao que teria sido apurado se não fossem relevados os benefícios ou isenções presentes nesse Estado. Conforme conclui C.NABAIS (2013: 77 a 79), falamos de um método que proporciona a neutralidade de tributação ao nível do país de residência, sem descompensar a situação privilegiada que as empresas possam gozar no país de origem dos rendimentos. Não sendo um resultado que elimine potencialmente todo o tipo de tributação que possam incidir sobre os rendimentos em Portugal, não deixa de exponenciar o eventual valor de crédito de imposto a conferir a empresas que obtenham rendimentos nesses Estados. Não surpreende, por esse motivo, e conforme apontado pelo mesmo autor, que seja utilizada nas convenções celebradas entre Portugal e alguns países em vias de desenvolvimento, como Moçambique, Cabo Verde e Guiné-Bissau. A.XAVIER (2014:749 e 754) refere os casos de outros países em que se aplica a mesma metodologia, como Argélia, China, Coreia, Cuba, Índia, Macau, Malta, e Tunísia.

⁷²M.PIRES (1986:329) infirma que as medidas unilaterais serão sempre consequência «*de actuações internas relativas ao aspecto espacial do pressuposto tributário*», mas que, deste ponto, poderão subdividir-se em três tipos: medidas unilaterais de que resulte a não sujeição (que o autor denomina de medidas unilaterais estruturais); «*de regras acolhendo o poder tributário exclusivo de um Estado*»; ou de normas tendentes a regular os métodos para eliminar a dupla tributação. P.R.PEREIRA (2010:38) e M.C.CARDONA (1993:215 e 216), posicionam as medidas unilaterais, apenas, enquanto meios que visam a eliminação da dupla tributação, e como alternativas às CDT, que acolhem, genericamente, os métodos de isenção ou de imputação.

⁷³É incontornável incluir, nessa observação, a ausência de qualquer CDT celebrada com Angola. Mas na mesma posição encontram-se países como a Austrália ou a Nova Zelândia.

⁷⁴Sobre a distinção da figura em relação à dupla tributação jurídica, veja-se a nossa nota 23.

apontamos *supra*, este método encontra uma amplitude ajustada à distribuição de lucros empresariais circunscrita aos estabelecimentos estáveis de residentes nacionais. Sendo certo que com alguns países, as CDT prevêem metodologias direccionadas de eliminação de tributação de dividendos repatriados para o nosso país⁷⁵ (e que configuram regras específicas de eliminação de dupla tributação económica), também ao nível da tributação de dividendos, o novo regime terá de ser observado na sua plenitude.

Questão mais controversa coloca-se ao nível das repercussões que o lucro tributável, atribuído a um estabelecimento estável situado no estrangeiro, terá na empresa residente no nosso país. Mais propriamente, a problemática em apreço verifica-se em virtude da vocação do crédito de imposto para a eliminação da dupla tributação desse tipo de rendimentos, prevista na maioria das CDT nacionais, quando confrontado com o novo regime previsto no art. 54-A do CIRC.

Perante a prevalência relativa do direito convencional em face das normas internas⁷⁶, julgamos de difícil concepção um entendimento que possa advogar um emprego

⁷⁵Vejam-se as convenções celebradas com os Estados Unidos, Espanha, Grécia, México, Brasil, ou Peru. Esclareça-se, a esse respeito, que são estipuladas regras que, mediante condições relacionadas com a tributação efectiva nesses países, pela detenção de 25% do capital social por parte do residente português, bem como pela medição de um hiato temporal referente a essa detenção, permitem uma isenção quase integral, no caso dos Estados Unidos, Espanha, Grécia, Brasil, México, e mesmo integral, na convenção vigente com o Peru, dos dividendos distribuídos por residentes nesses países.

⁷⁶M.P.MONTOYA LÓPEZ (2005:58 e ss) apresenta uma solução que, se aplicada ao novo regime da dupla tributação económica, resolveria os problemas de aplicabilidade na sua relação com o direito convencional. Com efeito, a autora defende que, se do resultado da comparabilidade entre o regime interno e a convenção celebrada entre os estados for possível aferir que a primeira traduz-se numa previsão mais benéfica para as partes, então não haveria razão para se evitar a sua utilização, porquanto o fulcro essencial das CDT redundaria, precisamente, na eliminação da dupla incidência de imposto, ou, mais propriamente, na definição de regras de repartição de competências de tributação. Contudo, não podemos alinhar com o mesmo entendimento. Conforme esclarece J.CAMPOS AMORIM (2010:481 a 483), é possível demarcar duas características basilares no relacionamento do direito convencional com o ordenamento jurídico nacional: a primeira, resultante do art.8º, nº 2 da CRP, que estipula uma cláusula de recepção e vinculação plena das normas convencionais na nossa ordem jurídica; e a segunda, da previsão do art.27º da Convenção de Viena, que proíbe, enquanto forma de justificação para a não execução de um tratado, as disposições do seu direito interno. P.R.PEREIRA (2010:36 e ss), retira as mesmas conclusões que M.P.MONTOYA LÓPEZ, no que tange aos fundamentos essenciais que medeiam a celebração das convenções, nomeadamente no estabelecimento de limites de aplicação do direito fiscal de cada Estado, mas não chega tão longe ao ponto de afirmar a possibilidade de aplicação do direito interno em detrimento do direito convencional. A.XAVIER (117 e ss) subscreve a mesma posição, mas acrescenta que a predominância das convenções não implica a revogação do direito interno. O fenómeno relativo entre as duas ordens entraria, ao invés, no campo da derrogação, ou seja, estaríamos perante uma questão de ineficácia da norma interna, que veria a sua aplicabilidade plena nos casos não cobertos pelo regime convencional. É uma observação que se coaduna com as nossas conclusões acerca do âmbito das medidas unilaterais, na sua conciliação com os tratados destinados à eliminação da dupla tributação celebrados por

generalizado da cláusula estabelecida no nosso ordenamento para a eliminação da dupla tributação dos lucros apurados pelos estabelecimentos estáveis.

Aliás, é um anseio também revelado pela Comissão de Reforma no Anteprojecto (2013:116 e ss), ao desenhar uma panorama geral, nas suas sugestões para a política internacional fiscal, tendente a uma revisão negocial do quadro convencional nacional, guiada por objectivos económicos, com destaque para uma contextualização internacional que permita viabilizar o regime de *participation exemption*, em todas as suas vertentes.

Ora, podemos afirmar que, independentemente dos méritos técnicos que se possam atribuir às novas disposições, e abordando um plano que os transcende, a definição de uma vontade política uniforme para a dupla tributação económica, acompanhada de uma concretização prática desse ensejo, revela-se essencial para a compreensão de toda a amplitude das virtuais aptidões que se possam reconhecer às novas disposições do nosso ordenamento.

Portugal. Sobre o mesmo alinhamento, numa abordagem genérica ao Direito Internacional Público, veja-se A.GONÇALVES PEREIRA e F.QUADROS (2002: 119 a 124).

Parte II – Do estabelecimento estável, enquanto figura separada da entidade-mãe localizada no território português: semelhanças e diferenças com a transmissão de resultados originados numa filial

1. Do estabelecimento estável e o conceito de entidade funcionalmente distinta

1.1 Noção de estabelecimento estável, nos termos do artigo 5º, nº 1 do MCOCDE

Chegados a este ponto, acercamos do âmago do nosso estudo. Contudo, impõe-se uma visão preliminar sobre os meandros que revestem a noção de estabelecimento estável, mormente na sua essencialidade definidora enquanto realidade produtiva e, desse modo, materializando um pólo agregador de conexões fiscais, tanto subjectivas como objectivas.

A perspectiva necessita de ser enquadrada no seu quadrante universal. Falamos de uma exigência decorrente da nova dinâmica do sistema de eliminação da dupla tributação económica, que muda o paradigma na isenção de dividendos de proveniência doméstica ou da UE e EEE, para uma extensão que visiona todo o espectro de origens.

O auxiliar mais determinante nessa vertente materializa-se no MCOCDE. Sendo certo que estamos perante um meio que centraliza a sua operacionalidade enquanto referencial para a celebração de convenções bilaterais entre Estados, e também cientes que o regime em apreço configura-se no âmbito do ordenamento nacional, mais propriamente no seu enquadramento enquanto medida unilateral de eliminação da dupla tributação económica, não é menos verdade que o MCOCDE é um repositório que incorpora um manancial de tradições jurídicas comuns, surgido, em grande medida, na sequência de uma vontade política acordada de eliminação na atribuição de competências de tributação no plano internacional⁷⁷. Não se impõe, nesta sede, uma

⁷⁷Não vamos tecer uma descrição sobre todas as condicionantes históricas que precederam a elaboração do MCOCDE. Nesse sentido veja-se R.MORAIS (2005:100 e ss), M.C.CARDONA (1993:217 e ss, e 1995:250 a 256,) P.R.PEREIRA (2010:27 e ss), Y.BRAUNER (2014: 6) e J.HUSTON e L.WILLIAMS (1993:8 a 10). Contudo, é pertinente uma abordagem ao modelo jurídico e político mais imediato que direccionou a realização do modelo convenção. O MCOCDE ocorre na sequência do fracasso negocial ocorrido no seio das ONU, decorrentes das tensões económicas e políticas dos seus membros, num cenário global de pós-guerra. A origem da divergência materializava-se na afirmação da primazia do princípio da fonte, proposto pela Comissão de Assuntos e Finanças, enquanto preceito regra na repartição

visão aos méritos das soluções do modelo convenção, mas tão só a percepção que falamos de um instrumento que corporiza o ponto de partida para o exame de situações plurilocalizadas, permitindo uma generalização da análise que não seria conseguida na ausência de um meio de impacto transversal. Tanto mais que a própria norma do novo artigo 54-A, nº 2 do CIRC, remete para as considerações tecidas acerca do estabelecimento estável no MCOCDE.

É neste contexto que se lança um olhar sobre as determinantes mais significativas do estabelecimento estável, de forma a retirar uma conceptualização comum a todo o género de estruturas que se enquadrem nessa noção⁷⁸.

Nesse sentido, é premente reter o que J.M.CALDERÓN CARRERO (2012:149) destaca como parâmetro uniformizador e delimitador dos requisitos substantivos a que devem

de competências internacionais. A solução dos países desenvolvidos que, conforme sumariza R.MORAIS (2005:114), comungavam de «*perspectivas, interesses e, até, regimes políticos, fundamentalmente semelhantes*», ocorreu no seio da OECE (Organização Europeia de Cooperação Económica), com a criação, em 1956, do dito Comité para os Assuntos Fiscais. Foi-lhe acometida a tarefa de criação de um modelo convenção, que viria a ser publicada em 1963. No essencial, foi firmada a preponderância do princípio da residência, em termos semelhantes às linhas orientadoras do Modelo de Londres de 1946 (elaborado, ainda, sob os auspícios da Liga das Nações). Se o MCOCDE prima pelo domínio dos países desenvolvidos, e que, em paralelo, concorre com outros modelos de convenção, dos quais se destaca o MCONU, elaborado em 1980, nomeadamente no que concerne aos equilíbrios assumidos nos princípios de tributação, assentes na promoção de um compromisso entre o binómio países desenvolvidos/países em vias de desenvolvimento [(cujas divergências com o MCOCDE, se situam principalmente, ao nível da repartição da competência de tributação dos dividendos, juros e royalties, na concepção do estabelecimento estável especialmente ao delinear o princípio da força de atracção em termos mais abrangentes. Nesse sentido, veja-se M. HIRSCHBOCK (2003:408 a 410) e M.C.CARDONA (1995: 257 a 259)], também não é menos verdade que, como inferem M.C.CARDONA (1993:217 e ss), P.R.PEREIRA (2010:33) e A.LOVISOLO (2002: 299), o MCOCDE extravasa o âmbito das relações constituídas no perímetro da sua instituição, constituindo a base de referência mundial na negociação das CDT, num alinhamento a que Portugal não é alheio. Tanto mais, que uma absolutização entre o princípio da fonte/países em vias de desenvolvimento, de um lado, e princípio da residência/países desenvolvidos, de outro, sofre algumas linhas desviantes, como realça M.C.CARDONA, porquanto os últimos «*têm em determinadas actividades e indústrias, potencialidades únicas: é o casa da prospecção, exploração e extracção de recursos naturais, actividades turísticas e outras*» (1995:254).

⁷⁸É curioso observar que as linhas gerais do conceito foram gizadas ainda no séc. XIX. Essencialmente inseridas na política fiscal internacional concebidas nos primeiros tratados de dupla tributação, que tiveram, como protagonistas os, à época, Reino da Prússia, e seus vizinhos: Reino da Saxónia (1869) e Império Austro-Húngaro (1899). O princípio firmado assentava, como descrito por M.C.CARDONA (1995: 251), «*a partir da concepção segundo o qual, um cidadão de um Estado apenas seria tributado noutra Estado se aí tivesse um business place*». A noção definiria as três matrizes principais do estabelecimento estável, ou, como escreve M.LEITÃO (2005:173), seriam partes essenciais do conceito a existência de «*um local de negócios, pertencente fisicamente a um espaço geográfico determinado e o exercício em permanência de uma actividade empresarial a partir desse local*». A perenidade do modelo é evidenciada, como salienta V.GUIMARÃES (2000:159 e 160), pelo aproveitamento que a OCDE fez do ideário formado em torno do conceito, mantendo incólume a redacção do seu art.5º (sem prejuízo da actualização dos seus comentários).

obedecer os estabelecimentos estáveis⁷⁹. Deste modo, convém iniciar pela definição do art.5º, nº 1. O MCOCDE preconiza a noção alicerçada em três vectores primordiais⁸⁰:

- A referência a uma “instalação”, o que significa a associação a uma presença física num determinado local;
- Que essa instalação seja “fixa”, ou, mais propriamente, que esse complexo material possua um cariz duradouro;
- O exercício das actividades da empresa por via dessa instalação fixa, ou seja, que os seus fins da sejam desempenhados nesse espaço⁸¹.

Na decomposição da análise ao preceito, A.XAVIER (2007:311) agrupa os dois primeiros pontos da definição de estabelecimento estável na denominação “elementos estáticos”, ou, nas palavras do autor: «*o elemento estático exprime a “organização” através da qual é exercida uma certa actividade*»⁸². No mesmo âmbito, e no plano da densificação dos conceitos, M.C.CARDONA (1995:261 a 263) enuncia que a noção deve ser entendida em termos latos, designadamente pela percepção de um conjunto mínimo de condições que possibilitem a prossecução de uma determinada actividade.

⁷⁹Ou, de outra forma, como expõe K.VOGEL (1999:281), o preenchimento dos requisitos presentes no nº 1, exclui a necessidade de observar as condições ínsitas nos nº 5 e 6.

⁸⁰Cfr. O § 2. dos comentários ao art.5º. Veja-se ainda, M.SERRÃO (2009: 308 e ss), C.PALMEIRA (2006: 56), V.GUIMARÃES (2000: 162) e G.ZORMAN (2003:280). Sendo certo que, em termos gerais, o CIRC acolhe a noção de estabelecimento estável em termos semelhantes aos do MCOCDE, não é a despropósito que se menciona a definição de M.DURO TEIXEIRA (2007:23 e 24): «*Assim, estabelecimento estável é, para efeitos de IRC e num primeiro critério, qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, que não de carácter preparatório ou auxiliar*».

⁸¹ É uma tripartição igualmente encetada por J.HUSTON e L.WILLIAMS (1993:11). A evolução do conceito contou, como precisa A.LOVISOLO (2002:297 a 299), tanto no modelo convenção do México, de 1943, como no modelo convenção de Londres, de 1946, com um primeiro critério que apontava para a necessidade do estabelecimento estável desenvolver um “*carattere produttivo*”, isto é, de contribuir de modo directo e concreto para os rendimentos totais da empresa. Tanto o autor, como o § 3. dos Comentários ao art.3º, concluem que seria redundante uma menção do género. Com efeito, a finalidade lucrativa é uma derivação lógica da actividade da empresa, sendo a inclusão dos seus ganhos nos rendimentos totais uma natural consequência, pelo que, implicitamente, a definição do art. 5º, nº 1, já contempla esta vertente. Sobre esta orientação M.PIRES (1986:733) indica que «*não seriam estabelecimentos estáveis os estabelecimentos que não contribuem directamente para os ganhos da empresa*», associando à ideia o exemplo dos laboratórios de pesquisas, que estariam excluídos do conceito. Já M.C.CARDONA (1995:263) relaciona a análise do carácter produtivo ao campo da durabilidade da actividade, ou seja, seria necessário um critério de permanência na percepção reditícia, o que significaria que os ganhos individualizados ou pontuais do não residente não seriam suficientes para a constituição de um estabelecimento estável.

⁸²No mesmo sentido, M.LEITÃO (2005:175). A.LOVISOLO (2002: 300) utiliza a mesma base de referência: «*l’esercizio all’estero di un’attività mediante una serie di mezzi materiali organizzati direttamente dall’operatore economico*», mas utiliza uma nomenclatura diversa, apelidando esta forma de «*stabile organizzazione materiale*».

Não é uma perspectiva alheia aos comentários ao art.5º do MCOCDE. J.SÉRGIO RIBEIRO (2010:443 e 444) esclarece que os mesmos pugnam pela separação de dois critérios: um físico, que corresponderia à própria noção de instalação, ou seja, um espaço vocacionada para a prossecução da actividade comercial da empresa e outro geográfico/temporal.

A essencialidade deste último pressuposto remete para a elaboração do conceito “fixo”, subjacente à norma do art.5º, nº 1, tratada nos § 5 e § 6 dos Comentários. Desde logo, o alicerce posicional, e primeiro na análise, é entendido como a ligação que se estabelece entre o complexo físico, que enforma o estabelecimento estável, com uma determinada coordenada geográfica. Por outras palavras, falamos do espaço utilizado no desenvolvimento das actividades do estabelecimento estável. Também, melhor se percebe que essa localização adquira uma nomenclatura própria, designadamente “place of business”⁸³. Ainda neste âmbito, K.VOGEL (1999:285 e 286) subdivide este requisito em dois conceitos distintos, no qual o “place” serviria para asseverar da existência do que o autor denomina de “activos tangíveis” usados na prossecução do “negócio” da empresa, e que seria o fundamento de exclusão das participações sociais enquanto realidade associada a este tipo de entidades⁸⁴. O segundo pressuposto, ainda de acordo com o autor, seria o critério clássico de “fixed”, ou seja, a conexão desse complexo físico a uma determinada posição⁸⁵.

A segunda ideia vem na sequência desta dogmatização estática inerente ao estabelecimento. Como resume o § 6 dos Comentários, se a instalação deve ser fixa, então não faria sentido que não lhe estivesse associado um hiato temporal justificativo dessa necessidade. Frisa-se, da mesma fonte, que a duração mínima geralmente exigível para conferir a existência do estabelecimento estável aponta para seis meses (replicada no nosso artigo 5º, nº 3 do CIRC), numa avaliação que arguiria a irrelevância da averiguação do carácter contínuo na prossecução da actividade em causa. O § 7 corrige a definição de “permanência”, comumente designada quando analisado o requisito,

⁸³Nesse sentido, B.J.ARNOLD (2003:484); Y.BRAUNER (2014:9); J.SCHAFFNER (2013: 123); A.SKAAR (1991: 123); J.M. CALDERÓN CARRERO (2012:149) e J.HUSTON e L.WILLIAMS (1993:11).

⁸⁴No mesmo sentido K.J.LEVOUCHKINA (2003: 21).

⁸⁵A.SKAAR (1991:151), adverte para as situações em que essa conexão física não é avaliada através de uma definição directa a uma determinada localização, mas antes a um critério mais lato, isto é, a uma área geográfica mais abrangente. Bastaria pensar nos casos das plataformas de extracção de petróleo e nos amplos e complexos sistemas geralmente relacionados com este tipo de estruturas. Nestes casos, seria indiferente se a plataforma fosse amovível ou estivesse permanente ancorada. A condição determinante seria a prossecução continuada da actividade de prospecção.

por uma aceção mais flexível, que aponta para a regularidade temporal na qual se desenvolve a actividade do estabelecimento. Neste ponto, A.LOVISOLO (2002: 302 a 304) alerta que o critério delimitador que deve presidir a esta mensuração temporal não deverá ser outro que a actividade desenvolvida. A proposição seria comprovada pelo referencial primeiro que o conceito encerra, visível nas actividades de curta duração, ou seja, não seria por uma permanência mais diminuída do estabelecimento estável que se negaria a sua existência. O mesmo resultaria da situação inversa, isto é, nos casos em que a duração seja, inicialmente, programada numa base transitória, e a extensão temporal seja mais dilatada do que inicialmente prevista, a contabilização da permanência do estabelecimento estável deverá ser retroactivamente reportada ao momento inicial da sua “fixação”. Desde já, se assevera a matriz inerente ao estabelecimento estável, qual seja, a sua actividade.

Uma conclusão que julgamos necessária do agrupamento destes primeiros pressupostos, redonda numa associação perene do estabelecimento estável a uma determinada jurisdição, ou melhor, só é apreensível a amplitude da noção se observada nas suas determinantes que lhe conferem uma determinada estabilidade a uma especificidade local. O que, conseqüentemente, permite a ligação a um espaço territorial, ou seja, ao referente de incidência subjectiva de imposto⁸⁶. Contudo, e sem prejuízo de, nesta sede, perfilarem-se algumas características que permitem delinear um modelo empresarial⁸⁷, não é o campo primordial que permita descortinar as condicionantes económicas angulares do estabelecimento estável⁸⁸.

Já na densificação do conceito de instalação, e apelando, novamente, à distinção de J.S.RIBEIRO, o autor destaca mais dois patamares de análise, ou, mais propriamente, o conceito dispensaria a necessidade de existência de um direito jurídico-formal, bastando o mero uso de um determinado espaço⁸⁹. Ao mesmo tempo, a expressão

⁸⁶Nesse sentido B.J.ARNOLD (2003:484). O autor afirma que seria o “*fixed place of business*” o factor determinante que justificaria a tributação de um não residente.

⁸⁷Ou, como define J.M.CALDERÓN CARRERO (2012:150): «*Este requisito, por tanto, fija un umbral físico o corporal para la existencia de un EP que resulta, asimismo, próprio de un modelo empresarial tradicional*»

⁸⁸Mais, tão pouco se deve ignorar, como adverte B.J.ARNOLD (2003:485), que a variável geográfica é insuficiente para elucidar sobre a desmaterialização inerente à prestação de certos tipos serviços, relacionados, em grande medida, com actividades de elevado valor acrescentado, que poderão ser prosseguidas/imputadas a um determinado território, sem a necessidade de um correspondente “lugar de negócios fixo”.

⁸⁹Nesse sentido, veja-se M.CORDEIRO MESQUITA (1998:103) e J. SCHAFFNER (2013:137)

“através de”, «*deveria ser interpretada em sentido amplo de modo a aplicar-se a qualquer situação em que as actividades empresariais são exercidas*»⁹⁰.

A teorização dos dois pressupostos foi encetada por A.SKAAR (1991: 155 e ss), que lança as bases para a interpretação da existência de um estabelecimento estável alicerçado em dois tipos de testes. O primeiro seria o “the right of use test”, que o autor designa como o exame à conexão existente entre um determinado lugar destinado a uma actividade empresarial (o já descrito “place of business”) e o putativo sujeito passivo em apreço. O autor conclui que a avaliação dever-se-ia reger por uma simples regra: a existência de um estabelecimento estável estaria garantida se, retirando os casos em que houvesse um consentimento por parte do titular, o sujeito passivo não fosse privado de acesso ao uso do local destinado à sua actividade⁹¹. A latitude da noção é facilmente perceptível, e é tanto mais enfatizada pela mesma observação que o autor realiza aos comentários do MCOCDE, no que concerne à dispensa de um direito

⁹⁰Cfr. o §4.6 dos comentários ao art.5°.

⁹¹Na conclusão mais directa de J.SCHAFFNER (2013: 123): «*The enterprise has to use the premises for its business*». Contudo, a mesma autora não deixa de pugnar que a análise ao estabelecimento estável contempla uma abrangência mais expansiva, que não se cinge ao mero exercício de uso, mas que se alonga ao próprio direito de dispor das instalações, no prossecução da sua actividade. Sendo certo que J.SCHAFFNER (2013:136 e ss) densifica este “*right of disposal*” em linhas muito semelhantes à teoria de A.SKAAR, ou seja, estaríamos a aferir do acesso irrestrito do titular do estabelecimento estável ao complexo instrumental da sua actividade, ao qual se acrescentaria, já segundo o seu entendimento, o direito de organização desse mesmo uso (e que compreenderia a sua extensão e duração), não é menos verdade que o “*right of disposal*” dispensaria, eventualmente, a própria referência a uma instalação específica, ou até, no limite, a sua própria existência enquanto realidade na associada à directamente ao titular do estabelecimento estável. Com efeito, a autora propõe uma análise que, apesar de não dispensar o “*the right of use test*”, formula, *a priori*, um exame distinto, que consiste na possibilidade de associação desse “*right of disposal*” a um “*place of business*”. O exemplo aduzido centra-se na realidade subjacente à subcontratação, ou seja, às situações em que a entidade subcontratante disponha de um estabelecimento estável nas instalações da sociedade subcontratada. A ilação seria confirmada pela disposição do §19 dos Comentários ao art.5°, mais especificamente na interpretação do critério de permanência do estaleiro de construção, onde a contabilização temporal é inferida pela soma do período em que a empreitada foi exercida directamente pelo titular do estabelecimento estável, com o tempo dispendido na obra pelo subempreiteiro (situação em tudo semelhante ao disposto no art. 5°, nº 5 do CIRC). A proposta da autora redundante, para além de uma segmentação na interpretação desta realidade, numa flexibilização dos critérios de análise, bem como uma subalternização da noção tradicional do “*the right of use test*”, perante a autonomização de um novo conceito, onde a sua aplicação, em bom rigor, acaba por subentender o direito de uso. Novamente, e já numa reflexão nossa, a relevância física que acompanha habitualmente o estabelecimento estável, é suplantada por uma maior maleabilidade dos pressupostos, ressaltando, em consequência, um maior nível de abstracção na densificação dos últimos. Ora, também nesta alternativa, perfila-se um campo de excelência para a indagação da noção de actividade como referência unificadora dos requisitos do estabelecimento estável. Certamente que a prossecução de uma actividade num país diverso daquele onde se encontra estabelecido o residente, é o pressuposto primordial para a confirmação de existência de um estabelecimento estável. As restantes ilações resumem-se às condicionantes envolventes a esse exercício.

formal sobre as instalações que materializem o estabelecimento estável⁹². As duas premissas conjugadas permitem que A.SKAAR formule o seguinte silogismo: sendo certo que o “the right of use test” não exigiria a existência desse direito formal, a liberdade de acesso às instalações teria de ser garantida por um substrato jurídico (retirando, adiantamos nós, os casos extremos de ocupação ilegal⁹³). Ora esse direito não seria, necessariamente, do titular do estabelecimento estável, mas teria de estar associado a uma entidade que facultasse o acesso às instalações. Perante o enquadramento, o autor conclui pela desnecessidade da existência de um direito de uso exclusivo sobre as instalações por parte do titular do estabelecimento estável. É uma construção que, em virtude da abrangência dos seus termos, permite uma conclusão que bem se coaduna com uma perspectiva mais vocacionada para a observação da actividade do estabelecimento estável, numa acepção dinâmica da sua definição⁹⁴. No fundo, dizemos nós, a relevância de estabelecimento estável conhecer-se-ia na sua função de polarização de rendimentos, enquanto centro de imputação de ganhos a uma determinada entidade, sendo a sua existência aferida por referência ao exercício de uma actividade. E tão pouco é uma circunstância alheia à percepção que resulta dos Comentários ao art.5º, mormente no § 5.1, onde é enunciado, expressamente, que o critério de individualização dos estabelecimentos estáveis não é ordenado em função da presença de diversas instalações do não residente, mas antes pela análise das variadas actividades que possam ser imputadas a esse sujeito passivo. Aliás, a menção vai ainda mais longe, ao esclarecer que *«existe uma instalação fixa distinta sempre que se possa dizer, tendo em conta as actividades empresariais, que um determinado espaço dentro do qual essas actividades se movimentam constitui um todo coerente»*. Significa que as referências físicas do estabelecimento só tomam relevância para o âmbito da sua análise, se forem instrumentais, e apenas nessa vertente, da actividade prosseguida. A coerência dessas conclusões perpassa, ainda, no critério da permanência, que também seria funcionalizado ao tempo de duração da actividade em causa, conforme já referido, isto é, seria o íterim que mediasse o início e o final da actividade do estabelecimento

⁹²Cfr. §4 dos comentários ao art.5º.

⁹³Situação também contemplada no §4.1 dos comentários. Veja-se, ainda, M.CORDEIRO MESQUITA (1998: 103) e C.PALMEIRA (2006: 57).

⁹⁴M.C.CARDONA (1995:261) afirma, a propósito, que o aspecto determinante na qualificação do estabelecimento estável centra-se na disposição *«de um mínimo de condições para o exercício efectivo de certa actividade»*.

estável que ditariam a sua delonga numa determinada jurisdição. Por outras palavras, mesmo o MCOCDE prefere esta “abstracção” como modelo de revista ao conceito⁹⁵. Ora se o ponto inicial de análise consiste na associação de uma determinada actividade a uma instalação fixa, nos termos já delineados, a jusante pontifica mais um critério, também aduzido por A.SKAAR (1991:326 e ss), referente à prossecução dessa actividade por via do estabelecimento estável. Em termos simplistas, o “the right of use test”, teria de ser funcionalizado ao uso das instalações para essas mesmas actividades. No fundo, e de forma mais rigorosa, este “business connection test”, seria o exame que, verdadeiramente, mais apontaria para uma densificação do advérbio “através” evidenciado nas normas do arts.5º, nº 1 e 7º, nº 1 do MCOCDE⁹⁶. A ponderação traduzir-se-ia, sempre segundo o mesmo autor, na análise ao princípio da força de atracção do estabelecimento estável. O raciocínio é concebido em moldes que apontam para a agregação territorial reditícia associada ao estabelecimento estável, designadamente a capacidade de centralização dos ganhos que o residente possa auferir num determinado Estado, na figura dessa entidade. A graduação dessa “atracção” conhece três estádios, definidos em função da amplitude da concentração dos ganhos na sucursal, que iriam desde a negação do princípio, até à reunião completa de todos os rendimentos gerados, numa jurisdição, no estabelecimento estável⁹⁷. Sobre os

⁹⁵A.SKAAR (1991:210) sublinha que a diferenciação entre a localização e o “uso” do estabelecimento estável é reflectida, de igual modo, no seu teste de permanência. Sendo certo que, conforme o autor enfatiza, os comentários não prestam um auxílio directo à distinção entre as duas formas, apenas será possível concluir que o critério de uso suplantaria a observação da ligação física, porquanto o pressuposto de análise seria o “*enduring benefit*”, ou seja, a interpretação relativa à prolação temporal do uso do estabelecimento. Ora, como esse uso apenas reveste relevância fiscal quando observado à luz da prossecução da actividade, também, por este ponto de vista, essa mesma noção será determinante para aferir da existência do estabelecimento.

⁹⁶Como sintetiza A.SKAAR (1991:327): «*The activities should be performed in, from or through the place of business*».

⁹⁷C.GARBARINO (1990: 188 e ss) enquadra o princípio da atracção do estabelecimento estável enquanto realidade consequente do tratamento dos rendimentos passíveis de serem insertos nessa entidade. A máxima interpretativa toma por referência dois critérios de conexão: um primeiro, que posiciona a observação dos rendimentos numa perspectiva *sinética o globale*, ou seja unitária; ou uma segunda que decompõe o exame fiscal dos ganhos de uma forma *analítica*. A escolha por cada um dos métodos, e a sua consequente dissociação, far-se-ia por via do maior ou menor relevo à capacidade agregadora da componente comercial, subjacente à actividade atribuída ao estabelecimento estável. Ou seja, o princípio de análise não seria a entidade, mas antes o rendimento. Ora, a densificação teórica dos vários modelos do princípio da atracção seriam concebidos a partir das conclusões que se pudessem retirar da mera existência de um determinado rendimento relativo a uma localização específica. Por outras palavras, a atribuição de um ganho, a uma entidade, numa designada jurisdição, onde houvesse um estabelecimento estável, seria automaticamente imputável à última, nos casos de “*forza attrativa globale*”. Conforme elucida o autor, nestas circunstâncias, o nível de profundidade económica do estabelecimento estável é equiparável ao de um normal residente. De tal forma, seria possível concluir que o exame ao rendimento

fundamentos dessa maior ou menor capacidade de polarização dos rendimentos em torno do estabelecimento estável, M. PIRES (1986:731 e 735) funda essa dinâmica na tensão que se estabelece, no essencial, entre a simplificação administrativa do imposto, por parte do contribuinte, ou, ao invés, do lado da administração fiscal. Na prática, a rejeição do princípio da atracção permitiria a concentração na empresa/residente da totalidade dos ganhos que fugissem ao círculo directo de atribuição do estabelecimento estável, o que significaria ganhos ao nível da eficácia e simplicidade empresarial. Por outro lado, uma concepção mais lata da figura seria menos apelativa a movimentos de evasão fiscal, mormente pelo desincentivo à realização de negócios fora da esfera de actividade do estabelecimento estável (porquanto seriam todos imputados a essa realidade)⁹⁸, facilitando, ao mesmo tempo, a determinação do lucro tributável da entidade não residente⁹⁹. Ou seja, as diferenças alinham-se ao nível do pragmatismo na gestão do imposto. Também nesta sede, não é despiciendo inferir que a noção de actividade segue como critério de referência, porquanto a prática convencional internacional postula a erradicação da força de atracção, concentrando no estabelecimento estável apenas os rendimentos que sejam derivados directamente da sua actividade empresarial¹⁰⁰. Independentemente dos méritos da solução¹⁰¹, que ao

funcionaria como uma espécie de critério real para efeitos de determinação de localização, onde o estabelecimento estável constituir-se-ia como a fonte efectiva dos ganhos. Na “*forza attrativa modificata*”, a destrição incidiria, precisamente, sobre a reunião dos proveitos à actividade do estabelecimento estável. O raciocínio é singelo: se os rendimentos tivessem origem na actividade desenvolvida pelo estabelecimento estável, então ser-lhe-iam imputados. Contudo, C. GARBARINO não deixa de realçar que esta decomposição rediticia não invalida a análise ao rendimento enquanto referência unitária. Aliás, o autor coloca a questão no prisma da qualificação jurídica dos proveitos. Seja como for, o que ressalta da proposta é a deslocação do enfoque interpretativo da entidade para o rendimento.

⁹⁸Situação que seria, segundo o autor, ainda mais perniciososa nos países que adoptassem o método de isenção na tributação dos rendimentos originados nos estabelecimentos estáveis, o que redundaria numa total desconsideração da realidade tributária no Estado da fonte, por parte do país da residência.

⁹⁹No mesmo sentido, veja-se o §12 dos comentários ao artigo 7º. Contudo, M. HIRSCHBÖCK (2003:418) ensaia uma explicação política para a conformação da medida do princípio da atracção. Segundo o autor, seria natural que os países em vias de desenvolvimento, que concentram um maior número de empresas não residentes, optem por uma solução mais abrangente para os estabelecimentos estáveis, como meio privilegiado para aumentar a sua base tributável. Pelo mesmo motivo, mas em sentido divergente, os países desenvolvidos veriam as restrições de imputação de rendimentos aos estabelecimentos estável, com a conseqüente transferência de lucros para os seus residentes, como forma de potenciar a sua receita tributária.

¹⁰⁰Nesse sentido, veja-se o §12 dos Comentários ao art.7º. Não é uma solução em inteira consonância com o nosso ordenamento. Como elucida R.F.FERREIRA (1996:47) a solução do CIRC, plasmada na norma do artigo 3º, nº 3, pugna pelo já descrito princípio da atracção limitada, ou seja, aquando do apuramento de rendimentos imputados ao não residente, a sua associação ao lucro tributável do estabelecimento estável apenas será possível se forem derivadas de actividades idênticas às prosseguidas pelo último. A delimitação da nossa regra afirma, deste modo, uma graduação intermédia do princípio, mas tão pouco se

mesmo tempo afasta o princípio da territorialidade dos proveitos situados fora da esfera mais imediata do estabelecimento estável¹⁰², significa que o “business connection test” resume a sua avaliação à pesquisa de uma relação entre a origem dos rendimentos e a actividade do estabelecimento estável¹⁰³.

1.2 A ideia de actividade como elemento de conexão entre estabelecimento estável e entidade-mãe

Ora, depressa se depreende do explanado que o aspecto saliente da noção de estabelecimento estável é a sua associação à ideia de actividade. Também, neste campo, A.SKAAR (1999: 314 e ss) enuncia um auxiliar interpretativo, o “business activity test”. Resumidamente, o autor indica que a actividade do estabelecimento será, numa tradução literal, o seu “negócio” (“business”). Partindo desta preposição genérica, a estratificação do conceito conheceria dois pressupostos cumulativos de análise:

- No primeiro, a actividade tem de cumprir os requisitos de qualificação insertos na lei interna onde se situa o estabelecimento estável;
- No segundo, a actividade terá de conferir com os ditames ínsitos no artigo 7º do MCOCDE;

A ponderação dos dois requisitos conduz-nos, novamente, a um domínio sistemático de análise. Iniciando pelo primeiro, e à parte da nossa tradução literal, parece-nos evidente que o exercício de exegese segue o padrão instituído no preceito ínsito no artigo 3º, alínea h) do MCOCDE. A conclusão é tanto mais confirmada pelos comentários

afasta do critério basilar, ou seja, da actividade do estabelecimento estável. Inclusivamente M.PIRES (1986: 735), defende uma padronização do MCOCDE em termos semelhantes à solução portuguesa, porquanto seria o método mais equilibrado de prover às vantagens e desvantagens da maior ou menor latitude do princípio da atracção.

¹⁰¹F.TUNDO (2002: 266 a 268) alerta para as possibilidades de evasão fiscal proporcionadas pelo princípio da atractividade limitada. Mais propriamente, a ocultação de rendimentos passíveis de integrar a base tributável de um estabelecimento estável seria conseguida através da atribuição fictícia de determinados tipos de ganhos a uma actividade alheia à prosseguida pelo estabelecimento estável (ou seja, a uma entidade independente do residente). No fundo, o autor procura chamar à atenção para a maleabilidade do conceito de actividade consubstanciar um terreno propício a manipulações fiscais.

¹⁰²Cfr. M.PIRES (1986:734)

¹⁰³A.H.SCHMITT (2007: 80 e 81) aborda o princípio da atracção, não do ponto de vista do estabelecimento estável, mas do Estado da Fonte, ou, dito de outra forma, o artigo 7º, nº 1 do MCOCDE, afirma «*uma limitação da competência irrestrita do Estado da Fonte, posto que somente o que for atribuível nos limites de atuação do Estabelecimento Permanente neste é que poderão, assim, serem tributados pelo Estado da Fonte*». O que se retira do autor são as mesmas restrições sobreditas, bem como a focalização no conceito de actividade, enquanto meio de determinar os proveitos a imputar ao estabelecimento.

respectivos, no § 10.2, que relaciona directamente o termo “actividade empresarial” com a palavra “business”. Mais, a regra dita, precisamente, as mesmas coordenadas de exame enunciadas por A.SKAAR, mais propriamente que a actividade empresarial deverá ser aferida pelos ditames pronunciados no quadro da legislação interna de cada Estado (porquanto, e ainda segundo os mesmos comentários, o MCOCDE não define o que se entende por actividade empresarial, o que significa que cabe a cada Estado Contratante proceder à clarificação dessa noção, em consonância com o disposto no nº 2 do mesmo artigo). Por outras palavras, não é abusiva a conclusão que associa o primeiro requisito aos mesmos termos densificados no artigo 3º alínea h) do MCOCDE. Observado o patamar de referência, é premente estabelecer um ponto de ordem. O artigo 3º, nº 1 alínea h), é uma inovação relativamente recente no contexto do padrão de definições do MCOCDE. A sua introdução surge no seguimento do modelo OCDE, adoptado pelo Comité de Assuntos Fiscais em 27 de Janeiro de 2000, que suprimiu o antigo artigo 14º, ou, mais propriamente, procedeu à eliminação da regra autónoma de tributação relativa a profissionais independentes. O fundamento inerente ao artigo 3º, nº 1 alínea h) visa, tal como é esclarecido nos comentários respectivos, afastar qualquer interpretação restritiva da “actividade empresarial”, incluindo no seu espectro de análise o exercício de serviços profissionais de natureza independente¹⁰⁴.

Ora, se é esta a razão subjacente à norma do artigo 3º, nº 1 alínea h), a indagação sobre o preceito operacional da “actividade empresarial” terá de ser outro que não uma relação do alcance dessa noção. Precisamente, neste ponto, é mister reter o artigo 3º, nº 1 alínea c) do MCOCDE¹⁰⁵. O substantivo “empresa” encontra um espaço de acção

¹⁰⁴Cfr. G.ZORMAN (2003:281 e 282) e K.J.LEVOUCHKINA (2003: 18 e 19).

¹⁰⁵Que era a norma de referência à época dos escritos de A.SKAAR. Contudo, e neste ponto, impõe-se uma observação à posição nacional acerca do art.14º do MCOCDE. Com efeito, Portugal (acompanhado de Itália) formula uma reserva no que tange à supressão descrita, de forma expressa no § 45.1 dos Comentários ao artigo 5º, extensível ao disposto no art. 3º nº 1 alínea h), explicitado no § 14 dos Comentários respectivos, e ainda no §88 do art.7º. A este respeito, e antes de mais, é impreterível esclarecer a aplicabilidade relativamente residual do preceito. Verdadeiramente, o alcance da norma estreita-se na mesma medida da definição contida no anterior nº 2 do artigo 14º do MCOCDE. K.VOGEL (1999:874) agrupa estas situações, quando conduzidas à mesma característica definidora, qual seja o exercício da actividade de forma independente. Mais propriamente, estaríamos perante os casos em que esse exercício não é, cumulativamente, realizado na base de uma relação contratual de dependência, ou se o visado não está integrado numa estrutura empresarial. Nessa perspectiva, estariam integrados os profissionais de advocacia, medicina, arquitectura, contabilidade, etc. Não julgamos que decorra, destas asserções, qualquer denegação do princípio geral de actividade como base angular do estabelecimento estável. Especificando, e como vimos demonstrando, o conceito de empresa encontra-se interligado com o postulado da actividade. Ora, quando K.VOGEL (1999:859) advoga que a norma do art.14º enfatiza a autonomia dos profissionais independentes, não significa que não lhe possa ser associada uma estrutura

natural no domínio do estabelecimento estável, visível na menção § 4. dos comentários, que procura englobar, nessa ideia, todo o tipo de actividades económicas¹⁰⁶.

Conforme precisa G.ZORMAN (2003:280 e ss), a noção de empresa constante do MCOCDE tem, por ensejo, proceder à distinção entre dois elementos de conexão dissociáveis entre si: o sujeito; e a actividade desenvolvida. O desiderato da norma do art.3º, alínea c), seria conferir relevância à segunda¹⁰⁷. Centralizado o fulcro do

empresarial. A sua independência materializa-se, ao invés, num edifício organizacional próprio, e não de uma outra entidade. E tanto assim é, quando o autor detalha mais duas condicionantes desse exercício, mais propriamente o objecto dessa actividade, que terá de se reportar à prestação de serviços que envolva uma componente, como designa K.VOGEL, de “*qualified training and creative ability*” (fugindo à esfera das actividades de índole industrial/manufatureira e comercial) e onde as participações de capital assumam uma importância secundária [ou, no sentido conferido por J.M.CALDERON CARRERO (2012: 476), o elemento pessoal revestiria uma importância primordial na qualificação, em prejuízo das componentes relacionadas com o capital]. Seriam estes os pontos cardinais da diferenciação das actividades contidas no art.14º, em relação às resultantes do art.7º. Por outras palavras, falamos de uma actividade diferenciada das restantes, mas que não deixa de ser uma actividade. Mais, o elemento de conexão que afasta a competência exclusiva do Estado de residência é exactamente o mesmo do preconizado para o estabelecimento estável, ou seja, a instalação fixa. É certo, como elucida M. CORDEIRO MESQUITA (1998: 223), que esta “base fixa” deverá, necessariamente, reflectir as particularidades da actividade dos profissionais independentes, ou, nos ditames da autora, o local em causa terá de ser «*equipado para o exercício da actividade e conhecido da clientela*». Mesmo J.M.CALDERON CARRERO (2012:474 e 475) esclarece que o critério essencial passa pela aptidão do local para a prática da profissão, independentemente do seu desempenho através dessas instalações. Contudo, neste particular K.VOGEL (1999:862 e 863) adverte que esta aptidão deve ser interpretada em função da própria natureza deste tipo de actividades, que não obrigam a uma utilização continuada das instalações, mormente quando observadas à luz das outras actividades. Com efeito, o autor afere que, em face da centralização pessoal, característica destas realidades, as infra-estruturas ocupam um papel secundário, neste âmbito. Ora, o que decorre é apenas a adaptação dos critérios genéricos do estabelecimento estável às peculiaridades das profissões independentes. Alias, as eventuais diferenças são de tal modo esbatidas que conduziram à supressão do art.14º e a sua conseqüente integração no art.7º. O que significa que o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE estabeleceu um paralelismo entre a actividade dos profissionais independentes com a de qualquer outra actividade económica (para efeitos fiscais e no círculo do estabelecimento estável). Não é, deste modo, despiciendo concluir que as virtuais diferenças com um estabelecimento estável dito tradicional serão descortinadas ao nível dos requisitos da instalação fixa. O que ajuda a explicar a conclusão de M. CORDEIRO MESQUITA (1998: 225 e 226), ao explicitar que o política portuguesa, neste domínio, é orientada pela preservação do princípio da fonte.

¹⁰⁶Segue a mesma conclusão E.REIMER (2012:146). O autor esclarece que o termo empresa, utilizado no MCOCDE, mais propriamente nos seus artigos 3º, nº 1 alínea e), 5º, nº 1 e 4, alíneas a) a c), e 7º, nº1, alinha um entendimento do conceito em termos latos, ou seja, serviria a palavra para suprir os eventuais lapsos linguísticos, pois, na prática, a noção seria um denominador comum para identificar qualquer entidade à qual possam ser atribuídos lucros.

¹⁰⁷O original desta distinção coube a K.VAN RAAD (1986:136 e 137). Escrevia o autor que a discussão em torno do conceito de empresa incide sobre o alcance do seu âmbito, mormente em relação ao tipo de rendimentos lhe poderiam ser imputados, ou, mais propriamente, se os ganhos derivados de bens imobiliários ou de investimentos entrariam no escopo directo do art. 3º, nº 1 alínea c). Ora, se o cerne do debate decorria da qualificação dos elementos reditícios, então seria a actividade que estaria em cotejo, e não a pessoa que a desenvolve, ou, nas suas palavras, a “*activity*” seria claramente diferenciada do “*entrepreneur*”.

conceito de empresa, e ainda de acordo com o autor, seria perceptível que o escopo do restante alinhamento apenas serviria para densificar os contornos da primeira variável, ou seja, do sujeito de imposto. Daí se faria a ligação ao disposto do art.3º, nº 1 alínea d) do MCOCDE, mais propriamente à expressão “Empresa de um/de outro Estado Contratante”, enquanto forma de associação ao residente noutra Estado. A lógica de raciocínio induz G.ZORMAN a apelidar os estabelecimentos estáveis de “*Enterprises of that other State*” (Empresas de outro Estado, em tradução livre). Acrescentamos nós, e lançando já as bases da seguinte discussão, que o mesmo termo é utilizado no art. 7º do MCOCDE, como meio de imputação dos lucros ao estabelecimento estável, o que materializa a ligação entre a percepção dos rendimentos e o conceito actividade. E é, tanto mais, relevante esta conexão, porquanto o mesmo termo é utilizado, em simbiose, no art.23º, nº 3 do MCOCDE. É a partir deste pressuposto que G.ZORMAN tece a densificação do conteúdo da noção empresa, na sua relação com o estabelecimento estável e as restantes entidades. O essencial do entendimento envolveria, como elemento de fundo, o princípio da não discriminação, mas o mais importante, no âmbito da nossa análise, seria, antes, o referencial de base em que se movimentaria a interpretação desse imperativo. Nesse domínio, o autor sugere a decomposição da expressão “empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas actividades”. No que respeita à primeira parte, G.ZORMAN refere, como sobredito, que estaríamos perante Empresas de outro Estado, numa alusão à característica distintiva do estabelecimento estável, quando confrontado com as sociedades residentes. No que concerne “às mesmas actividades”, seriam as últimas que serviriam de modelo relacional com as “empresas domésticas”. A conclusão é simples: os estabelecimentos estáveis tanto entrariam no conceito de empresas, como seriam padronizáveis com outras empresas, quando examinadas nas suas actividades¹⁰⁸.

¹⁰⁸Verdadeiramente, o autor ensaia uma amplitude mais abrangente dos elementos a figurar na comparação. Com efeito, a actividade seria um critério parco nalgumas situações. A título de exemplo, G.ZORMAN (2003:286 e 287) enuncia os casos em que a actividade desenvolvida pelo estabelecimento estável é, nessa jurisdição, adstrita à forma legal de uma *partnership*, ou seja, será na esfera dos *partners* que incorrerá a imputação de imposto (um regime de transparência, portanto). Ora, se em última análise, a tributação dos rendimentos deste tipo de entidades é materializada em sede de imposto sobre pessoas singulares, então seria premente observar outros referentes analíticos que não apenas uma actividade que seria comum. Outra individualização encetada concerne aos casos triangulares. Em suma, falamos de circunstâncias em que determinados investimentos são realizados pelo estabelecimento estável, sendo que se colocam alguns problemas aquando do seu retorno, sobretudo sob a forma de dividendos. G.ZORMAN adverte que, sob estas condicionantes, a actividade não é, de todo, um ponto a relevar, pela própria natureza e origem dos ganhos. Entre nós, F.SOUSA CÂMARA (2005:435 e ss), alerta que estas circunstâncias poderão originar situações de tripla tributação, ou mesmo de não tributação. O âmbito da

Em termos muito semelhantes, mas cingindo-se ao prisma do artigo 3º, e delineando as variáveis do estabelecimento, K.J.LEVOUCHKINA (2003: 16 e ss) ressalva que os termos actividade e empresa serviriam a mesma finalidade. A atestar da afirmação estaria a própria norma espelhada no artigo 3º, nº 1 alínea c), que aglutina os dois conceitos. Ora, situação diversa ocorreria no art.3º, nº 1 alínea d), onde o preceito estipularia a “pessoa” (“person”), responsável pelo imposto (ou, segundo o original, “liable to tax”)¹⁰⁹. Ou seja, o titular do estabelecimento estável seria o residente noutro

questão centra-se no carácter bilateral subjacente às CDT e dos limites à sua aplicabilidade, mormente quando observado que só os residentes de ambos os Estados Contratantes estarão abrangidos pelo âmbito da respectiva Convenção, colocando-se problemas na sua conformação com as imposições comunitárias e as medidas unilaterais domésticas de eliminação da dupla tributação económica. Não afluindo em detalhe os contornos dos casos aduzidos, e no que ao nosso estudo diz respeito, julgamos que é possível postular que, em nenhum deles, se refuta o critério da actividade/empresa como a essencialidade para a compreensão da ideia de estabelecimento estável. Nos regimes de transparência, o pressuposto cimeiro de comparabilidade não deixa de ser a actividade em causa, ou seja, antes de se aferir do correspondente procedimento de determinação de imposto, será o primeiro referente a ser cotejado. Dos casos triangulares, existem duas premissas que enviesam a relação em apreço: antes de mais, o seu objecto, isto é, a tributação de dividendos. É perceptível que só muito lateralmente poderão ver o seu âmbito analisado à luz da actividade principal do estabelecimento. Depois o problema em si, que não diz respeito à densificação do conteúdo da mesma noção, mas tão-somente decorre da interpretação e aplicação do MCOCDE. Temos, para nós, que eventuais considerações extravagantes à actividade do estabelecimento fogem ao foco dos seus elementos essenciais. Por outras palavras, melhor se coadunam com interpretações que se posicionam a jusante do próprio conceito. Nos exemplos descritos, a ponderação é circunscrita ao próprio princípio da não discriminação, porquanto, e só após conclusão que estamos perante um estabelecimento estável, será cotejada a sua situação com as restantes empresas a operar na jurisdição em causa.

¹⁰⁹A. DE GRAAF e F. PÖTGENS (2011:169 e ss), chamam a atenção para algumas particularidades subjacentes à interpretação deste pressuposto do “*liable to tax*”. Achando-se o seu âmbito de aplicação na norma do art. 4º, nº 1 do MCOCDE, designadamente no postulado tradicional da tributação pelo rendimento universal do residente (“*world wide income*”), que, ao nível da sujeição de imposto, traduzir-se-ia, nas palavras dos autores no “*comprehensive liability to tax*”, redundaria, por força dos comentários respectivos, na obrigatória indagação sobre os objectivos e finalidades do conceito de residente. Nesta sede, os autores problematizam o objecto ao questionarem sobre os termos em que deveria ser interpretado o “*liable to tax*”, mormente se estaríamos presente uma responsabilidade efectiva, ou se bastaria uma imputação de facto à entidade em causa. Os autores denominam a dicotomia de responsabilidade material e formal. No primeiro caso, a prática ditaria que as entidades isentas não entrariam no conceito de residência. Nesse espectro, seria manifesta a dificuldade em estender os benefícios ínsitos nas CDT a este tipo de realidades, mormente na que concerne às respectivas disposições referentes à eliminação da dupla tributação económica, essencialmente associados a ganhos derivados da distribuição de dividendos e do pagamento de juros (os autores enumeram um grupo de entidades geralmente sujeita a este tipo isenções: fundos de pensões; fundos de investimento; entidades sujeitas a um regime de direito público). Esta situação seria uma decorrência natural da utilização do termo “residente de um outro Estado Contratante”, de emprego transversal em todas as disposições nas CDT que sigam o MCOCDE. Ora, isto significaria que estas entidades colocar-se-iam numa posição desfavorável aquando da percepção de rendimentos, nomeadamente daqueles que evidenciassem procedências de investimentos efectuados noutros países, quando comparados com os seus congéneres residentes. Aqui entroncam, precisamente, os casos dos estabelecimentos estáveis. A agravante destas situações seria evidenciada pela eventualidade dos ganhos atribuídos ao estabelecimento estável não

Estado Contratante, por remissão do artigo 3º, nº 1 alínea d), para o artigo 4º, todos do MCOCDE (porquanto o último disposto seria o referente de sujeição/responsabilidade). O que significa que o artigo 3º, nº 1 alínea c), diria respeito à actividade do estabelecimento, enquanto o artigo 3º, nº 1 alínea d) reportar-se-ia ao sujeito de imposto. Por sua vez, o art.3º, nº 1 alínea h), não seria mais que uma especificação do conteúdo da actividade, mais propriamente da sua grandeza, ao incluir as actividades de carácter independente. Mais, a autora induz, ainda do preceito do artigo 3º, nº 1 alínea d), em conjugação com o artigo 7º, nº 1 do MCOCDE, que não serviria apenas como eixo de conexão entre o residente/empresa de um Estado com o estabelecimento estável situado noutro país. O conceito de “exploração” e “exercício de actividade noutro Estado contratante”, inserto nas disposições, reportar-se-iam a uma concepção dividida sobre duas vertentes: uma sistemática e repetitiva; outra dinâmica. Da configuração desses dois elementos, redundaria uma amplitude excludente de dois sentidos: os actos isolados não entrariam no perímetro da actividade; nem tão pouco o exercício passivo (mesmo que associado à percepção de rendimentos) seria configurável no âmbito da dogmatização do estabelecimento estável, deixando, deste modo, apartado da noção, a mera detenção de participações sociais. Posto o enquadramento, a autora formula uma definição (2003:21):

«From the context of the convention it could be concluded that the term “business” is to be understood as independent activity carried on habitually and on a systematic basis at own risk and responsibility by a resident of the contracting state with the intention to make profit, including the performance of professional services and of other activities of an independent character».

Em face do sobredito, julgamos de toda a acuidade a conclusão de M.PIRES (1986:733). O autor prescreve uma concepção que assenta o estabelecimento estável numa perspectiva de “pertença económica”. O silogismo adviria da decomposição da ideia em duas premissas, mormente na observação de que o estabelecimento estável seria uma parte integrante da empresa principal, em prossecução da sua actividade

serem abrangidos por um “*tax relief*” tanto no país da fonte como no Estado de destino desses rendimentos. Sempre segundo os mesmos autores, a asserção seria uma consequência da definição inserta no art.7º, nº 1 do MCOCDE, na sua vertente de associação de rendimentos a um estabelecimento estável. Ora essa ligação apenas seria possível se a entidade for explorada por uma empresa de um Estado contratante, sendo que o art.3º n 1 alínea d) configura, impreterivelmente, como entidades residentes. Em face da ausência dessa qualificação, aos lucros dos estabelecimentos estáveis não lhe seriam aplicadas as eventuais disposições de uma CDT, sendo a sua tributação efectuada pelas regras internas do Estado do estabelecimento.

através de uma instalação¹¹⁰. Sobre o último deteve-se a nossa exposição até ao momento. Será o primeiro compulsado de seguida.

1.3 A repartição de rendimentos entre estabelecimento estável e entidade-mãe, nos termos do artigo 7º, nº 1 e 2 do MCOCDE: o conceito de entidade funcionalmente distinta

Ora, se até este ponto foi dissecada a componente estática do estabelecimento estável, já em 1981, S.CARBONE (1981: 241 a 243), alertava que a necessária amplitude do conceito era concebida em termos relacionais, quando cotejado na sua conexão com as restantes partes da empresa. O autor falava, a propósito de “*autonomia gestionale e contabile*” do estabelecimento. Sendo certa a controvérsia em torno das especificidades da noção, ou seja, da caracterização dos concretos actos sujeitos a esta autonomia, e apontando, o autor, que a locução apenas destacaria uma feição meramente descritiva, S.CARBONE não deixa de prover a uma concretização onde agrupa cada componente do estabelecimento a partir de uma referência global: “*autonomia organizzatoria*”.

É nesta senda, e passando a atentar no contexto coevo, que, na sua essência, mantém a mesma discussão, isto é, que a compreensão total da problemática apenas é possibilitada quando observado o artigo 7º do MCOCDE. Dito de outra forma, na aceção de J.CARLOS ABREU (2012:84), deixamos a definição de estabelecimento

¹¹⁰O autor ainda retira que seria este o referente para aferir da primazia da realidade económica sobre a orientação da realização. Ou seja, o contraponto de uma visão sobre o estabelecimento estável que lhe conferisse uma propensão essencialmente reiditícia, seria uma conceptualização sustentada na extensão da empresa, por meio da sua actividade, noutra país que não o da residência. A integração económica da realidade no país da fonte far-se-ia nestes moldes. Independentemente dos méritos do entendimento, temos para nós, que estamos perante uma discussão primordialmente teórica. Se a prossecução da actividade desempenha um papel crucial na determinação da existência de um estabelecimento estável, a sua dissociação da percepção de rendimentos não encontra utilidade prática, porquanto deixaria de existir uma base tributável a ser imputada. Não queremos com isto refutar a possibilidade de ocorrerem prejuízos fiscais por parte do estabelecimento estável. Aliás, como elucida B.SILVA (2013:69) a revisão ao art.7º, nº 1 do MCOCDE, efectuada em 2010, visou, precisamente, eliminar a última parte do preceito, na sua alusão «*mas unicamente na medida em que sejam imputáveis a esse estabelecimento estável*», enquanto forma de enfatizar o conceito de entidade separada e independente, na sua relação com a entidade residente, ou seja, que na ponderação global dos rendimentos totais da empresa, não será necessário observar que o estabelecimento apure um lucro, na aceção de uma diferença positiva entre rendimentos e gastos do período de tributação (porquanto, claro está, o resultado fiscal de uma entidade poderá redundar numa colecta de imposto ou num prejuízo fiscal), nem tão pouco o desiderato da regra passaria pelo estabelecimento de um modelo de alocação de rendimentos entre o estabelecimento e a empresa. O que dizemos é, tão-somente, que o estabelecimento estável terá, além de cumprir a aludida “*pertença económica*”, corporizar uma propensão reiditícia. O que significa que as duas referidas orientações serão complementares, ao invés de alternativas.

estável, enunciado contido no artigo 5º, para passarmos para o âmbito do alcance das normas de repartição do poder tributário. O axioma do preceito, como indica M. HIRSCHBÖCK (2003:416), assenta na lógica subjacente à imputação de rendimentos ao estabelecimento estável¹¹¹. Ora a definição desse encadeamento é fundamentada pela sua natureza, enquanto parte dependente da empresa residente, cabendo, à última, a totalidade dos direitos e responsabilidades. Afirmado o enquadramento do estabelecimento estável numa realidade mais global, ou seja, na empresa, a compatibilização com a competência de tributação do Estado fonte seria conseguida através da ficção de uma entidade separada e independente¹¹². Isto porque, na sua base, os ganhos deveriam ser atribuídos à empresa/residente, perfilando-se o estabelecimento estável enquanto meio aglutinador de rendimentos no Estado da fonte. Ainda neste domínio, N. BAMMENS (2012: 195 e ss), realça um outro aspecto que o artigo 7º confere ao estabelecimento estável. Sendo certo que o primeiro propósito consiste em conceptualizar uma norma definidora de competências de tributação, mormente na aceção dessa atribuição ao Estado de localização do estabelecimento, o autor destaca que o desenho da noção como entidade separada (sem prejuízo de estarmos a perante uma ficção) fixada numa determinada jurisdição, a única forma de garantir a sua operacionalização terá de prever uma equiparação à posição dos residentes que actuem dentro desse mesmo Estado, ou seja, como se de uma qualquer empresa se tratasse. A repartição permite que o autor fraccione uma observação do conceito a partir de dois pontos de vista, mormente dos Estados contratantes, e das empresas/estabelecimento estável envolvidos¹¹³.

¹¹¹Sendo certo que a primeira parte do art.7º, nº 1 delimita a competência de tributação ao Estado da empresa/residência, a essencialidade da norma aponta para a excepção a este imperativo, corporizada na determinação do lucro do estabelecimento estável.

¹¹²Ficção, essa, que decorre, como esclarece M.SERRÃO (2006:13), da circunstância do estabelecimento estável não ser, juridicamente, uma entidade separada e distinta (princípio da entidade funcionalmente distinta).

¹¹³A.H.SCHMITT (2007: 77 a 81) perpassa ainda outra aproximação ao artigo 7º. Partindo do pressuposto que a norma não é mais que extensão do conceito de estabelecimento estável descrito no artigo 5º, a mesma noção perfila-se como referência para obviar à dupla tributação jurídica internacional. Com efeito, ao deslocar a competência de tributação para o Estado da fonte, enquanto consequência da verificação da existência de um estabelecimento estável aí situado, significa a imediata limitação da competência de tributação do Estado de residência, permite afirmar a funcionalidade do conceito, tomado na conexão com duas jurisdições distintas. Não é de somenos a apreciação do autor. De facto, toda a problematização inserta nas duas normas posiciona-se ao nível da construção de uma entidade que, na prática, acaba por substituir a empresa no Estado de origem dos ganhos. Sendo certa a atribuição desses rendimentos ao estabelecimento que, para todos os efeitos, materializa um centro de imputação diverso do residente, afasta, na sequência dessa outorga de lucros, a dupla tributação jurídica, não é menos verdade, como frisa

Mas melhor se compreende a delimitação quando observado o nº 1 do mesmo artigo à luz de uma perspectiva qualitativa. Conforme aduzido por B.SILVA (2013:69), a norma não pretende determinar o “*quantum*” dos ganhos a atribuir ao estabelecimento estável, mas antes prover que o direito de tributação, em termos latos, do Estado da fonte, apenas seja conferido quando cotejado com a presença do dito estabelecimento¹¹⁴ (e excluindo dessa prerrogativa os rendimentos que não lhe sejam directamente imputados, o que permite ao autor concluir que o normativa pugna pela rejeição do principio da força de atracção)¹¹⁵. No fundo, falamos do critério de incidência subjectiva, ou seja, das consequências jurídicas que advém da existência do estabelecimento¹¹⁶. Por outras palavras, verificados os pressupostos delimitados no artigo 5º do MCOCDE, deverão ser imputados à realidade aí descrita os rendimentos gerados no Estado em que esta esteja localizada.

Por sua vez, a densificação enunciada no nº 2 do mesmo artigo 7º corporiza um juízo posicionado a montante. A conceptualização personifica a metodologia de imputação dos lucros ao estabelecimento. Ora, a partir dessa segmentação, é possível depreender que a diferença entre as normas dos dois números do artigo 7º é, no seu âmago, e conforme postula B. SILVA (2013:48), uma distinção ao nível da delimitação jurídica, no caso do nº 1, e de operacionalidade económica, no nº 2. Ou seja, e reiterando, o nº 1 trata da associação de rendimentos ao estabelecimento estável, que se processa pela simples existência dessa realidade no Estado da fonte, e transporta o essencial da discussão para os pressupostos subjacentes à presença do estabelecimento estável,

o autor, que o momento posterior, ou seja, por ocasião da transferência desses rendimentos para a empresa-mãe, consubstancia um problema diverso, ou, dito de outra forma, as normas do artigo 5º e 7º não tratam de dupla tributação económica.

¹¹⁴É uma asserção que decorre, do mesmo modo, do *REPORT ON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENT 2010*, pp.22.

¹¹⁵No mesmo sentido veja-se o Relatório de 2010, §50. Ou, como enuncia M.SERRÃO (2006: 8 e 9), o artigo 7º, nº 1 do MCOCDE não é mais que uma decorrência do princípio da territorialidade, que corporiza uma exigência de cálculo do lucro tributável imputável ao estabelecimento estável no país da fonte. No mesmo sentido F.TUNDO (2002:263 a 266) e I. J.J. BURGERS (2014:16). B.J.ARNOLD (2003: 478) profere, ao invés, um preciosismo técnico, quando afirma que o estabelecimento estável, não é, em si mesmo, uma regra de delimitação de atribuição de rendimentos ao país da fonte. Seria, antes, o preceito do artigo 7º, nº 1 do MCOCDE, a referência nesse âmbito. Mais precisamente, essa circunstância seria observável pela mera constatação da possibilidade da atribuição de rendimentos ao estabelecimento estável que não tivessem origem no país de localização do estabelecimento estável. Ou seja, o estabelecimento estável faria parte da regra do art.7º, mas não seria uma norma, em absoluto.

¹¹⁶Cfr. B.SILVA (2013: 47 e 48)

enquanto que o nº 2 formula o método de atribuição desses mesmos ganhos¹¹⁷. Contudo, não é menos verdade que o estabelecimento estável faz parte da realidade da empresa, sendo que os ganhos do primeiro não entram directamente na esfera de tributação do segundo, o que obriga a uma parametrização desses rendimentos. Por outras palavras, como o nº 2 enuncia directrizes de atribuição dos ganhos, o seu posicionamento aponta para a funcionalização da ideia contida no nº 1, isto é, para a solução do aparente paradoxo jurídico que se funda na verificação de que não existe uma entidade diferente da empresa, mas que, ainda assim, lhe são conferidos (economicamente) uma série de rendimentos.

Nessa senda, os trabalhos desenvolvidos no seio da OCDE, no contexto do denominado *REPORTON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENT*, de 2010¹¹⁸, subdivide a observação temática em duas etapas¹¹⁹:

¹¹⁷A.H.SCHMITT (2007: 61 e 62) chama a atenção para uma singularidade do estabelecimento estável. O contraste é verificável ao nível das regras de incidência que, na sua generalidade, são compostas a partir de uma hipótese, dirigida a um comportamento, onde a realização dessa mesma acção origina um facto gerador, sendo que esse encadeamento «*implica numa obrigação*», cujo incumprimento redundava numa sanção. No caso do estabelecimento estável, a consequência da satisfação dos pressupostos de incidência implica a introdução de um conceito jurídico, mais propriamente uma noção que prima por uma estruturação baseada numa repartição de competências de tributação. Ora, o autor conclui que, perante esta sistematização, a norma referente ao estabelecimento estável visa a criação de uma hipótese de incidência, cujo resultado origina a constituição de uma classe de conceitos, com a finalidade de solucionar um potencial conflito de leis.

¹¹⁸Em termos sumários, e no que concerne ao percurso histórico do relatório de 2010, o documento surge na sequência dos estudos da OCDE, tendentes à densificação do princípio da plena concorrência, cujo marco significativo iniciou-se com a elaboração do *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, em 1995, pensado na perspectiva das empresas associadas. O *arm's length principle* começou a ser gizado, de forma centrada na realidade do estabelecimento estável, aquando do *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, iniciado em 2001. Em Março de 2003, foi elaborada um novo *draft*, pensado para a realidade bancária, tendo o primeiro relatório sido publicado em 2006, compilando os dois *draft* numa versão revista. Para uma excursão sobre o encadeamento dos registos mais relevantes deste período, veja-se M.SERRÃO (2006:8 a 12), M.KOBETSKY (2006: 413 a 416), S. VAN WEEGHEL e J. GOOJIER (2011:3 e 4), P.BAKER e R.COLLIER (2009: 199 e 200). O relatório de 2010, que motivou a revisão do MCOCDE, foi precedido do relatório de 2008, intitulado de modo idêntico, e que visou, à época, dirimir algumas das divergências interpretativas, que não tinham sido ultrapassadas com a revisão do MCOCDE, do mesmo ano (e que, portanto, incidia sobre a redacção daí adveniente). Independentemente das particularidades de cada um dos trabalhos, desde 2001, que a “abordagem autorizada da OCDE” (ou “*authorised OECD approach*”, comumente designada pelo acrónimo AOA), destaca, na sua essencialidade, uma análise desdobrada em dois pontos: a ficção da entidade separada e independente; e afirmação do princípio da plena concorrência. O que significa que a teorização fundamental da atribuição de rendimentos ao estabelecimento estável manteve-se inalterada.

¹¹⁹Neste ponto, seguimos o alinhamento encetado por M. SERRÃO (2006:24 e 25). No mesmo sentido, veja-se F.ROMÃO, A.C.CALDAS e N. CORDAS (2014:478), M.KOBETSKY (2006: 418 e ss), I.L.GOMÉZ JIMÉNEZ (2009: 136 e 137), M. BENNET (2011: 23 e 24) e S. VAN WEEGHEL e J. GOOJIER (2011:5 a 7).

- Uma análise funcional e factual, com o intuito de criar uma figura ficcionada, de acordo com a máxima contida no art. 7º, nº 2 do MCODE, da qual é inferida uma conceptualização do estabelecimento estável enquanto entidade distinta e separada, exercendo actividades idênticas ou similares à empresa de que é parte integrante, e levando em linha de conta as funções desempenhadas, os meios empregues e os riscos assumidos¹²⁰;
- Uma segunda etapa, marcada pela determinação do lucro tributável do estabelecimento estável, por aplicação do princípio da plena concorrência às relações com a empresa, aplicando, por analogia, as “*Guidelines*” dos preços de transferência¹²¹.

No que concerne ao enquadramento das duas orientações, o Relatório de 2010 ensaia uma justificação para a necessidade de afirmação de uma ficção jurídica e do princípio da plena concorrência, na sua relação com o estabelecimento estável. É, no fundo, o

¹²⁰No mesmo sentido, o Relatório de 2010, § 10. Em rigor, o documento fala em «*Identification of people functions relevant to the (...)*» (ou, na tradução do § 21, do comentário ao artigo 7º: «identificação das funções significativas exercidas pelo pessoal da empresa»). Conforme aponta K. DZIURDZ (2014: 258 e ss), a conclusão necessária desta formulação redonda na necessária afectação de pessoal da empresa ao estabelecimento estável. Contudo, ainda no alinhamento do mesmo autor, tanto o Relatório de 2008, como o de 2010, não são elucidativos acerca do conceito de pessoal ou de empregado pertencente ao estabelecimento estável. Esta questão é particularmente determinante, porquanto afigura-se como uma condicionante para a atribuição dos activos, riscos e capital (em suma, dos lucros). No fundo, o autor apela à interpretação de mais um parâmetro de análise da entidade funcionalmente distinta. Ainda no entendimento de K. DZIURDZ, a formalização contratual não seria um referente decisivo nesse domínio. Nesse prisma, é ensaiada uma metodologia sustentada na especificidade das funções desempenhadas por cada “*employer*”. O princípio é singelo: se o artigo 7º, nº 2 do MCODE abre a possibilidade de ficcionar duas entidades distintas, então, nesse pressuposto, também seria permitido ficcionar duas entidades patronais diversas sustentado nas funções que fossem atribuídas a cada uma delas. Ora, como não é possível existir “*employer*” sem “*employees*”, as funções desenvolvidas pelos últimos seriam realizadas “*on behalf*” do primeiro, ou seja, quando constatado um enquadramento coincidente entre as duas figuras, seria possível, segundo o autor, destringer quais os funcionários que estariam associados ao estabelecimento estável. Por outras palavras, tratar-se-ia da afectação do pessoal a cada uma das partes da empresa. Sendo verdade, na perspectiva de K. DZIURDZ, que o controlo funcional sobre os funcionários afigura-se como pressuposto principal para julgar sobre a situação de cada um, não é também menos exacto, e ainda segundo o autor, que os contratos celebrados constituiriam uma plataforma de compreensão acerca de que parte da empresa seria responsável pelo exercício dos direitos e obrigações sobre o funcionário. Um outro critério distintivo residiria na entidade que estaria adstrita ao pagamento das correspondentes remunerações. O autor relaciona a questão com o disposto no artigo 15º, nº 2 alínea c) do MCODE. Ora, se este último preceito excepciona de tributação, no Estado de residência, dos rendimentos disponibilizados aos funcionários pelo estabelecimento estável, então induz-se que, por essa circunstância, a retribuição surge como contrapartida dos serviços prestados pelo funcionário a essa parte da empresa, que, entre outras coisas, supervisiona e controla o seu trabalho. No entendimento de K. DZIURDZ, este encadeamento só faz sentido se existir uma similitude de funções entre o “*employee*” e o “*employer*”, de modo que, a retribuição seria apenas o culminar de todo o processo.

¹²¹No mesmo sentido, Relatório de 2010, § 40 e § 53 a 55.

resultado da posição factual da noção, adveniente da circunstância de não estarmos presentes perante uma realidade que, legalmente, detenha os activos, assuma os riscos e as relações contratuais. Neste contexto, uma posição mais “formal” seria insuficiente para parametrizar o estabelecimento estável, mormente a definição de entidade separada explanada no artigo 7º, nº 2¹²². A ideia da ficção permite ultrapassar esta condicionante, e ao mesmo tempo associa características de uma figura distinta, de tal modo que a independência do estabelecimento estável, nas suas relações com a empresa ou com outras entidades, deve ser conformada com o princípio da plena concorrência. Por outras palavras, as transacções realizadas pelo estabelecimento estável deverão reflectir a detenção dos aludidos activos, a assumpção dos riscos e das relações contratuais, em termos em tudo idênticos a uma empresa autónoma¹²³.

Mas por partes. Sobre a observação funcional e factual, cujo conteúdo encontra-se sintetizado no § 44 do Relatório de 2010¹²⁴, o eixo do entendimento encetado pela Comissão dos Assuntos Fiscais pugna, precisamente, no seguimento e concretização do princípio da separação, pela segmentação de uma identidade própria a conferir ao estabelecimento estável. A definição assenta numa base de funções/atribuições conferidas ao estabelecimento estável, como método de discriminação da titularidade de activos e riscos¹²⁵.

Neste domínio e de forma mais particular, o posicionamento da OCDE acerca da qualificação/atribuição dos activos ao estabelecimento estável (sempre no confronto com a sociedade-mãe) sustenta-se num critério de, e utilizando a nomenclatura de M.SERRÃO (2006: 28), “propriedade económica”¹²⁶. Dito de outra forma, a expressão encerra a conjugação de duas variáveis: utilização (do activo); e parametrização desse uso no âmbito das funções exercidas pelo estabelecimento estável. Voltando ao mesmo

¹²²Relatório de 2010, § 14.

¹²³M. SERRÃO (2006: 25 e 26) adverte que a ponderação funcional e factual reflecte, por referência às diferenças entre as “empresas associadas” evidenciadas no artigo 9º do MCOCDE, uma essencialidade muito própria, e que se traduz na resolução de todas as questões tributárias no seio da mesma esfera jurídica, sendo a partir da dogmatização da ficção jurídica que é permitido ultrapassar os constrangimentos de uma análise que se pretende diferenciada, mas que, no fundo, incide sobre uma mesma realidade.

¹²⁴E reproduzido, nos mesmos moldes, no § 21 dos comentários ao artigo 7º do MCOCDE.

¹²⁵É interessante constatar que o § 20 dos comentários ao artigo 7º do MCOCDE, menciona, expressamente, que a ordem de enumeração das duas etapas não se reveste de carácter taxativo, ou seja, que a análise deverá enveredar por uma ponderação inter-relacional, o que significa que o intuito da OCDE é, antes de mais, prover a um itinerário interpretativo, que fundamenta a sua aplicação através de uma ponderação contextual das relações que se constituem no seio do estabelecimento.

¹²⁶No mesmo sentido I.L.GOMÉZ JIMÉNEZ (2009: 137).

autor, o que importa ponderar, nesta sede, resume-se às condições de utilização do activo¹²⁷. Ora, o auxiliar legal é, novamente, parco nesta matéria, pelo simples motivo da posição formal desses elementos pertencerem à empresa¹²⁸. O método é necessariamente casuístico¹²⁹, materializando-se na observação do contexto de emprego dos activos, cotejados sempre na relação da empresa com o estabelecimento estável, ou, como melhor explicita o Relatório de 2010, no seu § 18: «*The functional and factual analysis will examine all the facts and circumstances to determine the extent to which the assets of the enterprise are used in the functions performed by the PE and the conditions under which the assets are used*»¹³⁰. A decorrência natural da imputação dos

¹²⁷O que implica, conforme apontado pelo § 14 e § 59, do Relatório de 2010, e enquanto juízo prévio, dissecar as funções do estabelecimento estável e as condições em que são exercidas. O § 60 postula que uma das variáveis da análise funcional terá de, necessariamente, proceder à qualificação e à extensão das actividades do estabelecimento estável. Ora, a revista ao sobredito “*fixed place*” configura a directriz principal para aferir dessas mesmas actividades que se poderão direccionar ao estabelecimento. No seguimento, o § 61 menciona que a aludida análise funcional contextualiza essas mesmas actividades, decalcadas do estabelecimento estável, numa perspectiva relacional, ou seja, que a focalização incide sobre a procura das características diferenciadoras, economicamente relevantes, ou, por outras palavras, das condições que possam discernir o enquadramento do estabelecimento de um ponto de vista separado da sua empresa-mãe. Dito de outra forma, as funções são a visualização das actividades do estabelecimento estável, ponderadas sob um panorama concreto, e que permitem diferenciar a acção dessas duas entidades. Não é uma constatação alheia à reflexão de A.H.SCHMITT (2007: 75 e 76), quando afirma a sucursal enquanto prolongação jurídica da actuação da empresa, mas que não prejudica a prossecução, no âmbito económico e comercial, de «*actividades que a caracterizem como um segmento autónomo da empresa de origem*». Neste prisma, é de toda a acuidade a tripartição encetada por I.J.J.BURGERS (2014:18), na indagação sobre as finalidades que servem demarcação entre a actividade da empresa-mãe e do estabelecimento estável, e que enformam a noção de função, designadamente: quais as actividades e responsabilidades da empresa estão associadas ao estabelecimento estável; qual a extensão dessa relação com o estabelecimento; e qual a capacidade do estabelecimento para a prossecução dessas funções.

¹²⁸M.DURO TEIXEIRA (2007: 46) fala, a propósito, de «*mais que a propriedade jurídica, importa saber quem é o utilizador económico do bem*».

¹²⁹O que não impede de I.J.J.BURGERS (2014:18) lançar algumas coordenadas de orientação nesta matéria, como por exemplo: características da propriedade ou dos serviços; cláusulas contratuais; circunstâncias económicas; e estratégias de negócios.

¹³⁰M. SERRÃO (2006:29) propõe uma aproximação idêntica, ao afirmar que a apreciação “funcional e factual”, ínsita no artigo 7º, nº 2 do MCOCDE, deverá atender a um exame das circunstâncias de utilização do activo. Sendo certo que D.F. HERNÁNDEZ (2014:174 e ss) pronuncia-se no âmbito dos contornos que medeiam a independência do agente face à empresa-mãe, isto é, no domínio do artigo 5º, nº 5 do MCOCDE, não é menos verdade que a abordagem ao conceito passa por um exame legal e económico das condições de exercício do agente, em termos similares ao encetado para a atribuição de lucros ao estabelecimento estável. Ou seja, neste segmento de análise, a atribuição de proveitos ao agente passa por uma reflexão sobre a sua autonomia perante o não residente. Focalizando o segundo aspecto, o autor conclui do mesmo modo, ou seja, que, sem descurar a circunstância da observação das relações contratuais fornecer indícios sobre a independência do agente, o equilíbrio entre as duas entidades é averiguado à luz da forma como essas actividades são desenvolvidas, bem como das funções e dos riscos que lhe são conferidos.

activos ao estabelecimento implica que sejam ponderadas os efeitos desses elementos na sua esfera¹³¹.

Partindo para outro ponto de análise, mais propriamente para a averiguação dos riscos a serem imputados ao estabelecimento estável, M. SERRÃO (2006:29) esclarece que o mesmo princípio é traduzido na conceptualização dos riscos ficticiamente assumidos pelo estabelecimento estável. Uma definição do pressuposto é, novamente, encetada no Relatório de 2010, mormente no seu § 21, onde se elucida que o contexto do artigo 7º, corresponde à assumpção do risco, por parte do estabelecimento, na aceção de uma empresa separada, com total exposição aos potenciais ganhos e perdas associados à realização dos ditos riscos¹³². A questão é densificada mais adiante, no mesmo documento, quando os § 68 a 70 enfatizam que o critério crucial para a aferição dos riscos a serem associados ao estabelecimento estável é o exame às funções atribuídas ao último. Mais propriamente, o Relatório de 2010 postula uma ponderação bipartida, que segue a mesma linha de raciocínio encetada para os activos, onde a empresa surge como o foco de referência, partindo posteriormente para a distribuição dos riscos em conformidade com as funções desempenhadas pelas suas partes, onde se incluem os estabelecimentos estáveis. A metodologia é condicionada pelas mesmas circunstâncias, ou seja, pela necessidade de construção de um modelo sustentado num pressuposto em que o estabelecimento estável é uma entidade separada da empresa, sem prejuízo da ausência de um substrato legal que lhe confira a titularidade das relações jurídicas de um modo autónomo¹³³.

¹³¹O Relatório de 2010, no § 14, enumera alguns exemplos, nesse sentido, como a atribuição de rendimentos ao estabelecimento estável, derivados da propriedade do activo, como os *royalties*; o direito a depreciar o activo; e a exposição potencial aos ganhos ou gastos associados à valorização ou depreciação do activo.

¹³²B.SILVA (2013: 60) ilustra alguns exemplos: «*The starting point is that naturally businesses may be subject to a variety of risks such as inventory risks, credit risks, currency risks, interest rate risks, market risks, product liability and warranty risk, regulatory risk, etc*». São situações igualmente replicadas no § 68 do Relatório de 2010.

¹³³Ainda nesse sentido militam as conclusões de D.F. HERNÁNDEZ (2014:177 e 178). O autor observa que, não obstante o titular dos contratos celebrados com terceiros ser a empresa-mãe do estabelecimento, não é menos verdade que as negociações poderão ser encetadas através do último. Nesses casos, tanto essa particularidade, como o próprio conteúdo do acordo, bem como toda a relação com as funções de cada parte da empresa, afigurar-se-ão como elementos indiciadores de que os riscos inerentes deverão ser suportados pelo estabelecimento estável. Contudo, e no que é essencial, D.F.HERNÁNDEZ não deixa de apelar a um exame “factual” dos elementos que compõe esses contratos. A observação deverá sempre incidir no que o autor designa de «*daily business activities*», ou seja, da aferição sobre a acção encetada pelo estabelecimento estável, quando cotejada perante os termos constantes do contrato firmado, e não pelos riscos formais que derivam dos mesmos clausulados. Novamente, o que D.F.HERNÁNDEZ destaca não é mais que a interpretação deverá transcender a mera formalidade legal, descendo à concretização

É neste domínio que o Relatório de 2010 aponta a necessidade de dotar o estabelecimento estável de um acervo de capital que seja directamente destacável no seu âmbito¹³⁴. A lógica é amparada pela associação natural entre risco e capital, ou, mais propriamente, pela necessidade crescente de prover ao segundo, na medida do aumento do primeiro. A este respeito, são elucidativas as palavras de M. DURO TEIXEIRA (2007: 63): «*O capital próprio corresponde ao capital social na relação sócio/sociedade, cuja remuneração não gera custos dedutíveis para efeitos fiscais*»¹³⁵. Neste ponto, A. MAROTO SÁEZ (2009: 90) aponta a necessária simbiose entre capital e património do estabelecimento estável, decalcadas a partir das necessidades das funções prosseguidas. Sendo certo que as duas noções concorrem para a mesma concepção de operacionalidade do estabelecimento, tanto mais que devem permanecer

económica destas situações, de modo que «*each contractual party should bear the risk associated with the functions performed*». É uma orientação semelhante às directrizes pugnadas pelo Relatório de 2010, mormente no § 69, mas que assenta num ponto de partida diverso. Em rigor, o documento parte do pressuposto que, na falta de relações contratuais entre a empresa e o estabelecimento, a determinação da assumpção do risco deve realizar-se numa base «*fact-specific*», sustentada, em termos latos, num exame às práticas internas da empresa, e numa comparação com os procedimentos similares dos seus concorrentes independentes. Não são visões antagónicas, mas antes complementares. Certamente que D.F.HERNÁNDEZ não pretende assumir que o estabelecimento estável adquira uma qualquer autonomia em relação à sua empresa, quando deparado com certos contratos (enquanto parte contratual independente), mas tão-somente realçar que existem alguns acordos que, ponderando sobre a contextualização da sua celebração, evidenciam, de início, características que os colocam, mediante um juízo perfunctório, mais próximos do estabelecimento estável que da empresa-mãe. Entre nós, J.CARLOS ABREU (2012:100), reproduz um alinhamento semelhante. Sem condescender perante a ausência vinculativa dos eventuais acordos celebrados entre o estabelecimento e a empresa, não será menos verdade que, se da análise a esses mesmos acordos, for possível aferir de uma verdadeira credibilidade dos elementos aí constantes, conjugados com o exame às contabilidades das duas entidades, que deverão ser autónomas, desenha-se uma solução apriorística para o entendimento da divisão das funções a atribuir a cada uma das entidades.

¹³⁴Cfr. o § 26 do Relatório de 2010.

¹³⁵No mesmo sentido F.ROMÃO, A.C.CALDAS e N. CORDAS (2014:479). A autora não deixa de notar as dificuldades práticas na contabilização desse capital imputável ao estabelecimento estável. Sendo certo, segundo M.DURO TEIXEIRA, que estamos perante a afirmação de uma das máximas do princípio da entidade separada, a ausência de comparáveis neste domínio, sobretudo ao nível da análise dos balanços de empresas independentes, coloca problemas que abrem caminho à fixação destas variáveis com recurso a métodos que encerram uma larga margem de discricionariedade, com todo o potencial de litigiosidade associado. Contudo, e em escrito anterior, M.DURO TEIXEIRA (1999: 158 e 159) menciona, no âmbito das Sucursais Financeiras Exteriores da Zona Franca da Madeira, e na sequência do Parecer nº 69/95 do Centro de Estudos Fiscais, que a administração fiscal admitiria, implicitamente, a possibilidade de constituição de uma dotação “formal” de capital (designação que a autora utiliza para realçar que o estabelecimento estável não é equiparado a um património autónomo da empresa) ou “informal”, em função, e a exemplo enunciado pela autora, «*de resultados acumulados e não “distribuídos”*». Mas também não é menos verdade que, sempre segundo M.DURO TEIXEIRA, o regime das Sucursais Financeiras estabelecidas na Zona Franca da Madeira tem conhecido uma panóplia única de retrocessos, avanços e dúvidas que o tornam uma referência pouco consistente, para além de incidir sobre uma realidade muito específica, como são, precisamente, este tipo de Sucursais.

subordinadas às suas funções, segundo a autora, o património estaria, antes, associado ao acervo material necessário para a prossecução da actividade do estabelecimento, com a atribuição dos inerentes direitos e obrigações decorrentes desses elementos (activos e passivos, em termos latos). Apesar da formulação, do entendimento da autora, não subjaz a negação que a observação do património deverá servir como referencial à delimitação do capital livre do estabelecimento, mas tão-somente a percepção que um acervo de «*bienes, derechos y deudas*» deverão materializar um tratamento autónomo, ou, acrescentamos nós, para o exame das componentes estáticas do estabelecimento (por contraponto à dinâmica conexas ao risco, isto é, aos virtuais rendimentos ou gastos que poderão advir). A equiparação a uma entidade funcionalmente separada ascenderia aos próprios formalismos, onde A. MAROTO SÁEZ pugna por uma inscrição contabilística que deverá reflectir, precisamente, a existência de um capital próprio regido pelas mesmas regras de determinação previstas para as entidades autónomas.

Esta proporcionalidade delimita-se, conforme explanado no § 71 do Relatório de 2010, pela indispensabilidade do que o documento denomina de “*credit worthiness*” ou, dito de outra forma, pela sustentabilidade do estabelecimento estável em solver as suas potenciais dividas¹³⁶ (procedentes dos eventuais riscos assumidos). Depressa se depreende que, também observada deste prisma, a linha de análise permanece imutável, seguindo a mesma marca distintiva do estabelecimento estável, tomado enquanto ficção de uma empresa autónoma localizado no país de origem dos rendimentos.

Mas, densificando, o capital “constituído” nestes parâmetros adquire a denominação de “free capital”¹³⁷. O conceito não é, apenas, direccionado enquanto suporte às funções desempenhadas e aos riscos assumidos pelo estabelecimento estável, ou seja, como mais um alicerce na composição de uma referência autónoma, mas actua, igualmente, em termos relativos com a sua empresa-mãe, nomeadamente na repartição dos lucros a

¹³⁶No entanto, o Relatório esclarece que não será apenas esta a essencialidade do conceito, alertando que a fiabilidade da empresa é, da mesma forma, influenciada, por factores como: «*reputation, profitability, management quality, risk diversification*», de acordo com o seu § 102.

¹³⁷Cfr. § 28 do Relatório de 2010. H.E.LANDL (2003: 357) formula uma explicação residual para o termo, tanto em face da imprecisão da noção de capital social, quando observada a sua definição no conjunto dos países da OCDE, como da percepção da noção de “Free”, enquanto associada a todos os montantes que fossem reportados ao limite mínimo a partir do qual a dívida do estabelecimento estável será dedutível, ou seja, à situação em cujo pagamento de eventuais juros extravagantes a essa dotação é aceite como gasto fiscal, de tal modo que individualiza uma nomenclatura diversa para estas importâncias, denominadas de “*debt capital*”. No mesmo sentido I.L.GOMÉZ JIMÉNEZ (2009:142).

atribuir entre as duas realidades¹³⁸. Neste prisma, o Relatório de 2010 determina que a quantificação do capital a atribuir ao estabelecimento estável resulta de uma equação que soma duas variáveis, a serem aferidas em momento anterior à contabilização desse capital¹³⁹. A primeira, consubstanciada na mensuração dos riscos e do capital, que, já por si, encerra contornos de difícil aplicabilidade prática¹⁴⁰. Neste prisma, L.NOUEL (2013:199 e 200) esclarece que as directrizes de revista são, precisamente, idênticas ao estipulado na determinação desses mesmos riscos e activos, recorrendo ao mesmo conceito de “propriedade económica”¹⁴¹, escudado numa ponderação de riscos “fact-specific”, e auxiliada pela análise às funcionalidades às quais os activos estejam adstritos. Neste particular, o autor acaba por sumariar os termos, esclarecendo que a localização, ao nível dos activos tangíveis será, por norma, a circunstância determinante para ajuizar sobre a atribuição do seu uso, ou seja, se os activos estiverem fisicamente situados no “place of business”, então contribuiriam para o conjunto patrimonial do estabelecimento estável. Perante os activos intangíveis, ou na possibilidade do mesmo ser usado em diferentes partes da empresa, L.NOUEL elucida que, neste caso, dever-se-á atender à função mais relevante a que o activo esteja afecto, através da observação da parte da empresa que concentra o centro de decisão, de gestão e assumpção dos riscos. Uma segunda segmentação define mais uma das finalidades do “free capital”, qual seja a delimitação dos meandros do financiamento do estabelecimento estável, através do exame à estrutura da dívida, mediante uma ponderação da sua repartição pelas partes da empresa¹⁴². O raciocínio ajusta-se a uma lógica de atribuição de lucros ao

¹³⁸Cfr. §30 do Relatório de 2010.

¹³⁹Cfr. § 108 e ss do Relatório de 2010. Não obstante, não é menos verdade que o Relatório admite, no seu § 106, as dificuldades subjacentes à determinação do “*free capital*”, essencialmente derivado a uma falta de consensos sobre os pontos cruciais da sua metodologia, situação agravada nos sectores não financeiros, em que a falta de uma regulação mais incisiva impossibilita um controlo mais eficiente sobre os elementos estruturantes dessas empresas.

¹⁴⁰Nas empresas não financeiras, em face das incertezas advenientes da mensuração dos riscos, o Relatório de 2010 propõe uma maior focalização nos activos adstritos ao estabelecimento estável, de acordo com o seu § 109.

¹⁴¹O § 107 do Relatório de 2010 elucida que, em rigor, esta ponderação não se cinge ao âmbito do *free capital*, mas, verdadeiramente, é averiguada em sede da verificação dos activos e riscos a atribuir ao estabelecimento estável.

¹⁴²H.E.LANDL (2003: 355) esclarece que o “*free capital*” assume a sua relevância enquanto referência precedente ao rateio da dedução de eventuais juros de financiamentos. O autor observa que a análise casuística, recorrendo a métodos de imputação directa, conduz a soluções necessariamente menos precisas e certamente menos uniformes, para além de configurar um terreno propício à evasão, com as naturais facilidades de transferências de lucros e gastos entre a sociedade-mãe e os estabelecimentos estáveis. Contudo, H.E.LANDL não deixa de alertar que as ineficiências na capitalização do estabelecimento poderão conduzir a resultados idênticos. A asserção, segundo o autor, materializa-se de

estabelecimento estável, no âmbito da viabilidade da dedução dos juros, derivado da concessão de vantagens financeiras originadas na empresa-mãe. Mais propriamente, a ideia que perpassa é a teorização de um conceito que possa associar as funções do estabelecimento estável directamente com a constituição de um manancial financeiro, de tal modo que se possa afirmar que as últimas são orientadas à prossecução das finalidades do primeiro, e que os restantes custos que resultem de concessões que revistam a mesma natureza, encontraram um enquadramento dentro dos gastos fiscalmente dedutíveis¹⁴³.

Depressa se depreende que entramos num campo de revista relacional, ou seja, e por inerência, num meio privilegiado para a aplicação de medidas comparativas entre o estabelecimento e a empresa¹⁴⁴. Ainda neste domínio, R. RUSSO (2005: 24 e 25) elucida que a aproximação sugerida pela OCDE trata do “free capital” enquanto apontamento global de comparação entre as diferentes partes da empresa, porquanto a sua aplicação não será restrita ao reconhecimento dos “dealings”, ou seja, nas concretas transacções entre o estabelecimento estável e a empresa, mas estaríamos, antes, perante uma disciplina estruturante, baseada na ponderação das funções desempenhadas e do

uma forma simples: ora, se a maiores montantes de “free capital” correspondem, da mesma forma, a possibilidades alargadas de dedução de juros de financiamento, então a abordagem mais “evasiva” procurará dotar os estabelecimentos situados em zonas de tributação elevada com mais “free capital”, de forma a inscreverem uma maior quantidade de gastos fiscalmente dedutíveis, baixando, deste modo, o lucro tributável apurado nessa jurisdição.

¹⁴³H. PIJL (2011b:299) esclarece que a conceptualização do “free capital” é um ensaio relativamente recente, tendo principiado a sugestão da sua aplicação na revisão ao MCOCDE de 2008. Verdadeiramente, e sempre segundo o autor, nem as versões de 1963 e 1977 continham qualquer alusão à noção. O despertar para à necessidade de elaboração de uma estrutura que permitisse uma percepção mais rigorosa sobre a imputabilidade, e sua consequente dedução, de juros de financiamento entre a empresa e as suas partes, apenas ocorreu em 1994, no quadro das sucursais financeiras, mas que se limitava a uma declaração de vontades no sentido da concertação (à época) de futuras soluções neste domínio, sobretudo na configuração de diferentes metodologias de estruturação de um capital de referência. A conformação actual é gizada em 2008, segmentada em duas resoluções de análise: a aplicação do princípio do “at arm’s length” na contabilização dos juros dedutíveis, tomando por observação a estrutura do “free capital” do estabelecimento estável (nesse sentido, veja-se o § 45 dos Comentários ao MCOCDE de 2008). Em rigor, conforme referido por R. RUSSO (2005: 22) a formulação do conceito é o resultado do *Draft on the attribution of profits to permanent establishments* de 2004, que materializou o primeiro esboço da OCDE no sentido da conceptualização de uma teoria de atribuição de rendimentos ao estabelecimento estável, fundada na observação da ideia das duas etapas de análise vigentes, ou seja, na entidade funcionalmente distinta, e no princípio do “at arm’s length”. Contudo, H.PIJL (2011:305), não deixa de alertar, tanto para as dificuldades interpretativas, como para os obstáculos ao nível da aplicabilidade do conceito, em relação às Convenções celebradas em períodos anteriores a 2008, especialmente porque os Comentários não esclarecem acerca da eventual retroactividade desta solução, pelo que caberá aos Estados Contratantes flexibilizar (ou não) a prática deste instrumento.

¹⁴⁴Cfr. §106 do Relatório de 2010.

contexto em que estão inseridas (mensuração dos riscos e activos). Deste modo, o método incidiria sobre a caracterização do estabelecimento estável, como forma de definir um padrão indicativo, em detrimento de um modelo casuístico, alicerçado, apenas, nas particularidades de cada ligação específica encetada entre o estabelecimento estável e a empresa¹⁴⁵. Esta circunstância permite ao autor concluir que o “free capital”, constitui-se como figura central do conceito de “credit worthiness”, precisamente por uma concepção anterior, uniforme e, conseqüentemente, mais previsível, e que, firmado nesse pressuposto, permitiria instituir um princípio de fixação mais precisa do capital, que, como o autor atenta, é altamente volátil e fungível, contribuindo para uma maior coerência da análise funcional e distinta do estabelecimento estável, na forma da distribuição mais correcta dos benefícios resultantes das sinergias entre as várias partes da empresa. Dito de forma singela, e utilizando o raciocínio de I.L.GOMÉZ JIMÉNEZ (2009:146), a referência do capital livre do estabelecimento estável deverá reflectir uma orientação que renegue qualquer diferencial no que concerne aos créditos de financiamento entre as diferentes partes da empresa¹⁴⁶.

¹⁴⁵Por razões de economia do estudo, e por não incidir sobre a essencialidade da aproximação entre os estabelecimentos estáveis e as subsidiárias estrangeiras, não serão dissecadas as regras estipuladas pela OCDE, no que concerne à verificação do “free capital”. Contudo, deixamos apenas a enumeração e uma súmula dos aspectos mais determinantes dos procedimentos tendentes a definir neste tipo de relações. Para uma crítica mais desenvolvida, veja-se § 121 e ss, do Relatório de 2010, H.PIJL (2011: 300 a 302), R.RUSSO (2005: 23 e 24), L. NOUEL (2013: 200 a 205), I.L.GOMÉZ JIMÉNEZ (2009:142 e ss), I.J.J.BURGERS (2014:21) e F.ROMÃO, A.C.CALDAS e N. CORDAS (2014:478 e 479): “capital allocation approach” – segundo este método, é empregue um rateio entre o capital pertencente à empresa e ao estabelecimento estável, firmado nas conclusões do exame da entidade funcionalmente distinta. As dificuldades práticas desta teoria resultam nas repercussões das diferenças entre as funções desempenhadas pelo estabelecimento e da empresa; *economic allocation approach* – neste método, o *free capital* é inteiramente alicerçado numa proporção dos riscos imputados ao estabelecimento estável, o que coloca problemas na medição da exposição do estabelecimento, sobretudo em sectores não financeiros, onde prolifera a ausência de sistemas de mensuração desta natureza; *thin capitalization approach* – a determinação da estrutura financeira do estabelecimento é realizada através de uma aferição comparativa em relação às restantes empresas independentes, colocados em situações semelhantes. As objecções, neste âmbito, redundam na conceptualização desse método de confronto com outras sociedades, bem como nas potenciais discrepâncias que se possam gerar entre a estrutura do capital da empresa e do estabelecimento; *quasi-thin-capitalization approach* – prevê que, nos casos em que seja aplicável, o limiar mínimo de capital atribuível ao estabelecimento estável seja delimitado pelas regras de regulação aplicadas à actividade em apreço. Contudo, como bem elucida I.L.GOMÉZ JIMÉNEZ, é impossível encontrar um limite absolutamente rigoroso, a partir do qual se possa afirmar que os custos derivados das operações de financiamento entre a empresa e o estabelecimento são dedutíveis.

¹⁴⁶As dificuldades na aplicabilidade do conceito são, não obstante, complexas e, de todo, pacíficas. Entre nós F.ROMÃO, A.C.CALDAS e N. CORDAS (2014:482 e ss), esclarecem a inviabilidade de uma solução que impossibilite a dedução de custos de financiamentos, a partir da observação ao nosso ordenamento, ao estabelecimento estável, em função da inexistência de fundos próprios. Sumariando os

1.4 O princípio da plena concorrência e as teorias da independência absoluta e restrita do estabelecimento estável

Dissecado o primeiro passo da caracterização do estabelecimento estável, designadamente a descrição da entidade funcionalmente separada, é mister direccionar a abordagem da atribuição de rendimentos do estabelecimento estável para uma análise

termos, os autores alertam para a inexistência de uma norma específica nacional que formule a exigência de um capital mínimo a atribuir ao estabelecimento estável, situação que seria, inclusivamente, secundada pela posição do Estado Português nas suas reservas ao segmento correspondente do artigo 7º do MCOCDE. Neste ponto, e em termos rigorosos, a aludida objecção não se encontra firmada na actual versão do MCOCDE, sendo antes reportada à redacção vigente em 2008. Contudo, não é descontextualizada a menção dos autores, porquanto a descrição do §48 dos Comentários ao MCOCDE de 2008, tomada enquanto delimitação que fundava a contestação portuguesa, e que apontava, precisamente, para a desaplicação do método do capital livre quando os rendimentos fossem imputados ao estabelecimento estável situado em Portugal, foi eliminada na revisão de 2010. Ainda neste âmbito, os autores enunciam que as eventuais alterações decorrentes à atribuição dos custos de financiamento ao estabelecimento, não poderiam ser sustentadas na observação dos preços de transferência, em virtude da disciplina não prever a possibilidade de requalificação desses mesmos créditos em capital, o que significaria que o enquadramento passaria pela instituição de um paralelismo com o instituto da subcapitalização, sendo que os estabelecimentos estáveis não encontrariam espaço no domínio da norma do artigo 67º do CIRS. Não obstante, não podemos alinhar com as descritas conclusões. Com efeito, o argumento literal é, já em si mesmo, desadequado, porquanto o mesmo artigo 67º não contempla, actualmente, um espectro de análise relativo, no que respeita aos requisitos de aplicação da figura, marcando uma definição que se abstrai de qualquer referência aos capitais próprios, enquanto padrão dos limites de financiamento fiscalmente dedutíveis (versão que, na sua estrutura essencial, se encontra em vigor desde Janeiro de 2013). Tanto mais que, mesmo ignorando a redacção vigente, que exige a aplicação do regime *mutatis mutandis* ao estabelecimento estável, no seu disposto no nº 5, tão pouco resultava da redacção antecedente uma qualquer exclusão do exercício da subcapitalização, quando deparado perante situações que envolvessem um estabelecimento estável situado em território português. Sendo certo que o instituto da subcapitalização pressupõe, conforme explicitado por G. TEIXEIRA (2004:19 e 20), uma diferenciação de base em relação à disciplina dos preços de transferência, sustentada na determinação, por um lado, do excessivo endividamento, e por outro, da derrogação do preço de mercado que, no caso concreto, redundava na prática de numa taxa de juro desadequada, não é menos verdade, e seguindo a autora, que o desiderato dessas noções insere-se na temática geral de correcção do lucro tributável. É dentro desta sistematização que o tema é tratado pelo Relatório de 2010., ou seja, numa abordagem englobante em torno do princípio da plena concorrência (*arm's length*). Para nós, o posicionamento que dificulta, na prática, a viabilidade do instrumento, circunscreve-se, precisamente, à ausência de uma norma nacional que preveja a constituição de um capital livre para o estabelecimento estável. De facto, as eventuais correcções derivadas do exercício do princípio da plena concorrência são limitadas, na aplicação prática, por uma referência formada a montante, qual seja, o “*free capital*”. Dito de outra forma, não se trata de transformar o financiamento da empresa em capital, situação que, tão-pouco, estaria conforme os cânones do instituto da subcapitalização, mas antes de conceber um referencial que sirva, precisamente, de suporte a potenciais modificações resultantes de desajustamentos, ao nível de créditos concedidos ao estabelecimento. Não obstante, é mister mencionar que não é o ordenamento português a única ordem jurídica a colocar obstáculos à viabilidade do capital livre. Sobre uma visão mais abrangente no panorama internacional, veja-se L. NOUEL (2013: 205 a 207).

de comparabilidade¹⁴⁷. A necessidade deriva, como realça F.TUNDO (2003:271), do próprio perfil jurídico-económico do estabelecimento, materializado enquanto extensão periférica da empresa e, dessa forma, sujeita a uma natural relação de dependência com a última. A circunstância é propensa, como se depreende, e utilizando a expressão do autor, a «*manovre elusive basate sull'alterazione dei prezzi di trasferimento*»¹⁴⁸. R.BERNALES (2013: 154), indica que entramos numa fase de ajustamento dos “dealings” entre as diferentes partes da empresa, mediado pelas “Guidelines” da OCDE¹⁴⁹. Seguindo a exposição (2013:158 e 159), a estrutura da propriedade económica (“economic ownership”) atribuível ao estabelecimento estável, institui um paralelismo com a propriedade tradicional (“ownership”), como é normalmente concebida entre empresas separadas, sendo o exame às funções desempenhadas pelo estabelecimento, o elo de ligação a essa mesma propriedade económica, bem como o próprio fundamento do princípio da entidade separada. É a partir desta conceptualização que se torna adequado o ajustamento das operações a partir da disciplina dos preços de transferência.

A aproximação ao instituto principia, no Relatório de 2010, mormente no § 174, com a analogia entre dois conceitos que, na sua essencialidade, exprimem o mesmo conteúdo, a partir do contexto em que estão inseridos: “controlled transactions” e “dealings”. O enquadramento das noções aponta, precisamente, no sentido dos intervenientes que pontificam nas operações alvo do juízo de plena concorrência: os dealings serão cotejados no seio das relações entre partes da mesma empresa, enquanto que o termo controlled transactions encontra a sua aplicabilidade no perímetro das empresas associadas¹⁵⁰. Depressa se depreende que a equiparação entre as duas realidades terá,

¹⁴⁷Do qual, como aponta R. BERNALES (2014:160), a determinação do “*free capital*” é já um afloramento. Utilizando a mesma terminologia, veja-se o §189 do Relatório de 2010.

¹⁴⁸O § 173 do Relatório de 2010 elucida alguns exemplos de potenciais situações que poderão cair no escopo dos preços de transferência: uso, da parte do estabelecimento estável, de activos desenvolvidos ou adquiridos pela empresa, ou vice-versa; recurso, da parte do estabelecimento estável, a serviços prestados pela empresa, ou vice-versa; produção e transferência de bens, por parte do estabelecimento estável, para outras partes da empresa; alienação de produtos da empresa por intermédio do estabelecimento.

¹⁴⁹O que não significa uma total simbiose de tratamento. E. REIMER (2012:144) alerta para a natureza subjacente ao estabelecimento estável, e para as consequências advenientes do seu enquadramento. Com efeito, as diferenças entre o artigo 7º e 9º, do MCOCDE consubstanciam as próprias divergências da ponderação entre diferentes empresas, num juízo que perpassa uma relação de proximidade (associados), de um lado, e de outro, uma observação perante a mesma realidade (estabelecimento estável), apenas ficcionada entre as suas partes, de forma a tornar operacional a imputação de rendimentos fora da esfera directa da empresa. No mesmo sentido, veja-se o § 55 do Relatório de 2010.

¹⁵⁰No mesmo sentido J.M.CALDERÓN CARRERO (2012:218). P.BAKER e R.COLLIER (2006:25) ditam, inclusivamente, que o termo *dealing*, serviria para designar todo o tipo de transferências e

necessariamente, de entender o modo de execução perante as duas noções, ou seja, entidade funcionalmente distinta e empresas autónomas.

No que tange às denominadas controlled transactions, é ilustrativa a exposição de M.TRAPÉ VILADOMAT (2014: 275 a 277). Com efeito, a autora alicerça o referente de análise no plano do princípio da plena concorrência. O artigo 9º, nº 1 do MCOCDE enformaria uma metodologia agregadora das diferentes empresas multinacionais do mesmo grupo¹⁵¹. Aliás, é dentro deste universo económico, a que G.LOPES COURINHA (2009:163) apelida de «*situações de influência societária por meio de “gestão, controlo e capital”*», ou seja, dentro de meandros de compreensiva proximidade, que se regem os ditames do princípio da plena concorrência no MCOCDE, em óbvia semelhança à situação compaginada entre o estabelecimento estável e a empresa-mãe¹⁵². Mas retornando à aplicação da plena concorrência, bem

pagamentos efectuados entre as partes que compõe uma empresa, em contraponto com a designação *transaction*, aplicável às mesmas realidades, mas tomadas no contexto das entidades separadas. A.XAVIER (2014:612 e 613) reproduz as mesmas conclusões dos autores precedentes, mas adianta que a analogia aplicável aos estabelecimentos estáveis, quando examinada à luz do princípio da plena concorrência, deverá incidir sobre todos os rendimentos e gastos que sejam originados a partir dos “arranjos” (tradução do autor para *dealings*), dando, como exemplos, o reconhecimento de juros, *royalties*, rendas, comissões e outras remunerações similares.

¹⁵¹Do mesmo modo, M. GUTIÉRREZ LOUSA (2003: 331 a 333). Transcreve-se a sua definição: «*En consecuencia, los precios de transferencia, desde una perspectiva fiscal, se producen cuando las transacciones entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo multinacional se realizan a un precio diferente al que hubieran pactado dos entidades independientes*»

¹⁵²Falamos, como é apreensível, de uma formulação essencialmente genérica. P.HARRIS (2013:97 e ss) rejeita qualquer fórmula de determinação baseada em métodos concretizadores de directrizes específicas. Para o autor, qualquer forma de controlo societário (que P. HARRIS esquematiza em três modelos: controlo por um singular; controlo directo por outra sociedade; controlo indirecto por intermédio de uma outra sociedade) sustenta-se num exame quantitativo à influência da empresa dominante sobre a dominada, alicerçada na posição relativa das participações sociais, ou dos direitos de voto. Ora, em sede de preços de transferência, a noção encerraria, ao invés, uma percepção lata, no que o autor denomina de «*control of a body corporate (...) such that the affairs of the corporation are conducted in accordance to the wishes of the person*» (2013: 99). Na prática, estaria ínsito à ideia, uma concepção qualitativa, alicerçada, tão-somente, na disposição da vontade societária, que poderia incluir, ou não, o controlo sobre os órgãos de gestão. Entre nós, F.SOUSA CÂMARA e B.VINGA SANTIAGO (2010: 165 e ss) concordam numa teorização genérica associada ao artigo 9º, nº 1, ou seja, na desadequação de uma resolução concreta, conexas à noção de “empresas associadas”, mas advogam que o conceito reportar-se-ia, antes, a uma ideia equiparada à relação desenvolvida entre os grupos de sociedades. Desde logo, os autores concluem que o campo privilegiado de exercício reporta-se, predominantemente, ao espaço dos grupos multinacionais, enquanto campo de eleição para estratégias abusivas de optimização fiscal. Partindo deste pressuposto, e estabelecendo o artigo 9º uma censura sobre este tipo de práticas, o seu âmbito subjectivo visaria as operações constituídas no seio das sociedades-mães e afiliadas, e sociedades sob controlo comum. Mais apontaria no mesmo sentido a própria formulação da norma, quando exige, como aludido pelos autores, um *poder* sobre a direcção, controlo e capital da empresa. Desse modo, a única forma razoável de entendimento da relação entre as empresas envolvidas seria através da constatação de uma influência significativa, materializada numa dependência económica da empresa

como à exposição da autora, se o método começa por aproximar diversas empresas, este momento de análise é, apenas, definidor das entidades que entram no perímetro de comparabilidade em que se sustenta o conceito. O seu exercício objectivo estipula uma execução alicerçada no mesmo carácter distintivo que preside ao cotejo entre o estabelecimento e a empresa. Mais propriamente, após concatenadas as entidades susceptíveis de entrarem no âmbito de aplicação da disciplina, importa, a montante, impor um tratamento que reflecta a existência de entidades absolutamente separadas. Por outras palavras, impõe-se, igualmente neste campo, a observação do princípio de “separate entity approach”.

O pressuposto é o mesmo, ou seja, a partir de uma ponderação funcional, parte-se de uma ideia chave segundo a qual, entre partes independentes, a retribuição obtida por cada uma delas é apurada através do exame às funções desempenhadas, dos activos utilizados e dos riscos incorridos. A inovação que o instituto da plena concorrência traz materializa-se, precisamente, num elemento de confronto, aplicado às eventuais correcções às operações realizadas, que tomam, por referência, as funções

dominada. Dito de outra forma, empresas associadas seriam equivalentes a subsidiárias. É um posicionamento que ajuda a explicar a crítica dos autores à extensão do regime nacional, estipulado nas apeladas “relações especiais” insertas no artigo 63º do CIRC. Apesar do proémio do nº 4 exigir essa mesma influência significativa, a precisão das presunções presente no regime doméstico desvirtuaria esta aceção, a tal ponto de considerar susceptível a aplicação do regime dos preços de transferências a casos de detenção de participações sociais não inferiores a 10%. F.TOMAZ (2004:358 a 363) precisa que, ao nível da qualificação das sociedades envolvidas, e por referência à detenção das participações sociais, a norma incluiria as sociedades coligadas em relação de simples participação e em relação de participações recíprocas, ou seja, as detenções de participações sociais em sociedades situadas num hiato de 10% a 50%. O que significa que o sistema português alarga o domínio dos preços de transferência além do perímetro das sociedades em relação de domínio, ou seja, a uma perspectiva extravagante às sociedades em relação de grupo. M.TEIXEIRA DE ABREU (1990:109 e ss) transpõe uma posição diversa da defendida por F.SOUSA CÂMARA e B.VINGA SANTIAGO. Sendo certo que o cerne prático dos preços de transferência conflui em torno das relações desenvolvidas no seio das empresas multinacionais, o autor não postula a necessidade de uma diversidade de regime, entre o que seriam empresas associadas, das operações estabelecidas entre a sociedade-mãe e as suas subsidiárias internacionais. O raciocínio assenta na mesma base, isto é, na circunstância da optimização fiscal procurar a mesma rentabilidade tributária, mas não apenas por via de uma evidente proximidade, o que significaria que em todas as unidades onde existam investimentos de uma determinada empresa, descortina-se um horizonte potencial de evasão, passível de enquadramento no instituto dos preços de transferência. Por outras palavras, a transversalidade da disciplina tocava todas as formas de manifestação de uma actividade fora da jurisdição de residência, quer através de filiais (corpo abrangente que chegaria a todas as entidades criadas ao abrigo da lei de outro país, irrelevando o tipo de controlo a que estiver sujeita), estabelecimentos, agentes ou distribuidores. Independentemente da posição adoptada, e numa aproximação aos meandros que perpassam das operações entre o estabelecimento estável e a empresa, parece óbvia a certeza que a amplitude dos preços de transferência acolhe esta “filiação” inata entre as duas realidades, por referência a uma proximidade entre empresas que apresentem um perfil de proximidade manifesto.

desenvolvidas por empresas não vinculadas¹⁵³. Mais propriamente, entramos no domínio das consequências práticas da construção de um modelo, no caso dos estabelecimentos, e da comparação, no caso de entidades com personalidade jurídica distinta, baseados numa latente interação entre entidades autónomas ou autonomizáveis. Sendo certo que a praticabilidade não se finda numa simples base teórica, não é menos verdade que é, a mesma, o sustentáculo que permite uma equiparação sistemática entre as diversas realidades empresariais, definindo, de modo idêntico, os desenvolvimentos/ajustamentos que se perfilam a jusante¹⁵⁴.

Neste prisma, ou seja, no âmbito dos desencadeamentos despoletados em fase posterior ao alinhamento funcional, J.FÉLIX NOGUEIRA (2004: 333 e 334) esclarece que a análise deverá ser, ao mesmo tempo, atomicista, estrutural e concorrencial. Precisando, o exame de comparabilidade deverá incidir sobre cada transacção efectuada, devendo, essas mesmas operações, serem regidas por um denominador que atenda a um padrão de similitude, quando observadas outras entidades independentes colocadas nas mesmas circunstâncias, numa perspectiva de observação de factores objectivos que possam influir os agentes económicos na fixação de preços¹⁵⁵, quando colocados em mercado concorrencial¹⁵⁶.

¹⁵³Cfr. M. GUTIÉRREZ LOUSA (2003: 344 a 346). Neste domínio, e ainda segundo o autor, deverá atender-se às tarefas prosseguidas, elucidando alguns exemplos: prestação de serviços; compras e vendas; distribuição; publicidade; transportes.

¹⁵⁴R. MORAIS (2005: 162 e ss) elucida que o fundamento fiscal subjacente ao princípio da plena concorrência, sustenta-se num juízo de aceitabilidade dos gastos preconizados pelas entidades envolvidas, mediante a ponderação da necessidade desses custos para a manutenção da fonte produtora, ou na sua relação com a produção de rendimentos. Dito de outra forma, as regras sobre os preços de transferência, subcapitalização, ou mesmo os sistemas de imputação de rendimentos a residentes, na sua relação com entidades localizadas em países com um regime fiscal privilegiado, não são mais que especificações das regras de dedutibilidade ínsitas no artigo 23º do CIRC, com algumas variações práticas, porquanto falamos de normas que titulam, tanto a possibilidade de correcção do lucro tributável do sujeito passivo, como a inversão do ónus da prova, afastando a força probatória de que goza a contabilidade para efeitos fiscais. No mesmo sentido, G.TEIXEIRA (2004: 19 a 21).

¹⁵⁵A esse respeito, tanto J.FÉLIX NOGUEIRA (2004:312 a 315) como L.P.COELHO RAMOS (2006:276 a 282) advertem que o conceito de preços de transferência é, enquanto noção tomada em si mesma, uma realidade neutra. A sua conotação negativa é, antes de mais, definida pelo contexto em que se insere a utilização de preços “distorcidos” entre entidades relacionadas. Neste ponto, os autores propõe uma bipartição, no que concerne ao agrupamento das motivações principais que conduzem à prossecução deste tipo de práticas: num primeiro género caberiam fundamentos de ordem política, onde se incluiria o equilíbrio entre a estabilidade e virtuais crises governativas, bem como eventuais restrições à expatriação de capitais ou o acesso a subsídios governamentais; e um segundo grupo, agregador de fundamentos económico-financeiros para a manipulação de preços, onde se pode encontrar a influência das flutuações macroeconómicas (níveis de inflação, política cambial, etc), ou, simplesmente, derivações de estratégias comerciais, enquanto formas de penetração agressivas em mercados, com o intuito de escamotear situações de *dumping*, através de preços artificialmente baixos, a que acresceriam as razões fiscais, onde

Percebe-se o cerne que delimita a aplicação do princípio da plena concorrência, e que permite apontar uma similitude de circunstâncias entre a relação do estabelecimento estável com a empresa, quando aferida em observação com as outras realidades. G. TEIXEIRA (2004:19 e ss) fala, neste campo, de uma orientação primordialmente económica, assente numa justa repartição tributária, cujo emprego sobrepõe-se à existência de uma concepção anterior de proximidade das entidades envolvidas, bastando, neste domínio, a existência de um interesse económico comum, e que, desse modo, incide sobre a verificação de potenciais situações que possam redundar na manipulação da base tributável. J. FÉLIX NOGUEIRA (2004:335) julga o princípio da independência enquanto manifestação da igualdade material, na sua projecção fiscal de capacidade contributiva, conjugado com o funcionamento eficiente dos mercados.

O ponto originário é, pois, ontologicamente económico e funcionalmente jurídico. Por outras palavras, o direito surge como construção instrumental, tanto pela repartição de uma entidade em duas ou mais realidades, que estão, de forma natural, intimamente relacionadas, como na definição de um parâmetro distintivo entre empresas associadas, com o propósito último de permitir um exame substancialmente económico¹⁵⁷.

pontificaria a transferência de lucros para zonas de baixa tributação, essencialmente por via do manuseamento das alternativas financeiras, no seio dos grupos empresariais. Por seu lado, M.T. VEIGA DE FARIA (1993: 404 a 407) junta as motivações sobreditas num único conjunto, que denomina de factores externos, mas chama a atenção para as condicionantes internas, geralmente associadas a questões de rentabilização concorrencial, orientadas para uma diminuição de custos, com objectivos de afirmação de uma posição competitiva mais favorável.

¹⁵⁶É um exercício prático de notória complexidade, em que a economia do nosso estudo constitui óbice a um alongamento mais aprofundado. No entanto, e apenas em traços genéricos, L.P. COELHO RAMOS (2006: 289 a 291) e M.T. VEIGA DE FARIA (1993: 411 a 419) elucidam as bases que estipulam o grau de comparabilidade ente uma operação vinculada e uma operação não vinculada: as características dos bens, direitos e serviços objecto de transacções, como a qualidade, a quantidade ou a fiabilidade, que, naturalmente, contribuem para a determinação do preço a ser atribuído a cada uma das operações; as condições contratuais, que ajudam a perceber a repartição das responsabilidades, dos riscos e dos lucros entre as entidades envolvidas; o contexto económico onde se inserem as partes envolvidas, nomeadamente a sua localização, posição concorrencial, circuito de comercialização, custos associados à actividade; e a estrutura e estratégias das empresas, ou seja, os aspectos que possam influenciar as respectivas condutas, mormente o tipo e grau de diversificação de actividades desenvolvidas.

¹⁵⁷No mesmo sentido G. MAISTO (1985:47 e ss). O autor perfila uma concepção da plena concorrência em termos mais singelos e, essencialmente, objectivos. Ao conceito, não estaria ínsita uma dogmatização subjectiva, densificada através das noções de “sociedade” ou “controlo”, nas suas concepções tradicionais civilísticas/comerciais. O enquadramento pecaria, tanto pela sua limitação às sociedades de capitais, como pela sua concretização relacional, aposta ao cotejo entre duas entidades, ao qual estaria sempre subjacente o apelo a uma qualquer medida, pré-concebida, de aproximação. Ao pensamento inerente à ideia estaria, ao invés, uma bissectriz económica, baseada numa análise às variáveis de mercado, observadas nas transacções comerciais, de forma a impor uma paridade de tratamento de tratamento fiscal a todas as entidades colocadas em situações comparáveis. Esta definição lata, apesar de pensada para empresas independentes, coaduna-se bem com a teorização do estabelecimento estável, afastando qualquer

Ora, a compreensão destas duas premissas, quando reflectidas a luz do contexto do estabelecimento estável, redundam no silogismo apontado por J.M.CALDERÓN CARRERO (2012:216 a 220), ou seja, que o princípio da independência da entidade autónoma, para efeitos de atribuição de rendimentos, apresenta, como corolário, o princípio da plena concorrência. Mais propriamente, e recuperando o conceito de “internal dealings”, o autor não observa mais que uma especificação comparativa da situação padronizada entre empresas associadas, mas gizada ao nível das operações instituídas internamente, isto é, entre a empresa e uma das suas partes. O raciocínio permite a J.M.CALDERÓN CARRERO abordar a ideia sob um ponto de vista de relação espacial do imposto. Com efeito, sendo a regra do artigo 7º, nº 2, do MCOCDE, moldada a partir de um intuito outorgante da competência de tributação à jurisdição da fonte reditícia, a sua projecção no país da residência é alcançada por via de uma determinação ulterior dos gastos e rendimentos, alicerçada numa disciplina que posiciona o estabelecimento e empresa enquanto realidades independentes¹⁵⁸. A transversalidade do princípio da entidade funcionalmente distinta, na sua conjugação com a plena concorrência, é, deste modo, e quando observada a realidade do estabelecimento estável, manifesta, tocando todos os quadrantes de uma empresa autónoma.

Dirimida a teorização da entidade distinta, é mister referir os pontos de discórdia, quando entendido o estabelecimento estável enquanto configuração autónoma. Desde logo, perpassa o contraditório ínsito à designada teoria da “independência restrita”, que atinge o próprio cerne da natureza do estabelecimento estável.

imposição formal relativamente ao contexto em que se enquadrariam este tipo de figuras. Por outras palavras, a ficção jurídica, que ampara a noção do estabelecimento, adequa-se tanto a uma ideia de referência de incidência subjectiva de imposto, como a uma matriz que abre espaço à aplicação do princípio de plena concorrência. Tal como o autor enuncia, a partir do momento que existe uma conjugação entre uma entidade que, para todos os efeitos práticos, é autónoma, e uma concepção que percepção uma operação em termos económicos, deixam de existir motivos para a inaplicabilidade do princípio da plena concorrência.

¹⁵⁸Situação que, conforme o mesmo autor retrata, poderá levantar problemas ao nível da dupla tributação jurídica internacional. Bastará apontar que, a um gasto incorrido pelo estabelecimento ou pela empresa, corresponderá um respectivo ganho numa dessas entidades. Ora, a uma correcção ao lucro tributável da empresa ou do estabelecimento, deverá ser associado um ajustamento de sentido diverso na outra parte da empresa, de forma que o valor resultante da aplicação do princípio da plena concorrência seja reflectido fiscalmente em todas as partes intervenientes na operação visada. O que J.M.CALDERÓN CARRERO aponta, não é mais que a aplicação do nº 2 do artigo 10º, do MCOCDE, às transacções constituídas entre o estabelecimento e a empresa, do mesmo modo que o preceito visiona as operações entre empresas associadas. É, aliás, no mesmo sentido, que postula o artigo 7º, nº 3. Por outras palavras, todas as consequências da observação da plena concorrência são passíveis de serem introduzidas, nos mesmos moldes, à realidade do estabelecimento estável.

Precisando, foram explorados, até ao momento, os ditames da designada “independência absoluta” (“absolute hypothetical independence”)¹⁵⁹, enquanto matriz representativa da aplicação do princípio da plena concorrência ao contexto do estabelecimento estável. Sintetizando, a ordem de análise postula que as relações com a empresa mãe sejam sindicadas ao nível de verdadeiros contratos constituídos entre as partes, sem prejuízo da carência de um substrato formal que titule essa ligação¹⁶⁰.

Por oposição, a aludida independência restrita do estabelecimento estável sustenta a discussão, na circunstância de estarmos perante partes da mesma realidade. Ora, a perspectiva enfatiza a redundância, ou mesmo a impossibilidade, que consubstancia o exame às transacções efectuadas entre a mesma empresa¹⁶¹. Mais propriamente, entraríamos num campo de total irrelevância dos pagamentos realizados, quando a sua origem esteja associada à existência de um estabelecimento estável¹⁶².

As estruturas dos dois raciocínios entroncam no problema mais concreto da atribuição de lucros, plasmado no artigo 7º, do MCOCDE. As incongruências resultariam da interacção dos nº 1, 2 e 4. M. KOBETSKY (2006:412 e ss) elucida sobre o paradigma que deve mediar o acervo de convenções actualmente ratificadas, qual seja, a simplicidade, ou nos termos do autor «*clear, unambiguous and interpreted consistently*»¹⁶³. A consistência desta abordagem seria fundada na ambiguidade da expressão «Os lucros de uma empresa» incluído na norma do artigo 7º, nº 1. Ora o ponto de ordem do entendimento reportar-se-ia, precisamente, ao referencial de

¹⁵⁹Cfr. P.R. PEREIRA (2010:157).

¹⁶⁰Ou seja, em absoluta consonância com o tratamento prescrito para as subsidiárias. Nesse sentido, veja-se P.BAKER e R.COLLIER (2006:36), B.SILVA (2013:51) e M.KOBETSKY (2006:414). M.DURO TEIXEIRA (2007:38 e 39) advoga uma ligeira cedência a este paradigma.

¹⁶¹Nesse sentido, M. HIRCHBOK (2003:416)..

¹⁶²Seria sob esta perspectiva que, de acordo com J.SÉRGIO RIBEIRO (2010:455 e 456), seriam mais visíveis as virtudes deste sistema. Com efeito, o autor realça que deixariam de ser necessários os preços de transferência, ou métodos como a subcapitalização e a imputação de lucros de sociedades não residentes. Ainda, e como o método postula um nível de determinação reditício consolidado, seriam, por essa via, ultrapassados os putativos problemas colocados no domínio da transferência de prejuízos dentro do grupo, ou entre a sociedade-mãe e as suas sucursais. Mais, ao nível do combate à evasão fiscal, para as administrações fiscais, o método resultaria em ganhos de eficiência, porquanto a detecção passaria a incidir sobre a mobilidade de factores, como a deslocação de trabalhadores ou equipamentos, ao invés da manipulação de operações contabilísticas.

¹⁶³Verdadeiramente, o autor não cinge a sua observação a uma mera perspectiva de harmonização interpretativa. A posição de base de M.KOBETSKY é amparada, do mesmo modo, a partir do carácter nefasto que pondera um critério de repartição de lucros, incidente sobre uma mesma realidade. Economicamente, não haveria fundamento para a contabilização de lucros ou gastos em função de uma referência geográfica, o que permite ao autor inferir que qualquer julgamento sustentado neste tipo de raciocínio padeceria, necessariamente, de uma matriz fortemente arbitrária.

atribuição dos ganhos, ou seja, a empresa, enquanto parâmetro tomado no seu todo¹⁶⁴. Por outras palavras, como o negócio/actividade seria o mesmo em todas as partes dessa empresa, a metodologia de imputação dos rendimentos deveria reflectir uma forma de distribuição uniforme. A necessidade de repartição surgiria, apenas, em função do imperativo inserto no nº 1 do artigo 7º, ou seja, a partir da exigência que uma fracção desses ganhos fosse conferida ao estabelecimento estável. As consequências práticas deste ponto de vista teriam, como efeito, a desconsideração fiscal das transacções efectuadas entre as partes da empresa, valendo, para os eventuais ajustamentos, as relações instituídas com outras empresas associadas, obrigadas a transparecer o princípio da plena concorrência¹⁶⁵. A caracterização do alinhamento só ficaria completa com uma disciplina que permitiria efectuar uma partilha de lucros. A redacção precedente à revisão do MCOCDE de 2010, do artigo 7º, nº 4, contemplaria a solução através do denominado método de repartição indirecta (“fractional apportionment”¹⁶⁶). Em traços genéricos, a divisão de rendimentos, entre as partes da empresa, seguiria um procedimento que partiria de um apuramento global, a ser segmentado, posteriormente, pelas suas unidades (sede e estabelecimentos estáveis). Por estimativa, a forma de aferir da rendibilidade do estabelecimento estável passaria pela análise às disposições de cada um dos Estados Contratantes, que orientariam a

¹⁶⁴H.HAMAEKERS (2002:34 e ss) frisa que o princípio da plena concorrência seria uma referência disfuncional, quando verificado do ponto de vista da realidade do estabelecimento estável. Desde logo, assentando o seu enfoque na base da contabilidade separada, a lógica de análise seria sustentada nos putativos *dealings* efectuados entre as partes da empresa. Ora, a perspectiva não tomaria em apreço a globalidade dos resultados do grupo, onde estabelecimento estável pontificaria como apenas um dos elementos. Seria errada a assumpção que todos os estabelecimentos estáveis, bem como cada subsidiária, conduziram as suas operações de modo análogo às restantes empresas independentes, nas suas transacções com as entidades relacionadas dentro do mesmo grupo. Aliás, essa ponderação seria, mesmo, contraditória, com a natureza dos agrupamentos económicos, os quais revelam-se, antes, vocacionados para uma concentração de sinergias, sendo que um desiderato amparado na sua divisão, como se perfila o princípio da plena concorrência, evidencia um encadeamento contrário a este tipo de estruturas.

¹⁶⁵Cfr. B.SILVA (2013:48 a 50).

¹⁶⁶H.HAMAEKERS realça, particularmente em relação ao método do preço comparável, que, em termos objectivos, o sistema assentaria essencialmente na mesma base presuntiva. No seu cerne, o sistema postula um imperativo que consiste na observação, de um ponto de vista comparativo, entre o preço praticado no seio de entidades relacionadas e independentes. Na determinação desta variável, a metodologia não procura transacções específicas, mas antes um feixe de situações que agrupam resultados gerais, técnicas de amostragem ou parâmetros estatísticos. Por outras palavras, a lógica não busca a precisão, mas tão-somente uma aproximação verosímil. Esta latitude seria tanto mais alargada nas transacções intra-grupo, em face das singularidades próprias deste tipo de operações, ou seja, da dificuldade em obter referências semelhantes praticadas em empresas independentes.

forma de cálculo de lucros nestas situações, mas cuja determinação seria influenciada pelas directrizes aduzidas nos comentários ao MCOCDE¹⁶⁷.

Uma primeira justificação para a aplicação do “single entity approach”, enquanto alternativa técnica, além de se perfilar como o reflexo mais genuíno da realidade empresarial unitária, de que o estabelecimento estável faria parte, encontraria uma primeira justificação na viabilidade prática da sua aplicação. Desde logo, os sectores susceptíveis à integração empresarial e, desse modo, com maior exposição às soluções do artigo 7º, padeceriam, de forma crónica, de parcas variáveis comparáveis¹⁶⁸. As consequências práticas far-se-iam sentir logo na irrelevância fiscal da transferência de fundos e activos no seio da empresa. Já no que concerne à consideração dos gastos, perante a ablação de qualquer resultado derivado das operações entre o estabelecimento e a empresa, a sua fixação surgiria no seguimento de um apontamento anterior, a esta realidade abrangente, pelo que o custo histórico afigurar-se-ia como a forma mais adequada de permitir a ligação a um referencial necessariamente externo¹⁶⁹.

É um entendimento que colhe algumas preferências entre a doutrina nacional. A.P.DOURADO (1996: 109 a 111) coloca a questão da irrelevância dos pagamentos efectuados pelo estabelecimento estável, ao nível dos lucros não realizados pela empresa. A autora realça que uma primeira observação ao artigo 7º, nº 2 do MCOCDE, permitiria concluir que os rendimentos não realizados pela empresa poderiam ser, contudo, reflectidos na base tributária do estabelecimento estável, pelo que as

¹⁶⁷Cfr. E. REIMER (2012:161 e ss) e F.A.VEGA BORREGO (2006:44). Sobre os métodos de arguição dos rendimentos a serem imputados aos estabelecimentos estáveis, induzia o § 54 dos Comentários ao MCOCDE de 2008, três categorias principais, que seriam os pontos indicativos no cálculo destas quantias: um primeiro agrupamento diria respeito ao volume de negócios; o segundo, aos salários pagos (neste particular, E. REIMER adverte que o número de funcionários adstritos ao estabelecimento ditaria algumas coordenadas relevantes na distribuição dos lucros); e o terceiro reportar-se-ia ao quinhão do fundo de maneio que estaria atribuído à sucursal.

¹⁶⁸A.P.DOURADO (1996:107) esclarece sobre as dificuldades de sindicatizar os preços de transferência praticados internamente, mormente quando observados os produtos e qualidades transaccionados, bem como os termos de venda, que obedecem, por regra, a meandros diferentes dos visionados nas relações entre empresas não vinculadas. Maiores entraves se colocariam a um juízo, nesta sede, porquanto a ponderação sobre a licitude da operação deveria, ainda, atender ao contexto concorrencial onde o grupo fosse inserido, ou seja, as decisões poderiam justificar-se perante um enquadramento que fosse um reflexo da tentativa de fortalecimento da posição da empresa. No mesmo sentido P.R.PEREIRA (2010: 178 e 179), alerta que a falta de informação, neste âmbito, entre empresas e administrações poderão resultar numa conformação fortemente casuística, tanto atentatória do princípio da segurança jurídica, como profícua ao litígio fiscal. Esta situações serão tanto mais potenciadas quanto maior o grau de complexidade das transacções ou dos bens ou serviços em revista, onde a autora destaca os rendimentos derivados de *royalties*, cedência de *Know-How* e assistência técnica.

¹⁶⁹Cfr. M.KOBETSKY (2006:414 e ss)

consequências fiscais da operação apenas seriam retratadas no país da origem dos ganhos. Dito de outra forma, a diferenciação “identitária” entre partes da empresa consentiria a formação desta nova realidade: lucros não realizados da empresa¹⁷⁰. Na prática, esta solução deixaria apartado o Estado de residência da concorrência imediata destes ganhos. Assente neste pressuposto, e na perspectiva de um maior equilíbrio de divisão de receitas entre Estados, A.P.DOURADO preconiza uma enunciação restritiva da independência do estabelecimento estável, isto é, apenas no momento do apuramento do lucro da empresa, seriam esses rendimentos compartilhados pelas suas partes. Por sua vez, P.R.PEREIRA (2010: 181 e ss) apresenta uma posição ambivalente mas, de modo nenhum, antagónica. Reconhecendo que o princípio da tributação unitária seria o equivalente mais próximo da realidade empresarial e, portanto, da realidade económica que deve enformar o grupo, a autora não deixa de frisar, da mesma forma, a difícil contextualização prática do princípio da plena concorrência, na acepção do seu campo privilegiado de aplicação, mais propriamente ao domínio dos grupos empresariais, onde a propensão para a manipulação de preços seria manifesta e facilitada pela gestão integrada das suas unidades¹⁷¹. Deste ponto de vista, ou seja, da duvidosa necessidade de individualização das partes da empresa, na fase de repartição dos lucros, a autora concede que a posição de A.P.DOURADO seria a mais adequada no sentido de uma separação mais rigorosa dos réditos a atribuir a cada jurisdição.

A divergência que P.R.PEREIRA denota, ocorre quando olhada a etapa anterior a essa distribuição, ou seja, na concretização do princípio. De facto, a autora explicita que a tributação unitária, enquanto realidade tomada na sua abstracção, cederia perante a descoordenação actual de métodos adoptados pelos eventuais Estados abrangidos, o que significaria que, na prática, para além de vincular as entidades à manutenção de dois sistemas de cálculo de lucros distintos, geraria um perigoso potencial de situações de dupla tributação ou, ao invés, de inexistência de incidência fiscal, fomentadas pela duplicidade de critérios utilizados nas diversas jurisdições¹⁷². Neste particular, e

¹⁷⁰É uma ansiedade partilhada por P.BAKER e R.COLLIER (2009:200 a 210). Os autores elucidam o problema através de um exemplo. Na circunstância de uma transferência de inventários entre uma fábrica situada em França, para um armazém no Reino Unido, a teoria da independência considera que estamos perante uma operação tributável, sujeita ao princípio da plena da concorrência. Ora, o mesmo movimento não mereceria a mesma atenção no caso do transporte, dos mesmos inventários, entre uma fábrica em Paris, para um armazém em Toulouse.

¹⁷¹No mesmo sentido J.SÉRGIO RIBEIRO (2010:454).

¹⁷²No mesmo sentido F.A.VEGA BORREGO (2006: 46). O autor adverte que os Estados envolvidos necessitariam de determinar o lucro global de forma uniforme. Ora, esse objectivo apenas seria realizável

referimos nós, a concepção sujeita-se aos exactos riscos da teoria independência absoluta do estabelecimento, pelo que nada acrescenta, em termos de simplificação, à dita posição. A este posicionamento global, enquanto espaço revelador da necessidade agregadora de interesses e, sobretudo, de meios de cooperação, ainda seguindo a autora, seria complementado pelas dificuldades técnicas sentidas, desde logo, na definição do lucro global da empresa. Esta singularidade seria, também ela, um pólo de desacordo entre os vários Estados, tanto pelas fórmulas fiscais específicas e desarticuladas de cada um dos sistemas, como pelas diferentes referências contabilísticas que proliferariam nas diferentes extensões virtualmente abarcadas. Mais, P.R.PEREIRA chama a atenção para a desconformidade substantiva da solução. Se o enquadramento permite uma melhor percepção da estrutura genérica da empresa, a debilidade do conceito revelar-se-ia na desconsideração dos diversos contextos onde a empresa estivesse inserida. Por outras palavras, esta entidade totalitária e absorvente tenderia a ignorar as várias realidades concorrenciais e de mercado, mais localizadas e conexas com as funções outorgadas às suas partes.

Não podemos deixar de aderir às últimas observações. Se o plano da eficácia seria uma das valências superlativas da tributação unitária, determinado pelos obstáculos práticos do princípio da plena concorrência, o eco das ineficiências da operacionalidade de um sistema gizado nesses moldes era já, em 1973, sancionado por parte de M.L. CORREIA E VALE (1973: 7 e ss)¹⁷³. Sumariando os termos, a autora questionava sobre os dédalos

mediante um acordo prévio, que permitisse estabelecer as bases para o fraccionamento e atribuição dos rendimentos às diferentes partes da empresa. J.SÉRGIO RIBEIRO (2010: 475) frisa, a este propósito, que a aplicabilidade do método unitário estaria subordinada a uma verdadeira mudança de paradigma, nomeadamente através da celebração de um tratado multilateral, que viesse substituir a rede de convenções bilaterais actuais.

¹⁷³Sem prejuízo dos comentários da autora incidirem sobre as disposições do artigo 7º do MCOCDE, M.L.CORREIA E VALE formula um paralelismo com o regime vigente ao período do seu escrito, mais propriamente o Código da Contribuição Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45 103, de 1 de Julho 1963. A pertinência do confronto entre os dois métodos ocorria em face da divergência de regimes entre os sujeitos passivos sujeitos às regras de incidência da Categoria A, que indicava a tributação com base nos lucros efectivamente obtidos e calculados em conformidade com o resultado contabilístico (artigos 6º nº 1, e 22º e ss, do mencionado Diploma) em oposição com as regras de determinação do rendimento colectável da Categoria B, assentes sobre rendimentos presumivelmente auferidos, cuja aplicação subsidiária ocorreria nos casos de impossibilidade de avaliação dos ganhos em face da escrita do sujeito passivo (artigos 6º, nº 2 e 55º e ss). A autora denominava o modo de cálculo ínsito à Categoria A de método directo. Independentemente dos entraves pragmáticos ao regime regra, em grande medida motivados, conforme realça M.L.CORREIA E VALE, pela inexistência de um sistema de normalização contabilística (que só viria a ser aprovado em 1977), a observação permite concluir uma teoria geral deste sistema, que seria amparada nos resultados da contabilidade, eventualmente corrigidos, em conformidade com as regras fiscais.

que permitiriam concluir acerca da importância relativa do estabelecimento estável no contexto da empresa¹⁷⁴. São incertezas, inclusivamente, partilhadas pelos Comentários ao MCOCDE, de 2008, no seu § 55, quando infere os constrangimentos associados à avaliação de um sistema de cálculo do lucro global da empresa, nomeadamente na sua harmonização com as disciplinas locais de apuramento do lucro das partes da empresa, que seriam os critérios primeiros na determinação dos rendimentos.

Ainda, falamos de uma solução que advoga, como referencial único, o emprego de métodos indirectos. Não cumpre, nesta sede, uma abordagem profusa ao tema, mas é possível aferir que seria esta a matriz essencial do alinhamento. Desde logo, e recorrendo aos mesmos Comentários, o § 52 referia expressamente que a aplicação do anterior artigo 7º, nº 4 do MCOCDE, defendia que a segmentação dos lucros seria efectuada por meio de estimativas, assentes em determinadas fórmulas. Aliás, sobre a natureza presuntiva da tributação unitária, J.SÉRGIO RIBEIRO (2010:472 a 475) adverte, a este respeito, que o rendimento de cada estabelecimento estável, ou mesmo os ganhos globais da empresa, não encontram um reflexo absolutamente idêntico em sede fiscal, ou seja, ao nível rendimento tributável. De facto, este sistema de distribuição estaria a montante do facto tributário, isto é, das regras de incidência de cada Estado que estivesse potencialmente abrangido por uma competência tributária sobre esses rendimentos. Por outras palavras, os montantes a tributar em cada uma das jurisdições só estariam determinados após a repartição encetada por este sistema. Deste modo, é compreensível que o autor conclua que a expressão económica dos ganhos não seja espelhada de uma forma quantitativamente exacta e similar no foro fiscal. Ora, neste âmbito, e independentemente do ponto de partida de análise perfilar-se ao nível de regime nacional, mormente da observação das disposições insertas no artigo 85º, nº 1, e 87º, ambos da LGT, ou a partir da orientação instituída na norma precedente à revisão de 2010, no artigo 7º, nº 4 do MCOCDE, em todas estas directrizes, subjaz a subsidiariedade na aplicação desta metodologia. Dirimidas as dificuldades práticas que, também atingem o princípio unitário, e sendo esse o sustentáculo essencial que justificaria uma alternativa ao sistema vigente, julgamos que a viabilidade da solução, que, em concreto, abandona a determinação dos lucros com base no rendimento real das

¹⁷⁴A título de exemplo, e da mesma autora: qual a documentação necessária para a fixação do conjunto de rendimentos a atribuir às diferentes partes da empresa; ou o sistema que deveria ser utilizado nos casos de desfasamento de funções prosseguidas pelas várias partes da empresa; ainda, e na sequência da indeterminação do sistema de distribuição de lucros, qual seria o critério de repartição a encetar aquando da liquidação do estabelecimento estável.

empresas, em face da desconsideração dos elementos contabilísticos¹⁷⁵, encontra acrescidas dificuldades a um posicionamento que o coloque como referência fundamental neste âmbito.

No encadeamento deste raciocínio, julgamos evidente a apologia ao desvirtuamento do princípio da fonte. Com efeito, e no seguimento das reflexões de P.R.PEREIRA, assistimos à renúncia da ponderação focalizada na conceptualização da tributação amparada na localização reditícia. Na prática, a referência é transferida para um grau de observação relacional, ou seja, para a concorrência das partes no conjunto da empresa. O que significa que é abandonada a equivalência entre o facto tributário e o rendimento percebido, de tal modo que o montante sujeito a incidência é o produto da aposição de uma grandeza que retrata o peso relativo de cada unidade da empresa, e não o efectivo rendimento gerado por essas mesmas partes. Deste prisma, e tendo presente que a estruturação do estabelecimento estável é concebida, precisamente, de forma a “fixar” a tributação na origem do ganho, é apreensível que o método unitário promove

¹⁷⁵Em termos técnicos, e fazendo apelo ao regime nacional, J. CASALTA NABAIS (2009:295 e ss) parametriza a norma do artigo 87º da LGT, em três vectores de referência que justificariam o recurso a métodos indirectos: a tributação pelo rendimento normal, apoiada em regimes simplificados; impossibilidade de comprovação e quantificação directa por via dos elementos contabilísticos; e uma tributação normal secundária despoletada a partir da verificação de desvios significativos aos lucros, para menos, ou perante a evidência de manifestações de fortuna. Esclarece o autor que, verdadeiramente, apenas a impossibilidade de comprovação contabilística materializaria as situações de determinação da matéria colectável por métodos indirectos. O contraponto far-se-ia com os aludidos processos amparados numa análise aos rendimentos normais, que partilhariam a desconsideração do rendimento real, em face da falta de referência à escrita da empresa, mas que, do mesmo modo, não tomariam a mesma metodologia de apuramento descrita no artigo 90º, nº 1 da LGT. A compreensão do sistema doméstico é um auxiliar útil para o entendimento da definição do sistema unitário concebido no anterior artigo 7º, nº 4 do MCOUDE. Nesta sede, F.A.VEGA BORREGO (2006:43 e ss) esclarece que o método recorre ao denominado “*fractional apportionment*”. Por oposição ao “*separate accounting system*”, a metodologia prescreve que a determinação dos lucros será corporizada através de um exame à “capacidade contributiva” do estabelecimento estável, tomado na perspectiva integrada do lucro da empresa. Sendo certo, conforme adverte o autor, que as dificuldades na procura de um critério exacto de repartição desses rendimentos é manifesta, esses obstáculos surgem na sequência da ausência do conjunto de elementos que a contabilidade providencia, no sentido da individualização das partes que compõe o conjunto da realidade empresarial. A tributação unitária partilha, deste modo, algumas semelhanças com o regime doméstico, desde logo pelo afastamento do princípio da tributação pelo rendimento real. A analogia seria mais precisa quando associada à dita tributação pelo lucro normal. Neste prisma, conforme esclarece J.SÉRGIO RIBEIRO (2010: 260 e 261) a determinação do rendimento colectável assenta numa relação de probabilidade entre os elementos conhecidos e o rendimento que se pretende apurar. Do mesmo autor (2010:474), é perspectivada uma similitude de metodologia entre o “*fractional apportionment*” com os indicadores objectivos presentes no regime simplificado nacional. No fundo, o primeiro só poderá ser operacionalizado a partir do desenho de determinadas grandezas que alteram o rendimento global, de um modo que o rendimento colectável surge enquanto uma realidade diversa, adveniente, precisamente, da aplicação de fórmulas, tal como no regime simplificado que, à época do escrito do autor, reportavam-se aos artigos 28, nº 2 do CIRS e 53º, nº 1 do CIRC.

um desfasamento entre a posição do sujeito passivo e a atribuição do ganho correspondente¹⁷⁶. Ainda neste domínio, F.A.VEGA BORREGO (2006:41 e 42) esclarece que o argumento da realidade empresarial cede em face da natureza do estabelecimento estável. Sendo certo que, tanto as legislações domésticas como o sistema de tributação internacional firmado no MCOCDE inferem uma metodologia, ao nível da incidência de imposto, baseado numa concepção formal dos sujeitos passivos, mormente na necessidade de uma personalidade jurídica própria, o que impossibilitaria uma percepção ajustada da noção de empresa. Dito de outra forma, o paradigma jurídico não revelaria uma verdadeira aderência à realidade económica. Ora, o autor adverte que o estabelecimento estável seria uma excepção a esse entendimento, agrupando no mesmo grupo de tributação, partes da mesma realidade, na acepção integrada da empresa, sem a obrigatoriedade de criação de uma entidade que, substancialmente, estaria assimilada no mesmo ajuntamento económico. Partindo deste esclarecimento, e descendo à dicotomia entre os dois métodos, o sistema unitário não seria a tradução de uma visão englobante empresarial. Essa percepção seria apanágio da natureza do estabelecimento estável. As metodologias em discussão perfilam-se, apenas, como processos de operacionalização da distribuição de lucros dentro da mesma empresa, ou seja, não lhes advém qualquer imanência económica. Daí que seja compreensível que a repartição directa promova uma imagem mais fiel sobre a procedência dos rendimentos, na mera percepção finalística de um procedimento, que almeja, precisamente, a imputação objectiva dos ganhos às diferentes partes da empresa.

Finalmente, é mister frisar que a solução unitária não quadra com as vigentes orientações, tanto do MCOCDE, como da norma firmada no art. 54-A, nº 3 do CIRC¹⁷⁷.

¹⁷⁶Conforme repara P.R.PEREIRA (2010:186), o método unitário poderia originar situações de tal forma paradoxais, que, eventualmente, conduziriam a que o lucro tributável fosse enfatizado ao ponto de eliminar os prejuízos fiscais que uma empresa tivesse efectivamente incorrido, se perspectivada do ponto de vista de uma unidade autónoma. Com este apontamento, a autora pretende alertar que o método pecaria ao omitir um sistema de compensação que permitisse a uma empresa, na hipotética situação de apresentar prejuízos fiscais, ou simplesmente quando deparada perante o apuramento de um lucro tributável superior ao que resultaria do sistema de tributação independente, aproveitar dessa situação na metodologia unitária. Isto porque seria esse o saldo entre gastos e rendimentos que lhe seria objectivamente imputável. Ora, isso significaria que a exigência desse equilíbrio deveria ser, necessariamente, planeada ao nível interno do grupo, com todos os custos de gestão associados, tanto mais problematizados pela maior autonomia que fosse conferida às diferentes partes envolvidas.

¹⁷⁷Em bom rigor, conforme elucida J.SÉRGIO RIBEIRO (2010:477 e 478), as versões anteriores à revisão de 2010 estipulavam duas condições para a aplicação do modelo unitário: a primeira, que fosse método usual no Estado contratante; a segunda, que a distribuição dos lucros fosse realizada de acordo

De facto, em relação ao primeiro, a supressão da anterior versão do artigo 7º, nº 4, é bastante elucidativa do rumo actual balizado pela referência internacional. Numa clara referência à tributação autónoma do estabelecimento estável, o § 41 dos Comentários à redacção do MCOCDE de 2010, replicam a proeminência deste sistema nas relações constituídas com as outras partes da empresa, inferindo, inclusivamente, que o modelo unitário pecaria na sua conformação com o conceito da plena concorrência. Julgamos manifesto que estamos perante uma afirmação de princípio¹⁷⁸. Ora, o artigo 54-A, nº 3 do CIRC, não é mais que uma réplica desse mesmo entendimento instituído no artigo 7º, do MCOCDE. A similitude é evidenciada na expressa dissociação entre o lucro tributável do estabelecimento estável, em relação à matéria colectável da entidade residente, corporizada, mais propriamente, na última parte da aludida norma¹⁷⁹. Este argumento, atinente à actualidade das soluções tem, para o nosso estudo, um peso relativo da maior importância. Em linha com algumas das nossas considerações subsequentes, e num objecto que perpassa uma aproximação predominantemente relacional, a constatação de uma equivalência no tratamento dogmático das figuras,

com os parâmetros estipulados no artigo 7º. Quanto ao primeiro requisito, o autor observa o caso da Suíça, que utiliza o sistema da repartição unitária, como modo de distribuição dos rendimentos totais de uma sociedade pelos estabelecimentos estáveis situados nos seus diversos cantões. Já no que diz respeito ao segundo pressuposto, J.SÉRGIO RIBEIRO esclarece que, na prática, e perante a obrigatoriedade de qualquer resultado de divisão dos ganhos obedecer aos parâmetros da contabilidade separada, por remissão directa do precedente nº 4, para o nº 2 do artigo 7º, esta circunstância inviabilizava qualquer lógica inerente à prossecução de uma forma de determinação dos lucros do estabelecimento estável, que não fosse o método de tributação autónomo. No mesmo sentido K.VOGEL (1999: 445).

¹⁷⁸No mesmo sentido, M.BENNET (2011: 31) e B. SILVA (2013: 72 e 73).

¹⁷⁹E não só. A norma nacional precisa uma obrigatória articulação entre as correcções derivadas da aplicação do princípio da plena concorrência no estabelecimento estável, ou seja, na concorrência dos gastos incorridos no residente nacional. O que significa uma correspondência do sentido inverso aos rendimentos apurados fora do nosso território. Também neste particular, a regra do artigo 54-A reflecte uma posição similar ao vigente artigo 7º, nº 3 do MCOCDE. A este propósito M.BENNET (2011: 29 a 31) esclarece que a regra do MCOCDE, estipula uma necessária consonância dos resultados da aplicação do princípio da plena concorrência, nos dois Estados envolvidos na tributação do estabelecimento estável. É apreensível que uma falta de harmonização de soluções é propensa a situações de dupla tributação. Por outras palavras, não poderiam ser invocados diferentes pontos de análise do aludido princípio, em cada uma das jurisdições, e que, conseqüentemente, conduzissem a diferentes entendimentos. Contudo, a autora adverte que a noção delimitada no artigo 7º, nº 3, não enuncia uma matriz orientadora da qualificação das operações sujeitas ao princípio da plena concorrência. Dito de outra forma, a norma não estipula os critérios que devem presidir à consideração dos rendimentos ou gastos. Estamos, ao invés, perante mais uma solução que pretende sinalizar os meandros de repartição dos lucros entre estabelecimento estável e a empresa. Deste modo, e como as divergências de interpretação, em cada uma das jurisdições, podem destoar a simetria dos reflexos nas correcções efectuadas no seguimento da aplicação do princípio da plena concorrência, a autora adverte que o artigo 7º, nº 3 traria uma remissão expressa para o procedimento amigável do artigo 25º, situação que não seria mais que a replicação da solução adoptada no artigo 9º, nº 2.

permite deduzir que a estruturação da noção doméstica é desenhada em moldes que definem o estabelecimento estável como uma realidade separada da empresa residente, nos mesmos termos sobreditos para a entidade descrita no artigo 7º do MCOCDE.

Fica, deste modo, escrutinada uma das variáveis chave da nossa investigação, qual seja a percepção do estabelecimento estável, no actual regime (e na perspectiva de um paradigma transversal), enquanto extensão do residente situado fora do território nacional (ou, para todos os efeitos, do posicionamento num espaço fiscal não português de uma parte da empresa) mas que, do mesmo modo, lhe outorga uma prerrogativa autónoma na concepção dos seus lucros. Serão, de seguida, observadas as possíveis interacções ao nível último, isto é, no que às derivações ulteriores ao apuramento de rendimentos concerne, mormente na comparação entre esta teorização, complementada pelo opção conferida no artigo 54-A, nº 1 do CIRC, e a conceptualização de uma empresa dominada por uma entidade portuguesa.

2. Confronto de regimes e figuras: o artigo 51º e 54-A do CIRC

2.1 O dividendo, nos termos do artigo 10º do MCOCDE: distinção entre entidade distribuidora e beneficiária

Foi, até ao momento, compaginada uma organização geral dos elementos estáticos e dinâmicos da noção do estabelecimento estável, delimitados a partir dos artigos 5º e 7º do MCOCDE, respectivamente. No seguimento, importa principiar o exame relacional das noções delineadas, sobretudo no seu confronto com os padrões gizados nas soluções do regime português. O apelo aos comandos normativos descritos nos artigos 51º e 54-A, do CIRC, é premente.

Do último, já foram escalpelizados os meandros do seu nº 3, mormente quando observada a sua corporização na figura da entidade distinta e separada da empresa nacional. Contudo, a análise só fica completa quando composta com a norma presente no nº 1. Dispõe a regra acerca de um regime de opção, no que concerne à concorrência dos lucros e prejuízos fiscais apurados no seio do estabelecimento estável pertencente ao residente em território português. Desde logo, é evidenciada uma mudança de paradigma, ou seja, ao automatismo do precedente reporte dos resultados fiscais do estabelecimento estável, opõe-se a presente versão optativa de imputação de ganhos e prejuízos líquidos do imposto apurado no estrangeiro.

A complementaridade das orientações é delimitada pelos dois momentos de referência contidos em cada uma das normas. Mais propriamente, no nº 3, ressalta a autonomização da determinação dos rendimentos a conferir ao estabelecimento estável, isto é, numa perspectiva desligada da empresa portuguesa. O nº 1 parametriza o momento subsequente, tomado nos reflexos dessa independência no ordenamento nacional, através da sua irrelevância no lucro tributável do residente, quando ocorra uma manifestação de vontade nesse sentido. O alicerce do entendimento é o mesmo: o estabelecimento estável na acepção destacada da empresa nacional. A coerência é, para nós, manifesta.

Mas o artigo 54-A surge no âmbito do complexo normativo mais vasto da “participation exemption”. O Anteprojecto da Reforma do IRC (2013:124 e 128) aborda a temática do ponto de vista da filial e do princípio firmado na eliminação da dupla tributação económica. O raciocínio é sustentado numa lógica de aproximação

com o tratamento moldado para as sucursais, amparada na mesma revista sobre as ocasiões determinantes da tributação dos ganhos com uma origem fora do território nacional. Com efeito, e seguindo os ditames do Anteprojecto, não seria justificada a assimetria corporizada na tributação instantânea dos lucros provenientes dos estabelecimentos estáveis, por contraposição ao diferimento dos ganhos das entidades dotadas de personalidade jurídica, que apenas seria despoletada na respectiva distribuição. A sensibilidade da orientação identificaria, nas palavras do Anteprojecto *«um incentivo fiscal à incorporação de sociedades no estrangeiro, podendo distorcer a decisão do investimento»*.

A intenção da Reforma passaria pela tentativa de equiparação das duas situações, conferindo ao residente uma oportunidade de dilação dos efeitos fiscais advenientes da determinação dos ganhos do estabelecimento estável. Compreende-se a alternativa técnica desenhada, porquanto, e no caso de um somatório positivo ao nível do apuramento fiscal, a empresa portuguesa poderá optar por não reflectir esses montantes na sua matéria colectável, o que na prática, conforme adverte o Anteprojecto, assimila o regime pugnado para os estabelecimentos estáveis ao método de isenção do artigo 51º do CIRC¹⁸⁰. Neste ponto, acrescentamos nós, a única justificação para a não prescrição de uma remissão directa para a aludida solução, decorre da interpretação rigorosa do cânones tradicionais associados ao tratamento fiscal dos rendimentos procedentes de fora do território nacional. De facto, a eliminação de dupla tributação dos lucros do estabelecimento estável não seria económica, mas antes internacional. O que estaria ínsito seria a observação da multiplicação tributária ao nível da mesma entidade, na medida, e conforme já explanado no anterior capítulo, da natureza do estabelecimento estável, enquanto extensão da empresa nacional. A delimitação não é, portanto, alinhada a partir da qualificação do rendimento a tributar. Aliás, no mesmo sentido

¹⁸⁰A necessidade de uma imposição normativa autónoma, enquanto meio para obstar à transmissão directa do rendimento tributável apurado pelo estabelecimento estável, decorre não só de uma teorização integrada da figura com a empresa residente, mas, igualmente, das soluções técnicas traçadas para a tributação desses ganhos no país da entidade beneficiária. J.CARLOS ABREU (2012:134 a 137) elucida que essa circunstância materializa a conjugação de dois corolários: o princípio da tributação universal dos rendimentos auferidos pelo residente, que vincula o reporte dos lucros atribuídos ao estabelecimento estável, determinados em função da ausência de uma personalidade jurídica distinta, em paralelo com a centralização contabilísticas de todas as operações, mesmo quando realizadas fora do território nacional, por referência ao artigo 125º do CIRC. O encadeamento revestiria uma segmentação dividida em dois momentos: a escrituração de todas as operações na contabilidade própria do estabelecimento estável, de modo a possibilitar o apuramento do lucro tributável no país da fonte; seguida da integração de todos os movimentos na contabilidade da sociedade, em Portugal. A fissura proposta pela nova solução visiona-se, precisamente, nesta segunda fase incorporante dos resultados calculados fora do território nacional.

milita o disposto no artigo 54-A, nº 8 do CIRC, ao tomar por menção, precisamente, a desconsideração do sistema de dupla tributação internacional, no caso de exercício da opção prevista no nº 1. O que significa que a sequência natural dos reflexos dos ganhos derivados da actividade do estabelecimento estável é, na sua pureza clássica, directa no seio do residente, isto é, sem a necessidade de uma intermediação através da configuração de um conceito diverso do rendimento tributável, apurado na esfera do estabelecimento.

Tão pouco se perfila este excurso como uma ponderação de somenos. É apreensível a individualização de duas noções distintas, que surgem enquadradas em conformidade com as figuras respectivas: para o estabelecimento estável, os lucros e prejuízos calculados na sua esfera; para uma entidade com personalidade jurídica própria, os efeitos do dividendo. A instituição de um regime opcional vem dotar os primeiros de uma matriz sibilina, por via de uma primeira manifestação de vontade, que se revela como o necessário pressuposto do reporte dos valores apurados pelo estabelecimento. Na prática, para estes casos, assistimos à conceptualização de um acto antecedente aos reflexos dos lucros e prejuízos na empresa portuguesa, ou seja, a uma obrigatória distribuição da componente positiva ou negativa dos montantes determinados pelo estabelecimento estável. Ainda na senda do princípio da entidade independente, a simetria em relação à solução dispensada para as figuras autónomas da empresa portuguesa, segmentada no artigo 51º do CIRC, é inequívoca.

As dissonâncias na parametrização das duas entidades, são preconizadas pela omissão da variável negativa na mesma previsão do artigo 51º do CIRC. Reiterando a ideia separada do estabelecimento estável, que o regime optativo do artigo 54-A, nº 1 do CIRC, apenas vem confirmar, através da renúncia à automática reprodução do rendimento tributável no residente, mal se compreende que, na perspectiva de contiguidade entre as duas entidades que a Reforma pretende incutir, seja formulada a previsão na escolha do reporte de prejuízos originados na actividade do estabelecimento estável, sem um sucedâneo para as situações derivadas das restantes figuras.

Tendo em mente a densificação destas asserções, mormente através de uma observação da dinâmica reditícia, bem como das componentes atinentes à estrutura das filiais e dos estabelecimentos estáveis, será orientada a nossa exposição consequente na concretização dos aludidos elementos.

No seguimento, e atendendo ao primeiro momento, é com acuidade que se observam as considerações de R.MORAIS (2005: 166 e 167). O autor elucida sobre a proposição

tradicional subjacente ao tratamento fiscal conferido aos investimentos realizados, quando verificados do ponto de vista do investidor estrangeiro. Olhando a realidade nacional, haveria uma diferença basilar acerca das consequências derivadas da forma que o investimento assumiria no território português. No caso da constituição de um estabelecimento estável, não haveria qualquer tipo de incidência sobre as retribuições eventualmente percebidas por esse investidor. O que torna singular o exame de R.MORAIS é, precisamente, o modo paralelo como o autor repara nos métodos de repatriamento dos lucros originados numa entidade situada fora do território português. Transcrevemos a sua conclusão: «*Como os “dividendos” distribuídos a não residentes estão, por regra, sujeitos a retenção na fonte, existe um diferente tratamento fiscal da “distribuição de lucros” consoante a forma jurídica utilizada para o titular do investimento*». Desde logo, podemos afirmar que perpassa a individualização de um conceito transversal, no que concerne ao reporte de resultados procedentes de filiais ou estabelecimentos estáveis, qual seja a ideia de “distribuição”. Da mesma feição, é induzido que esse “movimento”, reveste contornos distintos consoante a entidade que proceda a essa mesma “distribuição”.

Colocadas sob a perspectiva do artigo 51º e 54-A, do CIRC, as reflexões delimitam o dito investidor na posição de residente (extensível, na mesma medida, aos estabelecimentos estáveis situados no território português, por via do artigo 51-D, do CIRC), bem como a demarcação do seu investimento num contexto alheio ao território nacional. A identidade do princípio aduzido não é, contudo, desfasada da realidade transparecida a partir do ponto de vista desse investidor português. Bastará apenas observá-lo como beneficiário da distribuição desses rendimentos.

Importa, por isso, dissecar os contornos que enformam as sobreditas “transferências” a favor da empresa portuguesa, demarcadas, conforme já enunciado, a partir da forma da entidade originária desses ganhos. Nesse intuito, julgamos profícua a abordagem ao artigo 10º do MCOCDE, tomado enquanto modelo de compreensão, de tendência universal, que incorpora os parâmetros que consubstanciam o tratamento dos aludidos dividendos¹⁸¹. Recuperando as referências dirimidas por R. MORAIS, o eixo de

¹⁸¹Não obstante, é mister referir que, do artigo 51º do CIRC, não se retira qualquer directriz comparável à norma do artigo 54-A, nº 3, ou seja, não existe qualquer remissão para a ordem definida ao nível do MCOCDE. As razões do nosso enfoque prendem-se, exclusivamente, e conforme sobredito, pelo âmbito abrangente que o instrumento gizado no seio do Comité dos Assuntos Fiscais proporciona, tanto na dogmatização dos conceitos, como na segmentação sobre a interacção dessas noções, num plano que, em consonância com o nosso estudo, abarca menções que contactam com referências transnacionais.

conexão com as mencionadas “retenções”¹⁸², perfila-se ao nível do tratamento conferido pelo país de origem desses rendimentos¹⁸³. G. CORASANITI (2002: 482 e 483) esclarece que o encadeamento proposto pelo MCOCDE formula, nos termos genéricos do artigo 10º, nº 2, uma pretensão cumulativa repartida entre o Estado da Fonte e a jurisdição de residência (*tax sharing*)¹⁸⁴. Seguindo ainda o autor, o que resulta da distribuição potestativa do mesmo artigo é, no seu âmago, a renúncia a uma delimitação de competências entre jurisdições que tome, por matriz, a referência ao país da fonte. O ponto de partida é o ordenamento do beneficiário, sendo a extensão ao Estado da origem uma mera cambiante da regra geral¹⁸⁵. Mas o que mais se destaca na clivagem dogmática que perpassa das diferentes competências atribuídas a cada um dos Estados envolvidos, é a sua base de sustentação, amparada na conceptualização da figura do dividendo enquanto realidade autónoma para efeitos de tributação. Uma observação distinta seria incompatível com a metodologia proposta, que alinha a pretensão originária com um Estado diverso daquele onde o rendimento é gerado. A situação só é possibilitada quando o ganho é destacado da sua entidade produtora, como meio de permitir o seu tratamento diferenciado. O contraponto é vislumbrado na aceção dos rendimentos acolhidos no seio do estabelecimento estável, que, por

¹⁸²Conforme elucida G.CORASANITI (2002: 485), a retenção na fonte é apenas um dos meios desenhados para corresponder à competência de tributação do Estado da fonte. O autor enuncia que nada impede o recurso ao tradicional sistema autoliquidação societário. A retenção na fonte apenas se perfila como um método mais eficiente de pagamento do imposto, impondo sobre a entidade distribuidora e residente essa obrigação. No mesmo sentido, veja-se o § 18 dos Comentários.

¹⁸³No mesmo sentido K.VOGEL (1999:581 a 585). O autor esclarece que o artigo 10º providencia pela divisão de competências de tributação entre os Estados de Residência e da Fonte. Os pressupostos ínsitos à disposição delimitariam os critérios apriorísticos que deveriam presidir a qualquer metodologia de eliminação de dupla tributação económica, sendo que os parâmetros delineados no artigo 23-A e B, do MCOCDE, surgiriam como consequência necessária do imposto suportado a montante. O que K.VOGEL diferencia é, essencialmente, os dois patamares de referência que compõe os elementos caracterizadores da distribuição de dividendos, mormente o artigo 10º, como paradigma para a jurisdição da fonte, e os métodos de crédito de imposto ou isenção, para o ordenamento do país da residência. No mesmo sentido, veja-se o § 21 dos Comentários ao artigo 10º do MCOCDE.

¹⁸⁴No mesmo sentido N.CARMONA FERNÁNDEZ (2012:350).

¹⁸⁵E que cumpre um desiderato essencialmente político. G. CORASANITI observa que a maior ou menor extensão das prerrogativas do Estado da fonte, advém da tensão proveniente da dicotomia estabelecida entre os países tradicionalmente exportadores ou importadores de capital, sendo que os últimos verão os seus intuitos mais enquadrados, naturalmente, numa ampliação das competências de tributação do país da fonte. É uma conclusão que segue a linha dos Comentários ao artigo 10º, mormente no seu § 6. Dispõe a orientação que será mais consentâneo com a natureza dos dividendos, enquanto rendimentos de capitais mobiliários, uma perspectiva de tributação na esfera do Estado do beneficiário. Contudo, uma solução unívoca é, ainda no plano dos mesmos Comentários, irrealista. Ora a dialéctica intuída por G.CORASANITI ajuda a compreender as razões do alargamento à jurisdição da fonte.

inerência, polariza os lucros apurados à jurisdição da fonte. Os cânones tradicionais associados à dinâmica dos dois tipos de ganhos são, deste modo, diversos¹⁸⁶.

Mas toda a estrutura do artigo 10º do MCOCDE, corrobora esta asserção. Desde logo, N.CARMONA FERNÁNDEZ (2012: 350 e 351) chama a atenção para a concepção de uma competência limitada no Estado da fonte, cingida aos restritos parâmetros do nº 2. R.VANN (2003:51 a 53) adianta que uma razão primária para as denominadas “withholding taxes” teria em mente a criação de um incentivo fiscal ao reinvestimento, em prejuízo da repatriação imediata dos dividendos. Seria um fundamento apenas pertinente quando observado do ponto de vista do accionista maioritário, que detivesse o controlo sobre a política de distribuição de dividendos. No entanto, mesmo essa posição é fragilizada quando comparada com jurisdições que, simplesmente, adoptam um sistema de isenção no que respeita à tributação dos dividendos na origem. Ainda do autor, o fiel da balança estaria, verdadeiramente, na definição estabelecida pela jurisdição de residência, nos casos de dupla tributação económica (mormente através do método de isenção, que promove a ablação desses ganhos do rendimento tributável da empresa beneficiária, sem prejuízo do crédito de imposto incidir directamente sobre o imposto pago no Estado da fonte)¹⁸⁷. Seja como for, qualquer das perspectivas não

¹⁸⁶R.VANN (2003:45) elucida que a tributação dos dividendos, conjuntamente com os lucros derivados da exploração de navios ou aeronaves de tráfego internacional, são as excepções a um sistema internacional que assume uma tendência de concentração de todas as prerrogativas fiscais no Estado da fonte/estabelecimento estável.

¹⁸⁷O que não retira a importância da redução do impacto das taxas no país da fonte, no plano do planeamento fiscal das empresas envolvidas. P. MERKS (2011a:460 e ss; 2011b:526 e ss) observa que a valorização da participação social é mensurada a partir dos resultados apurados após a determinação do imposto a pagar. Ora, falamos de uma variável que agrega a totalidade do impacto fiscal associado aos rendimentos que possam advir das posições dos accionistas. Nesse sentido, é possível esquematizar uma pró-actividade “privada”, vocacionada para a redução da porção tributária dispendida na origem dos dividendos. P.MERKS agrupa o que designa de “*dividend withholding tax planning techniques*” em dois conjuntos que partilham esteios comuns. Os primeiros, adoptariam uma série de transacções funcionalizadas, tão-somente, a reduzir ou eliminar a incidência no país da fonte. Sintetizando uma matéria de notória complexidade, e que transcende o âmbito do nosso estudo, porquanto entramos no intrincado universo do planeamento fiscal, as estratégias encetadas passariam por uma primeira distribuição isenta em função da entidade beneficiária. Neste âmbito, o autor destaca a existência de uma entidade intermediária, corporizadas através das “*holdings*” e dos estabelecimentos estáveis, que partilhariam as particularidades de serem entidades dominadas pela empresa residente, bem como da sua localização no país sociedade pagadora. Adstritas à percepção dos dividendos por estas entidades, seria necessária a existência de um sistema de eliminação da dupla tributação económica interna, conjugada com um sistema de reporte que prevê a isenção de tributação no país da fonte. No caso dos estabelecimentos, a aplicação de uma taxa pela distribuição de lucros seria evitada, logo à partida, pelo enquadramento da figura no artigo 7º, ao invés do artigo 10º, ambos do MCOCDE. A *holding* seria um veículo que permitiria a entidade beneficiária aceder a todos os benefícios negados a accionistas minoritários, nomeadamente no confronto das alíneas a) e b), do artigo 10º nº 2 (ou mesmo, no contexto

afasta a percepção do dividendo enquanto noção diferenciada da entidade originária. É uma acepção concordante com a construção que posiciona a proeminência da movimentação, conexa ao dividendo, alheada do país da sua procedência. Aliás, conforme distingue A.XAVIER (2014:652), a competência residual do país da fonte em tributar os dividendos provenientes de entidades residentes, não prejudicaria a incidência, nessa mesma jurisdição, dos lucros apurados pela empresa distribuidora. Ora, falamos de uma delimitação objectiva promovida pelo regime convencional, que tomaria, por referência, a natureza do facto tributário. Mais propriamente, e seguindo ainda o autor, todas as convenções celebradas elucidam que as disposições relativas ao artigo 10º são apenas aplicáveis aos “dividendos distribuídos”, por contraste com os lucros que deram origem aos dividendos pagos, a serem dirimidos na esfera da sociedade distribuidora (é uma realidade que reflecte, na prática, a estrutura desenhada no o § 3, do nº 2 do artigo 10º). Também neste particular, e ainda posicionados sobre o tratamento conferido aos rendimentos apurados na Estado da fonte, o sistema instituído marcaria, segundo A.XAVIER, uma fissura entre o entendimento pugnado para os “lucros distribuídos e os lucros realizados” pela pessoa colectiva, que seriam distintos, não pela forma integrada da sua tributação, mas antes pela incidência subjectiva subjacente às duas qualificações, ou seja, os primeiros seriam tributados na esfera do sócio, ao invés dos segundos, sujeitos a imposto junto da sociedade distribuidora.

Europeu, o enquadramento na directiva mães e filhas exigiria uma participação mínima na entidade distribuidora, como forma de obviar ao mecanismo da retenção na fonte no país de sociedade pagadora, que seria, igualmente, cumprido pela interposição de uma entidade intermediária detida pelo residente beneficiário). A par destas medidas “formais” de planeamento fiscal, e ainda seguindo a exposição do autor, haveria uma diferente padronização deste género de técnicas, visionada a partir de uma verdadeira mutação das actividades das entidades envolvidas. O contraponto com os precedentes cenários estaria, precisamente, na derivação para o cerne substantivo, em prejuízo da centralização do enfoque sobre as operações gizadas com vista à diminuição da tributação no Estado da fonte. A título de exemplo, uma primeira alternativa surgiria a partir da “migração” da entidade pagadora ou beneficiária a favor de países em que não fosse estipulada uma previsão tributária na fonte dos dividendos, ou apenas a transferência para jurisdições com regimes convencionais, celebrados entre os Estados correspondentes, mais favoráveis a este género de incidências. Outro método associado a estes parâmetros “substantivos”, redundariam no denominado *dividend stripping*. A metodologia conexa a estes movimentos passaria por uma transferência temporária das participações sociais de uma empresa residente no Estado A, detidas por uma entidade sediada no Estado B, a favor de uma sociedade localizada no mesmo Estado B. Interligada com esta transmissão, estaria o pagamento de um *fee* (uma remuneração pela privação da detenção das participações sociais), em termos materialmente idênticos à disponibilização dos dividendos, mas que beneficiaria de uma qualificação e tratamentos diverso. A final, as aludidas participações retornariam ao accionista originário.

Tanto mais, a noção de beneficiário efectivo (“beneficial owner”), que percorre de modo transversal o artigo 10º do MCOCDE¹⁸⁸, concretiza uma válvula de segurança de um sistema que traz à colação a tributação na fonte, o que significa que a competência originária pertence ao Estado de destino dos dividendos e, por inerência, à empresa receptora residente. As divergências na interpretação do conceito posicionam-se na definição da referência, que deverá servir de mediação entre a entidade distribuidora e a figura beneficiária. Nesta sede, é possível distinguir duas possíveis aproximações ao conceito¹⁸⁹: uma primeira, decorreria da própria menção à noção de pagamento, inserta nas disposições do artigo 10º¹⁹⁰. Neste caso, o elo de ligação entre a entidade distribuidora e a sociedade receptora seria, precisamente, o pagamento dos dividendos. E.REIMER (2013:259 e 260) descreve o encadeamento de uma forma relacional. Ora, se o beneficiário efectivo será aquele que, conjugadamente, retém e dispõe dos rendimentos de forma discricionária, então a entidade que esteja adstrita a reencaminhar este pagamento, por força de uma relação jurídica em que actue “on account of someone else”, “for someone else” ou “on behalf of someone else” estaria afastada do conceito¹⁹¹. O mesmo autor define uma fórmula simples para conferir esta ligação, e que consiste na indagação sobre quem é o titular da ligação mais próxima com o pagamento dos dividendos. Esta conexão directa permite intuir, desde logo, uma repartição bem definida e separada entre as duas entidades. Ora, o dividendo perfila-se como o correspondente técnico ao pagamento, que, tal como a origem e o destinatário, é assumida como noção apartada de uma derivação imediata do lucro apurado. Neste ponto, e introduzindo a segunda alternativa, A.WARDZYNSKI (2015:182 a 184) adverte para as limitações consequentes de um alinhamento que concentre a interpretação numa observação linear, designadamente no aspecto da imputação directa

¹⁸⁸Mais propriamente os artigos 10º, nº 2, 4 e 5, bem como os artigos 11º, nº 2 e 4, e 12º, nº4, todos do MCOCDE.

¹⁸⁹Cfr. E.REIMER (2013:253 e ss).

¹⁹⁰De tal modo, que A.WARDZYNSKI (2015:179 e ss) apelida este entendimento de “*legal approach*”.

¹⁹¹É a mesma lógica que se inclui no § 12.1 dos Comentários ao artigo 10º, do MCOCDE. Desde logo, a mera transferência de rendimentos para agentes ou mandatários, não encontraria previsão para qualquer tipo de redução ou isenção no Estado da fonte. Dito de outra forma, a residência noutra Estado que não aquele que corresponda à jurisdição da entidade que procede à distribuição dos dividendos, não encontra uma correspondência automática com o conceito de beneficiário efectivo. A observação abstrai do seu âmbito a simples propriedade formal, no sentido do elenco das putativas situações que advenham de qualquer limitação à titularidade do direito sobre os ganhos, ou seja, que tornem o beneficiário imediato um «*mero fiduciário ou administrador que age por conta das partes interessadas*».

do dividendo à entidade directamente endereçada¹⁹². A redução do conceito afastaria, do escopo, o escrutínio sobre os eventuais expedientes evasivos, potencialmente fomentados pela tentativa de acesso a benefícios que, quando verificadas as entidades que verdadeiramente tomariam parte no traçado tomado pelos dividendos, não preencheriam os pressupostos delimitados para o devido enquadramento¹⁹³. Ora, perante esta conceptualização restritiva, o autor conclui que um sistema gizado nestes termos seria, materialmente, um regime de «attribution of income rule rather than an anti-avoidance rule»¹⁹⁴. Melhor se compreende a orientação anti-abusiva do modelo,

¹⁹²E.REIMER (2013: 256 e 257) coloca a questão do ponto de vista da possibilidade de existência de uma pluralidade de beneficiários da distribuição dos dividendos. Apesar de conceder na circunstância da letra do MCOCDE não indiciar a possibilidade de individualizar uma série de beneficiários efectivos, para o autor, não seria menos verdade que uma visão compreensiva do circuito do dividendo permitiria entender o contexto das entidades envolvidas, ultrapassando as condicionantes associadas à natureza parametrizada de cada transferência monetária, que apenas poderia personalizar um designado receptor.

¹⁹³S.RODRÍGUEZ LOSADA (2013:188 e 189) elucida sobre o arquétipo internacional que caracteriza este tipo de condutas, comumente designadas de *treaty shopping*, diligencia no sentido de diminuir, ou mesmo exonerar, as pretensões do país da fonte através do enquadramento numa convenção que, caso contrário, não seria aplicável. Ora, consistindo o abuso numa actuação que afecta o campo de incidência subjectivo, a funcionalização deste tipo de comportamentos encontra o seu denominador comum na interposição de um residente (*conduit company*) num Estado terceiro, que tenha celebrado uma convenção com país de origem dos rendimentos.

¹⁹⁴O sistema formal remonta as suas origens aos primórdios da conceptualização da noção de beneficiário efectivo. A.WARDZYNSKI (2015:180 a 182) e R.VANN (2013:281 a 296) sintetizam os fundamentos históricos do entendimento, posicionados no período da introdução do conceito, ou seja, aquando da revisão do MCOCDE de 1977, através de um olhar sobre as propensões britânicas à época da elaboração do documento. Concretizando, os intuitos do Reino Unido passariam pela transposição da cláusula de beneficiário efectivo, celebrada nos termos da Convenção celebrada com os Estados Unidos, em 1966, e alicerçada no pressuposto de que a noção apenas visaria alhear as figuras receptoras de dividendos, juros ou *royalties*, que actuassem por conta de outra entidade (agentes ou representantes), bem como da densificação do contexto de pagamento associado à distribuição de dividendos. Ora, estes dois pressupostos seriam as variáveis concretizadoras que permitiriam eximir o Estado da fonte da pretensão exclusiva de tributação dos dividendos. Seria neste particular, segundo A.WARDZYNSKI, que residiriam os anseios do Reino Unido, ao permitir o afastamento da tributação no país de origem, por via de redes de agentes e representantes ao dispor de uma determinada entidade (o que, para o autor, não seria, mesmo na ponderação histórica da noção, uma visão incompatível com outros tipos de estruturas, cujo desiderato serviria o mesmo fim intermediário, sem a dita representatividade formal). Dos dois aspectos perpassa, tal como observa R.VANN, uma interpretação meramente formal dos meandros que regem este tipo de transferência, logo pela imputação do pagamento a um receptor, que só não será directa se, pelo exame aos contratos ou outros instrumentos legais, resultar que esses rendimentos deverão obrigatoriamente ser direccionados a uma outra entidade. Não foi uma posição isenta de controvérsia, mormente da parte Francesa e Americana, assente no paradigma da convenção Franco-Helvética de 1966, que procurava cruzar os elementos atinentes à propriedade aparente, com uma óptica económica do termo (na perspectiva de uma revista administrativa mais abrangente que a mera observação da detenção de participações sociais). Ainda dos Estados Unidos, a referência dos 25%, presentes no artigo 10º, nº 2 alínea a) do MCOCDE, seria uma recondução implícita a uma matriz anti-abusiva, na compreensão de uma genuína relação de proximidade entre as entidades envolvidas. Mas, mais do que as tensões políticas

quando visionado o cerne da orientação, assente num padrão que privilegia a substância sob a forma da operação em revista, ou seja, que assenta numa racionalidade económica dos agentes intermediários em apreço¹⁹⁵. A sua afinidade com o entendimento formal seria meramente complementar, sendo, a ponderação do substrato legal inerente a cada transacção, parte de um exame mais abrangente, que passaria em análise toda a miríade de relações que fossem estabelecidas dentro do âmbito de distribuição dos dividendos em exame. Recuperando de E. REIMER (2013:257), a questão a colocar será quem merece receber os dividendos.

Não sendo esta a sede apropriada para uma reflexão sobre os méritos dos vários modelos¹⁹⁶, um aspecto importante a reter materializa-se sobre a perspectiva que deverá presidir à qualificação do beneficiário efectivo dos dividendos distribuídos. Com efeito, conforme designa S.RODRÍGUEZ LOSADA (2013:184 a 187), o conceito em causa é um denominador subjectivo, enquadrado na competência cumulativa de tributação entre o Estado da fonte e da residência. Neste contexto, a aferição da entidade beneficiária serviria como padrão concorrente e inclusivo, na sua relação com a vertente objectiva, corporizada pelo próprio dividendo. Por outras palavras, a designação do beneficiário efectivo, bem como a sua localização, marcariam os ditames de incidência de imposto sobre os dividendos. Sendo certo que a autora identifica o entendimento restrito como o paradigma mais aceitável, ou seja, a cláusula serviria, apenas, como meio de imputação de rendimentos, designadamente como forma de obviar às eventuais situações de simulação concretizadas através da interposição da figura de um agente ou de um representante, o que significaria, sempre segundo S.RODRÍGUEZ LOSADA, que a ponderação seria realizada a partir de análise puramente técnica ou legal, nomeadamente perante uma revista à realidade fáctica e contratual manifestada, e das

subjacentes à génese da ideia, este exercício histórico encontra a sua utilidade no lastro, ainda actual, dos posicionamentos tradicionais associados à figura do beneficiário efectivo.

¹⁹⁵Cfr. A.WARDZYNSKI (2015:185). O §12, dos Comentários ao artigo 10º do MCOCDE, adere ao mesmo sentido, ao inferir que a expressão "pagos... a um residente", serve um escopo clarificador da noção de beneficiário efectivo, mormente pela supressão da ideia de uma imediata renúncia do Estado da Fonte aquando da distribuição de dividendos a um residente noutra jurisdição.

¹⁹⁶J.F. AVERY JONES (2013: 333 a 339) advoga, inclusivamente, que o conceito de beneficiário efectivo nunca foi necessário no MCOCDE. O raciocínio seria mais singelo, passando por uma tributação imediata na esfera do receptor do rendimento, independentemente de ser, ou não, o verdadeiro titular desse ganho. Como exemplo, o autor enuncia caso dos agentes residentes que, mesmo actuando por conta de outrem, seriam sempre sujeito a imposto pelas regras internas de incidência. No Estado da fonte, eventuais situações abusivas seriam evitadas a partir da aplicação da 2ª parte do artigo 4º, nº 1 do MCOCDE, ou seja, a criação de uma entidade intermediária, em que a totalidade dos seus rendimentos sejam provenientes de origens derivadas do país da fonte, veria o seu estatuto de residente comprometido para efeitos de aplicação da respectiva convenção.

consequentes ilações daí advenientes, demarcada de forma particular sobre a obrigação de posterior transmissão dos dividendos¹⁹⁷, tão pouco julgamos discrepante intuir que a observação económica não cumpra um desiderato que aponte para a dita dimensão subjectiva preconizada. O que ocupa o presente estudo, ou seja, no que transcende a percepção sobre a natureza da cláusula do beneficiário efectivo, importa mais compreender que o último posicionamento é finalisticamente ordenado à mesma imputação de rendimentos. Neste domínio, é indiferente perceber a entidade à qual sejam atribuídos esses ganhos, mas é, tão-somente, mister cuidar que o crivo da cláusula do beneficiário efectivo pressupõe uma revista ao contexto das figuras que se movimentam no circuito do dividendo. Se, em última análise, a avaliação redundante na entidade mandante do agente ou representante, ou se a análise económica impõe uma imputação a outra figura, ou mesmo se, após uma ponderação sobre o beneficiário efectivo, resultar que falamos de uma entidade que, substancialmente, não se perfila como um residente estabelecido noutra jurisdição que não aquela onde têm origem os dividendos, na verdade, a indagação sempre finda no encontro da entidade beneficiária dos rendimentos e na sua respectiva jurisdição. As divergências entre os diversos entendimentos são, na sua essência, e na funcionalidade proposta por cada um deles, uma questão de qualidade e amplitude de método. Dito de outra forma, qualquer uma das posições é instrumental para a verificação da entidade à qual se deverão nortear os dividendos.

No seguimento, a disposição inserta no artigo 10º, nº 4 do MCOCDE, não é mais que uma definição direccionada ao esclarecimento das consequências, em sede de distribuição de dividendos, derivadas da detenção de participações sociais por parte de estabelecimentos estáveis¹⁹⁸. B.HALLER (2003: 229 e ss) frisa, precisamente, que o

¹⁹⁷Na verdade, S.RODRÍGUEZ LOSADA (2013:189) não descortina qualquer diferença na cláusula do beneficiário efectivo para as restantes técnicas de transparência fiscal dirimidas no artigo 1º do MCOCDE. A visão expansiva do conceito só encontraria espaço em face do diminuto recurso a este tipo de soluções nos textos convencionais.

¹⁹⁸É um sentido que difere do preceituado no nº 5, do mesmo artigo 10º. Com efeito, dispõe a referida norma sobre o movimento precisamente inverso, mas ponderado à luz da particularidade das entidades não residentes. Precisando, o disposto visa apartar qualquer tipo de equivalência sobre o tratamento a conferir à eventual distribuição de lucros, quando cotejados com o preceituado para os dividendos. O §34 é elucidativo acerca do entendimento, ao renegar as eventuais pretensões tributárias do Estado da fonte, baseadas na simples circunstância dos lucros das sociedades não residentes serem realizados no seu território. O estabelecimento estável entra, naturalmente, nesta equação, porquanto corporiza uma das manifestações do não residente numa outra jurisdição. Ora, para além da matriz subjectiva distintiva, que fundamenta a disparidade de tratamento, no Estado da fonte, entre entidades residentes e não residentes, os reflexos na incidência objectiva são, também eles, notórios. O que o MCOCDE nos diz é,

encadeamento proposto pela aludida norma adere a um desiderato conciliatório com a lógica inerente ao artigo 7º, nº 7 (actual nº 4) do MCOCDE. Densificando, o último preceito indica a derrogação da previsão genérica inserta no artigo 7º que, conforme supradito, ordena a centralização de incidência de imposto no Estado da fonte, por referência aos lucros provenientes da actividade do estabelecimento estável localizado nesse país. Ora, o artigo 7º, nº 4 dirime este arquétipo, ao apontar para as restantes, e utilizando a nomenclatura da autora «*distributive rules*», na forma de modelos de repartição de rendimentos entre as diversas jurisdições. Justamente, os artigos 10º, 11º e 12º do MCOCDE (dividendos, juros e *royalties*) enunciam regras de partilha de competências entre Estado da fonte e de residência¹⁹⁹. B.HALLER descortina no artigo 10º, nº 4 (conjuntamente com os seus congéneres, artigos 11º, nº 4 e 12º, nº 3) uma “restauração” do princípio associado à agregação de lucros ao estabelecimento estável, bem como da tributação no Estado da fonte, decorrente da qualificação dos dividendos como lucros do estabelecimento estável, quando oriundos das participações sociais detidas pelo último. A autora nota que as orientações assentam no pressuposto que não estamos, verdadeiramente, perante uma transacção que extravase os limites territoriais do Estado de origem dos dividendos, quando observada a solução na perspectiva do estabelecimento estável configurar uma mera extensão da empresa residente noutro país. Ainda de B.HALLER, a racionalidade ínsita a este alinhamento, delimitaria a imputação deste género de rendimentos a uma empresa localizada na jurisdição da fonte dos dividendos. Não existiria qualquer subversão dos cânones sobreditos, mas apenas uma adequação do conceito à realidade do estabelecimento estável, porquanto o

simplesmente, que lucros e dividendos não representam a mesma realidade, ou seja, que a origem dos rendimentos não encontra equivalente na sua consequência. À parte da discussão sobre a rejeição anti-abusiva da tributação, por imposição de uma limitação à tributação extra-territorial dos dividendos, visível, sobretudo, na proibição de qualquer comportamento que corporize uma retenção na fonte na jurisdição da origem dos lucros (o que não significa que não possam ser aplicadas, pelo país da residência, regras sobre sociedades estrangeiras controladas, na medida em que o artigo 10º, nº 5 preconiza um modelo relativo à tributação no país da fonte, conforme aduzido no §37), julgamos que é, ao invés, premente dirimir que a disposição, pala além do seu parâmetro diferenciador relativamente à comparação entre o dividendo e o lucro que o origina, alinhando-se, neste aspecto, com os restantes preceitos do artigo 10º do MCOCDE, assume uma posição particular na definição do confronto entre a situação desenhada para os estabelecimentos estáveis e as entidades autónomas, porquanto prescreve a supressão de qualquer pretensão tributária pelo país da fonte, no momento da repatriação dos lucros apurados na sua jurisdição. A solução é apenas mais um reflexo da distinção que temos vindo a evidenciar, e que surge na sequência da tributação dos lucros a montante da fase da sua distribuição, por contraponto com os dividendos, cuja momento de incidência é coincidente, no país da fonte, com a sua constituição, que, por sua vez, ocorre em simultâneo com a distribuição.

¹⁹⁹Aliás, o artigo 12º esboça um padrão que prevê, exclusivamente, a tributação no país da residência.

beneficiário efectivo não deixaria de ser a empresa residente noutra país, mas que, por via do seu dimensionamento no Estado da fonte (materializado no estabelecimento estável), veria a tributação desses ganhos efectuar-se com base no pressuposto da residência na jurisdição de origem²⁰⁰.

E, deste modo, mais uma vez se reitera que a necessidade de existência de um mecanismo que decompõe o encadeamento subjectivo do dividendo, encontra o seu fundamento na dissociação entre distribuidor e beneficiário, em contraponto com a natureza das situações gizadas ao nível dos lucros apurados pelo estabelecimento estável, que agrega esta matriz identitária na mesma entidade.

2.2 O lucro enquanto realidade diferenciada do dividendo: a participação social e a deliberação societária como critérios de associação dos dois conceitos

²⁰⁰A cláusula do beneficiário efectivo serve, ainda neste âmbito, o propósito anti-abusivo inverso, ou seja, impõe a ponderação sobre o eventual afastamento da tributação dos dividendos na esfera do estabelecimento estável. N.CARMONA FERNÁNDEZ (2012:352 a 354) esclarece que a incidência no Estado da fonte, por via do estabelecimento, exige que a detenção das participações sociais estejam associadas à sua actividade prosseguida nesse país. Ora, esse nexos relacional com o estabelecimento estável, em detrimento da empresa mãe situada noutra jurisdição, far-se-ia nos exactos moldes desenhados no artigo 7º, averiguando-se da propriedade económica através de uma análise funcional, alicerçada na ponderação dos respectivos benefícios e riscos. Deste modo, evitar-se-ia o incentivo à transferência fictícia de acções para estabelecimentos estáveis, criados com o único fito de gozar das eventuais condições mais benéficas propiciadas pela tributação no Estado da fonte. É uma conclusão que sumariza os ditames aduzidos nos §31 e 32 dos Comentários ao artigo 10º, ao qual acresce, ainda da mesma ordem, a negação do princípio da atracção do estabelecimento estável. Pormenorizando esta temática, B.HALLER (2003:240 e ss) clarifica que o aludido §31, não seria um referente esclarecedor acerca da conexão deste tipo de rendimentos ao estabelecimento estável, mormente quando observado os seus ditames: «*Se forem obtidos de participações que façam parte do activo do estabelecimento estável ou estiverem efectivamente ligados de outro modo a esse estabelecimento*». Da letra dos Comentários, bem como da estrutura do Modelo, a autora previne que as similitudes com o disposto no artigo 22º, nº 2 são manifestas. Nesta linha, a concretização do entendimento sobre o “*património constituído por bens mobiliários que fazem parte do activo do estabelecimento estável*” redundaria na densificação do conceito de “*business property*”. Sempre da autora, e em face da ausência de qualquer orientação sobre os elementos constitutivos da noção no MCOUDE, tão pouco o recurso aos preceitos internos seria o expediente mais apropriados, em face do carácter residual deste tipo de soluções. A subsidiariedade daria lugar a uma interpretação própria e uniforme, alicerçada na averiguação sobre disponibilidade dos direitos que estariam na origem dos rendimentos de capital (dividendos, juros e *royalties*). O raciocínio, na especificidade dos dividendos, significaria a titularidade das participações sociais, ou, mais propriamente, na atribuição da competência tributária à jurisdição onde esteja localizada a entidade proprietária desses direitos. Contudo, e ainda na esteira de B.HALLER, o requisito “*efectivamente ligados*”, ou “*business property*”, exigiria uma ponderação mais elaborada que a simples ligação formal das participações sociais ao estabelecimento estável. As duas noções confluiriam numa percepção substancial de análise, materializada a partir da observação económica da detenção dos direitos. Ora, o artigo 7º, nº 2 do MCOUDE, seria um auxiliar adequado para a repartição deste tipo de pretensões, mormente na dissociação entre o acervo pertencente ao estabelecimento estável e à empresa mãe, preconizado através do princípio da plena concorrência.

Ora, o enquadramento objectivo densifica a compatibilização com este paradigma. Detendo um olhar sobre a conceptualização do dividendo, mormente na acepção do seu tratamento fiscal, é com acuidade que se traz à discussão, novamente, a análise de A.XAVIER (2014:662). O autor resume o entendimento convencional, no que tange ao confronto entre a situação delineada para os dividendos e para os rendimentos imputados aos estabelecimentos estáveis, através de um ensaio antagónico entre as duas realidades. Mais propriamente, o estabelecimento estável institui um marco que afasta a tributação isolada e analítica dos ganhos auferidos no estrangeiro por um residente, através do mecanismo de retenção na fonte, impondo uma incidência complexiva e sintética, traduzida no conceito de lucro de empresa, numa operação que A.XAVIER denomina de “*princípio da absorção*”. Na prática, e ainda seguindo o autor, a atribuição de um determinado rendimento ao estabelecimento estável, consubstancia a sua perda de autonomia em relação aos restantes ganhos que são a sua origem, numa perspectiva a que a realidade dos dividendos não é alheia²⁰¹.

Lançado o mote, M.HELMINEN (2010:55 e ss) debruça-se sobre as peculiaridades de interpretação do conceito de dividendo, mormente no capítulo da sua interacção com os vários normativos de referência, no que a autora denomina de “*legal institution of dividend*”. Sumariando o entendimento, a delimitação legal da noção de dividendo surgiria na decorrência da construção do que a autora apelida de normas

²⁰¹É interessante observar, neste particular, que A.XAVIER utiliza uma nomenclatura mais enquadrada na definição da estrutura dos impostos sobre o rendimento das pessoas singulares. Neste âmbito, J.G.XAVIER DE BASTO (2007: 23 a 25) explicita que o sistema sintético vigente e consagrado no nosso IRS, redundando, a final, numa tributação única dos ganhos auferidos, por contraponto a uma eventual proliferação de diversos impostos, gizados em consonância com a natureza das fontes dos diferentes rendimentos. Se é sobre o rendimento global que se determina o imposto final, não é menos verdade que o englobamento dos distintos ganhos perspectiva uma proveniência individualizada, no que concerne à incidência dos rendimentos imputados às pessoas singulares. Ainda do autor, o método de tributação sintético não coíbe a possibilidade de determinação do rendimento a tributar de forma analítica, corporizando, deste modo, a justificação para a definição das várias categorias de rendimentos a tributar. A metodologia seguiria uma matriz funcional, tendo em atenção a impossibilidade de conceptualizar uma noção de rendimento abrangente, desvirtuando o necessário cuidado que as particularidades de cada tipologia/categoria, mormente ao nível da determinação do rendimento colectável. Nestes termos, é entendível o paralelismo que A.XAVIER realiza com a situação parametrizada entre os lucros atribuídos ao estabelecimento estável e os dividendos distribuídos a uma entidade residente. O paradigma é idêntico tanto no país da fonte como no Estado de destino, onde a consideração do lucro do estabelecimento estável é apreciado do modo compreensivo, sem diferenciação de qualquer dos seus elementos constitutivos, ao contrário dos dividendos que são “categorizados” de modo destacado de qualquer conjunto reditício.

constitutivas²⁰². Falaríamos de preceitos que congregam uma matriz de comandos assentes, numa primeira linha, em pressupostos processuais e de definição de competências. Neste enfiamento, e tal como a própria denominação indicia, teríamos os preceitos ordenadores dos sujeitos e dos procedimentos necessários à criação do dividendo. Merecerão um tratamento subsequente mais desenvolvido. Numa segunda linha, e sempre no âmbito de enquadramento do conceito fiscal de dividendos, surgiriam as normas de qualificação. Em traços gerais, a autora esclarece que o essencial destas regras serviria enquanto preceitos direccionados à definição dos elementos preponderantes da ideia de dividendo. O carácter estrutural destes ditames seria evidenciado pelas suas finalidades subjacentes, mais propriamente no agrupamento das situações que visam o enquadramento legal do conceito. M.HELMINEN padroniza estes elementos como as variáveis determinantes que permitem afirmar que um dividendo deve ser pago, bem como a sua delimitação tributária enquanto rendimentos de capitais. Em suma, e dizemos nós, falamos de normas que focalizam a definição da individualidade da noção de dividendo, enquanto conceito destacado das restantes realidades tributárias.

Detalhando mais o raciocínio, a autora indica que a ideia de “distribuição” surgiria sempre entrosada com qualquer forma unívoca de transferência de activos para os accionistas, sem o correspondente retorno para a entidade pagadora, despoletada a partir de uma reunião deliberativa dos diferentes *shareholders*. Ora, o nivelamento das situações passíveis de concorrer para este conceito seria discorrido pelo direito societário, enquanto disciplina que estipularia os limites que medeiam a possibilidade de emprego dos ganhos da empresa na satisfação dos interesses dos accionistas. Sendo certo que o ordenamento fiscal estaria alicerçado nestes últimos preceitos, M.HELMINEM indica que a divergência dos parâmetros tributários seria marcada pela natureza da sua abordagem. Concretizando, o tratamento fiscal deve promover uma perspectiva equitativa ao nível das situações que revelem o mesmo substrato económico. Esta formulação abstracta cuida, segundo a autora, sobre a percepção que o termo poderá destoar do seu sentido tradicional, tanto na definição do significado do

²⁰²O outro agrupamento individualizado pela autora redundaria nas normas de regulação. O contraponto das duas definições seria evidenciado pela natureza das regras em questão. Enquanto que os preceitos de regulação seriam determinados na base da dicotomia estabelecida entre permissão e proibição, as previsões constitutivas fundariam o seu cerne na determinação das transacções que seriam, ou não, consideradas como dividendos.

dividendo²⁰³, como na conciliação desse conteúdo na sua interação com as putativas jurisdições que, em concreto, possam ser abrangidas por uma transferência deste género.

Neste particular, tanto o dividendo como o lucro do estabelecimento estável comungam na origem da sua constituição. Partindo da evidência demonstrada por M.HELMINEM, ou seja, das disparidades que os vários ordenamentos realçam no enquadramento do dividendo, bem como dessa génese alheia ao nosso ordenamento, o denominador comum, no país da fonte, transfere-se para a teorização encetada no MCOCDE²⁰⁴. O artigo 10º, nº 3 abriga uma perspectiva exemplificativa do conceito, mas que denota uma preponderância sobre a contextualização da ideia de acção²⁰⁵. O § 24 dos

²⁰³Já em 1980, A.LOVISOLO (1980:59 e ss) chamava atenção para as denominadas distribuições ocultas de dividendos. Não se ocupa o nosso estudo de uma matéria que centra o seu cerne numa observação anti-abusiva, mas cumpre elucidar que o escopo do artigo 10º transcende a mera formalidade associada à noção. O autor adverte que a constituição do dividendo oponível exige uma grandeza real e certa. Sobre o contraponto, materializado numa eventualidade fictícia, A.LOVISOLO esclarece que, numa primeira hipótese, a distribuição poderá assentar num balanço falso ou não validamente aprovado (na designação do autor, estaríamos perante uma *distribuzione irregolare*). Mas à margem desta alternativa, ou seja, fora do domínio de referência do balanço (ou em discordância com o mesmo), a construção de uma situação dissonante ocorre a partir do confronto entre a definição encetada pela entidade distribuidora, e a sua eventual desconformidade quando analisada à luz das utilidades advenientes ao sócio. O § 32 dos Comentários ao artigo 10º descreve as situações passíveis de serem enquadrados no conceito a partir de qualificação encetada no país de residência da entidade distribuidora, mormente na consideração da transferência de um determinado montante como dividendo, mesmo nas situações em que a deliberação societária não é observada, designadamente perante a ausência de uma assembleia-geral de distribuição de lucros. Revendo o alinhamento do autor, a noção traduz uma natureza informal, associada a um comportamento permissivo da sociedade, que visa proporcionar um *vantaggio* ao sócio, sem exigência de qualquer contrapartida adequada. P.HARRIS (2013:215 e ss) parte do mesmo informalismo aduzido, ou seja, que a condicionante associada à existência do dividendo cinge-se, simplesmente, à existência de acções e de retribuições a favor dos seus titulares. O autor adverte que este tipo de condutas são finalisticamente direccionadas a desvirtuar a alocação directa de rendimentos, no âmbito da relação estabelecida entre sócio e sociedade, sob a forma de pagamentos provenientes do primeiro ao segundo. Para P.HARRIS, os grandes conjuntos de situações potencialmente passíveis de inserção nesta temática, isto é, os contornos referentes à densificação do conceito de pagamento, transcenderia a mera transferência monetária a favor do sócio. A realidade abrangente do dividendo fiscal chegaria a todas as formas de benefícios proporcionados ao sócio, nos quais se contariam a transferência ou cedência temporária de qualquer tipo de activo, a extinção ou redução de responsabilidades do sócio perante a sociedade, ou através da prestação de serviços proporcionados pela sociedade.

²⁰⁴É, aliás, um ponto igualmente sinalizado pelos Comentários ao artigo 10º, mais propriamente no seu §23. O MCOCDE indica que, em face da diversidade de entendimentos que proliferam nas mais variadas jurisdições, a definição completa e consensual do termo afigura-se prejudicada. Ora, o artigo 10º, nº 3 reveste uma natureza meramente exemplificativa, compilando as hipóteses mais comuns de serem enquadradas no escopo da noção de dividendo.

²⁰⁵S.VAN WEEGHEL (2008:63 a 68) adverte para o âmbito pouco esclarecedor e abrangente da estrutura do artigo 10º, no que concerne à definição do conceito de dividendo. O autor concede nas dificuldades existentes ao nível da uniformização da construção de uma noção que abarque a multiplicidade de situações previstas nos diversos ordenamentos, mas essa circunstância redundaria numa profunda

Comentários ao artigo 10º, nº 3 do MCOCDE é estruturante nesse sentido, ao estipular que o padrão de referência respeita à distribuição de lucros procedentes da titularidade de acções, numa sociedade anónima. Em rigor, a noção de dividendo associada ao preceito corresponde a qualquer participação que confira o direito a participar nos lucros da sociedade, e que, simultaneamente, não revista a natureza de um crédito constituído entre a entidade titular e a sociedade distribuidora. Participação Social e alheamento da natureza creditícia, quando observados na conformação de um título que confira o direito de participação nos lucros de uma sociedade, são dois dos três patamares de análise enunciados por K.VOGEL (1999:649), que delimitam a inserção de um determinado rendimento na previsão do artigo 10º, nº 3²⁰⁶. O desdobramento derradeiro da norma, também identificado pelo mesmo autor, recai na solução inclusiva preconizada na sua parte final, ao abarcar todos os ganhos sobrevivendo de outras partes sociais que perfilhem do mesmo tratamento preconizado para os rendimentos derivados de acções, no Estado de que é residente a entidade distribuidora²⁰⁷.

imprecisão acerca da densificação dos casos passíveis de serem enquadrados como dividendos. A título de exemplo, S.VAN WEEGHEL aponta as situações híbridas, em que a margem de apreciação poderá culminar na qualificação dos montantes envolvidos como remunerações de dívida ou capital. Perante as dificuldades práticas do modelo gizado, profícuo no desenho de situações de dupla tributação ou dupla não tributação, o autor propõe uma solução técnica mais desataviada, que passaria pela concentração de incidência numa figura compreensiva. S.VAN WEEGHEL intui que seriam, potencialmente, mais comuns os casos de dupla tributação. A conclusão adviria da situação delineada, tanto no país da fonte como na residência, mormente nas disparidades interpretativas percorridas nos Estados em concreto. O autor exemplifica com o caso do país da fonte qualificar a percepção de um determinado montante como juro e o país de residência como dividendo. Desde logo, na jurisdição de origem de pagamento, as taxas de tributação destoariam consoante a natureza do rendimento (o denominado *withhold tax*). Mas mais gritantes seriam as dissonâncias no país da residência, porquanto as situações deste género culminariam, em última análise, na renúncia do Estado da entidade beneficiária em eliminar a respectiva dupla tributação destes montantes. A lógica assentaria, precisamente, na desconformidade gerada a partir da qualificação como juro ou rendimento na jurisdição da fonte, sem a relativa correspondência, em termos de qualificação, no país de residência. Ora, nesta hipótese, o autor adverte que, se a jurisdição de residência, procede à determinação de um determinado rendimento como dividendo, e o Estado da fonte estabelece que a mesma quantia deverá ser tratada a título de juros (ou vice-versa), o país da residência não irá proceder à eliminação da dupla tributação, porque não identifica qualquer afinidade com o imposto pago no país da fonte. S.VAN WEEGHEL propõe, ao invés, uma uniformização no tratamento. A matriz da eventual solução partiria do lastro idêntico a estas situações, ou seja, da respetiva natureza enquanto rendimentos de capitais, de modo a concentrar, numa mesma figura, todas as hipóteses que partilhem deste mesmo desiderato.

²⁰⁶No mesmo sentido M. LUCAS DURÁN (2000:183).

²⁰⁷A este propósito, K.VOGEL indica que o artigo 10º, nº 3 difere do preceito inscrito na norma do artigo 3º, nº 2 do MCOCDE. Sendo certo que as duas regras perfilham soluções residuais, preconizando alternativas interpretativas que reportam o cerne da análise para as legislações nacionais dos Estados Contratantes, não é menos verdade, como aponta o autor, que a orientação do artigo 10º, nº 3 postula a conformação com as disposições contidas na jurisdição de residência da entidade distribuidora, ou seja,

Neste ponto, é possível elucidar que a interacção do binómio acção/distribuição de lucros, é o ditame proeminente na ponderação da noção de dividendo, cabendo, no mesmo escopo, as demais participações sociais, em função do seu eventual tratamento equiparado à configuração da acção no país da origem deste tipo de rendimentos.

Desde logo, o enquadramento afasta uma delimitação fundada nas figuras concebidas no nosso direito societário²⁰⁸. O raciocínio provém da natural verificação que o dividendo, mais propriamente a sua estruturação, é um processo dirimido de modo externo ao nosso ordenamento²⁰⁹. Contudo, não é despiciendo observar que a relação entre o denominado direito ao lucro e o direito ao dividendo, não materializa uma associação de significados simbiótica. Não importa enunciar, na presente sede, a minúcia dogmática conexa ao tema, e que merece mais adequado tratamento no ramo científico do direito societário, mas julgamos pertinente a ponderação acerca da conformidade dos dois conceitos, designadamente na vertente destacada dos seus elementos.

Na medida da delimitação encetada pela doutrina comercial, num ensaio que prima pela transversalidade dos seus conteúdos (ou seja, que não cinge o seu perímetro de análise à realidade do nosso ordenamento), e em linha com a parametrização de M.HELMINEM sobredita, que posiciona a disciplina como ponto de partida da padronização tributária, F.CASSIANO DOS SANTOS (1996:20 e ss) individualiza, precisamente, no plano societário, mormente ao nível da relação dos sócios face aos lucros, dois meandros distintos: o direito ao lucro e o direito ao dividendo deliberado. Sobre o primeiro, e ainda na esteira do autor, a noção enquadra o direito a todos os sócios participarem na

no país da fonte de rendimento, apartando qualquer qualificação à luz do ordenamento do Estado da residência, possibilidade que seria concebida se observado o artigo 3º, nº 2.

²⁰⁸O MCOCDE defende uma inclinação genérica para a aceitação, por parte do Estado da residência, da qualificação concebida pelo Estado da fonte, em conformidade com a sua legislação interna. Nesse sentido, veja-se o § 32.1 dos Comentários ao artigo 23º.

²⁰⁹K. VOGEL (1999:648) esclarece que o âmbito de aplicação da regra do artigo 10º, nº 3 é direccionado ao Estado de fonte. As repercussões no país de residência surgem enquanto consequência indirecta da qualificação de um determinado rendimento como dividendo, efectuada no país de origem. A verificação conjunta dos §31, 47 e 58 dos Comentários ao artigo 23º, são sintomáticos deste entendimento, ao afirmarem o paradigma da tributação cumulativa das duas jurisdições, no que concerne aos dividendos, mas estatuidando que os instrumentos à disposição do Estado de residência resultariam das metodologias de eliminação de dupla tributação, designadamente através do método de isenção ou de imputação. Neste ponto, o artigo 23º-A nº 2 do MCOCDE admite a particularidade dos Estados Contratantes pautarem a sua actuação, de modo genérico, pelo modelo de isenção, mas aplicando ao repatriamento dos juros e dividendos percebidos pelos residentes, o método de imputação pelas quantias cobradas na fonte pelas taxas inscritas nos artigos 11º e 10º, respectivamente.

distribuição de lucros apurados na sequência do exercício da actividade social²¹⁰. No concreto falamos da prerrogativa atribuída aos sócios que consubstancia o acesso à quota de liquidação ou a participação no lucro de exercício²¹¹.

O direito ao dividendo distribuído encerra a praticabilidade da ideia precedente. Recuperando o mesmo autor, a designada prerrogativa surge na sequência de uma deliberação de distribuição de lucros aos sócios, após a assembleia de aprovação do balanço, ou seja, no entendimento de F.CASSIANO DOS SANTOS, entramos no âmbito da concretização da abstracção que é o mero direito de socialidade ao lucro. Neste particular P.PAIS DE VASCONCELOS (2006:86), não deixa de frisar o mesmo ponto decisivo na distinção até agora encetada. Segundo o autor, é certo o apuramento do lucro em termos anuais, como modo de responder às exigências fiscais neste domínio. Contudo, no capítulo da sua distribuição, a questão é enquadrada no campo da autonomia privada, cabendo aos respectivos estatutos a concretização dos seus pressupostos. É uma óptica alheada de qualquer automatismo na transferência de

²¹⁰A este propósito, P.TARSO DOMINGUES (2008:220 a 223) esclarece que o lucro de exercício é uma medida que reflecte o diferencial positivo entre o património social líquido da sociedade no final de um determinado ano económico, com o correspondente montante constante no início do mesmo referente temporal, ou seja, do excedente patrimonial criado nesse ano, enquanto realidade derivada dos resultados correspondentes. Precisamente, o cálculo dessa quantia é determinado em função dos montantes apurados na demonstração de resultados, ou seja, da relação entre rendimentos e gastos, inscrito na rubrica “Resultado líquido do período” (o autor escreve à época do POC, onde a rubrica equivalente tomava a denominação de “Resultados do Exercício”). À noção contrapõe-se o intitulado lucro periódico ou de balanço, que agrupa os acréscimos patrimoniais acumulados pela sociedade, contabilizados desde o início da actividade até à data da elaboração do balanço, e que se traduz na diferença entre o património social líquido total, com a soma do capital social e das reservas indisponíveis. É um conceito que melhor se coaduna com a riqueza distribuível da sociedade, porquanto, e ainda seguindo ao autor, acaba por afastar qualquer vínculo de indisponibilidade aos montantes oriundos destas variáveis. A relação dos dois conceitos com a dinâmica associada à distribuição de lucros aos sócios será adiante discorrida.

²¹¹P.PAIS DE VASCONCELOS (2006:69 e ss) elucida que os dois direitos são elementos que compõe a parte activa da posição jurídica do sócio. Dentro deste agrupamento, o autor subdivide estas atribuições em poderes patrimoniais e poderes administrativos (o autor prefere esta nomenclatura, enquanto forma de distanciamento da noção autónoma de direitos, porquanto percepção estas realidades como partes integrantes do direito subjectivo global do sócio, não lhes reconhecendo autonomia fora desse âmbito, sendo, ao invés, funcionalizados às utilidades desse direito). Aos últimos, estaria ínsita, em termos genéricos, a habilitação para tomar parte na organização da sociedade. O autor realça, neste prisma, a possibilidade de participar na assembleia, de votar, e de ser investido em cargos sociais. Num outro padrão, entrariam os aludidos poderes patrimoniais, que assentariam a sua essência nas finalidades subjacentes à recepção de dinheiro pelo sócio. Este parâmetro é fundamentalmente definido pelo poder de participar no lucro. Seria dentro desta categorização que acharíamos o poder de cobrar o dividendo e à quota de liquidação. A esta bifurcação de significados, estaria ínsita a diferença entre o lucro intermédio e final, que teriam a sua origem nos momentos de apuramento do lucro, determinadas em função dos períodos anteriores ou posteriores à liquidação da sociedade e pagamento do passivo, respectivamente. É mister destacar o reconhecimento que o autor vota à natureza diferenciada do processo de formação do lucro e do dividendo, mas que não omite a origem sequencial e conexas das duas realidades.

montantes entre sociedades, marcando um imperativo decisório que permita uma medida de associação entre os dois conceitos. Deste modo, é pertinente reter neste domínio, enquanto percepção inserta à dogmática societária, o distanciamento entre os dois elementos, mas, da mesma forma, a sua complementaridade, especialmente quando observado o direito ao dividendo, enquanto momento originado a partir do lucro societário, mas posicionado a jusante dessa realidade. É da mesma dialéctica que surge a necessidade deliberativa, visionada como condicionante da constituição do dividendo.

Nesta equação, a participação social surge como cânone ordenador entre lucro e dividendo. A propósito, transcreve-se a padronização encetada por J.M. COUTINHO DE ABREU (2002: 205): «A participação social é definível como o conjunto unitário de direitos e obrigações actuais e potenciais do sócio»²¹². Seguindo ainda o autor, a titularidade da participação social significa, por inerência, a constituição da posição de sócio, enquanto dimensão do agregado de obrigações e deveres atribuídos ao seu titular²¹³. No que nos ocupa no presente estudo, ou seja, de entre o feixe de direitos contidos na figura, J.M.COUTINHO DE ABREU agrupa estas prerrogativas na medida das finalidades visadas: os direitos de participação nas deliberações sociais ou nos órgãos de administração e fiscalização; e os direitos patrimoniais, nos quais avultariam os direitos a quinhão nos lucros ou à quota de liquidação²¹⁴. Precisamente, a tradução

²¹²No mesmo sentido A.SOVERAL MARTINS e M.ELISABETE RAMOS (2008:131).

²¹³Sobre a discussão em torno das respectivas perspectivas que observam a natureza da participação social como um leque conjunto de direitos e obrigações, ou seja, que intui a ideia na acepção da posição jurídica do sócio, como advoga J.M.COUTINHO DE ABREU (2002:218), ou, ao invés, na conformidade da observação de P.PAIS DE VASCONCELOS (2006:366 e ss), que perfila uma abordagem finalística dos elementos que compõe o direito subjectivo global do sócio, ou seja, como meros poderes ou posições jurídicas, em ambos casos, o debate não afasta a possibilidade de análise individualizada dos elementos que enformam a situação genérica do sócio perante a sociedade, independentemente desse exame partir da verificação atomística de cada direito autónomo, ou, antes, na revista diferenciada de cada poder concorrente do direito genérico de cada sócio. Aponte-se, contudo, que a possibilidade de uma ponderação direccionada a cada um dos componentes dessa posição jurídica/direito subjectivo não significa a possibilidade de separação desses elementos da referência abrangente que é a participação social do sócio (situação que não contende com a eventual oneração dessas realidades). A título de exemplo, J. OLIVEIRA ASCENSÃO (2000: 87), exemplifica com a impossibilidade de alienação do direito de voto, «*de modo a que um pertencesse a acção e a outro o voto*». Em consonância, P.CÂMARA (2009:124 a 129) nega qualquer possibilidade de destaque do direito de voto.

²¹⁴Em rigor, o autor enuncia, igualmente, os intitulado direitos de controlo, onde figurariam os direitos de informação e os direitos de acção judicial. Em sentido semelhante veja-se P.PAIS DE VASCONCELOS, na nossa nota precedente nº 203. É uma distinção igualmente aceite por P.CÂMARA (2009:133 e 134), mas que serve, no entendimento do autor, como delimitação das realidades que poderão ser negociadas de forma autónoma e destacada em relação do valor accionista. Os direitos de conteúdo patrimonial seriam susceptíveis de enquadramento nesta ideário, nos quais se somariam o direito ao

prática destas atribuições revela-se, conforme demonstra P.PAIS DE VASCONCELOS (2006:373 a 375), na denominada parte social, entendida como densificação específica de cada tipo societário, e que surge na sequência da necessidade de distinguir as figuras do sócio e da sociedade, desenhada na sequência da personificação autónoma dos dois conceitos, materializando o elo de conexão entre as duas ideias e constituindo-se como o objecto da participação social, no que respeita à parametrização da sua titularidade, transmissão e oneração.

Neste aspecto, é possível começar a delimitar os paralelismos com a linha aduzida no MCOCDE. Com efeito, o modelo pugnado nesta sede é, de acordo com o sobredito, a participação social subjacente à sociedade anónima, ou seja, a acção²¹⁵. Voltando a recuperar o nosso anterior raciocínio, o paradigma centra-se na dicotomia estabelecida entre acção e distribuição do lucro societário. Ora, dentro dos aludidos direitos, designadamente na vertente patrimonial, contabiliza-se o direito a quinhão nos lucros²¹⁶. Neste ponto, importa apenas salientar, acerca do respectivo conteúdo, que o dividendo surge enquanto resultado último da sequência que principia no apuramento do lucro societário, e é imediatamente precedida da correspondente deliberação distributiva²¹⁷, materializando o excuro necessário a garantir a finalidade emergente da actividade social, ou seja, a lucratividade comercial²¹⁸. Neste ponto, é mister atender que estamos perante a noção ampla que subjaz ao conceito de lucro. Com efeito, e recorrendo às referências de F.GOMES (2011: 44, e 246 e ss), o lucro distribuível toma, como padrão, o resultado positivo do exercício anual, deduzido das eventuais obrigações estipuladas na respectiva lei, ou da decorrência da deliberação dos sócios. A

dividendo deliberado e o direito à subscrição preferencial em aumento de capital, por contraposição aos direitos de conteúdo político, nomeadamente os direitos à informação e ao voto.

²¹⁵Na terminologia do nosso ordenamento, e seguindo a exposição de A.SOVERAL MARTINS e M.ELISABETE RAMOS (2008:134 e 135), as partes sociais das sociedades em nome colectivo são denominadas de partes sociais (cfr. artigo 176º do CSC); nas sociedades em comandita, as participações dos sócios comanditados são apelidadas de parte do sócio (veja-se o artigo 469, nº 2 do CSC), revestindo a mesma nomenclatura as participações sociais dos sócios comanditários nas sociedades em comandita simples (artigo 475º do CSC). Por seu lado, nas sociedades em comandita por acções, as participações dos sócios tomam a designação de acções. Finalmente, por referência às sociedades por quotas, a participação social é, justamente, a quota do sócio (artigo 219 do CSC).

²¹⁶Corresponde à regra geral estatuída no nosso artigo 21º, nº 1 alínea a) do CSC.

²¹⁷No nosso ordenamento, veja-se o preceito genérico do artigo 31º, nº 1 do CSC, bem como a norma específica para as sociedades anónimas, no artigo 294º do CSC.

²¹⁸Conforme indica P.PAIS DE VASCONCELOS (2006:71), o lucro da sociedade, embora não necessário, é típico, em resultado do preceito contido no artigo 980º do CC. Aliás, neste ponto, P.TARSO DOMINGUES (2008: 226 a 228) chama a atenção para o limite negativo associado, qual seja, a proibição do pacto leonino, que traduz a proibição de exclusão do sócio participar nos lucros e perdas da sociedade, no seguimento da previsão dos artigos 994º do CC, e 22º, nº 3 do CSC.

estes valores podem ser acrescentadas outras realidades, como as importâncias retidas na sociedade, ou seja, as suas reservas ou os lucros acumulados de resultados transitados, de exercício findos não aplicados. No fundo, o que define o substrato dos montantes susceptíveis de uma deliberação distributiva, são os resultados presentes, ou transactos, isto é, as quantias derivadas da política de auto-financiamento da empresa. Ao dividendo surgido do primeiro conjunto, a autora designa de “dividendo em sentido estrito” e ao segundo, de “dividendo em sentido amplo”. Concretizando a nossa exposição, é a parte social, nas sociedades anónimas, que estabelece o eixo de ligação do sócio ao lucro, e que substancializa o binómio acção/lucro distribuído que funda o entendimento do conceito de dividendo constante do artigo 10º, nº 3 do MCOCDE. De realçar, ainda, o esteio comum que serve de amparo ao apuramento, tanto do lucro fiscal como do lucro societário, qual seja, a contabilidade da sociedade. Será esta última asserção melhor desenvolvida mais adiante.

Contudo, é igualmente imperativo particularizar que a parte social da sociedade anónima trata da génese do dividendo. A noção é, conforme sobredito, uma realidade diferenciada do direito ao lucro, constituída a montante do processo deliberativo. J.M.COUTINHO DE ABREU, et. als. (2012:251 a 253) falam de um verdadeiro “direito ao dividendo”, ou seja, da determinação e materialização do direito do sócio ao lucro. Não obstante, a mesma lógica afasta o conceito do perímetro de aplicação das prerrogativas societárias. Ainda na senda dos mesmos autores, o direito ao dividendo é um direito de crédito, sobre a própria sociedade, que equipara o sócio titular a um qualquer terceiro credor. A natureza do dividendo é, deste modo, na terminologia utilizada por J.M.COUTINHO DE ABREU, et. als, um direito extra-corporativo, alheado de vontade deliberativa societária, que não o pode condicionar o restringir, sem prejuízo de consubstanciar a sua origem²¹⁹. Deste modo, e no que assiste o essencial do

²¹⁹F.CASSIANO DOS SANTOS (1996:24 a 28) conclui no mesmo sentido, ao afirmar que a assembleia de distribuição de lucros, imediatamente posterior à deliberação de aprovação do balanço, transforma um mero direito de socialidade num direito de crédito *ex novo* do accionista em face da sociedade, mas de natureza *sui generis*, em face da sua conexão com a qualidade de sócio. Mesmo face ao direito interno, o autor esclarece que o artigo 31º, nº 2 do CSC, não significa uma derrogação deste princípio, designadamente nos casos de perdas ulteriores à deliberação de distribuição de lucros aos sócios, que prejudiquem a preservação do capital social e das reservas, porquanto estaríamos perante uma mera suspensão da exigibilidade do crédito, até ao momento em que o pagamento não contenda com o preceito do artigo 32º do CSC. Contudo, o autor concede ao não perspectivar uma rigidez estanque do direito de crédito associado ao dividendo, ou seja, é a origem social do conceito que ordena a sua cedência perante o imperativo que tutela a garantia dos restantes credores da sociedade, e que se encontra ínsito à ideia do capital social. Acerca da procedência social do dividendo, P.CÂMARA (2009:124 a 129) coloca o enfoque sobre a representação da acção enquanto valor mobiliário, ou seja, como pólo centralizador de

nosso estudo, importa frisar que assistimos a uma saliente demarcação entre o direito ao lucro e o direito ao dividendo, observável através da inserção e exclusão de cada uma das ideias na esfera societária, respectivamente. A própria estrutura do MCOCDE é sensível a esta bipartição, ao dispensar um tratamento diferenciado ao dividendo, reconhecendo-lhe, desta forma, um figurino autónomo. É uma conclusão que segue a linha de M.HELMINEN, ao sublinhar que o entendimento fiscal é, neste particular, estribado na dogmática comercial. Novamente, avulta a distinção entre as duas noções: lucro e dividendo.

Sem embargo, é mister distanciar a compreensão creditícia associada ao dividendo, com os restantes direitos créditos que poderão emergir em função da actividade prosseguida pela sociedade. Para M.LUCAS DURÁN (2000:183 e ss) entraríamos no campo da delimitação negativa do termo, parametrizado nos limites interpretativos do MCOCDE, ou seja, de modo afastado em relação aos ditames que possam elevar-se nas legislações internas²²⁰. Esta parte autónoma seguiria, segundo o autor, uma orientação basilar e distintiva, no que concerne ao crédito derivado do dividendo: a disponibilização em apreço seria oriunda da remuneração de capital terceiro ao invés do capital próprio. Por outras palavras, o tratamento destes casos encontraria o seu enquadramento no artigo 11º do MCOCDE, em detrimento do artigo 10º. É interessante avaliar que a dissociação das duas noções advém, numa primeira linha de análise, da sua proveniência. Retendo as considerações do autor, o MCOCDE circunscreve os limites do financiamento próprio e alheio ao critério da assumpção do risco empresarial²²¹. Mais propriamente, a apreciação redundava num julgamento apriorístico

direitos subjectivos, que mais não seriam que a concorrência unitária de uma série de situações passivas e activas. Cada uma dessas situações jurídicas activas seria denominada de direito inerente. Uma categoria que incluiria os dividendos (o artigo 55º, nº 3 do CVM fornece-nos outros exemplos). O valor mobiliário corresponderia a «*um esquema de representação de situações jurídicas complexas*», que seriam determinados a partir de uma característica indissociável: a sua cindibilidade. Ainda seguindo a exposição do autor, o destaque destes direitos inerentes seria a circunstância determinante que afastaria a sua acessoriedade em relação ao valor principal.

²²⁰Sobre a solução destes casos dentro do escopo do MCOCDE, o autor exemplifica com as retribuições disponibilizadas a trabalhadores e membros dos conselhos de administração. Estas situações não seriam solucionadas dentro dos limites da definição de dividendo preconizada no artigo 10º. Ao invés de benefícios distribuídos, a inserção deste tipo de pagamentos seria contabilizados como gastos na sociedade, e veriam a sua natureza reditícia melhor alinhada no conceito de salário, ou de pagamentos a membros de conselho de administração, ou seja, dentro dos pressupostos insertos nos artigos 15º e 16º, do MCOCDE, respectivamente.

²²¹Em rigor, o autor individualiza mais dois sinais distintivos, que não permitiriam que a percepção de uma determinada quantia fosse explicada no âmbito dos pressupostos concebidos para a noção de dividendo: um primeiro diria respeito às consequências posicionadas a jusante da concepção das figuras

incidente sobre a sustentação da garantia da dívida. Escudados no raciocínio de M.LUCAS DURÁN, a demarcação negativa do dividendo ocupa o seu lugar quando resulte claro que as quantias transmitidas pelo beneficiário serão devolvidas e reembolsadas com juros, dentro de um prazo anteriormente convencionado.

É o mesmo paradigma que medeia a última vertente do conceito de dividendo inscrita na definição do artigo 10º, nº 3 do MCOCDE, mormente a cláusula residual que incorpora na noção todos os rendimentos advindos de outras partes sociais, sujeitas ao mesmo regime fiscal das acções. F.M.GIULIANI (2002:11 a 14) previne que o mesmo preceito impõe uma compreensão orientada para a interpretação contida no ordenamento do país da fonte²²². Contudo, o autor denota, em termos práticos, que a proliferação de conceptualizações, derivadas das respectivas leis comerciais, em torno do conceito, potencia situações conflituantes, sobretudo ao nível da jurisdição de residência, tanto da parte das respectivas administrações fiscais, como das eventuais decisões jurisdicionais emergentes dos correspectivos litígios judiciais. Dito de outra forma, nos casos em que o Estado da residência não aceite a caracterização jurídica do pagamento realizada no país da fonte, essa situação poderá redundar na negação de qualquer mecanismo de eliminação da dupla tributação económica (ou seja, do instituto inscrito na norma do nosso artigo 51º do CIRC). De forma a ultrapassar estas dificuldades, F.M.GIULIANI advoga que o MCOCDE identifica uma uniformidade na equiparação das figuras que poderão concorrer para a noção de acção aceite no artigo

do juro e do dividendo, designadamente a susceptibilidade dos primeiros serem dedutíveis, sob a forma de gastos, na entidade beneficiária. K.VOGEL (1999:651) escreve, a este propósito, que o risco em causa comporta dois possíveis desfechos relacionados com a detenção da participação social: a perda (total ou parcial) dos recursos investidos, ou o incremento dos activos pertencentes à sociedade. Ora, o autor repara que o marco distintivo, do ponto de vista da empresa, entre as obrigações emergentes da participação social dos sócios e dos credores figura-se, precisamente, ao nível da vinculação dos momentos de pagamento. Com efeito, o financiamento, por parte da sociedade, com base na emissão de obrigações ou na contracção de empréstimos, equivale à imposição de satisfazer o crédito, independentemente das vicissitudes a que a empresa for sujeita, e mesmo, se necessário for, através da prioridade sobre as retribuições a realizar aos sócios, ou, inclusivamente, pela subtracção dos montantes veiculados ao capital social. Estas obrigações reduzem a capacidade de solvibilidade fiscal, justificando a possibilidade de dedução deste tipo de pagamentos na esfera da sociedade, ao contrário da distribuição de lucros, que não diminui essa mesma aptidão; o segundo parâmetro, enunciado por M.LUCAS DURÁN, e que entronca com o sobredito, diria respeito à quantificação, à partida, da remuneração do capital mutuado ou investido, respectivamente. No que concerne ao investimento do sócio, a remuneração associada seria díspar, em função da rentabilidade da empresa e da sua política de distribuição de dividendos. Já a retribuição dos juros dos credores seriam previamente estipulados, numa base fixa, variável (indexada a índices variáveis, como a EURIBOR), ou que reflecta uma medida intermédia entre as duas possibilidades, mormente através da estipulação de um critério objectivo para a remuneração de um juro fixo, e uma outra retribuição variável, funcionalizada a um critério dessa natureza.

²²²O que conduz, à derrogação, no caso dos dividendos, da norma ínsita ao artigo 3º, nº 2 do MCOCDE.

10º, nº 3 (da qual, o dividendo seria uma mera consequência do exercício daí adveniente). Na sequência, o autor postula que a melhor aproximação a esta terceira alternativa seria, no fundo, prover a uma síntese das duas primeiras hipóteses, tanto mais possibilitada pela expressão “outros”, que remeteria, precisamente para as concepções precedentes.

Num primeiro segmento, estes direitos equiparáveis a acções deveriam advir dos denominados “corporate rights”, em oposição aos “mere debt-claims”. O juízo incorpora a mesma lógica pensada para o afastamento dos direitos de crédito do domínio do conceito de dividendo estatuído no artigo 10º, nº 3, ou seja, os casos em que o titular do direito não partilha dos riscos da actividade da sociedade, não poderão ser subsumidos ao escopo do preceito²²³.

Num segundo segmento, o autor conclui que a composição dos elementos essenciais do termo acção, apontariam para uma matriz fundamental: «*”propriety rights” as opposed to “control rights”*». A posição esclarece o cerne da conceptualização do dividendo, para efeitos do artigo 10º, nº 3, traduzindo o âmago dos direitos patrimoniais até ao momento dissecados. Precisando, todos os ganhos que sejam susceptíveis de serem associados a uma participação social, que confira prerrogativas a um direito genérico ao lucro derivado da actividade social da empresa, gizados em consonância com a lei societária do país da fonte²²⁴, deverão concorrer para o preenchimento do conceito²²⁵.

²²³No mesmo sentido K.VOGEL (1999:651). O autor resume este agrupamento à contracção de empréstimos e emissão de obrigações, ou seja, às situações em que ao crédito em apreço se encontra associado o pagamento de um juro. É um princípio coerente com a exclusão dos rendimentos provindos das obrigações convertíveis em acções, estipulada no §24 dos Comentários ao artigo 10º. Seguindo a exposição de J.M. COUTINHO DE ABREU, et. als. (2012: 886 e 949 a 952), estes títulos são, tipicamente, obrigações, que materializam faculdade alternativa para o credor, consubstanciadas no direito de exigir o pagamento correspondente, ou, ao invés, de impor a conversão da obrigação num outro valor mobiliário. Precisamente, no momento da sua maturidade, e no caso de não se optar pela conversão, as obrigações convertíveis seguem exactamente o mesmo percurso das obrigações em geral, ou seja, é imposto o reembolso pelo capital e correspondentes juros. Só a partir do exercício do direito de conversão é possível concluir que a constituição de uma participação social, sob a forma de acções, quadra os pagamentos originados dessa titularidade à figura do dividendo. No nosso ordenamento, o respectivo regime encontra-se plasmado nas normas dos artigos 365º e ss, do CSC.

²²⁴A circunstância da qualificação do dividendo competir sempre e exclusivamente ao país de residência, não é isenta de controvérsia. J. SCHUCH e E. PINETZ (2015: 5 a 8) esclarecem que a previsão do artigo 10, nº 3, que associa o país de residência da entidade que distribui os dividendos, enquanto referência na interpretação da movimentação dos lucros entre sociedades, é conexa, tão-somente, à última parte do preceito, ou seja, apenas aos «*rendimentos derivados de outras partes sociais sujeitos ao mesmo regime fiscal que os rendimentos de acções*». Desde logo, os autores advertem que uma exegese contrária tornaria inútil as outras partes da norma (bastaria a simples remissão para a qualificação encetada pelo país da fonte). J. SCHUCH e E. PINETZ advogam, ao invés, que a hermenêutica primeira e essencial ao conceito de dividendo decorreria, ao invés, e conforme já salientado na nossa exposição, pela menção que

percorre o artigo 10º, nº 3 do MCOCDE, ou seja, o “*corporate right*” (os direitos advenientes da detenção de acções ou instrumentos equiparados). Neste âmbito, os autores propõe uma referência transversal a qualquer exercício interpretativo. O dito “*corporate right*” estaria sempre conexo à detenção de uma participação social numa sociedade, nos termos do artigo 3º, nº 1 alínea b), do MCOCDE. Cumprido este pressuposto, a verificação deveria ainda obedecer a mais três critérios: o direito derivado da detenção da participação social deverá ser apartado de qualquer natureza creditícia; não deverá ser diminuído em função da distribuição de lucros; e deverá reflectir um «*entrepreneurial risk*». O posicionamento do Estado da Fonte não constitui condição prévia (ou mesmo privilegiada) para a observação destes elementos. Para os autores, os elementos decalcados da lei doméstica da jurisdição de origem, relevariam apenas na qualificação dos ditos direitos extravagantes à detenção de acções, mas, mesmo assim, sujeitos ao mesmo regime fiscal. J. SCHUCH e E. PINETZ ainda advertem que esta remissão da última parte do artigo 10º, nº 3, seria consequência das enormes disparidades encontradas entre as diversas previsões nacionais sobre este tipo de instrumentos procurando-se, nesta solução, uma tentativa de obviar a entendimentos díspares, porquanto seria impossível, nestas situações, delinear um modelo comum interpretativo.

²²⁵É neste circuito que se movimentam todas as figuras que incorporem, nos seus elementos, a possibilidade de aceder à distribuição de benefícios derivados da actividade da empresa. M.LUCAS DURÁN (2000:195 e 196) sumariza o enquadramento, falando de uma noção com uma amplitude suficiente para englobar todas as situações passíveis de serem observadas à luz de uma participação que reflecta um direito na actividade social da empresa, mas que, ao mesmo tempo, não seja disciplinada noutras partes do MCOCDE (como os casos de rendimentos advenientes de participações detidas por trabalhadores ou membros do conselho de administração, artigos 15º e 16º, respectivamente), não revele uma imanência creditícia, e, sobretudo, que se encontre associado à possibilidade de receber ganhos numa eventual distribuição de benefícios. K.VOGEL (1999:652 a 654) aceita a mesma lógica, ao advogar que apenas os *propriety rights* são passíveis de enquadramento no conceito de dividendo inserto no artigo 10º do MCOCDE. É da praticabilidade deste princípio, que o autor intui que as acções preferenciais sem voto poderão encontrar o seu domínio de inserção neste conceito, em face da secundarização dos direitos de controlo na definição do artigo 10º. É o espaço de eleição do que a nossa doutrina comercial habitualmente designa por acções preferenciais. Não trata o nosso estudo de um extenso aprofundamento da matéria, mas as linhas gerais do instituto ajudam a compreender a delimitação dos rendimentos oriundos dessas figuras na ideia fiscal de dividendo. Com efeito, J.OLIVEIRA ASCENSÃO (2000:67 e ss) esclarece que estes tipos de configurações societárias moldam a sua composição através do agrupamento de certos direitos extravagantes à compreensão ordinária, comumente atribuída às acções. Por outras palavras, falamos da categorização de acções, estabelecida em função da outorga dos respectivos direitos especiais. No que nos ocupa, interessam-nos as acções que conferem uma vantagem em matéria patrimonial (precisamente, as aludidas acções preferenciais). No nosso ordenamento, pontificam as acções preferenciais sem voto (artigos 341º a 345º do CSC) e as acções preferenciais remíveis (artigo 345º do CSC). Nos dois casos existe a possibilidade de ablação do direito de voto, em contrapartida pela atribuição de um privilégio patrimonial, quando comparados com as restantes acções ditas ordinárias. Ora, também nestes casos, a preponderância da vertente reditícia compõe a parametrização destas realidades no âmbito do dividendo concebido no artigo 10º. Ou melhor dito, os ganhos derivados de participações sociais que comunguem deste tipo de alinhamento no país da fonte, serão enquadrados na densificação gizada para o conceito de dividendos. O paralelismo entre a concepção destas realidades com as figuras plasmadas no MCOCDE, é bem marcado na inclusão das denominadas acções e bónus de fruição, no texto do artigo 10º, nº 3. Seguindo a exposição de K.VOGEL (1999:652 a 654) e M.LUCAS DURÁN (2000:215 e 216), o entendimento internacional acerca destes conceitos, agrega as diversas alternativas enquanto realidades subsumíveis às noções de *joissance shares* e *joissance rights*, respectivamente. Quanto às primeiras, não haverá muito acrescentar, senão que partilham da mesma preponderância dos direitos patrimoniais no conjunto dos seus elementos, em detrimento da componente participativa na sociedade. No que concerne aos segundos, a densificação do termo surge associada às diversas formas concernentes à mera fruição dos benefícios derivados da actividade social. Dito de outra forma, deparamo-nos perante os casos em que o direito social ao lucro não é titularizado por uma acção. Por esse motivo, não é uma temática eximida de uma polémica doutrinal, porquanto a falta

Chegados a este ponto, avivamos a essencialidade da ideia associada ao dividendo, qual seja, a sua matriz distinta da base lucrativa. No entanto, o perfil da figura é traçado através de um modelo que concretiza o dividendo através da deliberação, organizada em função das partes sociais/acções que cada titular detenha na sociedade anónima.

2.3 A conceptualização do rendimento para efeitos de tributação e a sua correspondente ligação com o lucro tributável

Por ora, centremo-nos nesta vertente objectiva da noção, ou seja, na significação diferenciada do dividendo face ao lucro. Relembrando o cotejo com a realidade do estabelecimento estável, é na reunião directa das várias componentes que compõe o lucro, que esta referência encontra o seu modelo de incidência fiscal. A tradução do entendimento seria concretizada, segundo F.PEREIRA (1990:115 e ss), na definição do conceito de rendimento fiscal.

A transversalidade da noção, ou seja, a sua padronização universal, não pode, neste caso, ser escorada numa uniformidade decalcada do MCOCDE. Nesse sentido, basta observar a repartição genérica ensaiada por K.VOGEL (2003:41 a 44). O autor condensa a essencialidade do modelo enquanto arquétipo de distribuição de competências entre Estados Contratantes. Dentro deste parâmetro, e ainda na esteira de K.VOGEL, ao MCOCDE, estaria inserta uma nova subdivisão, que agruparia este tipo de normas distributivas de acordo com a exclusão total das pretensões tributárias de um dos Estados Contratantes. O autor apelida de “complete distributive rules” (normas distributivas completas, em tradução livre) os preceitos que, embora mantendo a incidência fiscal no país da fonte ou na jurisdição de residência, inibem o outro país de tributar o mesmo tipo de rendimentos. O contraponto seria observável nas “open distributive rules” (normas distributivas abertas). Neste campo, encontrar-se-iam as regras de atribuição de competências ao Estado da fonte. Contudo, em sentido divergente dos precedentes conjuntos normativos, quando verificada a natureza da estatuição das normas do MCOCDE, seria, igualmente, possível concluir que o

desse título impossibilita a mensuração de uma medida aplicável à partilha do activo, aquando da dissolução da sociedade. Nesse sentido, K.VOGEL advoga que qualquer direito que não possibilite ao beneficiário quinhão na liquidação da empresa, não poderia subsumir-se à definição do artigo 10º, nº 3. Por seu lado, M.LUCAS DURÁN defende que a amplitude abrangente e inclusiva do preceito, não seria atentatória de uma prerrogativa que permitisse, apenas, o acesso aos lucros de exercício. Para além disso, M.LUCAS DURÁN infere que a posição de K.VOGEL esvazia de conteúdo prático o conceito.

respectivo disposto não seria assaz abrangente, de modo a dirimir o tratamento a conferir aos rendimentos no Estado de residência. Por outras palavras, a diferenciação estruturante entre as duas “categorias” reside nas consequências posicionadas a jusante desta “distribuição” de competências internacional, designadamente a possibilidade de escolha das alternativas de eliminação da dupla tributação por via dos métodos insertos no artigo 23º do MCOCDE, que as apelidadas normas abertas proporcionam. O interesse específico desta classificação, no nosso estudo, é visível a partir da contextualização do artigo 7º. Para K.VOGEL os lucros obtidos por uma entidade residente noutro país apenas poderão ser tributadas no Estado da fonte em função da existência de um estabelecimento estável. Precisando, para o autor, este conceito seria determinante na estruturação do artigo 7º, porquanto a inexistência do dito estabelecimento marcaria a modalidade “completa” do preceito, excluindo a incidência no país de origem (uma asserção que não é rigorosamente correcta, em virtude do leque de prerrogativas oferecido no MCOCDE para determinados tipos de rendimentos, densificados nos artigos 6º a 22º, mas que serve de padrão ao enquadramento dos ganhos atribuíveis a entidades que não sejam residentes numa determinada jurisdição). Por outro lado, a presença do estabelecimento estável assinala a vertente “aberta” da norma do artigo 7º, impondo a tributação do conjunto dos ganhos na jurisdição da fonte.

Desde logo, é apreensível que a afirmação do método de isenção estipulado no novo artigo 54-A do CIRC, não renega a lógica da tributação internacional intuída por K.VOGEL, no que respeita ao tratamento “aberto” conferido no país da residência, relativamente a rendimentos obtidos através de um estabelecimento estável situado fora do nosso território. Mas o cerne do entendimento subjacente a esta decomposição toca, conforme sobredito, a própria funcionalidade do MCOCDE, no que diz respeito ao enquadramento do estabelecimento estável, representando uma mera repartição de competências entre os Estados envolvidos (a par de um regime de imputação de rendimentos na sua relação com a empresa mãe, como demonstrado no nosso anterior capítulo), mas que não preenche os princípios de determinação dos rendimentos fiscalmente relevantes²²⁶.

²²⁶Problema diferente diz respeito à hermenêutica do conceito de estabelecimento estável, quando observado na sua interação com os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*. L. DE BROE, et.als. (2003: 237 e ss), denotam que esta dicotomia é especialmente propensa a conflitos ao nível da caracterização dos lucros atribuíveis ao estabelecimento estável. A essencialidade das diferenciações assenta na aproximação que os dois sistemas pugnam em relação ao conceito. Mais precisamente, para os países de *civil law*, os rendimentos originados a partir de uma sociedade comercial são automaticamente

tratados como lucros, susceptíveis de integração no contexto do artigo 7º do MCOCDE. Ora, o critério determinante na repartição de rendimentos é alicerçado, nestes casos, na vertente subjectiva, ou seja, no sujeito que aufera o rendimento. Por contraponto, os países de *common law* padronizam a divisão reditícia em função do género de ganhos em causa. Seguindo a exposição dos autores, o exemplo óbvio deste alinhamento seria evidenciado na natureza destacada dos rendimentos de capitais, ou melhor, na sua não integração no conceito de *business profits*. Na prática, e no que concerne aos não-residentes, a indagação nos países de *civil law* é amparada, num primeiro momento, pela aferição do desempenho de uma actividade empresarial, o que indicia, nesta fase, uma segmentação da análise em função dos tipos de rendimentos em causa (mas que não deixam de ser influenciados, logo nesta ocasião, pela definição societária padronizada para as empresas residentes), o que não destoa do modelo defendido pelos sistemas de *common law*. Esta circunstância, aliada à presença de um *fixed place of business*, isto é, à componente física do estabelecimento estável, seria suficiente para enquadrar os ganhos no parâmetro gizado no artigo 7º do MCOCDE. Na percepção de J.AVERY JONES (2008:101 a 103), os países de *civil law* acolhem um termo não fiscal (“lucros de uma empresa”) no seio tributário, sem qualquer variação. Sumariando, todas as transacções subsumíveis às dinâmicas típicas das sociedades comerciais seriam tributadas como lucros, no país da fonte, a partir do momento que fosse atribuível à entidade titular do rendimento uma instalação fixa nesse Estado. Nos países de *common law*, este enquadramento generalista é impossibilitado, desde logo, porque não existe um conceito de empresa, alicerçado num ordenamento autónomo comercial/societário. A revista individualizada de cada tipo de ganho impõe-se como paradigma, em face da impossibilidade de conceptualização de pólos agregadores de rendimentos, ou seja, das representações societárias presentes nos países de *civil law* (a este propósito, J.AVERY JONES (2008:101 a 103) esclarece que o regime erigido no Reino Unido não funda a sua aproximação na noção de *enterprise*, nem tão pouco na percepção do conceito *business*, como é padrão nos restantes países de *common law*, cuja distinção de base assenta, apenas, na diferenciação entre «*business and property income*», mas antes no denominado *trade*, que é um conceito mais delimitado, apartando as actividades de investimento. O autor assinala que a tradução prática do regime redundaria na secundarização das empresas enquanto modelos de repartição de rendimentos, ou seja, a imputação que lhes fosse atribuída de um determinado ganho, não seria decisiva na sua interpretação como *business profits*. Mais do que isso, a disciplina fiscal do Reino Unido não pode concluir que uma determinada actividade de investimento seja enquadrada no conceito de estabelecimento estável, porquanto o entendimento doméstico de *trade*, ou seja, o equivalente britânico de “lucros das empresas”, não contempla estas figuras empresariais. A única situação susceptível de ser circunscrita ao âmbito do estabelecimento estável, estaria restrita às empresas cujo objecto respeite um *financial trade*, como as entidades bancárias). L. DE BROE, et als., identificam que os pontos essenciais a reter, quando na presença de realidades que interajam com países de *common law* e *civil law*, simultaneamente, prende-se ao nível da prioridade fixada na atribuição ao estabelecimento estável, dos dividendos, juros, *royalties* e dos rendimentos residuais previstos no artigo 21º do MCOCDE (asserção retirada dos preceitos ínsitos aos artigos 10º, nº 4, 11º nº 4, 12º nº 3 e 21º nº 2, respectivamente). Na esteira dos autores, nos países de *civil law*, a presença do estabelecimento estável seria, grosso modo, o único requisito necessário, no sentido da concentração tributária no Estado da fonte, em face da aproximação “subjectiva” preconizada por estes sistemas. Por sua vez, nos países de *common law*, centrando a análise nos tipos de rendimentos, a conexão desses ganhos ao estabelecimento é sujeita a outro escrutínio. Utilizando as expressões dos autores, os rendimentos deverão compulsados de dois modos alternativos: se estão «*effectively connected with the permanent establishment*»; ou se, ao invés, não estamos perante um *business or trade* mas antes perante um «*merely passive receipt of income*». Se é certo que o MCOCDE, no seu §32.1, dos Comentários ao artigo 23º, tende a resolver os eventuais reflexos destas discrepâncias no Estado de residência, indicando que esta jurisdição deverá, por regra, conformar-se com as qualificações pugnadas no país da fonte, não é menos verdade, como L. DE BROE, et als concluem, que os países de *civil law* serão mais propensos a avolumar a esfera reditícia do estabelecimento estável, com a natural consequência do aumento dos ganhos sujeitos a tributação no Estado da fonte, numa posição que não encontra paralelo nos sistemas de *common law*.

Contudo, K.VOGEL não deixa de assinalar que, a par desta ordenação, o MCOCDE propõe que a descrição dessas habilitações seja ancorada, pontualmente, por previsões qualificativas de alguns tipos de rendimentos. No entanto, o intuito destes preceitos não assenta numa vocação global de definição do conjunto reditício. J.AVERY JONES (2008:97 a 100) examina o MCOCDE de modo bipartido, conexo a uma matriz que ajusta a revista na repartição tributária em função do sujeito titular e do tipo de rendimento em causa. Mais propriamente, o modelo preconizado sustenta-se no paradigma da residência (artigo 4º), apontando o sujeito como centro de imputação dos ganhos, ou, ao invés, sobre o Estado da fonte, que corporiza a origem do rendimento. O enquadramento do tipo de ganho (artigos 6º a 21º) é direccionado à percepção do Estado onde vai incidir a tributação, ou seja, à residência ou à fonte²²⁷. Por outras palavras, e acrescentamos nós, o MCOCDE não oferece uma teorização própria sobre o que são rendimentos fiscais. É a mesma perspectiva que perpassa de K.VAN RAAD (2002:217 a 223). O autor esclarece que as convenções suportadas no MCOCDE existem com o propósito de eliminar a dupla tributação, utilizando, como método, a distribuição de direitos de tributação, de acordo com categorias de rendimentos. Partindo deste pressuposto, K.VAN RAAD entende que a origem dos conflitos de qualificação, no espaço das ditas convenções, radica primordialmente nas divergências hermenêuticas geradas a partir dos entendimentos legislativos internos, proporcionados pelos poucos instrumentos tendentes a densificar as regras contidas na MCOCDE, aliados à definição concisa dos ditames insertos a esse modelo, que acabam por ser compensados pelos posicionamentos domésticos de cada Estado contratante, que apresentam um domínio mais facilitado, abrangente e detalhado para as

²²⁷K.VAN RAAD (2003: 337 e ss) conclui em sentido semelhante. O autor assinala que a interacção do MCOCDE com as legislações domésticas virtualmente aplicáveis, estrutura uma lógica que coloca os entendimentos internos enquanto observações primeiras na interpretação tributária. Contudo, a linearidade deste raciocínio é prejudicada, precisamente, pelas disposições convencionais, que postulam um enquadramento impeditivo das delimitações intrínsecas de cada país. Por outras palavras, o autor indica que a questão em torno dos preceitos do MCOCDE, não se desenvolve em torno das permissões, mas antes das proibições que possam advir. É este padrão, associado à noção basilar de residente, que compõe o paradigma genérico do modelo. Com efeito, K.VAN RAAD denota que o artigo 4º, nº 1, é um ditame decalcado e remissivo das legislações internas dos Estados contratantes, inferindo, como consequência, que a jurisdição de localização dessa mesma residência, sujeita o titular à tributação universal dos rendimentos auferidos, em conformidade com os seus preceitos nacionais. Seguindo o autor, as regras distributivas insertas nos artigos 6º a 21º do MCOCDE, corporizam as putativas restrições que deverão ser atendidas, quando comparadas com as definições resultantes dos ordenamentos domésticos em causa. Se, desse confronto, resultar uma qualquer divergência, o preceito convencional toma primazia, repartindo os direitos de tributação entre os Estados envolvidos, na qualidade e extensão da sua estatuição.

correspondentes autoridades e contribuintes, mas que nem sempre coincidem nos respectivos desfechos previstos pelos diferentes países em causa²²⁸. Ora a consequência, segundo o autor, não é a desqualificação de um determinado rendimento, ou seja, a sua desconsideração em termos fiscais, mas, antes, a eventual dupla tributação (ou dupla não tributação). É, inclusivamente, uma enunciação vincada por L. DE BROE, et als. (2003:248), ao inferir que o MCOCDE não define o conceito de “business profits”. Aduzimos nós, que o posicionamento do modelo é situado a jusante da definição do lucro relevante fiscalmente, ou seja, falamos de uma temática que centra o seu enfoque no tratamento uma realidade já determinada num momento anterior, ocupando-se, antes, da orientação a conferir às realidades reditícias que possam emergir desse apuramento precedente.

Com efeito, tão pouco seria necessário ao MCOCDE transmitir uma medida que permitisse parametrizar o conceito de rendimento fiscal. Na verdade, a noção vem acompanhada de uma estrutura autónoma e universal. Neste ponto, é com acuidade que se observa o enunciado de J.J. TEIXEIRA RIBEIRO (1997:293 a 297). O autor incorpora, na dita ideia, uma noção mais ampla, susceptível de versar sobre património e rendimento, denominada de matéria colectável. Sendo que a noção reúne o tratamento fiscal de todas as realidades susceptíveis de incidência tributária, a sua definição surge associada à descrição dos dois elementos que a compõe.

No que concerne ao património, e ainda na esteira de J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, falamos do acervo de montantes pecuniários líquidos (ou património líquido), ou seja, dos valores activos menos passivos na titularidade de uma determinada pessoa. Deste modo o património compreende todos os bens susceptíveis de tradução monetária, incluindo os bens de capital.

Ora o património, para além de se alinhar como referência de incidência, ou seja, de fundar a definição de uma matéria colectável própria (numa temática que foge ao escopo do nosso estudo), serve, igualmente, como delimitação do conceito de

²²⁸Para o autor, a utilização do advérbio “através” presente no artigo 7º, nº 1 do MCOCDE, seria um elemento potencialmente ampliador deste tipo de divergências interpretativas. K.VAN RAAD exemplifica com os casos em que uma determinada instalação fixa constitui o próprio objecto da actividade empreendida (como nas situações em que o edifício é o fito da actividade). Nestas circunstâncias, aos Estados envolvidos, são abertas alternativas hermenêuticas fundadas, ou numa perspectiva mais abrangente do conceito, que albergue, inclusivamente, este tipo de posições, ou se, ao invés, o estreitamento da noção apenas concebe a visão da estrutura como meio instrumental para prossecução de uma determinada finalidade. A norma do artigo 7º, nº 1 não esclarece sobre a aplicação destas possibilidades, dando azo a eventuais discordâncias exegéticas.

rendimento. Precisando, e mais discorrendo sobre a exposição de J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, rendimento é a significação de qualquer acréscimo ao património de uma determinada pessoa. No que concerne à amplitude da verificação do ganho, a noção comporta uma concepção restrita, ancorada na circunscrição do rendimento ao somatório patrimonial obtido durante um delimitado período, originados a partir de uma actividade produtora (sendo que, neste campo, entrariam realidades como os salários, rendas e lucros)²²⁹. Mais propriamente, encontramos, neste campo, o enfoque colocado sobre a análise os rendimentos individuais, ou seja, sobre a definição dos valores dos produtos, de tal modo que a teoria é apelidada de “rendimento-produto”. F.PEREIRA (1984:533 e 534) denota que estamos perante a conceptualização que cimenta a alternativa legislativa delineada em torno dos denominados impostos parcelares ou cedulares sobre o rendimento²³⁰. A fundamentação encontrar-se-ia na génese do próprio sistema, designadamente na compreensão restrita das suas fontes (sendo, igualmente, denominada de “rendimento-fonte”), bem como do esboço fiscal decalcado dessas circunstâncias, o que conduz o autor a apontar a artificialidade inerente ao método, que promove uma destrição injustificada entre os ganhos de capital

²²⁹É uma aceção que se coaduna com a definição de F.PEREIRA (1990:127), ao delimitar o conceito de *rendimento-produto* como o «*produto periódico da exploração de uma fonte económica durável, tal como o capital ou o trabalho ou a combinação dos dois factores*». A propósito, J.LANG (2003:18) utiliza uma expressão que é bem ilustrativa do método pugnado pela teoria: a venda dos frutos do jardim é tributável, ao contrário do montante adveniente da venda do jardim. Deste modo, o autor conclui que as mais-valias não poderão entrar no escopo deste preceito.

²³⁰Neste ponto, J.LANG (2005:26 a 28) adverte que a tributação cedular assenta, na sua essencialidade, numa cedência fiscal a imperativos de competitividade. Para o autor, a metodologia ínsita surgiria enquanto decorrência da diminuição da tributação dos capitais móveis, alicerçada num padrão redutor das respectivas taxas, ou através da modificação da base tributável deste género de rendimentos. O autor observa o desdobramento destas alternativas em três vicissitudes mais específicas: a primeira, passaria pela instituição de um sistema dual, com taxas progressivas para os rendimentos oriundos do trabalho, e taxas proporcionais para os ganhos de capital; no que concerne à dupla tributação, a afirmação de sistemas de isenção, em detrimento do método de imputação; a concepção de regras especiais contabilísticas, amparadas em critérios de prudência, que confrontem a periodicidade subjacente ao método do acréscimo. Neste particular, J.LANG (2005: 21 a 24) identifica o método do consumo (*cash-flow*) como a via primordial de reconhecimento de réditos financeiros. A neutralidade temporal do *cash-flow*, sustentada a partir da dedutibilidade imediata dos gastos inerentes aos rendimentos de capital, ou seja, no exercício de realização, garante, na aceção do autor, uma tributação presente mais diminuída. J.LANG percebe, neste enquadramento, uma tensão com a tributação das restantes parcelas de rendimentos, que redundam na diferente aproximação preconizada para este tipo de ganhos, desenhando um contexto que, para o autor, apoia-se num modelo que não prima pela igualdade. Não obstante, J.LANG não é indiferente às virtudes de um sistema fiscal que privilegia a tributação da poupança e do investimento, admitindo que a questão temporal contabilística não se revelaria determinante para a percepção de um tratamento desigual, porquanto a quebra de imposto, no primeiro momento, seria compensada em períodos ulteriores.

dos restantes rendimentos, determinada em função da necessidade dos ganhos provirem directamente da actividade produtiva do titular.

Retornando o excuro de J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, ao desenho mais balizado do “rendimento-produto”, contrapõe-se um entendimento mais amplo, que contempla todos os aumentos de bens auferidos, sem dano do património inicialmente constituído²³¹. “Rendimento-acrécimo” é a nomenclatura utilizada para o entendimento²³². Neste ponto, a destriça das duas teorias faz-se pela largueza do espectro de situações potencialmente abrangidas por cada uma das aproximações.

²³¹É esta última peculiaridade que conduz o autor a esclarecer que a existência do *rendimento-acrécimo*, não pressupõe a existência necessária do *rendimento-produto*, em virtude da impossibilidade de afirmar que ao gasto dos lucros, salários ou juros, não vem associado o prejuízo do respectivo património do titular. Na sequência, e para melhor compreensão, J.J. TEIXEIRA RIBEIRO utiliza um caso singelo: se no património ingressar uma quinta danificada por uma tempestade, então os lucros de uma determinada actividade produtiva, por exemplo, originados numa fábrica, poderão não compensar a perda do valor da quinta. Nesta situação, os ganhos provindos do *rendimento-produto* seriam superiores aos derivados do *rendimento-acrécimo*, porquanto as circunstâncias estranhas à produção seriam diminuidoras (ou, em último caso, poderiam conduzir à total ablação da base tributável) do produto líquido da actividade em causa.

²³²Conhecida igualmente por modelo Schanz-Haig-Simons, derivado dos nomes dos principais responsáveis pela estruturação da teoria, traça as suas origens ao século XIX. Sumariando, as respectivas contribuições, e guiados pela exposição de K.HOLMES (2000. 35 e ss), em 1896, Schanz observou que rendimento corresponde à medida da riqueza total gerada durante um determinado período. Contudo, esta versão simplista da noção, que serviria de delimitação à percepção reditícia, ocultaria a verdadeira plenitude do conceito. Schanz denota que, a par dos influxos de rendimentos, que seriam reveladores da capacidade económica do sujeito, a composição dos seus ganhos contemplaria, do mesmo modo, o consumo/uso do acervo de bens à sua disposição. Estes seriam os casos em que não seria possível reportar esta realidade a qualquer determinação provida do eventual desenvolvimento de uma actividade económica. Haig compreende nesta ideia a necessidade de conferir uma expressão monetária ao conjunto de bens e serviços utilizados durante um determinado período. Nesse sentido, formula duas aproximações: o valor monetário dos bens utilizados seria o equivalente à própria avaliação monetária dos recursos consumidos num determinado período, ou, ao invés, a determinação do rendimento seria subsumido à percepção das receitas dos rendimentos realizados ou por realizar [neste ponto é esclarecedora a expressão de T.CANTISTAS TAVARES (2011: 27): «A riqueza é encaixada com a apreciação do activo e não com a sua transmissão»]. O autor acaba por elucidar uma síntese que postula uma forma de mensuração, através das respectivas quantias monetárias, dos incrementos apurados na esfera do titular de todos os serviços e bens recebidos, bem como de todos os aumentos de valor nos activos detidos durante um determinado período. Por outras palavras, Haig determina que rendimento será a medição do valor monetário dos incrementos patrimoniais ocorridos entre o início e o final de um determinado período. Simon baseia o seu raciocínio na mesma variação de montantes ocorrida durante um determinado período, mas implementa uma diferenciação entre o incremento *per se*, e a disposição desse mesmo aumento. Para o autor, tanto Schanz como Haig falham em apreender que o consumo corresponde a um momento autónomo do processo de formação do rédito. Dito de outra forma, o rendimento seria a soma entre o aumento das quantias disponíveis para consumo (não divergindo, nesta fase, do modelo preconizado por Haig), adicionado das importâncias dispendidas. Neste ponto, Simon adverte que este modo de análise possui, desde logo, a virtude de descobrir a relevância da poupança no cálculo do ganho (que surge enquanto contraponto ao consumo). Mas mais relevante é a maior exactidão na mensuração das diferentes componentes do rendimento proporcionadas pelo modelo. Com efeito, o autor toma em linha de conta a apreciação da relevância do consumo no balanço do rendimento apurado.

Precisando, o “rendimento-acrécimo” olha a todas as variáveis capazes de contribuir para o incremento patrimonial, independentemente da sua proveniência ocasional ou produtiva²³³. Mas mais do que a maior ou menor extensão das noções, é indispensável ponderar a periodicidade, enquanto critério imanente às duas ópticas. Aludindo, novamente, a J.J.TEIXEIRA RIBEIRO, ambas as acepções de rendimento perfilham, na parcela atinente à actividade produtiva, da ideia que só poderá ocorrer consumibilidade sem dano de capital, ou seja, que o produto líquido será sempre fruto de uma observação estanque, direccionada, precisamente, à imutabilidade da fonte produtiva (com a consequente análise cingida às consequências da actividade). O rendimento em sentido restrito, conforme nomeado pelo autor (que se contrapõe ao rendimento em sentido lato, também, dessa forma, catalogado por J.J.TEIXEIRA RIBEIRO, que corresponderia à variável do “rendimento-acrécimo”, ou seja, a percepção que, ademais da compensação do dano de capital, vincularia a verificação da diminuição do património²³⁴), seria, em conformidade, susceptível de se repetir regularmente, em função da sua natureza produtiva. Na prática, e segundo o autor, infere-se a especificidade repetível de realidades como os salários, rendas e, no que nos ocupa, do lucro.

²³³W.GASSNER (2005:33 e ss) insurge-se contra a indefinição subjacente ao *rendimento-acrécimo*. Desde logo, a aproximação económica ao conceito pecaria pelos condicionalismos que os ditames jurídicos exigem, quando ponderado o desenho do sistema de tributação aplicável. Neste particular, o racionalismo dos conceitos económicos daria, necessariamente, lugar à observação de imperativos como a igualdade. Seria, neste prisma, enquadrado o *rendimento-acrécimo*, enquanto paradigma da prossecução do *fairness* fiscal, através da promoção da igualdade horizontal, ou seja, da afirmação abstracta do mesmo tratamento tributário para todos os tipos de rendimentos. Para o autor, esta postura compreensiva das realidades a atender na esfera da fiscalidade, é uma percepção com pouco lastro teórico. W.GASSNER intui que a justiça ou a igualdade inerente a esta perspectiva, valeriam num pressuposto de mera auto-evidência. Nesse sentido, o autor formula um exemplo/questão: será que a concepção de um sistema de tributação que seja sustentado na tributação de todas as realidades reditícias à taxa proporcional de 1%, não poderá ser subsumido à *fairness* do *rendimento-acrécimo*? O autor não entende a possibilidade de concluir que o sistema global surge em sintonia com a paridade fiscal, quando esse próprio sistema é incapaz de definir as directrizes de mensuração dos rendimentos, ou seja, que incumpra a determinação de uma disciplina completa sobre a percepção do rendimento. Neste pressuposto, W.GASSNER conclui que a contextualização dos circuitos reditícios são, no seu âmago, uma emanação essencialmente política, cuja significação é discorrida pelos propósitos casuísticos subjacentes a cada ordenamento específico, circunstância que, a par da impossibilidade de fundar uma dogmática económica do imposto, ampara a impossibilidade de um pensamento fiscal uniforme e universal.

²³⁴A propósito, F.PEREIRA (1990:128) esclarece que a diferença crucial entre as duas concepções reside na consideração das alterações da fonte, que não são contabilizados como rendimento em sentido estrito. Em suma, e ainda no entendimento do autor, a acepção lata valoriza, numa base periódica, além dos quantitativos derivados da participação na actividade produtiva, os valores de auto-consumo e de utilização de bens duradouros, bem como os eventuais incrementos patrimoniais, como as transferências provindas de terceiros, ou seja, os aumentos e reduções patrimoniais, respectivamente.

A revista à ideia de rendimento fiscal encontra o seu respaldo, no contexto empresarial, através da noção de lucro tributável. F.PEREIRA (1984: 538 e ss.) assinala a concepção lata como o paradigma nesta sede, mais propriamente na definição do rendimento empresarial como a observação das variações do seu património, entre o início e o fim de um determinado período, nas quais se incluem as distribuições e o apuramento de resultados. Uma decorrência, segundo o autor, da tendência abrangente do conceito de lucro, menos compatível com a teoria da fonte. Traduzindo esta tendência para a realidade da empresa, e seguindo ainda o autor, o lucro concerne ao incremento do capital investido, sendo o prejuízo o correspondente análogo da subtração desse montante. F.PEREIRA estabelece o paralelismo desta estrutura com o parâmetro contabilístico do resultado de exercício. A teoria do balanço, cuja grandeza não é isenta de divergências interpretativas²³⁵, segundo o autor, serviria como referência de cotejo

²³⁵A compreensão da teoria só é possibilitada quando observada à luz da relação com a dependência fiscal dos elementos contabilísticos. J.L.SALDANHA SANCHES (2000:14 e 15) sumariza o enquadramento da contabilidade, dentro do panorama fiscal, enquanto meio de tornar cognoscível a observação do património, juntamente com os débitos e créditos da empresa. Desta forma, o autor visualizava, na contabilidade, a realização da obrigação de registo de toda actividade comercial. Mas ainda, para J.L.SALDANHA SANCHES, a expressão contabilística cumpriria a aspiração tendente à relevância de uma dupla vertente jurídica: através da compilação do acervo informativo empresarial, as operações contabilísticas constituiriam o substrato do direito comercial, ou seja, do ramo do direito incidente sobre as relações da sociedade com os sócios e terceiros; e, para o direito fiscal, providenciando a disciplina de cálculo que alicerça o lucro tributável a ser declarado. Nesta perspectiva, e ainda traçando o entendimento de J.L.SALDANHA SANCHES (2000:70 e ss), as operações contabilísticas serviriam o escopo da tributação da actividade empresarial mediante a delimitação do rendimento líquido objectivo, ou seja, das receitas depois de subtraídas as despesas necessárias para a sua realização. A incidência sobre o lucro real, proporcionada por via da dependência fiscal, seria, para o autor, a bissectriz fundadora da perspectiva da tributação empresarial baseada na respectiva capacidade contributiva. É a partir desta sequência, ou seja, da afirmação que o lucro tributário nunca se poderia realizar fora do âmbito do lucro contabilístico, que T.CANTISTAS TAVARES (2011:183 e ss) descobre o cerne da teoria do balanço. Dito de outra forma, é nos fundamentos da capacidade contributiva que o domínio tributário acolhe o balanço mercantil como mecanismo único de definição do rendimento tributável. O rédito mercantil seria o garante do apuramento de imposto através de critérios adequados e uniformes para todas as empresas, introduzindo, desta forma, uma medida de igualdade. O mesmo autor não deixa de salientar que a dependência fiscal é ancorada numa outra sustentação conferida pela contabilidade, qual seja, a simplicidade. Mais propriamente, as soluções do balanço proporcionariam o máximo de igualdade e eficiência na determinação do lucro fiscal. Na enunciação do autor, resolver-se-iam o feixe de aporias resultantes dos custos administrativos, isto é, da delimitação dos gastos incorridos pela administração para controlar e fiscalizar o imposto, bem como dos denominados *compliance costs*, ou seja, do esforço dos particulares (sujeito passivo e terceiros) no cumprimento do imposto. O balanço mercantil granjearia um conjunto de regras de reconhecimento e mensuração de activos e rendimentos, evitando uma desnecessária duplicação de procedimentos. Contudo, T.CANTISTAS TAVARES infere que este modo desataviado de entender a relação fiscal e contabilística, peca na concepção absolutista da verdade retirada do balanço. A esta vocação dogmática unificadora, contrapõe-se um discurso fiscal que atende à parametrização de um interesse próprio, nem sempre confundível com a padronização que a contabilidade oferece a montante. O autor percebe que a noção predeterminada e burocrática do balanço não

entre os balanços de fim o início de exercício, englobando, na sua ponderação, não apenas a diferença entre os rendimentos e gastos relacionados com a actividade da empresa, mas incluindo, do mesmo modo, todos os incrementos patrimoniais atinentes a esse período. T.CANTISTAS TAVARES (2011:169 e ss) descreve o fenómeno como o arrear do lucro fiscal nas bases definidas pela bissectriz contabilística. A dependência tributária, nos moldes aduzidos, seria, nos termos do autor, uma consequência da recepção fiscal do modelo do acréscimo, mais propriamente pela incorporação tributária do padrão, familiar ao sistema contabilístico, dos rendimentos ocasionais e das mais-valias. Este panorama genérico, que não deixa de ser redutor pelo purismo dos seus ditames, mas que não cumpre ao nosso estudo aprofundar com a minúcia que a complexidade do tema merece, funda o padrão generalista do conceito de rendimento fiscal.

O basilar a fixar sobre as conceptualizações acerca o rendimento recai na vocação agregadora dos seus elementos, como metodologia subjacente à polarização, num só conjunto de referência, de todas as situações susceptíveis de concorrer para um tratamento fiscal uniformizado. Em face da preterição do MCOCDE em demarcar uma determinação do conceito, que teria, por inerência às funcionalidades do modelo, um cariz transnacional (primordial no nosso estudo, que parte da definição reditícia erigida no país da origem), os cânones da noção de rendimento acabam por cumprir este desiderato universalista. Ora, o lucro tributável é a expressão desse conjunto de ganhos numa base periódica, configurando-se como o preceito ordenador da matéria colectável²³⁶. A destriça em relação ao dividendo advém, numa primeira reflexão,

corresponde, necessariamente, com o tratamento das realidades concretas e das correspondentes finalidades tributárias. Ainda do raciocínio de T.CANTISTAS TAVARES o próprio modelo do acréscimo constituiria um território fértil à determinação casuística fiscal, em face da ampla noção de riqueza económica oferecida pelo conceito. O autor assinala, ainda, uma outra diferença estruturante. O modelo contabilístico professa um ditame proteccionista do interesse do credor. A prudência contabilística estrutura-se em torno da intangibilidade do capital, ou seja, no diferimento da transferência de fundos da sociedade para o sócio. Mais propriamente, o reconhecimento do rédito positivo apura-se no momento da realização, ao passo que o rédito negativo é contabilizado no imediato, a partir do momento que o gasto seja seguro e provável, independentemente da sua realização. A lei fiscal, para T.CANTISTAS TAVARES (2010:192): *«recorta-se na ponderação do interessa fiscal, independentemente da opção mercantil. Associa-se ao acréscimo, caso louve aí a sua tutela. Permanece na realização, se for essa a opção mais conveniente para os sujeitos da relação tributária»*. Deste modo, à dependência total, que alimenta a concepção da teoria do balanço, contrapõe-se a dependência parcial, que se alicerça no mesmo corpo contabilístico, mas temperado pelos interesses próprios da fiscalidade.

²³⁶Nas palavras de J.L.SALDANHA SANCHES (2010:71 e 72): *«A lei não se pode limitar a prever, como regra geral, uma determinação sintética do rendimento das empresas:tem que conter procedimentos que permitam a determinação do rendimento líquido, que deve ser determinado de forma*

logo pela negação dessa regularidade. O dividendo não surge de forma inata à actividade da empresa, independentemente da sua configuração autónoma, ou antes extensiva, como é o caso do estabelecimento estável. Apelando, novamente, às lições de J.J.TEIXEIRA RIBEIRO (1997:322 a 328), o dividendo é o método primário de inclusão, no rendimento global dos sócios, dos lucros das respectivas sociedades. Não obstante, o autor assinala que existem duas condicionantes ao juízo de paridade entre os dois conceitos: desde logo, é imperativo a existência de uma deliberação da assembleia estabelecida por maioria dos accionistas; mais, os montantes direccionados a esses mesmos accionistas nem sempre correspondem ao total reditício apurado na sociedade, sendo achados em função do conteúdo dessa deliberação, e levado o diferencial, em relação ao lucro, a reservas da sociedade distribuidora²³⁷. Mais uma vez se reitera o cerne da nossa exposição, qual seja, que a relação originária do dividendo é o lucro, mas que as duas noções não se confundem, na razão necessariamente provocada e distanciada do primeiro em face do segundo.

2.4 A relação entre lucro e prejuízo

A afinidade entre lucro e prejuízo é manifesta. P.PAIS DE VASCONCELOS (2006:297 e 298) equipara, dentro da temática societária, as perdas aos resultados negativos apurados a partir da contabilidade da empresa. O respectivo somatório é reproduzido, quando findo o respeitante exercício, na conta resultados transitados, com sinal negativo. Não nos escusamos a aproveitar a expressão do autor. Com efeito, as perdas societárias compõe o “sinal negativo” dos resultados apurados a montante pela escrita empresarial, ou seja, pressupõe a mesma proveniência dos lucros, mas configuram a sua alternativa contrária, *maxime* a concorrência do exercício para a situação líquida negativa da sociedade²³⁸.

analítica, com a determinação individualizada de cada um dos seus componentes e a sua agregação final no rendimento tributável»

²³⁷F.GOMES (2011:252) precisa que o dividendo é uma medida decalcada do património da sociedade distribuidora, ou seja, exige uma intervenção constitutiva da deliberação. Nas palavras da autora: «*um negócio jurídico modificativo do património da pessoa jurídica em benefício dos sócios*». Ora, não é abusivo concluir, a partir da menção da autora, que o lucro concorre, em primeira linha, para o incremento patrimonial da sociedade, e só posteriormente, enquanto medida independente desse lucro, para os ganhos dos accionistas.

²³⁸Acerca da noção de situação líquida, F.CARREIRA ARAÚJO e A.FERNANDES OLIVEIRA (2011:674 e ss) trazem à colação a similitude de significados com os demais conceitos de património líquido, capital próprio, ou, simplesmente, património. Todos comungam da mesma forma de

A prédica fiscal é similar. A.MICHELSEN (1998:26 e 27) manifesta uma conclusão simples: que os prejuízos influenciam negativamente o lucro tributável apurado a partir de uma determinada actividade tributável. Sem embargo, a asserção não contempla a definição do prejuízo fiscal. Com efeito, à compreensão genérica dos seus efeitos, F.GOMES (2011:40 e ss) contrapõe que a noção de prejuízo é uma dimanação

apuramento, ou seja, do respectivo diferencial entre activo e passivo societário. Os autores denotam a dificuldade conceptual, concernente a uma definição absoluta da ideia. O recorte positivo faz-se pela afirmação do capital próprio, enquanto a parte dos activos de uma sociedade que não foram financiados a partir de capitais alheios. Sendo certo que a delimitação possui a virtude de discernir que todo o activo provém de duas realidades, qual sejam os capitais próprios ou alheios, a delimitação não se exige a uma observação relacional. Grosso modo, F.CARREIRA ARAÚJO e A.FERNANDES OLIVEIRA intuem que a parametrização do conceito de capital próprio seria, sempre por contraposição aos aludidos capitais alheios, definida por dois vectores essenciais e subsequentes: o primeiro corresponderia ao exame do correspondente regime convencional associado a cada recurso, que seria elucidativo sobre a sua disponibilidade para a sociedade, ou, de outro ponto de vista, o exame seria direccionado à temporalidade da correspondente exigibilidade. Com efeito, os autores têm em mente que ambos os tipos de capitais pertencentes à empresa deverão ser restituídos a quem os facultou (ou seja, o capital social é, também ele, reembolsável). É, deste modo, que F.CARREIRA ARAÚJO e A.FERNANDES OLIVEIRA demarcam o referente temporal como o marco crucial no sentido da diferenciação entre as duas noções em confronto. Nas palavras dos autores: *«o capital poderá qualificar-se como próprio quando o reembolso não passa de uma obrigação eventual e como capital alheio quando o reembolso é uma obrigação presente, no sentido de já existente, ainda que de cumprimento futuro (vencimento futuro)»*. É decalcado deste raciocínio, que F.CARREIRA ARAÚJO e A.FERNANDES OLIVEIRA, descobrem a correspondência com a delimitação encetada para o conceito de passivo inscrita no § 59 da Estrutura Conceptual do SNC. Contudo, os autores não deixam de advertir que a aproximação que funde o seu cerne na perenidade das situações tuteladas, é sempre susceptível de ser desmentida pela iniciativa da sociedade. Com efeito, esta fórmula falha na explicação dos momentos em que os sócios decidem proceder, a título de exemplo, à distribuição de reservas livres, à redução de capital, ou ao reembolso de prestações suplementares. Dito de outra forma, F.CARREIRA ARAÚJO e A.FERNANDES OLIVEIRA não deixam de assinalar que a convencionalidade sobredita, não radica na maior ou menor certeza da continuidade dos recursos na esfera da sociedade, mas, antes, na definição presente do reembolso ou saída da empresa (onde se inclui o dividendo já deliberado), por contraponto a tudo aquilo em que cuja descrita restituição ainda não esteja fixada. Portanto, o património será a síntese dos activos da sociedade (obrigatoriedade por definir) e dos correspondentes passivos (obrigatoriedade definida). Contudo, os autores ainda providenciam pela compreensão da “tramitação” contabilística que preside à distribuição do dividendo. A percepção entronca na dicotomia entre activo e passivo supramencionada. Ora, a inscrição de valores na conta de capital próprio é, seguindo os autores, uma movimentação reflexa, ou seja, é o resultado indirecto das ocorrências primariamente ocorridas em contas de activo e passivo. F.CARREIRA ARAÚJO e A.FERNANDES OLIVEIRA exemplificam com o crédito de uma venda. O imóvel que lhe dá origem é registado numa conta de activo e, posteriormente, numa conta de resultados (o que explica a asseveração de P.PAIS DE VASCONCELOS, ao visualizar os resultados transitados, também ele uma conta de capital próprio, como o aspecto crucial da afectação do património). A movimentação da conta de capital próprio em nada interfere nesta sequência, sendo, ao invés, uma mera reprodução desses registos. De forma mais concreta, e conforme explanado pelos autores, o registo na conta de capital próprio espelha, tão-somente, e em termos finais, uma mensuração da parte dos activos cobertos por capitais qualificáveis, à luz da natureza convencional antedita, como próprios. Precisamente, os autores explicam que as quantias que a sociedade pode utilizar resumem-se aos bens do activo que originaram essa contabilidade reflexa na conta de capital próprio, ou seja, as disponibilidades de caixa que permitam, entre outros, a distribuição de dividendos e reservas.

proveniente, na sua essência, tal como o lucro, da contabilidade. A sua diferenciação faz-se por via da situação negativa reflectida pelo primeiro, ou seja, na hipótese das despesas/encargos serem superiores às receitas/proveitos gerados pela sociedade, ou, conforme delineado pela autora, pela situação exarada na demonstração de resultados. Ora, a diferença de prejuízo, para prejuízo fiscal, reside, ainda a partir das conclusões da autora, nos “desvios” introduzidos pela lei fiscal ao resultado contabilístico. Depressa se infere o mesmo arquétipo encontrado para o lucro tributável. Utilizando a segmentação cronológica ensaiada por T.CANTISTAS TAVARES (2011:172 e 173), a dependência tributária aceita, numa primeira fase, e de modo acrítico, os elementos dirimidos a partir das normas contabilísticas, inscritos no resultado líquido. Numa segunda etapa, por via do que o autor denomina de “normas de ajuste”, são assinaladas correcções circunstanciais, emanadas de valorações próprias dos normativos fiscais. Este modelo de dependência parcial, que inculca uma discrepância entre o lucro fiscal e o resultado escriturado (não sendo, contudo, necessária essa divergência, bastando que as duas realidades coincidam), é transposto, do mesmo modo, para o cálculo inerente ao correspondente prejuízo. Dito de outra forma, a situação negativa contabilística poderá ser alterada, na mesma qualidade, que a situação positiva, pelo regime fiscal²³⁹.

Questão distinta pertence à didáctica de aceitação desses prejuízos. Desde logo, é premente observar que estamos no estágio subsequente à formação do lucro/prejuízo tributável, ou seja, nas repercussões no modelo nacional da recepção destas realidades, determinadas a montante no Estado da fonte. Dito de outro modo, falamos de uma conceptualização posicionada numa fase, e com pressupostos, diversos da dogmática que temos vindo a tratar.

Não obstante, é pertinente uma abordagem, de momento, a uma temática saliente e que vai condicionar o desenvolvimento próximo do nosso estudo. A. MICHELSEN (1998:34 a 38) coloca, como condicionante para repercussão dos prejuízos, a perenidade, tanto do alinhamento da titularidade da sociedade em que a situação negativa líquida foi apurada, como da actividade prosseguida pela entidade. Neste ponto, e dispondo as conclusões do autor, a natureza dos quesitos comporta uma dicotomia suportada numa matriz de diferenciações identitárias. Precisando, a primeira

²³⁹F.PEREIRA (1995:231 e 232) esclarece que, contudo, não são coincidentes as referências do reporte. Do ponto de vista fiscal, o reporte é efectuado nos lucros tributáveis apurados ulteriormente; já na perspectiva contabilística, o prejuízo não será, obrigatoriamente, reflectido, nos lucros posteriores, em face de uma multiplicidade de soluções: «os lucros podem ser anulados por lucros anteriores ou posteriores, por outras reservas, por entradas de sócios, por redução de capital, etc».

seria a concretização de uma mudança de identificação legal, enquanto a segunda seria a corporização de um câmbio nos elementos económicos da empresa.

Para compor esta equação é mister trazer à conferência o desiderato comum a todas estas disposições. M.ANSELMO TORRES (2009: 120 a 125) fala de desdobramentos anti-abusivos. Vertendo estas realidades para a percepção familiar do nosso ordenamento, passado e presente, falamos da cláusula de alteração da actividade e de alteração do capital social, inserta no nº 8 do artigo 52º, do CIRC. A interpretação económica encontra, de acordo com M.ANSELMO TORRES, respaldo na primeira dessas variáveis, enquanto ponderação direccionada à análise dos critérios de substância e natureza da actividade²⁴⁰. O autor estabelece que a averiguação da modificação dos factores de produção seria uma circunstância sintomática de uma mudança de actividade, mormente pela observação da alteração do capital produtivo e do diferente tipo de mão-de-obra a ser utilizado. A lógica anti-abusiva é intuída de uma forma simples por F.PEREIRA (1995: 238): pretende-se evitar a aquisição de empresas

²⁴⁰Este posicionamento económico não se confunde com a justificação inerente à limitação temporal da portabilidade dos prejuízos fiscais. Do ponto de vista estrito da lógica de tributação das sociedades, D.R.POST e K.P.E. STALS (2012:233 a 235) esclarecem que não existem razões ponderosas que fundamentem a recusa da repercussão de um apuramento fiscal negativo nos exercícios posteriores. Aliás, do ponto de vista técnico, falamos de dupla tributação económica. Neste particular M.ANSELMO TORRES (2009:111 a 115) indica que esta asserção surge em coerência com o regime de periodização. O autor infere que o modelo consubstancia uma interrupção dos gastos e rendimentos da mesma empresa, materializada na compartimentação dos respectivos resultados por ciclos fiscais. Não é um mecanismo que funde a tributação do verdadeiro rendimento empresarial, sendo, ao invés, funcionalizado ao isolamento de valores positivos e negativos, de modo a constituir a obrigação fiscal. O reporte surgiria como a consequência fiscal da extensão temporal própria do empresa, ou melhor, da equiparação do lucro tributável/prejuízo fiscal, com o lucro da empresa. Da observação a este encadeamento, não seria perceptível qualquer razão justificativa para uma restrição temporal à portabilidade dos prejuízos. D.R.POST e K.P.E. STALS assinalam que o fundamento poderá residir, ao invés, na tentativa de condicionamento dos comportamentos empresariais, por via da política fiscal. Seguindo o raciocínio dos autores, na hipótese de inexistência de qualquer incidência fiscal sobre os ganhos das empresas, a promoção da ampliação dos rendimentos sobre os gastos seria latente. A consequência seria o incentivo natural ao aumento dos investimentos, cujo incremento seria potenciado na medida proporcional à diminuição dos custos associados à actividade prosseguida. Fenómeno que seria alcançado pela aludida redução (ou mesmo ablação) dos gastos fiscais. Dito de outra forma, cada investimento iria incorrer em custos marginais mais baixos. Mas este modelo não serve na compreensão do perfil desses mesmos investimentos. Com efeito, no paradigma actual, o sistema fiscal sustenta-se na tributação dos retornos provindos dos investimentos realizados, permitindo uma dedução limitada, em termos temporais, dos eventuais prejuízos gerados a partir dos aludidos investimentos. Precisamente, esta “reserva” fiscal é incorporada nas decisões dos agentes económicos, impondo-lhes uma iniciativa mais criteriosa, porquanto o financiamento fiscal das más resoluções empresariais é, deste modo, precavido. Mais, a tendência preconizada acabaria por redundar em investimentos de risco mais elevado. Com efeito, a necessidade de compensar a não dedutibilidade dos prejuízos, ou seja, a menor disparidade entre rendimentos e gastos da actividade, conduziria a decisões que prevejam rentabilidades mais elevadas. Deste modo, o sistema concorre para a formação de investimentos mais diligentes e de maior risco.

com avolumados prejuízos, com o único fito de aproveitamento dos consequentes créditos fiscais sobrevividos²⁴¹.

Quanto às eventuais mutações ao nível do capital social, o paradigma, ainda da mesma norma do artigo 52º, nº 8 do CIRC, resume-se à mudança de titularidade de mais de metade do capital ou de mais de metade dos direitos de voto, quando confrontados com o final do período de tributação de referência do apuramento dos prejuízos fiscais. Da bipartição encetada por A.MICHELSEN, julgamos evidente o paralelismo da previsão em apreço com a perspectiva “legalista”. Aliás, conforme postula M.ANSELMO TORRES, o enfoque desta medida centra-se nas mudanças das participações sociais ocorridas entre períodos de tributação, numa aceção absolutamente independente de considerações incidentes sobre a actividade prosseguida pela entidade. A justificação anti-abusiva seria inspirada, segundo o autor, na percepção de que as sociedades transmitentes, tendencialmente, acabariam por retratar no preço de venda da participação social, o direito de reporte dos prejuízos, promovendo, por essa via, um desvirtuamento do seu valor efectivo.

Mas mais do que a compreensão das convicções anti-abusivas de cada ditame, bem como dos méritos das respectivas soluções, o relevo das considerações procedentes encerra-se na compreensão da imanência de cada um dos preceitos, mais propriamente no princípio económico associado à alteração da actividade, e as modificações da titularidade do capital ou dos direitos de voto, dependente de um entendimento posicionado ao nível da identidade legal.

O interesse das considerações tecidas vislumbra-se no plano das inovações introduzidas pela Reforma do IRC. Com efeito, decai a alusão económica anterior, conexas à manutenção da actividade prévia, numa tentativa de eliminação dos reputados entraves identificados pelo Anteprojecto (2013: 145 e 146) à reestruturação das empresas (bem como da, também antecedente, menção ao objecto social da sociedade), mas mantendo-se o propósito de afastar a relevância dos prejuízos gerados em contexto precedente à alteração da situação de controlo na sociedade (bem certo de que o regime é presentemente, temperado no automatismo da recusa da consideração dos prejuízos, no caso de alteração de mais de metade da titularidade de mais de metade do capital social ou dos direitos de voto). É sobre este novo modelo, posicionado sobre a visualização dos mecanismos de domínio empresarial, mas também sobre a tensão dessa perspectiva

²⁴¹No mesmo sentido, M.ANSELMO TORRES (2009: 121)

com o cerne da actividade societária, tomados no seu cotejo com as implicações fiscais do confronto entre estabelecimento estável e filial, que serão discorridos os nossos seguintes comentários.

Parte III – As matrizes da proximidade estrutural entre estabelecimento estável e filial: o alinhamento preconizado pelo TJUE acerca dos momentos e da medida dos prejuízos reportáveis

1. A aproximação subjectiva entre a figura do estabelecimento estável e da filial – o conceito de dependência

1.1 A ponderação da personalidade jurídica como ditame desadequado de aproximação entre estabelecimento estável e filial

Discursado o cotejo objectivo, ou seja, a relação entre lucro/prejuízo e dividendo, que, recordando, é sustentado num padrão diferenciado das duas definições, mas, simultaneamente, conexo, em virtude da sustentação do dividendo nos resultados societários (mesmo que acumulados, ou seja, no património da empresa), cumpre uma observação, na subsequente sede, do contexto subjectivo onde se movimentam estes conceitos.

Neste domínio, já foi elucidado, em absoluto, o conceito de estabelecimento estável, bem como o equilíbrio reditício instituído com a empresa-mãe residente noutra Estado. Também, aqui, é imperativo lembrar que as coordenadas fundamentais da noção sugerem o estabelecimento como uma extensão da actividade da empresa, mas, ao mesmo tempo, funcionalmente distinto e separado, dirimindo a competência de tributação, no que concerne aos rendimentos que lhe sejam atribuídos, na jurisdição de origem, ou seja, da sua localização.

Não foi, por ora, analisada a ideia do ponto de vista relativo. Ainda no plano do país da fonte, a iniciativa de desenvolvimento de uma actividade, por parte de uma entidade posicionada noutra Estado, poderá revestir duas alternativas²⁴²:

- A constituição de uma subsidiária, ou seja, uma entidade de direito local, sujeita às regras comerciais e fiscais desse país, mas preservando uma personalidade jurídica própria;

²⁴²Seguimos a exposição de M.DURO TEIXEIRA (2007:13)

- Ou através da criação de uma sucursal, que materializa uma entidade sem personalidade jurídica autónoma, sujeita à lei pessoal do país de origem da sua constituição²⁴³, mas que se encontra submetida aos ditames fiscais do Estado da sua localização.

Julgamos facilmente apreensível a relação das duas alternativas com os pressupostos postulados nos artigos 51º e 54º do CIRC. Com efeito, os dividendos gerados a partir da filial, encontram o seu tratamento, na fase de repatriação, a partir da primeira das citadas normas. No que respeita ao lucro, derivado dos rendimentos imputados ao estabelecimento estável situado fora do território português, o preceito respectivo corresponde ao artigo 54º do CIRC²⁴⁴. Se tomarmos em análise a consideração dos prejuízos no contexto da actividade desenvolvida através do estabelecimento estável, relevância que não encontra paralelo no conjunto dos resultados apurados no seio da filial, revelam-se os contornos que impõe uma ponderação sobre a motivação deste diferencial.

Iniciando pelos traços distintivos entre as duas entidades, é proveitoso um novo olhar sobre a apologia propalada pela já revista abordagem autorizada pela OCDE (denominada, anteriormente, por Relatório)²⁴⁵. Sendo certo, conforme aponta T.KULCSÁR (2013:233), que o documento professa um método de imputação de rendimentos ao estabelecimento estável, em moldes que o configuram como entidade distinta e autónoma em relação à empresa residente noutra jurisdição, não é menos verdade que o mesmo Relatório adverte, e em transcrição literal, mormente no respectivo § 55: «*In this context, 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*» (sublinhados nossos). Ora, o documento focaliza a sua observação na interacção entre o estabelecimento estável e a sociedade residente,

²⁴³Em conformidade com o artigo 3º, nº 1 do CSC.

²⁴⁴É, precisamente, por este alinhamento, que nos vamos abster de desenvolver a terceira alternativa, que consubstancia a percepção de rendimentos, por parte de um residente nacional, no caso de não estabelecer uma presença física que possa ser associada a uma filial ou um estabelecimento estável, ou seja, na hipótese das operações serem desenvolvidas a partir do território português, porquanto é uma vicissitude que foge ao âmbito dos artigos 51º e 54º do CIRC.

²⁴⁵O sobredito *REPORT ON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENT*.

demitindo-se de providenciar eventuais directrizes incidentes sobre a relação entre o estabelecimento e terceiros. De facto, é dentro do primeiro cenário que a aproximação ínsita ao entendimento da entidade funcionalmente distinta descobre o seu circuito de análise.

Mas ainda no domínio do Relatório, e do mesmo §55, surge a alusão sumária às peculiaridades de cada figura, mas na vertente da potencialização da decisão empresarial, sobretudo na busca da maximização da percepção de rendimentos. Dito de outro modo, sucursal e filial dirimem discrepâncias económicas, atendíveis no momento da eleição da forma de fixação de um determinado investimento. Pela acuidade do discurso, apelamos, novamente, à síntese atilada pelo Relatório:

There are generally economic differences between using a subsidiary and a PE. Application of the authorised OECD approach 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. In many cases, businesses operate through permanent establishments rather than separate entities precisely because the PE structure provides for efficient capital utilisation, risk diversification, economies of scale, etc., making the structure more profitable. Thus, a PE will be more commonly used in some sectors (banking, insurance) or for activities carried on temporarily in a State (public works) or by virtue of the level of activity or complexity of operations. By contrast, a subsidiary may combine a more complete set of operations within a country.
(sublinhados nossos)

Temos, para nós, sustentados na exposição supracitada, que a sucursal e a filial acolhem diversidades assentes, essencialmente, nos arquétipos organizacionais das duas figuras, e que reflectem posições tendentes à enunciação da forma mais profícua de obtenção de lucros. De forma sucinta, a sucursal será a feição mais propensa às situações de fixação temporária numa jurisdição alheia ao Estado de residência, sendo do mesmo modo, a figura mais aconselhada quando a actividade seguida, nesse outro Estado, revele uma complexidade acrescida. Por contraponto, a filial corresponderá à forma mais ajustada, nos casos de maior diversidade da natureza das operações que se pretendam efectuar no respectivo país. É uma lógica de eficiência e escolha económica,

cujos meandros fogem, decisivamente, ao escopo da nossa investigação (e, também do próprio Relatório). O parâmetro tributário situa-se a jusante desta realidade.

Mas o Relatório evidencia um outro cariz que importa reter na comparação entre sucursal e filial. A forma legal seleccionada avulta nos critérios de repartição de competências tributárias entre os Estados envolvidos. Neste domínio A.XAVIER (2014: 419 a 422) é contundente: o artigo 7º, nº 1 do MCOCDE é uma norma de competência exclusiva da jurisdição onde se encontra «*domiciliada a sociedade afiliada controlada ou coligada, como resulta claramente da expressão literal “só podem ser tributados”*». A temática familiariza-se com a discussão em torno da personalidade das duas figuras, quando compulsada a própria regra de tributação aduzida nos casos de existência de um estabelecimento estável localizado num dos Estados Contratantes, presente na segunda parte do mesmo artigo 7º, nº 1 do MCOCDE. Não importa, nesta sede, escarpelizar um assunto que foi já escrutinado nas nossas precedentes considerações. Julgamos, ao invés, determinante sublinhar a circunstância que direcciona a tributação no sentido do Estado da fonte é, justamente, a exploração de um acervo físico, que permita a uma empresa não residente desenvolver uma actividade noutro país. Retomando aos ensinamentos de A.XAVIER, a desconsideração da autonomização jurídica, por via da negação da personalidade distinta ao estabelecimento estável, opera como meio de atribuição de rendimentos ao país de fixação do dito estabelecimento, ou seja, como excepção ao regime regra, que, reiterar-se, corporiza uma pretensão exclusiva de tributação atribuída ao Estado de domicílio da empresa²⁴⁶. Ora, retendo esta especialidade, que influi no essencial do posicionamento atinente à sucursal, é da máxima importância conferir que a designada singularidade em pouco diverge com o preceituado concernente ao padrão gizado para os casos em que a realidade detida pela empresa dita “estrangeira” não é um estabelecimento estável, mas, antes uma sociedade de direito local, com personalidade jurídica autónoma. Com efeito, e apelando aos mesmos princípios ínsitos ao artigo 7º, nº 1 do MCOCDE, o pensamento é esquematizado do seguinte modo: se o

²⁴⁶Em termos mais rigorosos, o autor esclarece que a composição tributária do Estado da residência resulta, nos termos do MCOCDE, da análise conjugada do artigo 7º, nº 1, mormente na ponderação da expressão “Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante”. O significado do preceito é explanado no artigo 3º, nº 1 alínea d), designadamente por via da alusão da “empresa explorada por um residente de um Estado Contratante”. Ainda seguindo A.XAVIER, na circunstância destas empresas adoptarem a forma jurídica de sociedade, ou qualquer outra que permita a qualificação como pessoa, nos termos do artigo 3º, nº 1 alínea a), a entidade é automaticamente considerada como residente, para efeitos do artigo 4º do MCOCDE.

residente/entidade com personalidade jurídica é tributado pelo globalidade dos rendimentos auferidos no país da sua localização, e estando essa figura situada na mesma jurisdição do estabelecimento estável, serão as duas realidades tributadas nesse mesmo país. Se tomarmos em atenção que a filial assume-se como pessoa jurídica participada por um (no nosso caso) residente português, é compreensível que a personalidade (ou falta dela) não é um critério categórico para aferir da distribuição de competências de tributação entre os Estados envolvidos, quando essas entidades sejam procedentes de jurisdições alheias ao universo nacional²⁴⁷.

Mas mesmo quando tomados os elementos estruturantes das duas figuras, num pensamento necessariamente entroncado com a discussão sobre a personalidade

²⁴⁷Em rigor, se as regras de repartição de competências de tributação permanecem inalteradas, independentemente do investimento ser direccionado a uma sucursal ou a uma filial, não é menos verdade que o cômputo final dos rendimentos tributáveis poderá não ser absolutamente idêntico. T.KULCSÁR (2013: 234) aponta o cerne desta problemática: os estabelecimentos estáveis permanecem fora do âmbito extravagante à bilateralidade instituída por cada convenção celebrada entre dois Estados Contratantes. Ainda do autor, a conclusão é entendida a partir de uma asserção singela: o artigo 1º do MCOCDE dirime, expressamente, que o MCOCDE encontra-se circunscrito a pessoas residentes. Tão pouco o Relatório pretende promover qualquer tipo de equiparação entre o estabelecimento estável a uma sociedade residente. Ora, é assente, segundo T.KULCSÁR, que a estrutura do MCOCDE, bem como das demais Convenções celebradas em sintonia com o modelo, são propensas a potenciar situações discriminatórias, quando cotejado o contexto do estabelecimento estável em confronto com uma empresa residente, por via da negação das soluções tendentes à eliminação da dupla tributação à primeira entidade. E.ARRUDA MADEIRA e T.CASSIANO NEVES (2007:473 a 475) marcam uma posição mais mitigada acerca destas eventuais discrepâncias. Os autores verificam que o próprio MCOCDE propõe uma solução diversa, no que respeita ao nivelamento dos ganhos atribuídos ao estabelecimento estável, que sejam decorrentes da imputação de dividendos a estas figuras. O alicerce do entendimento sustenta-se na norma do artigo 10º, nº 5. Da regra, E.ARRUDA MADEIRA e T.CASSIANO NEVES retiram que o artigo 10º é finalisticamente ordenado à limitação de um dos Estados contratantes promover a incidência tributária sobre os dividendos atribuídos a residentes do outro Estado contratante. Ora, o artigo 10º, nº 5, reafirma o mesmo raciocínio, mas estende, simultaneamente, esse condicionamento às situações em que, na jurisdição da entidade distribuidora, exista um estabelecimento estável. Os autores induzem uma conclusão necessária: que o artigo 10º, nº 5 revela uma excepção ao artigo 1º. Uma perspectiva diversa conduziria à total inaplicabilidade do preceito. Sendo certo, e ainda segundo E.ARRUDA MADEIRA e T.CASSIANO NEVES, que a estrutura do artigo 10º do MCOCDE, orienta-se numa direcção bilateral, *maxime* quando observado o correspondente nº 1, não seria menos verdade que a abertura da norma, tendência descoberta, precisamente, a partir do confronto do artigo 10º, nº 5, com o artigo 1º, seria indiciadora que, à natureza da regra, estaria ínsita uma matriz excepcional. Se a propensão universal do artigo 1º seria derogada pelo aludido ditame, a bilateralidade inserta ao nº 1 do artigo 10º poderia, da mesma forma, ser adaptada à realidade do estabelecimento estável receptor. A interpretação redundaria na aplicação do mesmo regime, aos casos em que a entidade beneficiária/estabelecimento estável não seja abrangido pela convenção. Nestas hipóteses, independentemente da qualificação do estabelecimento como entidade não residente, para efeitos de uma determinada convenção, perante a atribuição de dividendos a estas figuras, o tratamento destes rendimentos, na acepção do afastamento da eventualidade da sua dupla tributação, seria absolutamente paritário, quando cotejado com as restantes entidades residentes.

associada às figuras, não é possível entender qualquer diferença, de gravidade, que justifique uma disparidade de tratamento.

Vejamos, P.TEL (1973: 17 e ss) concebe uma teoria geral sobre o conceito de filial, cimentada na perspectiva que observa a figura de um ponto de vista relativo. Precisando, o objecto é finalizado à conferência de uma sociedade, mas na óptica dos seus elementos participados por outra entidade. Decalcado deste princípio, o autor assinala três vectores inerentes à noção: estamos perante uma realidade com autonomia jurídica; que, não obstante, depende financeiramente de outra figura; mas que preserva a independência, tanto da sua actividade, como da respectiva gestão. Por ora, vamos restringir a concepção da filial aos enunciados pressupostos.

Ainda cingidos às considerações de P.TEL, a sucursal seria um intermediário «*grâce auquel la société étrangère peut étendre plus aisément son rayon d'action*». Ora, na inerência desta especificidade, achar-se-ia a pretermissão de qualquer autonomia conexa, tanto jurídica, como ao nível da actividade e da gestão exercidas por via desta figura. O autor deslinda uma peculiaridade essencial das sucursais: a dependência. A par da permanência, associada a um critério de perenidade temporal e à necessidade de existência de uma instalação fixa própria da sucursal²⁴⁸ (temática já dirimida anteriormente), P.TEL enfatiza a imprescindível similitude entre a actividade prosseguida pelo residente e a correspondente sucursal situada noutra jurisdição (em termos mais exactos, o autor enuncia que a actividade da sucursal deverá enquadrar-se no quadro normal de negócios seguidos pela sociedade estrangeira). A inferência decorreria, tanto do elemento literal da regra pugnado no artigo 5º, nº 1, do MCOCDE, mormente do alinhamento ínsito na expressão “instalação fixa através da qual a empresa exerce toda ou parte da sua actividade”, bem como da impossibilidade de

²⁴⁸J.HUSTON e L.WILLIAMS (1993:22 e 23) assinalam a inutilidade de qualquer aproximação que funde uma conotação distintiva da sucursal, em relação às demais formas de exteriorização do estabelecimento estável, com base nas alusões insertas no MCOCDE. Desde logo, todas as definições dirimidas no nº 2 do artigo 5º, confluem para a noção de instalação fixa inserta no nº 1, ou seja, não pretendem uma delimitação extravagante ao acervo físico conexo ao estabelecimento estável. Mais, tão pouco os respectivos comentários balizam o conteúdo substancial dos elementos determinantes da figura da sucursal. Finalmente, sempre de acordo com os autores, e no seguimento das induções anteriores, revelar-se-ia impossível proceder a uma distinção material (repita-se, baseada no MCOCDE) no cotejo da antedita noção, com a ideia de “local de direcção”, ou “escritório”, igualmente mencionadas no nº 2 do artigo 5º, porquanto o referencial dessas instalações, na acepção do estabelecimento estável, seria exactamente o mesmo, ou seja, os pressupostos elaborados no nº 1. A.LOBO XAVIER e C.OSÓRIO CASTRO (2001:743) retiram a mesma conclusão do regime instituído no CIRC, ou seja, da hipótese de uma sociedade estrangeira decidir a sua fixação em Portugal através de um estabelecimento estável, a conformação fiscal de um “escritório”, “local de direcção” ou “sucursal” será a mesma.

reconhecer o essencial dos requisitos sobreditos de não sujeição a uma entidade alheia. A conclusão do autor segue na linha da nossa anterior explanação, que pesa o estabelecimento estável como uma extensão da empresa situada noutra país. E, novamente, se destaca que o regime opcional instituído *ex vi* no artigo 54-A, do CIRC, reclama uma ponderação diferenciada, no sentido da rejeição do automatismo respeitante à transferência dos lucros ou prejuízos entre estabelecimento estável e sociedade exterior. Uma aproximação de figuras, discorrida a partir da autonomização do resultado do estabelecimento estável, mas, de forma não menos relevante, pelo denominador comum às duas estruturas, qual seja, a dependência em relação à sociedade estrangeira, mas igualmente mediado pela cogitação em torno da amplitude das actividades que poderão ser avançadas por cada uma das entidades.

Pois bem, A.LOBO XAVIER e C.OSÓRIO DE CASTRO (2001:741 e ss) avultam, precisamente, a construção da personalidade como marco na percepção da sucursal. A derivação genérica do princípio resume-se, segundo os autores, à impossibilidade deste tipo de figuras encabeçarem qualquer direito ou obrigação emergente de negócios praticados. Para além de elucidarem acerca do plano das consequências práticas do conceito, A.LOBO XAVIER e C.OSÓRIO DE CASTRO demarcam a essencialidade da compreensão da personalidade em apreço: a proposição desenvolve-se no espaço jurídico das relações erigidas entre a sucursal e entidades terceiras. Complementando com as nossas precedentes asserções, a postergação da autonomia do estabelecimento estável compreende, indubitavelmente, esta área extravagante à ligação entre sucursal e sociedade²⁴⁹. Mas, tornando aos autores, o disposto não conflitua com a significação do estabelecimento estável enquanto entidade ficcionada/funcionalmente distinta²⁵⁰. Aliás, esta contingência é justificada, precisamente, pelo apartamento da individualidade jurídica da sucursal²⁵¹, que, diga-se novamente, é o critério que nivela qualquer distanciamento em relação à empresa-mãe, compreendendo, neste âmbito, a possibilidade militada no artigo 54-A, ou seja, a renúncia ao automático repatriamento do resultado da sucursal. Nem tão pouco contende com o entendimento do

²⁴⁹Neste ponto, é imperativo reter, conforme elucidam A.LOBO XAVIER e C.OSÓRIO DE CASTRO (2001:742), que a falta de autonomia em causa não impede que a sucursal celebre os respectivos negócios, sob a supervisão do estabelecimento principal. Mas, mais do que isso, que os reflexos económicos das relações instituídas com terceiros, ou seja, as respectivas despesas e receitas, encontrem o seu respaldo na esfera da sucursal.

²⁵⁰Os meandros do conceito já foram discutidos anteriormente.

²⁵¹Sustentados no regime nacional, inscrito no artigo 4º, nº 2 e 3 do CIRC, os autores indicam que, a uma natureza originária unitária, a lei contrapõe a imposição de uma tributação independente.

estabelecimento enquanto mera extensão da empresa residente noutro Estado, ou seja, nas palavras dos autores, a ausência de personalidade jurídica, visionada na definição da figura das sucursais, traduz a existência de «*meras unidades organizativas dentro de uma sociedade*»²⁵². Com efeito, a segmentação desta revista assenta num postulado interno, que movimenta o espaço dirimido entre o estabelecimento estável e a sociedade, ancorado na necessidade de repartição tributária territorial²⁵³.

²⁵²Não é a economia do nosso estudo que permitirá uma cabal compreensão do círculo de diferenças entre a clássica personalidade jurídica, no rebate com o seu congénere fiscal, mas julgamos profícua a menção ao âmbito de situações contempladas pela subjectividade tributária. Sendo certo, na exposição de P.SOARES MARTÍNEZ (1969:327 e ss), que a personalidade jurídica partilha da mesma derivação da personalidade fiscal, ou seja, falamos de conceitos que enformam a susceptibilidade de uma entidade ser sujeito de direitos e obrigações, a realidade tributária abarca especificidades que apartam uma noção unívoca e limitada a esta definição. Desde logo, e seguindo o autor, a personalidade tributária restringe-se à capacidade de assumir uma posição de devedor numa vinculação tributária. A compreensão desta imutabilidade passiva do sujeito da relação fiscal entende-se quando observado o sujeito activo. Dito de outra forma, a sujeição fiscal subjectiva exprime uma tríade, fundada na ligação passiva e activa, através do exercício de soberania por parte do Estado. Mas mais do que isso, e transcrevendo P.SOARES MARTÍNEZ «*As especialidades mais notáveis não surgem em relação à soberania ou em relação à personalidade activa*». A determinação do devedor fiscal corporiza uma individualidade dogmática inconfundível com uma definição paralela existente noutros ramos de direito. Sempre na esteira do autor, o desdobramento desta asserção permitiria aferir que «*entes de facto, desprovidos de personalidade jurídica, gozem de personalidade tributária*». Ainda, decalcado da mesma lógica, a valoração jurídica dos factos sujeitos a tributação, encerra contornos distintos da relevância conferida pelas restantes disciplinas jurídicas. Apelando, novamente, a P.SOARES MARTINEZ «*A lei fiscal tributa estados de facto e não situações de direito*». O autor enfoca a essencialidade da perspectiva tributária. Com efeito, o substrato da fiscalidade é a manifestação económica, independentemente da roupagem jurídica que lhe esteja associada. É este princípio que conforma a parametrização da personalidade tributária passiva. Neste campo, recolhemos a mais avisada expressão de P.SOARES MARTINEZ: «*A obrigação tributária pressupõe a existência de bens económicos. Daí admitir-se que uma entidade não juridicamente reconhecida como pessoa pelos outros ramos de Direito, possa ser concedida personalidade tributária passiva, desde que ela estabeleça relações de que lhe advenham bens económicos*». É seguramente excessivo, com base nesta nossa exposição, necessariamente perfunctória, concluir que o estabelecimento estável poderia subsumir uma variável deste conceito lato de personalidade tributária gizado anteriormente, mas podemos afirmar que a delimitação dos requisitos insertos à entidade fiscal são diferentes das demais figuras pensadas para as restantes áreas jurídicas. O que também significa que o cerne desta temática é deslindado dentro da observância fiscal, ou seja, dentro da personalidade tributária, que é discrepante da personalidade jurídica.

²⁵³Ora, é precisamente a partir da análise a este enquadramento, que se descortina o equívoco da ponderação de A.LOBO XAVIER e C.OSÓRIO DE CASTRO. O raciocínio dos autores assenta num antecedente lógico sobre o posicionamento da preterição de personalidade jurídica do estabelecimento estável: a autonomia das relações constituídas entre a sucursal e a sociedade, não poderia ir ao limite de consubstanciar uma qualidade própria, no plano fiscal, a uma entidade jurídico-civilmente inexistente. Dito de outra forma, os efeitos jurídicos das relações instituídas entre o estabelecimento estável e a sociedade principal seriam irrelevantes. Precisamente, neste domínio, é mister frisar a partição entre estas considerações e o contexto fiscal. A construção da entidade funcionalmente distinta não é amparada nos ditames enunciados para o confronto da personalidade da sociedade e do seu estabelecimento estável. É uma discussão destacada dos princípios da autonomização jurídico-civilística das duas figuras. A estruturação do estabelecimento estável é, tão-somente, uma noção tributária, visível enquanto condição

1.2 A dependência, enquanto referência da preponderância da entidade-mãe sobre o estabelecimento estável

Temos, para nós que, no alinhamento do nosso estudo, o aspecto capital sobre a avaliação das duas estruturas, não é centrado na análise sobre a personalidade jurídica indagada acerca da filial e da sucursal²⁵⁴. Retomando a P.TEL (1973:27 e ss), a filial seria uma sociedade sob a dependência financeira de uma outra entidade. Ora, enquanto a sua subordinação fosse cingida a este domínio, ou seja, na medida em que o âmbito da disciplina da sua relação com outra sociedade não interferisse na autonomia da sua actividade, então a sua natureza permaneceria imutável. O autor aponta, precisamente, a divisa da singularidade associada à filial, a partir da sua capacidade de distanciamento face a qualquer outra figura. Nas situações em que se apresente como «*un instrument aux mains de la société mère dont elle suit toutes les directives, elle constituera un établissement établi de cette société, malgré leur personnalité juridique*». Para P.TEL a personalidade jurídica permitiria à sociedade, na sua aceção de atributo conferido a todas as sociedades constituídas sob a forma que a lei qualifique como comercial, deter uma realidade patrimonial distinta daquela dos seus sócios, de ser credor ou devedor de terceiros com os quais se relacione e de realizar, directamente, os diversos actos da sua

de repartição reditícia, que recorre à dogmatização de uma entidade que polariza uma sequência de rendimentos, cuja atribuição confere uma pretensão tributária ao Estado da localização da sucursal. É na realização com figuras terceiras que se descobre a utilidade do pensamento em torno da personalidade. De facto, é a noção que confere um sentido unitário à sucursal e à respectiva sociedade.

²⁵⁴É um princípio igualmente assinalado por C.CARLI (1988:713 e ss). O autor sublinha que o pressuposto subjectivo de imposto assenta numa ponderação singela: a presença de pessoas físicas num determinado território. O critério primordial que medeia o requisito é a aferição da residência ou do domicílio da entidade. Ora sistemática fiscal abrange, nestes casos, as pessoas colectivas constituídas segundo a lei do país da sua localização, ou as sociedades que, mesmo que originárias doutro Estado, possuam a sua direcção efectiva ou a sede da sua administração na mesma jurisdição. A terceira modalidade desta conformação subjectiva reputa a presença de uma *base fixa*, ou seja, de um estabelecimento estável assente no mesmo Estado das duas precedentes hipóteses. O autor realça que a estrutura corporiza, tão-somente, uma *stabile organizzazione*, de uma empresa estrangeira. Dito de outro modo, o estabelecimento estável corresponderia, em termos fiscais, a uma sociedade, ou ente comercial, não residente (*società ed agli enti commerciali non residenti*). Também estas figuras veriam o seu lucro tributável determinado de uma forma unitária, mas apartada do balanço da casa-mãe, através de um «*conto relativo alla gestione della stabile organizzazione*». Deste modo, o autor identifica um substrato comum a todas as formas de fixação fiscal: a sua derivação de uma entidade comercial (que, naturalmente, revestem uma personalidade jurídica autónoma). Para C.CARLI, o crucial da diferenciação é amparada, ao invés, no juízo sobre o *centro decisionale dell'impresa*. Justamente, o pressuposto subjectivo de imposto, seria dirimido através de critérios de autonomia de um ente face a outro, mais propriamente no pressuposto de observação de uma determinada organização como *risponsabile di imposta*, ou um mero órgão sob a dependência jurídica de outra entidade.

vida jurídica. Ainda do autor, estes requisitos consubstanciam a autonomia jurídica, que não pode ser molestada por uma dependência comercial, sob pena de transformação da filial num mero agente de execução de uma estrutura estrangeira, ou seja, da verificação de uma personalidade jurídica materialmente fictícia. Ora, este desfasamento substantivo seria resolvido, segundo P.TEL, a partir da vocação do estabelecimento estável para incorporar estas figuras, que revelem uma subordinação manifesta a uma sociedade de outra jurisdição²⁵⁵.

Aquilatamos que a perspectiva do autor assenta num erro de base, que se dirime no confronto entre as noções de controlo e dependência. Nessa perspectiva, é lapidar a construção do artigo 5º, nº 7 do MCOCDE. Com efeito, a ênfase da estatuição centra o relevo na negação da equiparação fiscal de uma sociedade residente, controlada por uma sociedade residente noutro Estado Contratante, a um estabelecimento estável. Conforme é dirimido no § 40 dos comentários ao artigo 5, esta parte do preceito é amparada em duas ordens de razão: a primeira, que a afiliada é uma entidade independente; a segunda, que a natureza dessa percepção mantém-se inalterada mesmo perante o caso da afiliada ser dirigida pela sociedade-mãe. Vemos a personalidade jurídica como condição de apartamento da afiliada em relação à empresa estrangeira. Por outras palavras, a personalidade é finalisticamente ordenada, sob o ponto de vista fiscal, ao distanciamento entre duas sociedades. O conceito não deve ser, deste modo, mirado em termos absolutos, mas antes de forma instrumental, como meio de conexão à noção relativa de controlo. A importância desta última ideia alteia no cotejo com o conceito de dependência. É, neste ponto, que se elucida a cisão dos dois paradigmas: a filial como entidade controlada; o estabelecimento estável enquanto figura dependente. Destarte, a personalidade jurídica é um conceito distante à noção de estabelecimento estável, enquanto ideário que exprime uma posição iminentemente fiscal. Julgamos que é, neste aspecto, que reside o fundamental do equívoco de P.TEL. Sendo certo que a teorização do autor possui a virtude de esclarecer a consonância da actividade

²⁵⁵A título de exemplo, P.TEL refere o caso da titularidade, por parte de uma empresa estrangeira, de direitos de opção de compra de participações sociais numa sociedade nacional; ou, na perspectiva da ordenação organizacional, a hipótese de uma entidade estrangeira dispor das metodologias de controlo de produção e de fixação de preços, assumindo, por sua conta, os riscos conexos à actividade. Conforme denota o autor, estes enunciados não avivam qualquer critério jurídico abstracto que possa ser sindicado de modo paradigmático, enquanto medida a aplicar à separação dos elementos que enformam uma filial ou um estabelecimento estável. Falamos de pressupostos comerciais/económicos que reflectem uma tendência de domínio de uma figura sobre outra, cuja apreciação é, nas considerações tecidas por P.TEL, escrutinada de um modo fundamentalmente casuístico.

proseguida pelo estabelecimento estável e a sociedade estrangeira, não é menos verdade que uma empresa de direito local poderá, igualmente, desenvolver uma actividade idêntica à encetada pela mesma sociedade sediada noutra jurisdição. Dito de outro modo, a contiguidade da filial e do estabelecimento estável não se efectua por via da medida da conferência da personalidade jurídica presente (ou não) nas duas figuras. Recobrando o artigo 5º, nº 7 do MCOCDE, L.EDUARDO SCHOUERI e O.CRISTOPH GUNTER (2011:69 e ss) frisam a contextualização da expressão “só por si”, como fronteira delimitadora a conferir da desadequação da noção de controlo, enquanto concepção propensa a aclarar sobre a existência de um estabelecimento estável. Seguindo os autores, o cerne da disposição não impossibilita a verificação, no Estado de residência da subsidiária, da presença de um estabelecimento estável pertencente à mesma sociedade. A contingência é avaliada segundo dois ditames²⁵⁶: o primeiro corresponderia à indagação dos pressupostos inscritos no artigo 5º, nº 1 a 5. Precisando, qualquer instalação fixa pertencente à filial, que esteja à disposição da sociedade (*right of use test*), que constitua um *fixed place of business*, através do qual a empresa desenvolve a sua própria actividade (*business activity test*), materializa a configuração do citado estabelecimento. A síntese prescrita por L.EDUARDO SCHOUERI e O.CRISTOPH GUNTER permite, mais uma vez, e em consonância com o sugerido por P.TEL, neste segmento, perceber o estabelecimento estável enquanto mero prolongamento da empresa situada noutra jurisdição²⁵⁷.

A segunda seriação, e ainda na senda dos mesmos autores, acolhe a equiparação da filial ao estabelecimento estável, quando entendida enquanto realidade que opera por conta da sociedade estrangeira, desde que essa entidade conserve, habitualmente, poderes para concluir contratos em nome dessa mesma empresa, bem como essa actuação não provenha do âmbito normal da sua actividade²⁵⁸. É nesta particularidade

²⁵⁶No mesmo sentido, o § 41 dos Comentários ao artigo 5º.

²⁵⁷Neste ponto, e antevendo as nossas subsequentes ilações, impõe-se esclarecer, na esteira A.STORK e S.SCHMIDJELL-DOMMES (2014:52), que o critério da identidade da actividade é transversal à análise da relação entre as diversas modalidades do estabelecimento estável. A actuação “por conta” aludida no artigo 5º, nº 5, supõe que o agente desempenhe as suas funções no âmbito da actividade da sociedade dirigente. No mesmo sentido, o § 33 dos comentários ao artigo 5º. Os autores admitem que a aferição da similitude das actividades prosseguidas poderá ser medida por uma noção de *business proper*, que levará sempre em consideração a conferência de um sustentáculo mínimo de paridade entre os correspondentes objectos.

²⁵⁸C.STARINGER e F.VALLADA (2014:186 e ss) aludem a um passo obrigatoriamente precedente à compreensão da actuação do agente. Mais propriamente, só após a visualização da independência da entidade, fará sentido a conexão de uma determinada conduta aos contornos da respectiva actividade. Neste domínio, e sobre a primeira variável que compõe a excepção inscrita no artigo 5º, nº 6, D.

que se descortina o desacordo com a percepção de P.TEL. O autor, na verdade, identifica a figura do agente dependente, concebida no artigo 5º, nº 5 e 6 do MCOCDE. A metodologia aduzida é alicerçada num desvio conceptual, apontada ao exame dos meandros de uma personalidade jurídica ilusória que, a partir de uma revista que conclua pela sua ausência, assimila, automaticamente, a suposta filial a um estabelecimento estável. A análise é escorada numa dependência, no dito de P.TEL, comercial, sustentada na observância da direcção de uma sociedade, a partir de outra

FUENTES HERNANDÉZ (2014:174 a 182) assinala que o essencial do entendimento preconizado pelo MCOCDE, assenta na figura da entidade legal e economicamente independente. Ora, a decomposição do conceito propõe um exercício cumulativo, partido por três requisitos: num primeiro segmento é passada em revista a latitude da autonomia do agente na condução dos negócios de uma outra entidade. O autor indica que, em consonância com o exame à extensão das obrigações constituídas entre as duas figuras, bem como da necessidade de anuência da entidade dirigente antes da celebração dos contratos intermediados pelo agente, seria possível concluir que a conduta do último confluiria para o âmbito da dependência, quando verificada a circunstância da figura dirigente não confiar no «*agent's skills and knowledge to perform his business activities*». Numa segunda reflexão, deverá ser relevada a distribuição do risco, ou seja, a alocação dos direitos, deveres e actividades instituídos entre a empresa estrangeira e o agente. D.FUENTES HERNANDÉZ esclarece que o ponto de partida deverá centrar a análise na necessária existência de um contrato convencionado entre as duas entidades, mormente na repartição das funções atribuídas a cada parte (o autor elucida que o agente é, normalmente, incumbido do marketing, da publicidade ou do contacto directo com os clientes) mas sem descurar uma observação factual que possa concluir um desvio quotidiano ao clausulado. Finalmente, D.FUENTES HERNANDÉZ realça que o terceiro vector não é, verdadeiramente, uma condicionante na mensuração da medida de dependência do agente, falando, ao invés de uma particularidade sintomática no relacionamento das duas figuras (no mesmo sentido, veja-se o § 38.6 dos comentários ao artigo 5º). Neste aspecto, o autor aponta o *number of principals*, ou seja, o número de empresas para as quais o agente trabalha. Para o autor, seria menos convincente argumentar a independência de um agente quando a totalidade, ou a maioria das suas actividades sejam desempenhadas, durante um hiato temporal acentuado, para apenas uma entidade. No fundo, D.FUENTES HERNANDÉZ visiona um critério de predominância de uma empresa, no conjunto de circunstâncias que rodeiam a situação do agente. Após cumpridas estas três exigências de independência, C.STARINGER e F.VALLADA esclarecem que, à crítica, subjaz, ainda, um exame ao contexto das relações instituídas entre duas entidades. Ora, a prossecução da actividade do hipotético “independente” deveria decorrer dentro do paradigma de normalidade da condução dos seus negócios. Os autores sinalizam que, a esta avaliação, encontra-se insito um pressuposto amparada numa dupla natureza: a primeira, seria a excepcionalidade inserta a uma determinada actuação do agente; a segunda, o seu domínio relativo. Mais propriamente, a perspectiva do que é entendível como usual, na percepção dos autores, pressupõe uma revista às actividades desempenhadas pelo agente. É uma indagação que não se compadece com uma resposta linear, alicerçada em pressupostos abstractos, compulsados em cada caso concreto, mas antes por uma verificação perfilada em termos casuísticos. Os autores apontam algumas directrizes orientadoras, como a presença de um espaço físico próprio da entidade independente, ou número de horas dispendidas no desenvolvimento de uma actividade. Contudo, C.STARINGER e F.VALLADA concluem que estes critérios são parcos no sentido de providenciarem uma resposta completa e abrangente ao conceito ordinário de actividade. Deste modo, os autores propõe uma visão mais ampla, sustentada, justamente, na reflexão acerca dos específicos poderes atribuídos ao agente (entre eles, a autonomia para concluir contratos em nome da empresa), da correspondente remuneração e dos riscos assumidos, bem como do número de *principals* associados à vida empresarial do agente. Dito de outro modo, C.STARINGER e F.VALLADA julgam mais conveniente uma aproximação metodológica unitária dos pressupostos associados à independência (ou à falta dela) de uma entidade.

entidade. É uma perspectiva, desde logo, refutada pelo § 40 dos comentários ao artigo 5º, conforme antedito. A falta de autonomia na condução dos negócios não é um pretexto, segundo os comentários ao MCOCDE, para a associação de uma filial a um estabelecimento estável. Com efeito, a análise do autor confunde a natureza da subordinação arrazoada. A dependência não é económica, mas tão-somente jurídica²⁵⁹. Descobre-se dentro dos parâmetros da noção fiscal do estabelecimento estável. Uma entidade perde a sua individualidade quando age por conta de outra figura, independentemente da feição adoptada, assumida ela uma forma afiliada, ou uma qualquer outra configuração²⁶⁰.

²⁵⁹ Impõe-se um esclarecimento acerca da significação “jurídica” que pretendemos elucidar. A.STORK e S.SCHMIDJELL-DOMMES (2014:53 a 57) elucidam que o termo abrange tanto a actuação “por conta” como “em nome” da sociedade dirigente. Se, no segundo caso, é entendível a sua delimitação puramente jurídica, a actuação *for the account of*, pressupõe, no entendimento dos autores, uma imanência económica, sindicável pela mera circunstância do agente dependente poder concluir contratos em seu nome, mas por conta de outra entidade. Compreende-se o posicionamento dos autores, mas julgamos que a solução é mais compreensiva. O essencial resume-se à repercussão dos negócios celebrados na esfera do estabelecimento estável, ou seja, no apuramento dos ganhos que vão compor o lucro a reportar à sociedade dirigente. Por outras palavras, a ponderação é cingida à vinculatividade dos contratos celebrados pelo agente, sobre a empresa. Se a conexão desses efeitos é directa (em nome) ou indirecta (por conta) é irrelevante. Sem dúvida que, a estas situações, descobre-se subjacente um princípio de dirigismo económico. Aliás, é dentro da temática económica que se revela a repartição redítica entre sociedade dirigente e estabelecimento estável. Conforme elucidam L.EDUARDO SCHOUERI e O.CRISTOPH GUNTER (2011:73), a construção da entidade distinta assenta na imagem das funções desempenhadas, dos riscos assumidos e dos activos empregues pelo estabelecimento estável. Mas não é essa essencialidade da indagação que norteia esta temática. Se o fundo da acção do agente é o interesse do representado, tão pouco é necessário que essa actuação seja mediada pelas directrizes emanadas da entidade dirigente. Mas sobretudo, essa particularidade não é diferenciadora da posição de uma filial colocada nas mesmas circunstâncias, ou seja, não é a personalidade jurídica que define a maior ou menor medida do interesse, da representada, e da margem de autonomia negocial da representante. O que queremos frisar é que estamos defronte uma discussão independente, que centra o enfoque numa actuação, por natureza delimitável, ao invés da revista aos mecanismos organizacionais da entidade afiliada. Mesmo admitindo que o ponto de partida consubstancia uma reflexão sobre as particularidades económicas que medeiam a relação entre as duas figuras, não é menos verdade que essa ponderação é funcionalmente orientada à percepção do interesse da sociedade dirigente, ou seja, à elaboração de um conceito próprio, dentro da temática do estabelecimento estável, ao invés da desconstrução da noção de filial, por via da verificação dos elementos dirimidos na ideia de agente. É, para além de um desvio metodológico, uma indagação desnecessária, tendo em conta a teorização fornecida pela figura da dependência. O cerne do entendimento efectua-se por via da compreensão da entidade enquanto mera intermediária, vocacionada para a prossecução da actividade da sociedade, enquanto sua extensão num outro Estado. Dito de outra forma, a revista far-se-á dentro de uma baliza de actuação fundada na dogmática própria do estabelecimento estável, tomado na vertente do agente.

²⁶⁰ A.STORK e S.SCHMIDJELL-DOMMES (2014:51) assinalam, precisamente, que a figura do agente dependente pode abranger pessoas singulares ou *companies* (nela se incluindo todas as modalidades da figura). Tanto mais que a informalidade da sua organização é de tal ordem que não é imprescindível a existência de uma instalação fixa, nem tão pouco a associação do estatuto de residente fiscal ao agente. Aliás, os autores advertem que, na maioria dos casos, os agentes da entidade serão funcionários destacados numa determinada jurisdição. No mesmo sentido, veja-se o § 32 dos comentários ao artigo 5º.

Aliás, em conformidade com M.RENÉ MAYER (2003: 169 a 180), a dependência é um juízo apriorístico, que se alinha em relação a qualquer “pessoa” subsumível à definição entabulada no artigo 3º, nº 1 alínea a), do MCOCDE. Seguindo o autor, a subsidiária entraria no escopo do preceito, independentemente da apreciação de existência de uma instalação fixa, nos termos do artigo 5º, nº 1. Ora, a filial preencheria, por si própria [ou, mais rigorosamente, através da observação dos requisitos dirimidos no artigo 3º, nº 1 alínea a)] os requisitos de presença objectivos para a conformação da figura aos pressupostos do agente dependente. M.RENÉ MAYER conclui que o critério decisivo para conferir da equiparação de uma filial ao estabelecimento estável, redundando no *act on behalf* de uma empresa estrangeira. Por outras palavras, o autor clarifica que os pressupostos de dependência são conduzidos à análise da subsidiária nos mesmos limites previstos para qualquer outra entidade colocada na mesma situação²⁶¹.

O que notamos relevante na relação entre filial e sociedade-mãe, assenta numa realidade extravagante à cogitação dos meandros em que se desenvolve a análise aos requisitos do estabelecimento estável²⁶². O escrutínio, neste campo, conjectura uma

²⁶¹ C.STARINGER (2008:152 a 155) esclarece que um caso típico de aproximação entre subsidiária e estabelecimento estável, ocorre quando observada a operacionalização dos grupos mediante a «*consolidation basis*». Para o autor, a irrelevância das transferências reditícias entre sociedades, característica deste tipo de formas de funcionalização dos agrupamentos societários, seria determinante para afastar dois requisitos essenciais ao enquadramento dos ditames do artigo 10º, do MCOCDE: desde logo, C.STARINGER adverte que, verdadeiramente, perante os termos expostos, não haveria um pagamento de uma sociedade a outra sociedade; mais, e ainda segundo o autor, a proximidade contabilísticas das sujeitas à consolidação das respectivas contas pelo lucro consolidado, não permitiria concluir que a filial fosse entendida como uma «*stand alone tax paying entity*», em termos enquadráveis no artigo 3º, do MCOCDE. Ora, a consequência natural, sempre segundo C.STARINGER, seria a delimitação das transferências intra-grupo dentro da cláusula geral estipulada no artigo 7º. Nestas situações, tipicamente padronizadas dentro do conceito de “*enterprise*”, ou seja, da prossecução da actividade da empresa-mãe noutra jurisdição, caberiam os casos onde a subsidiária fosse encarada como uma estrutura transparente, onde o beneficiário último dos ganhos fosse, verdadeiramente, a entidade localizada noutro Estado que não aquele onde a figura “*distribuidora*” esteja localizada (em condições semelhantes às entidades que, contabilisticamente, promovam a consolidação das respectivas contas). C.STARINGER adverte que a subsidiária, neste alinhamento, não é mais que um estabelecimento estável, cuja tributação segue os ditames ínsitos ao artigo 7º, nº 2 do MCOCDE, ou seja, que a incidência fiscal dos respectivos resultados pertence ao Estado de localização da filial.

²⁶² Y.BRAUNER (2014:30 e 31), esclarece que a indagação em torno do artigo 5º, nº 7 do MCOCDE, estipula que a mera proximidade, por via do controlo da filial, não significa a automática equiparação da figura a um estabelecimento estável. Com efeito, o autor observa que, na circunstância actual, onde a maioria das legislações nacionais adopta a ficção do estabelecimento estável enquanto realidade separada, a única forma de prover a uma distinção em relação às filiais advém da possibilidade de analisar estas figuras como «*distinct taxpayers*». A diferença entre as duas realidades é, essencialmente, legal. O essencial da averiguação centra-se na capacidade, conferida à filial, de vincular a empresa-mãe a uma determinada relação contratual. Ora, nestes casos, ou seja, quando a subsidiária revele uma dependência

direcção vocacionada à apreciação dos efeitos derivados das participações sociais detidas pelas sociedades que, reitera-se, perfazem a origem do dividendo a repatriar à entidade nacional. Nesse sentido, D.FUENTES HERNANDEZ (2014:175 e 176) é concludente: «*A parent-subsidiary relationship is not relevant in this regard. This means that the control that the foreign enterprise, in its capacity as a shareholder, exercises over its agent should not be considered to determine whether the agent is independent from his principal*». É notório o distanciamento entre a noção de controlo e independência aduzido pelo autor. Justamente, abre-se um novo espaço de análise, centrado nos efeitos das participações sociais detidas por uma entidade portuguesa, relativas a uma sociedade localizada noutra jurisdição.

económica e a sua conduta seja enquadrável no conceito de “*act on behalf*”, então a respectiva “independência”, em relação a entidade dominante, estaria comprometida. Apenas nestas situações seria possível determinar que a subsidiária, para efeitos fiscais, deveria conformar a tributação dos seus rendimentos na mesma medida dos estabelecimentos estáveis.

2. Do controlo da sociedade localizada fora do território português: uma "medida" de dependência direccionada à filial

2.1 O controlo, tomado como domínio total, enquanto paralelo do conceito de dependência, na perspectiva da relação da entidade entre a sociedade dominante e a filial

Chegados a esta fase, impõe-se uma sumária revisão dos postulados até ao momento ponderados. Se o contexto associado ao dividendo permite a balizar um conceito diferenciado do resultado contabilístico que o origina, não é menos verdade que se perfila como um conseqüente lógico. A diferença entre as duas noções reside, em termos latos, numa manifestação de vontade societária, corporizada na respectiva deliberação, que constitui um direito de crédito de uma entidade (no nosso caso) beneficiária portuguesa, sobre uma sociedade posicionada noutra jurisdição. Não menos importante, o estabelecimento estável alinha-se como figura de contornos diferenciados da filial. A asserção não é afastada pela putativa equiparação das duas figuras, através de uma dependência face a uma entidade localizada no nosso território essencial, que materialize uma desconstrução da personalidade jurídica da subsidiária. Em conclusão, o dividendo não encontra um paralelismo com o lucro, nem tão pouco a filial consubstancia uma exteriorização do estabelecimento estável. Contudo, perante a possibilidade de divisar diferenças nestes dois conjuntos analíticos, um exame a montante e a jusante aproxima a abrangência do contexto do estabelecimento estável e da filial. Precisando, se as duas ideias não encontram uma correspondência directa na composição dos respectivos elementos, o mesmo não se pode dizer da origem e do destino da actividade prosseguida pelas duas figuras. O lucro apurado num outro Estado, e o seu subsequente repatriamento para a entidade localizada em Portugal, enformam o quadro onde se movimenta o essencial da dialéctica fiscal entre filial e estabelecimento estável. Compreende-se, pois, que o Anteprojecto parametrize a problemática dentro da dupla tributação económica. Se ao estabelecimento estável é conferida uma perspectiva distanciada da entidade portuguesa, através da entidade funcionalmente distinta, essa percepção é já imanente à relação da filial e da sociedade nacional. É uma construção da máxima gravidade, porquanto o regime opcional de reporte do lucro do estabelecimento estável é fundado, justamente, na sua visão

separada da entidade nacional. Ora, não sendo o critério de dependência uma opção viável, no que concerne à concorrência *ceteris paribus* da situação gizada entre o estabelecimento estável e a filial, impõe-se a delimitação de um conceito que permita dirimir a submissão da figura estrangeira à entidade portuguesa, ou seja, que delimite o emprego do dividendo/prejuízo fiscal no horizonte da livre disponibilidade da entidade nacional.

Como é assimilável, deparamo-nos com um espaço de análise avocado, primeiramente, à dogmática societária. Justamente, a temática compartilha uma origem comum à formação do dividendo, centrada, tanto no mesmo ramo científico, como na progénie da participação social. Neste domínio, J.A. ENGRÁCIA ANTUNES (2002:106 e ss) divisa a sociedade autónoma, sustentada num axioma individual e independente, como arquétipo privilegiado da construção da disciplina jurídica da sociedade comercial. Na exortação do autor: «*A corporação detém um poder soberano de decisão sobre o governo e o destino social: a própria colectividade possui um poder de autodeterminação na definição das grandes linhas orientadoras da condução dos negócios sociais e da estratégia económica da empresa social*». Na esteira de J.A. ENGRÁCIA ANTUNES, o desvio a este entendimento original ocorre no seguimento da percepção societária de uma *mundividência económica e jurídica* transcendente ao dealbar da sociedade soberana. Surge a dogmática amparada nos mecanismos de controlo intersocietário, tendentes à eliminação da dita autonomia individual. Mais propriamente, falamos, nas palavras do autor, do *síndrome regulatório*²⁶³ das relações que ultrapassam a mera individualidade deste género de entidades. A.PERESTRELO DE OLIVEIRA (2012:109) ajusta o objecto, ao proferir que a extensão de análise é balizada a partir da observação «*sobre a específica problemática resultante de a vontade da sociedade não se formar autonomamente, mas antes sob influência de sócios (ou terceiros) que prosseguem interesses empresariais próprios, estranhos aquela*». Por esta via, é possível principiar a delimitação da noção de controlo, de acordo com parâmetros enformados por algumas coordenadas cruciais. Sendo uma noção jus-privatista (ao contrário do estabelecimento estável, que se perfila como um conceito de repartição reditícia, para efeitos de tributação) a correspondente estruturação obedece aos ditames societários, *maxime* na revisão dos instrumentos de preponderância entre figuras. Se é perceptível que a tensão destas interacções constitui

²⁶³ Ou, como também apelidado pelo autor, “*Síndrome do Cavalo de Tróia*”.

a antecâmara da constituição do dividendo, descortina-se a relevância de uma ponderação direccionada à respectiva compreensão.

Neste âmbito, é com acuidade que passamos a observar a exposição de A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA (2012:25 e ss), acerca, precisamente, da noção de controlo societário, mas na perspectiva mais concreta do dirigismo associado ao predomínio de uma entidade sobre outra. A autora enceta o discurso pelo enquadramento da noção na semântica e no sentido do nosso ordenamento. O “domínio” ou “influência dominante” surge:

«Em termos sintéticos, como o poder que assiste à sociedade dominante de, imediata ou mediatamente, agir sobre o governo da sociedade dependente, determinando a sua vontade relevante, seja pelo poder de diretamente escolher os administradores (art. 486º/2, c)), seja pelo poder exercido sobre a assembleia geral da controlada e inerente à sua “força persuasiva” quanto ao comportamento dos administradores (art.486/3, b))»

Destarte, o cânone do conceito de controlo transcrito exprime uma feição orientada para os mecanismos de interferência na gestão intersocietária. Não menos marcante, mas de modo necessariamente secundário à disciplina, decorre o “poder exercido sobre a assembleia geral”. Sendo certo que a faculdade é visionada na perspectiva da ascendência do sócio sobre a administração da sociedade, não é menos verdade que o mesmo requisito delinea a preeminência de uma entidade nas deliberações tomadas na controlada. Não vamos reiterar o sobredito acerca da formação do dividendo, mas cumpre frisar uma relação lógica inerente às condições de controlo: se uma entidade dispõe da vontade societária, enquanto circunstancialismos obrigatório à constituição do dividendo, o domínio sobre essas manifestações é evidente. Pelo vindo, intui-se uma dupla vertente associada ao conceito.

Contudo, e voltando ao cerne da ideia, A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA elucida que a prescrita “d direcção unitária” funda os seus arrimos na conceptualização da mesma “influência dominante”. Mas não se esgota nos seus parâmetros. Os ditames oferecidos nas presunções do artigo 486º, nº 2 do CSC, inscrevem, de acordo com a autora, critérios meramente formais, que desatendem ao verdadeiro equilíbrio de poderes dentro da sociedade (a exemplo de A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA, as proposições da regra desconsideram o grau de dispersão do capital e a consequente redução do capital necessário ao controlo). Com efeito, o que subjaz à asseveração redundante numa dissociação de significados e de conceitos. “D direcção unitária” não corresponde a

“influência dominante”, embora, a derradeira, seja o sustentáculo de todo o paradigma que medeia a possibilidade de intervenção na gestão dos assuntos sociais intersocietária²⁶⁴. A autora fala, a propósito, de uma legitimação *de facto* da direcção unitária, decalcada a partir da observação dos elementos de controlo societário. Ora, ainda no seguimento de A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA, o nosso Código das Sociedades Comerciais não aponta a transição de uma conexão de domínio para uma «*relação fáctica de grupo*», ou seja, da mera possibilidade de averiguação de uma direcção unitária, para o efectivo exercício dessa gestão. É uma particularidade que ajuda a compreender as razões do nosso ordenamento não providenciar por um regime específico para as situações de domínio²⁶⁵, no que concerne à fixação de uma disciplina pertencente às relações entre dominante e dominado. Por outras palavras, e sempre de acordo com A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA, a lei comercial não é sustentada, *de jure*, na concepção indeterminada associada à antedita “influência dominante”²⁶⁶.

²⁶⁴ É uma conclusão igualmente salientada por M.NOTARI (1996: 227 e ss). O autor coloca o enfoque na estabilidade do controlo, ou seja, nos meios que permitem o exercício de influência intersocietária (mais propriamente, segundo o respectivo entendimento, nas formas de exercício de controlo externo da actividade da empresa). A circunstância seria condicionada à existência de instrumentos jurídicos funcionalizados à limitação da vontade autónoma da entidade controlada. Para M. NOTARI, as configurações mais usuais redundariam na contratualização dessa demarcação entre sociedades, ou na detenção de uma parte significativa do capital social. Sendo certo que o conceito de influência serviria de sustentáculo à noção de controlo, enquanto significado de «*esercitare un’azione più o meno diretta e incisiva su una condotta o su un accadimento*», o controlo societário exige, nos ditames de M. NOTARI, uma perenidade fundada na constância do correlativo exercício. Ora, essa condição seria verificável em função do grau de intensidade da dita influência. A continuidade/estabilidade do controlo seria perscrutável a partir da superação de um determinado patamar de veemência relacional, abandonando-se o carácter fortuito da determinação da vontade da sociedade dominada.

²⁶⁵ Ressalvados os deveres de publicitação e de proibição de aquisição de participações, constantes dos artigos 486 n.º 3, 487.º, 325.º-A e 325.º-B, do CSC.

²⁶⁶ É uma reflexão partilhada por J.VALBOM BAPTISTA (2013:303 e ss). O autor elucida que as categorias tipológicas dos grupos de facto e direito fundam-se numa matriz doutrinária, dissecada a partir da existência, ou não, de instrumentos jurídicos tendentes à formação do grupo. Precisamente, os grupos de direito primam, pela sua origem legal, de um regime jurídico conexo às respectivas figuras. Esses instrumentos constitutivos dos grupos de direito materializam-se em: domínio total ou superveniente (artigos 488.º e 489.º, do CSC), contrato de subordinação (artigo 493.º, do CSC) e grupo paritário (artigo 492.º, do CSC). J.VALBOM BAPTISTA segmenta que a dita disciplina jurídica dos dois primeiros agrupamentos, combina as duas vertentes associadas à coligação societária, *maxime* a legitimidade e as condições de efectivação da direcção unitária, acompanhada do que autor denomina por uma «*compensação face ao exercício desvantajoso para estas (sociedades-filhas) que é susceptível de resultar de tal poder*», ou seja, numa orientação que visa a responsabilização da sociedade-directora por dívidas da subordinada. Por contraponto, os grupos de facto inserem-se numa sistemática exorbitante aos instrumentos sobreditos. Neste particular, J.A. ENGRÁCIA ANTUNES (2002:73) destaca, a título de exemplo: as participações maioritárias, acordos parassociais, contratos inter-empresariais, uniões pessoais, relações económico-fácticas de dependência. Ora, J.VALBOM BAPTISTA denota que, apesar da directriz legal dos grupos de facto manifestar-se no artigo 486.º, do CSC, o preceito apenas evidencia a

O contraponto perscruta-se na concretização normativa/material da direcção unitária. O âmago do entendimento focaliza uma tríade de faculdades/obrigações conferidas à sociedade dominante: o direito a dar instruções (artigo 503º); responsabilidade por dívidas da dominada (artigo 501º); e obrigação de compensação de perdas da filial (artigo 502º). Os “instrumentos” idóneos a realizarem as aludidas prerrogativas centram-se nas figuras de domínio total (artigos 488º a 491º) e do contrato de subordinação (artigos 493º a 508º). Por ora, trataremos as duas alternativas de forma simétrica, em virtude da concentração do regime do poder de direcção nos limites compreendidos do contrato de subordinação (artigos 501º a 504º), por via da remissão do artigo 491º, do CSC, efectuada no âmbito das sociedades em domínio total.

É entendível a partição encetada pela autora. O conceito de controlo é, para A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA, uma noção substancialmente normativa²⁶⁷ (não, na menção da autora, “pré-jurídica”) determinado pela função: a concretização da ideia significa a composição de um regime constituído com base numa necessidade tutelar da sociedade-filha, «*face à efectiva ou potencial actividade de direcção da sociedade-mãe*». O grupo societário surge, deste modo, como unidade funcional, tendente a realizar um escopo protector dos interesses dos sócios controlados e controladores, na fase da operacionalidade efectiva da direcção unitária, ou seja, na etapa ulterior e extravagante à mera potencialidade dirimida na “influência dominante”.

existência de uma direcção comum, sem, tão pouco, explanar o conteúdo da ideia, nem os pressupostos rigorosos da verificação de uma coligação societária gizada nesses termos. Com efeito, descortina-se a volatilidade interpretativa a que estas entidades estão sujeitas, servindo, no nosso entendimento, como um parco referente para uma eventual disciplina fiscal.

²⁶⁷ O que não é uma orientação isenta de controvérsia. M.LAMANDINI (Citado, apud M. SAVIERO SPOLIDORO, 1995: 462 a 466) opera uma unificação dogmática da noção de controlo, que afasta a revista analítica de cada um dos seus elementos. O autor propõe um exame tipológico, ao invés da densificação da ideia num conceito, susceptível de ser decomposto na análise da sua estrutura. Dito de outro modo, o controlo societário incluiria um certo grau de elasticidade, que dispensaria uma especificação dos seus pressupostos. À ideia bastaria uma verificação modelar, sustentada nas características partilhadas das várias definições de controlo. O eixo central do entendimento consistiria na agregação de todas as vertentes, onde fosse possível visionar o poder de determinar, com uma certa estabilidade, a gestão de uma empresa. A construção teria a virtude de enquadrar uma densificação jurídica, ínsita num regime extensível e comum a todas as manifestações de controlo societário. M. SAVIERO SPOLIDORO crítica a posição, quando analisa a concretização prática deste entendimento. O autor concede que, em termos gerais e abstractos, uma solução com a latitude preconizada reúne os requisitos teóricos necessários à edificação de uma figura com a abrangência gizada por M. LAMANDINI. Todavia, a utilidade do raciocínio encontraria, segundo M. SAVIERO SPOLIDORO, enormes dificuldades na materialização dos critérios que pudessem agremiar todas as variáveis do controlo societário. Ora, se o método é ensaiado a partir de uma uniformidade subjectiva, a imprecisão dos respectivos requisitos constituiria, segundo o autor, um óbice incontornável (e de base) à operacionalização de um instituto decalcado desse alinhamento.

Neste plano, e sempre na esteira de A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA, o abordado controlo, posicionado noutra estadia, ou seja, na exequibilidade da gestao coordenada das varias sociedades, tem, nos ditames da autora «*expressão natural e fisiológica (...) no exercício da direcção unitária, configurada como actividade de controlo forte desenvolvida com carácter de estabilidade sobre outra empresa, no seu conjunto*». Dito de outro modo, falamos de um cenário mínimo de integração das sociedades envolvidas, dirimido através de um fundo de disponibilidade atribuído «*aos administradores da cúpula*». Caberá, posteriormente, na livre avaliação da antedita administração, estabelecer o parâmetro de veemência desse domínio.

Desta forma, a autora identifica algumas características da direcção unitária: o já aludido controlo, ou seja, o espeque que justifica a migração da gestao das dominadas para as dominantes; e as suas exteriorizações, dizentes à integração económica intersocietária, que corporizam um fito unitário, através da comunhão do planeamento decisório; ou, ainda, a interligação financeira e administrativa, notada pelo que A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA denomina de «*internalização de mercado de capitais pelo grupo de sociedades*», ou seja, da ponderação dos mecanismos de financiamento no seio das entidades relacionadas, alheadas de fontes autónomas, bem como da lógica inerente à inclusão de serviços partilhados, numa perspectiva que ambiciona a racionalização de recursos e a potencialização das sinergias entre as várias sociedades.

Rematado o panorama do contexto inserto à noção de controlo, importa reter que os denominadores essenciais prescrevem uma operacionalização do conceito, através de uma institucionalização do seu exercício, circunscrita à ordem plasmada no contrato de subordinação, que, por inerência ao próprio instituto, é dotado de um regime autónomo, e que empresta os seus ditames à figura do domínio total, por remissão do artigo 491º, do CSC. Ora, a composição de todos estes elementos redundaria na constituição do grupo societário, como ordenação natural da sobredita direcção unitária.

Neste prisma, é mister encetar a nossa crítica à bondade da percepção que queira combinar o controlo predito à disciplina das sociedades em grupo. Sobre a perspectiva do direito societário, certamente que não parte da direcção do nosso estudo perfilar soluções antagónicas ou inovadoras com os elementos gizados no respectivo ramo jurídico. Sendo certo que a dogmática ínsita à ideia de controlo é perspectivada de acordo com preceitos comerciais, é imperativo não olvidar que o contexto da nossa investigação é, indubitavelmente, fiscal. Mais ainda, a orientação pretendida assenta

numa vertente, tanto relacional, mormente a partir da comparação com a estruturação do estabelecimento estável, como internacional, no alinhamento dessa realidade posicionada fora do território português.

Precisamente, no que concerne à oponibilidade dos efeitos das situações jurídicas delimitadas a partir do ordenamento nacional, o contrato de subordinação conhecerá evidentes dificuldades práticas no respeitante à respectiva aplicabilidade. Desde logo, como elucida J.A. ENGRÁCIA ANTUNES (2002:303 e 304), os dispositivos legais incluídos no Código das Sociedades Comerciais, encontram o seu espectro limitado às sociedades com sede em Portugal. A norma contida no artigo 481º, nº 2, 1ª parte, vem estabelecer um padrão limitador ao proveito do nosso ordenamento no cotejo entre sujeitos envolvidos numa relação de coligação, impondo, na nomenclatura do autor, uma “conexão espacial” da sede das sociedades em apreço com o território português. Aliás, é uma asseveração transversal a todo o paradigma do grupo societário. A aplicabilidade directa das soluções contidas no Título VI do CSC (intitulado de “Sociedades Coligadas”), às relações que impliquem a existência de uma sociedade estrangeira, no contexto da coligação com uma entidade nacional, é uma impossibilidade instituída pela lei comercial.

Ainda no domínio do dito contrato de subordinação, numa lógica que é intuída a par deste impedimento genérico, A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA (2012:126 a 129) adverte que, em obediência ao princípio da liberdade de estabelecimento, inscrito no artigo 49º, do TFUE, seria inconcebível projectar uma alternativa que apenas contemplasse, no nosso país, a celebração do contrato de subordinação entre sociedades sediadas em Portugal, estando o instituto expressamente constituído no CSC. Justamente, a autora demarca o plano necessário à aplicação do regime: a obrigatoriedade de um regime paralelo ao contrato de subordinação no país da filial. Mesmo ponderando o nivelamento, no país de estabelecimento, entre empresas nacionais e estrangeiras (no contexto da UE ou do Espaço Económico Europeu), essa igualdade apenas poderá ser observada nas condições estipuladas nessa mesma jurisdição da filial da sociedade portuguesa. Por outras palavras, na hipótese da legislação do país da sociedade-filha não prever a existência da figura do contrato de subordinação, não poderá a celebração do respectivo clausulado, efectuado com base nas normas do nosso ordenamento, ser oponível nesse outro Estado. É uma perspectiva que mal se coaduna com um regime de propensão universalista. Recorde-se que o nosso contexto de referência, ou seja, as normas contidas nos artigos 51º e 54-Aº, do CIRC,

não propalam qualquer restrição à natureza global dos respectivos preceitos. Em coerência, aquilatamos de difícil parametrização a inserção da figura do contrato de subordinação, no já dito “exercício fiscal”, que pretendemos para o cotejo da filial e do estabelecimento estável.

Seguindo o nosso excuro, e ainda centrados na negação de um regime coligado a uma putativa solução emergente da relação dos artigos nº 51º e 54-Aº do CIRC, é imperioso recapitular o âmago do traçado dos grupos societários, qual seja a tutela das entidade dominada e dos respectivos credores. Tão pouco se critica a teleologia inserta ao conceito, porquanto não é esse o enfoque pretendido pela relação das figuras em presença no nosso estudo. A.PERESTRELLO DE OLIVEIRA (2012:38 e 39) percebe a noção de controlo como sustentáculo que explica uma bifurcação de sentidos: a primeira, respeitante à aludida construção de um sistema de protecção das sociedades dominadas e dos credores sociais; a segunda, partindo da observação do poder de influência sobre a sociedade dependente, redundando na efectiva direcção da sociedade dominante. O concurso cumulativo das duas variáveis permitiria aferir da existência de um grupo de sociedades.

É, precisamente, na preterição da verificação da tutela dirimida, que se alicerça a rejeição de uma alternativa normativa baseada no alinhamento da coligação de sujeitos. Conforme antedito, a aplicabilidade de um regime decalcado dos artigos 501º a 504º, por remissão do artigo 491º, todos do CSC (no âmbito das sociedades em domínio total) à sociedade-filha com sede situada fora do nosso país, é incompatível com a mencionada regra do artigo 481º, nº 2, 1ª parte. Mas mesmo dentro do prisma fiscal, é dificilmente defensável que deva ser este o domínio privilegiado para conferir da maior ou menor protecção com a sociedade controlada. Falamos, pois, de um nível de análise alheado dos postulados afirmados nos artigos 501º e 502º. A densificação destes comandos pressupõe, segundo J.A.ENGRÁCIA ANTUNES (2002: 896 e 897), a representação da «*outra face da moeda do poder de direcção em que é investida a sociedade totalmente dominante*». Ingressamos, de acordo com o autor, no circuito da responsabilidade intersocietária, onde a aplicação remissiva da norma do artigo 491º do CSC, resulta na obrigação da sociedade totalmente dominada realizar as dívidas da entidade controlada, uma vez volvidos 30 dias após a constituição da respectiva mora (artigo 501º), acrescido do dever de pagamento, a cargo da mesma dominante, das perdas contabilísticas registadas durante os exercícios vigentes à relação de grupo, de

cariz subsidiário, ou seja, somente após a verificação da insuficiência das reservas existentes, na esfera da dominada, durante o mesmo período.

Julgamos apreensível o desfasamento da temática fiscal a este domínio. De facto, suportados na menção de G.AVELÃS NUNES (2001:93 e 94), o autor confronta, precisamente, a realidade tributária, com os restantes ramos de direito, inferindo que a fiscalidade provém da afinidade de situações onde o credor é o Estado, delineando uma conexão subjacente decorrente da lei, ao invés da vontade das partes. G.AVELÃS NUNES colige, deste modo, que a relação jurídico-fiscal assenta num pressuposto original, quando cotejado com as restantes situações de natureza privada, mais propriamente pelo seu desprendimento com o que respeita ao tratamento das consequências jurídicas decorrentes das relações directas firmadas entre particulares²⁶⁸. Em suma, a tutela projectada da sociedade dominante sobre a dominada, não encontra respaldo além dos parâmetros societários²⁶⁹.

Esta enunciação em nada é paradoxal com uma visão tributária estribada na dogmática societária do conceito de controlo. Conforme afixado anteriormente, a dependência é um critério fiscal, incluído na figura do estabelecimento estável, também ele um arquétipo fiscal. Ora, se o objecto em apreço arrazoa sobre a confrontação do regime instituído para o estabelecimento estável, com a sua congénere filial, tomada na perspectiva da entidade geradora do dividendo, então julgamos natural a análise dos elementos paralelos que possam confluír para uma conclusão similar (ou disforme) das duas figuras. O panorama é fiscal. O modelo é a dependência do estabelecimento estável. Apenas se recorre aos elementos societários na medida da congénita incompletude tributária nesta matéria, no conspecto de uma entidade que não partilha a mesma actividade da sociedade portuguesa dominante (caso contrário, conforme já demonstrado, estaremos perante o dito estabelecimento estável). Mais propriamente, o

²⁶⁸ Se preferível a enunciação de G.AVELÃS NUNES (2001:94). «*Nestes termos, as soluções podem e devem ser diferentes, o legislador pode e deve construir soluções que, respeitando os princípios fundamentais de Direito Fiscal, permitam uma justa e adequada salvaguarda de todos os interesses em causa, nomeadamente os interesses recaudatórios da AF*».

²⁶⁹ Mais milita no mesmo sentido a aferição de G.AVELÃS NUNES (2001:94), ao associar o regime de responsabilidade da sociedade dominante, por deveres emergentes de contratos celebrados no seio da sociedade controlada, como expressão do denominado *lifting the veil*, ou seja, da desconsideração da personalidade jurídica das entidades que enformam o grupo. É este um óptimo exemplo do desfasamento da personalidade jurídica como meio de referência à indagação fiscal. Com efeito, o descrito mecanismo é suportado, precisamente, de acordo com o autor, nas «*relações jurídicas e créditos de natureza privada, nas quais o legislador não pode intervir nos mesmos termos em que o pode fazer em direito fiscal, uma vez que, como se sabe, a estrutura e definição da relação jurídico-fiscal decorre da lei e não da vontade das partes*».

que se averigua é, tão-somente, uma medida dessa dependência, na filial, passível de ser equiparada ao alinhamento esboçado no estabelecimento estável²⁷⁰.

Na sindicância desta coordenada, a protecção das sociedades dominadas e dos respectivos credores não encontra sustentação. Por essa via, e como referente imediato, decai a possibilidade de aferição de uma coligação societária. Todavia, é mister não descuidar, do mesmo modo prenunciado, que o conceito de controlo encerra mais um sentido. Dirimido o posicionamento da direcção unitária ao nível da gestão societária, consideramos inteligível que o preceito melhor enquadrado é demarcado no artigo 503º, do CSC. Neste ponto, e em congruência, não podemos argumentar que a aplicação da aludida norma seria menção incontornável no ordenamento de localização da filial. Novamente se reitera que a indagação não busca um critério de juridicidade/vinculatividade, baseado num regime decalcado do ordenamento societário nacional, a ser atendido numa outra qualquer jurisdição onde se localize a filial. A averiguação focaliza, ao invés, a simetria verificável entre a situação traçada entre as duas entidades controladas pela entidade nacional. Neste parâmetro, não se propõe uma análise de regime, mas uma ponderação dos elementos estruturantes de figuras.

Dito de outro modo, quando se nota a existência instruções vinculantes difundidas pela sociedade dominante portuguesa à sociedade dominada estrangeira, por via da relação de domínio verificável entre as duas, não significa que a funcionalização desse mecanismo se opere apenas quando observados os pressupostos definidos nos nº 2, 3 e 4 do artigo 503º, do CSC. O que releva é o sancionamento que o ramo comercial (que é o sustentáculo de referência na dogmática da afinidade entre sociedades) adopta, numa

²⁷⁰ É uma posição que afasta, por princípio, a figura do grupo paritário. Com efeito, conforme esclarece M.GRAÇA TRIGO (1991:95 a 98) a definição da entidade aproxima-se «*da fusão por constituição de uma nova sociedade*», mas onde pontifica a autonomia das sociedades integrantes do grupo, visível ao nível da manutenção da estrutura diferenciada da administração e fiscalização de cada uma das figuras, não obstante a possibilidade de instituição de um «*órgão comum de direcção ou coordenação (artigo 492º, nº 4)*». Ora, a autora sublinha que, em qualquer uma das hipóteses, a coordenada essencial da direcção unitária prima, necessariamente, pelo respectivo exercício igualitário em relação a todas as sociedades incluídas na agremiação societária. Sintomático dessa circunstância seria, segundo M.GRAÇA TRIGO, a operacionalidade das instruções vinculantes ínsitas no artigo 503º, do CSC. Desde logo, a autora adverte sobre a possibilidade de aplicação do instituto à realidade dos grupos paritários, em face da inexistência de qualquer remissão expressa para a dita norma. Mas mesmo no caso de aceitação dessa prerrogativa, M.GRAÇA TRIGO adverte que as instruções nunca poderão perigar a natureza “paritária” da figura, o que significa que a possibilidade de emitir instruções ditas “desvantajosas” para alguma das entidades, é obviada. A natureza igualitária, que é imanente ao grupo paritário, afasta a inserção da figura num contexto de controlo intersocietário, o que, no cotejo com o estabelecimento estável, significa uma referência insuficiente na aproximação entre entidades. Sobre a inexistência de controlo/predomínio nos grupos paritários, veja-se ainda J.VALBOM BAPTISTA (2013:305).

área que, na sua essência, ou seja, na aferição da existência da direcção da sociedade dominante, permanece necessariamente inalterada pelo ordenamento onde esteja situada a filial. Na óptica da investigação de um modelo que possa ser universalizado, quando colocado no contexto dos artigos 51º e 54-A, do CIRC, depressa se depreende a capital monta de uma reflexão deste género.

A sistemática do artigo 503º, do CSC²⁷¹, situa, precisamente, a associação dessa prerrogativa no âmbito das sociedades em domínio total (*ex vi* artigo 491º, do CSC)²⁷². Ora, os supra aludidos fenómenos de interdependência, tanto económica, como

²⁷¹ T.S.ANSELMO VAZ (1996:343 a 345) adverte que um dos efeitos do controlo societário é, precisamente, a perda de autonomia da entidade controlada, mais propriamente no que concerne à sua política económica e gestão, ou seja, à transferência do respectivo centro decisório. Ora, essa circunstância seria determinante na afirmação da subordinação do seu interesse próprio, funcionalizado, ao invés, ao interesse da controladora. O direito a emitir instruções, mesmo que desvantajosas para a dominada, seria, segunda a autora, o reconhecimento legislativo dessa eventualidade, bem como a aceitação prática da sua instrumentalização, ou seja, da inibição da prossecução de uma actividade, por parte da controlada, em proveito próprio.

²⁷² J.A.ENGRÁCIA ANTUNES (2002: 891 a 897) chama a atenção para a aparente tautologia do legislador, ao consagrar um regime permissivo apoiado na possibilidade de emitir instruções vinculantes, num contexto onde, pela circunstância da sociedade dominante perfilar-se como sócia única, essa particularidade seria imanente à sua natureza, pela natural faculdade de determinar inteiramente o sentido do exercício da dominada. A virtude do artigo 503º, neste encadeamento, seria perceptível, no entendimento do autor, pela delimitação de um duplo sentido: o primeiro pela submissão da administração da dominada a um regime excepcional; e o segundo pela inalterabilidade do regime jurídico-societário aplicável aos restantes órgãos sociais. Sumariando os respectivos termos, e sempre no seguimento dos ensinamentos do autor, as disposições contidas nos nº 2 a 4, do artigo 503º, demarcam um campo de licitude, no que toca às instruções emanadas, que redundam no desvalor dos respectivos comandos, quando ultrapassados três distintos limites de referência: o primeiro, atinente aos marcos legais/estatutários, cuja imperatividade não possa ser derogada pela vontade da sociedade dominada; o segundo, que baliza um limite orgânico, dizente aos negócios cuja eficácia é condicionada à anuência da controlada; e mais uma raia tutelar, desta vez pela necessidade de retribuição, à dominada, pela transferência de activos a favor da dominante. Quanto aos demais órgãos societários, o facto da dominante perfilar-se como sócio único, significa que o poder de decisão é, também ele, unipessoal (artigo 270-E, do CSC). Contudo, de acordo com J.A.ENGRÁCIA ANTUNES, essa circunstância não seria suficiente para afastar todas as regras concernentes à disciplina das Assembleias Gerais, bem como da autonomia decisória dos órgãos de fiscalização da sociedade totalmente dominada, entre elas, a natural esfera de repartição de competências em relação à administração (artigos 373º, 262º, 413º e ss, e 446º). Em suma, J.A.ENGRÁCIA ANTUNES adverte que a posição dominante não comina um poder discricionário na esfera da sociedade controlada, sujeitando-a a um mínimo regulatório, cuja obrigatoriedade não é prejudicada pela particularidade de domínio dirimida, com as devidas adaptações que derivam do alinhamento dessa situação. É pertinente advertir, novamente, que não é esse o escopo da fiscalidade. Neste nível, o que se destaca é a operacionalidade do domínio total, através da conferência de determinados limites, que em nada conflituam com o panorama geral da relação entre dominada e dominante, mormente no que concerne ao poder de direcção sobre a gestão da dominada. O que o autor denomina de “*ius instructionis*”, contido no artigo 503, nº 1, do CSC, independentemente da redundância legislativa que se possa concluir da sua respectiva inscrição, é sintomático (e até mais do que isso, é a expressão) da percepção societária sobre a dinâmica que se constitui no plano da gestão das entidades em confronto. As limitações que se possam esgrimir, no nosso ordenamento, ou na jurisdição onde estiver localizada a filial, em nada perigam este núcleo essencial de dependência intersocietária.

financeira ou administrativa, traduzem, na prática, as decisões de gestão tomadas no seio intersocietário²⁷³, e reflectem, logicamente, a preponderância da sociedade dominante nesse âmbito.

Mais ainda, o delineamento reproduzido permite, ainda no espaço das sociedades em domínio total, e em concordância com a ilação trazida por J.A.ENGRÁCIA ANTUNES (2002:890 e 891), perceber uma especificidade no que concerne à respectiva entidade controladora. Da referência do autor, o poder de direcção, nestas situações, transcende as meras repercussões na gestão da sociedade dominada²⁷⁴. J.A.ENGRÁCIA

²⁷³ J.A.ENGRÁCIA ANTUNES (2002:892) enquadra este alinhamento na perspectiva do conteúdo do poder de direcção, consubstanciado no direito de emitir instruções (artigo 503º, do CSC), cuja extensão abrange todas as matérias da gestão da dominada, entre elas: a política empresarial geral ou políticas sectoriais, medidas concretas de gestão social e actos de organização social.

²⁷⁴ É uma percepção partilhada por P.COSTA E SILVA (2008:541 e ss). Para a autora, o aspecto crucial do domínio societário descobre-se, precisamente, no controlo dos direitos de voto. A asserção prende-se com um juízo primário sobre as relações entre sociedade e detentores das respectivas participações sociais: quem, em conformidade com os seus direitos de voto, dispor de prerrogativas de nomeação/destituição dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, terá, do mesmo modo, o domínio sobre a gestão da sociedade. P.COSTA E SILVA esclarece que a afirmação não pretende influir directamente com a dita gestão societária, competência naturalmente apartada dos sócios, mas antes reflectir indirectamente sobre a formação da vontade juridicamente relevante da entidade, porquanto essa vontade é exercida por via de quem gere a sociedade, que por sua vez é determinado por quem dispõe dos direitos de voto. A indagação é o ponto de partida para aferir de um critério determinante associado à aferição do domínio societário: a detenção de um grande bloco de acções não garante o domínio da sociedade. A autora sustenta a afirmação na verificação da dicotomia entre detenção da participação social e legitimidade para o exercício do direito de voto de forma discricionária. P.COSTA E SILVA conclui que as duas não são necessariamente coincidentes. A título de exemplo, a autora realça os casos de atribuição do direito de voto ao titular de um direito real menor (usufrutuário) ou ao credor, cujo crédito seja garantido por um direito sobre a participação social. Por outras palavras, apesar da insusceptibilidade negocial autónoma do direito de voto, quando cotejado na sua relação com a participação social, essa circunstância não prejudica o respectivo exercício por um terceiro. Não rebatemos a evidência demonstrada pela autora que, aparentemente, conflitua com as nossas ilações acerca da funcionalidade do conceito de domínio total aplicado ao prisma fiscal. Todavia, a nossa proposta visa, ao invés, precaver essa eventualidade. Sendo certo que a configuração conexa à titularidade total (100%) do capital social, não previne todas as vicissitudes que possam desvirtuar o direito de voto associado à participação social, julgamos que não é menos verdade que este alinhamento, perfila-se como a melhor dimensão jurídica para prevenir essas contingências. Não escamoteando que o domínio total é, no essencial, uma medida quantitativa, sindicável na pertença da totalidade das participações sociais a um titular, não podemos, do mesmo modo, ignorar que a sua natureza relativa, contribui para a diminuição das eventuais discrepâncias potencialmente verificáveis entre a titularidade da participação social e a legitimidade no exercício do voto. Aliás, é um raciocínio que, desde logo, afasta qualquer divergência entre a ablação do direito de voto associada à categorização de acções. Mais se diga que P.COSTA E SILVA pronuncia-se no âmbito do conceito influência dominante inserto no artigo 21º do CVM, e do artigo 486º, do CSC, ou seja, numa temática onde a definição da maioria dos votos desempenha um papel essencial. Neste parâmetro, a autora não se coíbe de concluir que a noção encerra uma indeterminação intrínseca, que condiciona a concretização do respectivo exercício. Ora essa circunstância é tanto mais dificultada, quando posicionada a análise na observação dos direitos de voto. Ainda da autora, se o domínio se confere a partir do exercício da influência dominante, descobre-se uma dificuldade originária

ANTUNES realça que, ao nível do quórum deliberativo, a matriz é visivelmente mais singela: as maiorias derivam de uma margem que é previsível e unipessoal²⁷⁵. Por

na efectivação dessa ideia. Transpondo a lógica para o plano fiscal, aquilatamos que assentar qualquer pressuposto na determinação da dita influência dominante, um conceito que a própria disciplina societária demonstra visíveis dificuldades em densificar, é um alicerce inseguro que, por inerência, evidencia potencialidades nefasta na respectiva concretização prática, tanto mais enfatizadas pelo carácter transfronteiriço do cotejo da solução em causa. Sobre as dificuldades de delimitação da noção de influência dominante, veja-se ainda J.VALBOM BAPTISTA (2013:307 e 308)

²⁷⁵ Por esse motivo, julgamos premente o apartamento da noção de participação indirecta, ao nível da aproximação intersocietária. M. A. PINTO DA SILVA (2009: 59 e ss) observa que o pressuposto originário e transversal aos regimes de coligação societária, mormente no concernente às sociedades em simples participação, influência dominante e, sobretudo (no que concerne à nossa posição) domínio total, é a referência da participação social, a qual, na menção da autora constitui o «*instrumento de domínio sem dívida mais utilizado*». No que respeita às participações indirectas, M. A. PINTO DA SILVA assinala que o preceito central é demarcado no artigo 483º, nº 2, do CSC. Neste contexto, a autora segmenta a norma em três partes, todas elas inclusivas da aproximação entre sociedades: as participações indirectas através de sociedades dependentes; as participações indirectas através de sociedade em relação de grupo; e as participações indirectas através de pessoa que seja titular de acções por conta da sociedade participante. Esta tripartição é já, por si mesma, indutora de uma complexidade que se pretende afastar, quando o cotejo funda uma comparação com o estabelecimento estável, ou seja, uma realidade indubitavelmente subordinada à sociedade-mãe. Mas as dificuldades adensam-se quando particularizadas as ditas variáveis. Sobre a detenção indirecta por via de sociedades dependentes ou através de sociedade que esteja em relação de grupo com a sociedade participante (tratamos as duas situações de modo simétrico, porquanto a única divergência, nas duas abordagens, redonda nas formas de domínio que se estabelecem entre a dominante e a entidade indirectamente dominada, bastando-se, na primeira hipótese com uma relação de influência dominante, nos termos densificados no artigo 486º, nº 1, enquanto que na segunda possibilidade, o pressuposto assenta na constituição de uma coligação societária, ou seja, na formação de grupos em domínio total ou superveniente, por contrato de subordinação ou por convenção de grupo paritário. Pelo vindo da nossa exposição, é compreensível que a utilidade da análise é restringida à segunda condição) e sempre na esteira de M. A. PINTO DA SILVA, a indagação quadra uma série de cenários, que comungam de um eixo centrado no domínio de uma sociedade, por parte de uma entidade, por via de uma necessária intermediação de uma outra sociedade, que por sua vez é, também ela, dominada pela primeira sociedade. O emaranhado relacional é, tanto mais ampliado, quando se pondera a possibilidade, aberta pelo artigo 483º, nº 2, do CSC, da dependência referida no preceito ser, ela própria, igualmente indirecta. Como sublinha a autora, a temática encerra um problema de lógica formal, corporizada numa obrigatoriedade de sindicância, por cada relação de dependência, dos pressupostos de domínio total entre sociedades. Sobre a terceira variável, e ainda no seguimento das observações de M. A. PINTO DA SILVA, o método é o similar, diferindo, apenas, na relação instituída entre a sociedade dominante e a entidade intermediária. Densificando, a actuação por conta de uma sociedade significa, por um lado, que a análise relativa não é alicerçada na noção de domínio ou influência dominante, mas antes que os negócios praticados pelo representante não são reflectidos directamente na esfera da dominante. No esclarecimento da autora, falamos de fenómenos de interposição de pessoas, que compreendem realidades tão díspares como o mandato sem representação, a comissão, a gestão de negócios, o negócio fiduciário, o contrato a favor de terceiro. Todos eles comungam de uma característica comum: a actuação no interesse do sócio dominante. Se as complexidades das possibilidades esgrimidas são, intrinsecamente, evidentes, a própria M.A.PINTO DA SILVA (2009: 145 a 147) identifica alguns casos duvidosos, como, a exemplo da autora, as acções cujos direitos de voto sejam coarctados pelos estatutos (vejam-se as referências de M.A.PINTO DA SILVA, como as acções preferenciais sem voto, ou os limites à contabilização dos votos de um determinado accionista acima de certo número, cfr. o artigo 384, nº 2 alínea b), do CSC), ou as situações em que as participações sociais são detidas em contitularidade (artigo 303º, do CSC), não dispondo, nenhum dos accionistas, do poder de voto exclusivo. A autora questiona,

outras palavras, os contornos da autonomia da entidade controlada, ao nível decisório, são inexistentes²⁷⁶, em face do enquadramento do poder da dominante em «*decidir soberanamente sobre todas as matérias compreendidas no âmbito de atribuições da respectiva Assembleia Geral*»²⁷⁷.

Em sinopse, estimamos que o norte demarcado no conceito do domínio total do artigo 488º, do CSC, mormente na sua referência à titularidade plena das acções da dominada, por parte da dominante, avaliza os dois sentidos anteriormente apontados da ideia de controlo: uma referência directa, concretizada na dependência/direcção unitária, por via da subordinação, da gestão da sociedade dominada; e uma orientação indirecta, consubstanciada na livre disponibilidade do poder decisório accionista. O alicerce da ideia de controlo é assegurado pela já mencionada “influência dominante”, *maxime* a maioria dos direitos de voto e a possibilidade de designação da maioria dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (através da detenção da maioria do capital social), *ex vi* artigo 486º, nº 2, do CSC, mas sustenta-se numa matriz “forte”, ou seja, na potenciação inteira dessas prerrogativas de controlo, através da antedita detenção totalidade das participações sociais da sociedade controlada. A reunião entre dependência e disponibilidade deliberativa (entenda-se, conforme previamente dissertado, a possibilidade da dominante, grosso modo, decidir sobre os momentos de

ainda, se o cômputo das participações de uma sociedade noutra sociedade poderiam contemplar as participações detidas em usufruto. Sendo certo que algumas destas questões poderão ser aferidas nas participações directas, não é menos verdade que a problemática ganha contornos relativos mais complexos quando posicionada perante os vários eixos de conexão presentes nas participações indirectas. São demasiadas interrogações a um critério que se pretende perspectivar de modo rigoroso, tendo, como paralelo, a relação entre a sociedade-mãe e o estabelecimento estável, ou seja, um controlo totalitário de uma entidade sobre outra realidade, que se prognóstica de forma tanto mais intrincada quando observado contexto em que se encontra posicionado, ou seja, a relação transfronteiriça ente sociedades.

²⁷⁶ M.NOTARI (1996: 249 a 252) densifica esta proposição teórica. Para o autor *influenza determinante* opõe-se a *influenza notevole*, na acepção que o primeiro conceito pressupõe o poder de uma empresa determinar, de modo causal absoluto, a vontade de uma outra empresa. Por outras palavras, entre a vontade da entidade directora, e a escolha da controlada, deve subsistir uma relação de causa-efeito. Esse cotejo é absoluto, porquanto o efeito deve prosseguir, necessariamente, a causa, sem qualquer alternativa. O autor propõe um exemplo: na hipótese pontifica uma sociedade, em que cujos sócios detém, equitativamente, 20% das participações sociais. Entre eles, existe a possibilidade de colocarem as respectivas vontades como pressuposto causal da decisão societária. Contudo, esse poder não é absoluto quando observada a relação da entidade com cada um dos sócios. Ora, nesses casos, o titular minoritário depara-se com uma posição de *ininfluenza* na determinação das decisões empresariais. Entramos, desta forma, no plano da dita *influenza notevole*, ou seja, na mera potencialidade da vontade de um dos titulares contribuir para a correspondente decisão empresarial, mas condicionada ao sentido das manifestações dos restantes sócios. A causalidade perde o seu carácter absoluto e torna-se relativa.

²⁷⁷ Do nosso Código das Sociedades Comerciais, as normas correspondentes às matérias sujeitas à apreciação da assembleia, e respectivas maiorias, encontram-se, nos artigos 246º, 270º-E e 386º.

distribuição dos dividendos) é manifesta. O paralelismo com a realidade do estabelecimento estável parece-nos evidente.

2.2 A negação da disciplina dos grupos de sociedades como modelo da conexão entre sociedade dominante e filial

A par desta concepção, converge a ideia que não estamos perante uma coligação de sociedades, em face do apartamento de todo o tipo de considerações atinentes, nesta matéria, sobre regimes de tutela do sociedade dominada, ou mesmo do interesse do grupo, que impendam sobre a dominante²⁷⁸. O entendimento, neste ponto, é mais elementar, cingindo-se à conferência de uma medida que permita, indubitavelmente, afirmar o controlo total sobre a gestão e sobre os desfechos deliberativos da dominada estrangeira. Um padrão decalcado das prerrogativas que a entidade nacional possa exercer sobre o estabelecimento estável.

Se julgamos entendível a denegação, ao nível em consideração, da existência de uma coligação societária, numa percepção gizada a partir da grandeza que a respectiva disciplina jurídica dimensiona, uma ponderação no plano do estrito regime especial de tributação de grupos de sociedades (artigos 69º a 71º do CIRC), não infunde uma intelecção discrepante. Sumariando os termos da densificação do regime, G.AVELÃS NUNES (2001:71 e ss) explana que a tributação dos grupos assenta, antes de mais, na sua realidade precedente, ou seja, na coligação societária. Todavia, o acolhimento imutável dessa delimitação, em sede tributária, conflitua com as finalidades da disciplina. Correndo o risco de iteração das nossas considerações precedentes, mas agora partindo de um raciocínio direccionado à compreensão dos pressupostos tributários, e que não deixa de compor o ideário desta temática, à construção dogmática societária, que promove a salvaguarda dos interesses dos *stakeholders* (no âmbito das normas do grupo, em termos latos, é afirmada a tutela das garantias dos sócios, credores

²⁷⁸ M.GRAÇA TRIGO (1991: 46 e 47) indica, justamente, que o regime societário dispensado à coligação de sociedades, encontra a sua relevância principal na tutela conferida aos interesses das sociedades denominadas e de terceiros (sem prejuízo de algumas prerrogativas, cuja verificação depende da delimitação das respectivas entidades no seio do grupo de sociedades, como, a exemplo da autora, o poder de direcção directo, a convenção de atribuição de lucros ou a constituição de grupos paritários com órgãos próprios). Com efeito, M.GRAÇA TRIGO fala de uma realidade pré-existente ao sancionamento jurídico, avançado, na prática, por um «*poder de direcção das sociedades dependentes*». Ora, a demarcação normativa não oferece, segundo a autora, qualquer contraponto ao cerceamento da autonomia das sociedades.

e das próprias sociedades²⁷⁹), o autor contrapõe que o “grupo fiscal” é, ao invés, uma figura estribada na neutralidade fiscal²⁸⁰. Precisando, o propósito fiscal prima pelo tratamento indiferenciado da realidade reditícia, independentemente da forma assumida pela entidade que o origina, quer estejamos perante uma individualidade “monosocietária”, ou antes, na presença de um conjunto de sociedades juridicamente independentes, desde que sustentados num traço comum, ou seja, numa direcção única, em que uma dessas entidades detenha uma percentagem elevada do capital das restantes. Segundo G.AVELÃS NUNES (2001:46 a 50), a perspectiva do legislador fiscal densifica, simplesmente, uma atenção no desenho da respectiva disciplina, de modo a não potenciar eventuais desvios nas escolhas dos agentes económicos, em função das divergências que possam ser introduzidas pelas normas tributárias. Dito de outro modo, a forma jurídica adoptada pelas empresas não deve ser influenciada por desvirtuamentos de natureza fiscal²⁸¹. Desde logo, é assimilável que a disciplina fiscal é compatível com uma noção de adaptabilidade, ou seja, os pressupostos de outros ramos jurídicos serão acolhidos, enquanto realidades prévias que alicerçam a tributação, mas a metodologia poderá não reflectir uma linha totalmente coincidente com os requisitos referenciados nessas disciplinas de base, desde que respeitando os alicerces basilares dos correspondentes institutos²⁸². É sobre esta condição que G.AVELÃS NUNES pesa

²⁷⁹ M.GRAÇA TRIGO (1991: 49 e 50) esclarece que, neste âmbito, o regime coligido no CSC para os agrupamentos empresariais, não contempla a tutela dos trabalhadores, nem tão pouco interesses gerais, como os derivados da afectação de livre concorrência.

²⁸⁰ Uma conclusão igualmente salientada pelo Anteprojecto (2013:164).

²⁸¹ C. NABAIS (2013:49) fala, genericamente, de um princípio transversal a toda a fiscalidade, assente na observação de uma «*ordem económica concorrencial*», cujo reflexo prático seria perscrutável na correspondente neutralidade tributária, ou seja, na tendencial ablação de qualquer efeito que os instrumentos fiscais possam incutir na racionalidade própria dos agentes económicos, «*sejam quais forem as formas que escolham e as opções que tomem (...) desde que paguem idêntico imposto*». É um paradigma igualmente salientado por I. MITROYANNI (2008:91 e 92). Observando especificamente a realidade da tributação no seio da União Europeia, perspectivada enquanto realidade multi-jurisdicional, deveria, em termos absolutos, contemplar uma uniformidade na base de incidência de imposto, com uma correspondente simetria ao nível da aplicação das taxas de imposto. Sempre no contexto europeu, e no mesmo ditame da neutralidade, a autora denota que o tratamento dos grupos de sociedades deveria alinhar uma fórmula de repartição reditícia comum entre os diversos Estados-Membros. Contudo, I. MITROYANNI salienta que a ausência de distorções fiscais não significa que a decisão de investimento seja, também ela, neutral, em face dessa realidade. Com efeito, o dito alinhamento é finalizado a beneficiar as economias mais competitivas. A conclusão deriva da lógica de atracção de investimento, diminuindo o nivelamento, a este nível, propiciado por eventuais estruturas “*tax-friendly*”. A autora conclui que a neutralidade fiscal, poderá originar consequências não tributárias determinantes na decisão de investimento.

²⁸² I. SANGIORGIO (1993: 1329 e ss) assinala, justamente, que a noção de controlo fiscal provém, originariamente, do correspondente alinhamento societário. Contudo, o autor não deixa de notar que o respectivo *nomen juris*, não encontra uma necessária paridade com a finalística fiscal. É, dentro do

a adequação do grupo de sociedades, na equiparação do seu tratamento à sociedade autonomamente considerada, para efeitos fiscais.

Pelo vindo, podemos, desde já, enquadrar os meandros da confluência societária com o alinhamento oferecido pela fiscalidade. As prerrogativas “proteccionistas” da lei comercial não acham fundamento neste domínio, o que significa que o estribo do controlo societário apenas encontra respaldo na vertente da antedita direcção unitária. Dizemos isto pois, se a figura que antecede o grupo fiscal é a coligação societária²⁸³,

contexto tributário, que se desenvolve um enquadramento hermenêutico próprio, que permite a afirmação do dito conceito de controlo de fiscal. A singularidade fiscal estaria evidenciada no delineamento originário tributário: o direito fiscal perspectiva o tratamento dos fenómenos económicos à luz da referência da capacidade contributiva. A ideia, segundo o autor, tenderia para a afirmação da autonomia dogmática do conceito, quando cotejado à luz do seu congénere jusprivatístico. Todavia, não é menos verdade que I. SANGIORGIO observa o alinhamento, à luz das particularidades ínsitas às figuras dos preços de transferência e da percepção de dividendos oriundos do estrangeiro. Por outras palavras, também estas realidades fiscais apropriam-se da bissectriz dirimida na dogmática societária, sem, no entanto, descurarem uma disposição que prima pela observância dos seus específicos ditames tributários. Sobre o tratamento dos dividendos estrangeiros, o autor elucida que o respectivo regime comunitário de isenção de tributação de repatriação dos rendimentos originados em sociedades residentes num Estado da CEE (à época, a Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, que tinha o seu paralelo normativo no artigo 96º, bis do TUIR), assentavam num eixo decalcado do pensamento societário de controlo, presente na «*figura della società madre e della società figlia*», cuja expressão prática seria plasmada na detenção de uma participação de 25% no capital social da segunda sociedade. I. SANGIORGIO, denota que o conceito de *influenza determinante* não seria subsumível à relação em causa, porquanto a dita participação qualificada não seria suficiente para aferir da maioria dos direitos de voto na assembleia ordinária da sociedade filha. O respectivo instituto corporizaria antes, e sempre segundo o autor, as exigências ao nível da ablação da dupla tributação económica, de modo transversal ao âmbito da fiscalidade directa da comunidade europeia. Ora o critério relacional adoptado pelo legislador europeu teria parametrizado um elemento linear, de facilitada sindicância, mas que teria sido gizado em função da prevenção abusiva, dirimindo um limiar mínimo de confluência entre sociedades, mas apartado de qualquer juízo de predomínio de uma entidade sobre outra. No que concerne à disciplina dos preços de transferência, I. SANGIORGIO assinala que o regime derivado do artigo 76º, *quinto comma* do TUIR (actual artigo 110º, *settimo comma*, do TUIR) concebe a hipótese de averiguar o valor normal de uma operação, quando contextualizada no seio de entidades delineadas sobre o paradigma do controlo (desde que uma das sociedades seja não residente em Itália: «*(...) non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale (...)*»). O autor denota que, também neste caso, o controlo fiscal enforma uma natureza autónoma em relação ao seu homólogo societário. Com efeito, partindo do *ratio* da figura, que consubstanciaria a neutralização dos preços de transferência, independentemente da presença de um controlo em sentido técnico, I. SANGIORGIO depreende que a amplitude do conceito resultaria da observação da subordinação de um sujeito em relação a outro, como nos casos de «*relazione di famiglia, comunanza di amministrazione, partecipazione a centrali di approvvigionamento o vendita comuni*», ou seja, todas as situações potenciadoras de aumento ou diminuição dos preços verificáveis em livre concorrência (num raciocínio em tudo semelhante à abrangência das noções de relações especiais e influência significativa ínsitas ao nosso artigo 63º, nº 4 do CIRC).

²⁸³ Nesse sentido, J. ENGRÁCIA ANTUNES (2011: 8 e 9), em escrito dedicado especificamente ao regime fiscal dos grupos de sociedades, elucida que a noção justributária assenta numa relação de coligação intersocietária, ou seja, o grupo fiscal será formado a partir de um conjunto encabeçado por um

então é terminante perceber quais os respectivos elementos que permitem um exercício desse género. Nem tão pouco aquilatamos que a “cisão” exegética proposta confronta qualquer paradigma fiscal essencial. Se a avaliação tributaria é escorada numa matriz legal, assumida na definição positiva que essa delimitação possibilita, orientada às suas finalidades próprias, não descobrimos qualquer entrave à postulação, por esta disciplina, de um regime que não cumpra todos os requisitos que o direito societário exige²⁸⁴. Vislumbra-se, deste modo, a justificação de acolhimento, por parte da fiscalidade, de uma noção de controlo formulada na base de uma simples dependência da gestão da sociedade dominada²⁸⁵.

sociedade dita dominante, que seja titular de uma participação de montante igual ou superior a 90% (75% na versão actual) do capital das sociedades dominadas (artigo 69º, nº 2 do CIRC). Neste particular, o autor frisa que a definição fiscal é «*simultaneamente mais restrita e mais ampla do que a noção consagrada no Código das Sociedades Comerciais*». A conclusão é procedente do afastamento das figuras do contrato paritário e de subordinação (artigos 492º e 493º do CSC), bem como pela inclusão de participações de 90%, ao invés dos 100% exigidos pelo CSC (artigos 488º e 489º).

²⁸⁴ Nesse sentido, J.ENGRÁCIA ANTUNES (2011: 8 e 9), em escrito dedicado especificamente ao regime fiscal dos grupos de sociedades, elucida que a noção justributária assenta numa relação de coligação intersocietária, ou seja, o grupo fiscal será formado a partir de um conjunto encabeçado por um sociedade dita dominante, que seja titular de uma participação de montante igual ou superior a 90% (75% na versão actual) do capital das sociedades dominadas (artigo 69º, nº 2 do CIRC). Neste particular, o autor frisa que a definição fiscal é «*simultaneamente mais restrita e mais ampla do que a noção consagrada no Código das Sociedades Comerciais*». A conclusão é procedente do afastamento das figuras do contrato paritário e de subordinação (artigos 492º e 493º do CSC), bem como pela inclusão de participações de 90%, ao invés dos 100% exigidos pelo CSC (artigos 488º e 489º).

²⁸⁵ S.CIPOLLINA (1992:43 e ss) clarifica que o direito fiscal assenta num binómio analítico-dependente em relação aos ditames gizados pela disciplina jurídica civil. A dita dependência descenderia da raiz jurídica do conceito económico de rendimento. O raciocínio da autora é sustentado no reconhecimento que um instrumento que proporcione o controlo sobre uma coisa, determina um efeito de aumento do seu respectivo valor, ou é, ele próprio, um valor em si mesmo. Dito de outro modo, a relação civil influencia o conceito de rendimento, perfilando-se como a sua condição “*incrementativa*”, ou como factor constitutivo. Ora, a autora realça que esta circunstância seria indutora de duas características essenciais ao alinhamento fiscal: a certeza e estabilidade, através da construção de um sistema que reduz a margem de indefinição da lei fiscal, sendo menos susceptível ao labor construtivo do intérprete; e a *tendeza al garantismo*, que entronca na relação anterior, ou seja, na assumpção do referente civilístico, como substrato *preconosciuto* do ordenamento tributário. S.CIPOLLINA fala da *colonizzazione* de outros ramos de direito, por parte da fiscalidade. Contudo, a autora não deixa de notar que, baseando-se a lógica jurídica nas necessidades específicas que caracterizam e diferenciam os diversos campos de análise, a identidade das respectivas disciplinas apenas será verificável quando, e onde, conferida a dita similitude de necessidades. Conforme apelidada pela autora, a diferença regulativa de origem funcional encontra a sua expressão, na dimensão fiscal, através de dois corolários: o primeiro, na indispensabilidade operativa deste âmbito, materializada na criação de tipos técnicos que tornem a actividade material legislativa *più semplice e spedita*. Neste apontamento, S.CIPOLLINA enquadra os parâmetros fiscais a partir da observação relativa de realidade onde estão inseridos. Na prática, a vertente tributária não pode olvidar que o desenvolvimento da economia real é mais expedito que os princípios delimitados pela ordem jurídica. A autora fala, neste domínio, de uma premência antecipatória do enfoque fiscal, de modo a obviar a este *gap strutturale*; o segundo, ínsito à originalidade do alinhamento fiscal, ou seja, à conotação financeira do tributo. S.CIPOLLINA assinala que a revista fiscal transcende a mera natureza privatística

Contudo, apesar de afastada a dimensão dos elementos da coligação societária, por ora, continua por justificar a admissibilidade de um juízo que renegue uma aproximação ao regime especial de tributação de grupos de sociedades. Retomemos a G.AVELÃS NUNES (2002:71 e ss). O plano fiscal da relação intersocietária deverá ser mediado, no entendimento do autor, por uma matriz que concretize um «*grupo muito especial*», caracterizado pelo elevado grau de centralização e altamente hierarquizado, onde a direcção unitária surja apenas como uma manifestação, ou seja, como mero reflexo da estruturação unitária da aludida coligação entre entidades. Neste modelo, o controlo dos direitos de voto e dos órgãos sociais da dominada é uma conferência secundarizada, quando deparado perante um axioma que defende uma tributação unitária do conjunto societário. Nas palavras do autor, o intuito subjacente à figura do grupo fiscal densifica «*uma unidade económica demonstrativa de uma única capacidade contributiva, o que é diferente e vai além da unidade de organização ou de um poder de direcção único*». Por outras palavras, G.AVELÃS NUNES propõe um sistema de tributação baseado numa estrutura singular, amparada na percepção que o grupo constitui uma única unidade para efeitos fiscais. Nessa perspectiva, o instrumento de eleição será o nível de integração do capital, ou seja, a particularidade da sociedade dominante deter uma relação muito elevada das participações sociais das outras entidades.

Não menos esta delimitação contribui para qualquer tipo de compreensão que afaste a noção de grupo do seio da problemática. Continua-se a convocar a ideia de domínio total da entidade controladora, alicerçada no mesmo segmento societário que exige a detenção da totalidade das participações sociais, e onde a direcção unitária/dependência decorre enquanto realidade subsequente dessa subordinação natural de uma sociedade a outra.

da relação jurídica, aponto-lhe a finalidade da norma tributária, aferida a partir do «*particolare aspetto economico del rapporto o della cosa – l'entità del trasferimento, il reddito, l'arricchimento, ecc.*». Ora, esta valoração autónoma da fiscalidade não esqueceria uma ponderação de natureza primordialmente política, estribada, caso por caso, em função da capacidade contributiva dos sujeitos revelada nos elementos determinantes de cada tributo. No seguimento, a autora sinaliza que os espaços de interconexão entre o direito fiscal e o direito privado, ocorrem no âmbito de coincidência das funções civilísticas e tributárias. Por outras palavras, S.CIPOLLINA indica que a forma civilística apenas encontrará relevância tributária se, e na medida, da utilidade económica reflectida nas relações respectivas. O enunciado destrinchado pela autora permite formular um juízo da máxima acuidade para a nossa exposição: sendo certo que a fiscalidade é suportada através de um alicerce dogmático privatístico, não é menos verdade que o alinhamento tributário não se encontra restringido ao acolhimento imutável das soluções preconizadas nessa disciplina, podendo subsumir as suas divergências quando visadas as funcionalidades que lhe são imanentes.

O que distingue o âmbito do nosso objecto da coligação fiscal, centra-se nas repercussões que a “união” tributária tenderá a reflectir, no tratamento dos resultados fiscais advenientes da proximidade entre sociedades. Contudo, e ainda anterior a essa reflexão, é mister enquadrar a posição de G.AVELÃS NUNES à época do correspondente escrito. O autor fala a propósito do antecessor ao regime especial de tributação dos grupos de sociedades, introduzido no CIRC pela Lei nº 30-G/2000, de 29 de Dezembro. O regime de tributação pelo lucro consolidado, trazido ao nosso ordenamento pelo Decreto-Lei nº 414/87, de 31 de Dezembro, acolhido no CIRC (Decreto-Lei nº 442-B/88, de 30 de Novembro) nos seus artigos 59º e 60º, permitia, mediante autorização do Ministro das Finanças, que o cálculo do lucro tributável consubstanciasse a fase ulterior do reflexo do agregado dos balanços e da demonstração de resultados das sociedades pertencentes ao grupo. Estávamos perante um apuramento de base, sustentado na consolidação das demonstrações financeiras/contabilidade das entidades que formavam a coligação intersocietária. Era uma asserção de suma importância, porquanto, conforme dirimido por G.AVELÃS NUNES (2001: 62 e 63), a matéria colectável, ou seja, a determinação do lucro tributável, contava, como ponto de partida, uma base comum, resultante da situação patrimonial e resultados líquidos contabilísticos conjuntos de todas as entidades do grupo. A uma base tributável conjunta somava-se, naturalmente, uma tributação única. Ora, se toda a revista fiscal se desenvolvia no interior da mesma unidade tributária, a sua materialização seria sustentada num pressuposto inclusivo, através de um regime que difundisse a eliminação de todas as consequências fiscais das operações inter-grupo, bem como pela compensação de prejuízos computados em algumas delas, através dos resultados positivos apurados nas outras sociedades da coligação. A dupla tributação era, deste modo, irradiada, por via da própria metodologia inserta ao regime²⁸⁶.

²⁸⁶ I.MITROYANNI (2008: 126 e 127) assinala, precisamente, a mesma desconsideração das transferências reditícias entre sociedades, quando contextualizadas no âmbito da tributação consolidada. O pressuposto assenta na existência de uma base tributária comum do grupo. Ora, por natureza, e segundo a autora, a única possibilidade de perspectivar uma abordagem fiscal centrada na realidade individual de cada sociedade, seria através de um sistema agregador da responsabilidade tributária, com uma posterior repartição em função do peso relativo de cada entidade no grupo, o que, na prática, redundaria na construção de um sistema único de alocação de rendimentos. Este raciocínio seria o sustentáculo da eliminação, para efeitos fiscais, das transacções efectuadas intra-grupo. I.MITROYANNI (2008: 179 a 185) desenvolve o alinhamento, ao divisar o padrão consolidado à ideia da integração contabilística das entidades que constituam a coligação societária. O denominado *formulary apportionment* redundaria na repartição reditícia pelas sociedades, a partir de uma análise aos factores que componham o grupo (*«normally payroll, property and sales»*). Para a autora, que retém a indagação no plano transfronteiriço, o parâmetro consolidado deveria ser assente em duas matrizes: a primeira, que mesmo as jurisdições de

Ora, não é esta a solução proposta pela aproximação sindicada. Retomando as nossas precedentes ilações, o dividendo (ou os prejuízos fiscais, que corporizam sua variante negativa) despontam como o culminar tributário último, após todas as intervenções que a fiscalidade promova na situação patrimonial e nos resultados de uma determinada sociedade²⁸⁷. Não existe unificação de base contabilística, nem tão pouco um itinerário tributário partilhado, de modo a permitir qualquer afirmação de uma conjugação de imposto apurado comum à dominada e à dominante. Os resultados da filial estrangeira apenas são reflectidos na sociedade portuguesa na sua fase mais ulterior. E julgamos que não poderia ser de outra forma, porquanto, e no caso do nosso estudo, que se fixa num posicionamento necessariamente transnacional, pela localização da filial/dominada noutra jurisdição que não a portuguesa, dificilmente poderia enquadrar um pronunciamento contabilístico e tributário consolidado. Mais propriamente, estaríamos perante uma realidade que teria de prever uma escala técnica identitária no mesmo plano, ou seja, a transcendência a qualquer hipótese enunciada no nosso ordenamento, que visiona o apuramento de imposto combinado, na eventualidade de nem todas as sociedades envolvidas serem residentes no nosso território, é, para nós, manifesta. Sendo certo que o caminho trilhado, ao nível da UE, mormente quando observada a proposta de directiva apresentada pela Comissão ao Conselho, em 2011²⁸⁸, apontar no

residência de sociedades com prejuízos fiscais beneficiassem da alocação dos rendimentos do grupo, na proporção do respectivo peso relativo. Neste panorama, julgamos que não é abusivo intuir que o *formulary apportionment* advoga um sistema de repartição de rendimentos, apartando a integração dos prejuízos no seio das várias sociedades que enformem o grupo, o que torna a figura do lucro consolidado insuficiente para justificar uma aproximação à transferência dos prejuízos apurados em diferentes jurisdições; a segunda, que a proporcionalidade ínsita ao dito sistema, pressupõe uma perenidade na verificação dos aludidos factores, incompatível com a observação de eventuais modificações ocorridas pontualmente. A marca da previsibilidade exigiria, segundo I.MITROYANNI, uma operacionalidade sustentada na existência de mercados altamente integrados, desde logo como meio prévio, tendente a diminuir as disparidades normativas nacionais e a facilitar a receptividade de uma fórmula de repartição de rendimentos entre Estados. Mas não menos relevante, essa conformidade internacional seria condição à índole equitativa do sistema. Um elevado nível de integração dos mercados revela, de acordo com a autora, um correspondente grau de coordenação, propício à redução de potenciais disparidades. Ora, se o *formulary apportionment* perspectiva um enquadramento proporcional na repartição dos rendimentos, uma base paritária permitiria limitar a arbitrariedade eventualmente associada nessa divisão. Isto porque, de acordo com a autora, a consolidação fiscal é ordenada a reflectir a realidade económica do grupo, ao invés da rentabilidade dos seus elementos.

²⁸⁷ Em rigor, os prejuízos fiscais são uma consequência directa do imposto apurado negativo, ao passo que o processo de constituição do dividendo é uma realidade independente do âmbito tributário.

²⁸⁸ Seguindo a exposição de A. CARLOS DOS SANTOS (2014: 211 a 219), a Matéria Colectável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCC), surge como expediente, ao nível da União, tendente a obviar as disparidades fiscais decorrentes dos respectivos ordenamentos nacionais, na observância dos entraves ao mercado interno. A dimensão actual do cálculo fiscal, postula, como paradigma de repartição reditícia, o princípio da plena concorrência, assente na existência de

sentido de uma tendencial postura política (por parte de Comissão)²⁸⁹ propensa a uma tributação conjugada das empresas²⁹⁰, tão pouco o dito enunciado ultrapassa, por

contabilidades separadas, e numa análise casuística de cada transacção, em virtude da aplicação da disciplina dos preços de transferência. O autor observa a propensão da Comissão para a censura desta revista individualizada, enquanto matriz conducente a uma ineficiente alocação de recursos, através do fomento à cristalização dos investimentos domésticos, propiciado por um conjunto de factores de natureza política (como a renúncia dos Estados Membros à dedutibilidade transfronteiriça dos prejuízos), ou mesmo de índole técnica (como as situações de dupla tributação, ou regras distintas de determinação da matéria colectável e de cobrança), que acarretam um «*acréscimo dos custos de cumprimento das empresas*» (razões, em parte, igualmente aduzidas no *memorandum* que acompanha a proposta de Directiva, páginas 4 e 5, respectivamente). É, neste contexto, que a Comissão, a 16 de Março de 2011, apresenta a sua proposta de Directiva. Sumariando os respectivos termos, e ainda no seguimento de A. CARLOS DOS SANTOS, o MCCC é estribado num procedimento de determinação do rendimento tributável direccionado a cada membro da coligação societária, acompanhado do cálculo do rendimento tributável do grupo (por via da consolidação) e a subsequente divisão pelos Estados Membros, através de um mecanismo de repartição, a que corresponderia uma «*base harmonizada alargada de tributação*», sendo que a materialização da taxas permaneceria na campo decisório dos respectivos Estados Membros. O perímetro do grupo (e conseqüente consolidação) seria densificado, segundo o autor, através de critérios de controlo, propriedade e direito aos lucros (artigo 54º, da proposta), segmentados por duas matrizes: a inserção das entidades na figura consolidada desde que a sociedade-mãe detenha mais de 50% dos direitos de voto; ou a disponibilidade de mais de 75% do capital ou mais de 75% dos direitos à distribuição dos lucros (a que corresponde uma tendência inclusiva subjectiva, a que não escapam todas as subsidiárias residentes em Estados Membros, susceptíveis de preencherem os critérios sobreditos, bem como os estabelecimentos estáveis situados no espaço da UE, em conformidade com o artigo 55º, da proposta, desde que a sociedade dominante opte por este método de tributação, nos termos do artigo 6º).

²⁸⁹ De referir que a Comissão reafirmou a sua intenção, em Junho de 2015, de relançamento do MCCC, visando o início de novas negociações com o Conselho. Aguarda-se, em 2016, uma nova proposta da Comissão, alicerçada em dois pontos de ordem: que o MCCC seja um modelo obrigatório para as sociedades a operar dentro do espaço da União; complementado por um sistema de integração faseado, sustentado num regime de consolidação fiscal, que incorpore as mais recentes soluções internacionais plasmadas no BEPS.

²⁹⁰ Sumariando os termos da tributação consolidada proposto pelo MCCC, C.SPENGEL (2008: 1 e ss) e J. VAN DE STREEK (2011: 187 e ss) enunciam que a base tributável seria calculada em função da tripartição das seguintes fases: num primeiro momento, cada elemento do grupo apuraria o seu lucro tributável, de forma separada, mas sujeito ao mesmo conjunto de regras; depois, cada base tributável individual seria agregada na base consolidada do grupo; finalmente, o dito resultado consolidado seria repartido pelos diferentes Estados Membros abrangidos, através da aplicação de factores específicos (*formula apportionment*). Neste ponto, J. VAN DE STREEK (2011: 194) e C.SPENGEL (2008: 27 e 28) esclarecem que a mudança de um sistema de tributação individual, para uma direcção consolidada, materializa a verdadeira transformação no paradigma da fiscalidade directa introduzido pelo MCCC. À parte da respectiva aplicação ao contexto das empresas associadas, onde o princípio da plena concorrência mantém o seu espaço natural de emprego (veja-se, nesse sentido, o considerando 19 e os artigos 59º e 60º, da proposta de Directiva), os autores assinalam que o *arm's lenght*, não encontra fundamento na dimensão das entidades integradas no MCCC. Mais precisamente, C.SPENGEL elucida que a própria racionalidade inserta ao modelo torna questionável encetar uma construção teórica susceptível de providenciar uma análise individualizada a cada transacção efectuada entre figuras do mesmo grupo. O autor observa que, se o objectivo redundava na criação de economias integradas (através da diminuição dos custos de transacção, aumento dos fluxos de informação e melhoria da eficiência de gestão), a coordenação das operações via mercado é abandonada, a favor de uma hierarquia intra-organizacional. O resultado irá culminar na observação que os ganhos do grupo serão maiores que os rendimentos agregados obtidos pelos seus elementos. Neste panorama, C.SPENGEL afirma que este “excesso”

enquanto, o campo do mero desígnio hipotético, que, na eventualidade da sua concretização jurídica, continua a ser parco na enunciação de um regime de tendência universal (ou seja, à dimensão que é disposta nos artigos 51º e 54-A do CIRC). Por

reditício, dificulta a determinação da fonte desses rendimentos, porquanto não é possível a sua associação a transacções específicas, em virtude do cálculo respectivo situar-se no dito plano do grupo. É, a partir desta metodologia, que C.SPENGLER conclui que o MCCC alicerça o sistema de alocação de rendimentos em função do *formula apportionment*, em detrimento do princípio da plena concorrência. É, do mesmo modo, deste raciocínio, que o autor retira que a divisão reditícia entre Estados Membros, preconizada pelo modelo, não busca uma imputação precisa dos montantes apurados nas correlativas fontes. Todavia, o pragmatismo da equação permite a ablação das potenciais situações de dupla tributação, ao eliminar os ajustamentos que as diversas jurisdições prescrevam na aplicação do princípio da plena concorrência, em função das eventuais divergências interpretativas observadas nas particulares operações efectuadas entre entidades do mesmo grupo, concorrendo, segundo C.SPENGLER, para um método para mais eficiente e neutral. A lógica fundamenta, ainda, de acordo com J. VAN DE STREEK (2011: 195) a eliminação da dupla tributação económica através de um regime de *participation exemption* na origem e destino da distribuição. Sobre a aludida *formula apportionment*, o correspondente cálculo contabiliza uma operação relativa, que totaliza a base tributável de cada empresa na proporção do seu peso no grupo. Essa relação far-se-ia através da observação dos seguintes factores pertencentes a cada uma das entidades: vendas; nº de empregados e respectivos salários; activos (veja-se, nesse sentido o artigo 86º, da proposta de directiva). Entre nós, C. DIAS SOARES e A.DUARTE ALMEIDA (2013: 58 a 64) realçam que a fórmula negligencia as circunstâncias concretas que podem influenciar os resultados obtidos por cada sociedade do grupo, como a «*variação do lucro das vendas consoante o risco das transacções, a maior ou menor relevância de mão-de-obra consoante os vários sectores de actuação dos grupos multinacionais ou a diferente de diversos activos de gerarem lucros, consoante, por exemplo, a zona geográfica são investidos*». Mais, as autoras assinalam que o predito método de alocação fomenta as disparidades entre economias mais/menos favorecidas no seio dos Estados Membros, porquanto se um dos referentes desenvolve-se em torno dos salários dispendidos com os trabalhadores, então os países onde as remunerações são mais elevadas tenderão a agregar um montante proporcionalmente superior dos rendimentos do grupo. C. DIAS SOARES e A.DUARTE ALMEIDA ainda indicam a falibilidade do género neutral associado à dita repartição. Permitindo a definição das taxas de tributação no plano nacional, bem como a possibilidade de atribuição de créditos fiscais na fase pós-repartição, e atendendo à mobilidade da mão-de-obra e dos activos pertencentes às empresas, as autoras identificam uma conjugação propícia ao planeamento fiscal dos agentes económicos, fomentada pela disponibilidade dos sobreditos instrumentos, que materializam verdadeiros os meios da competitividade fiscal internacional entre Estados Membros. Por outras palavras, e na conclusão de C. DIAS SOARES e A.DUARTE ALMEIDA, os eventuais ganhos de eficiência decorrentes da supressão do princípio da plena concorrência, poderão ser compensados por novas distorções originados a partir da aplicação da fórmula de repartição (as autoras não deixam de apontar mais ineficiências e virtudes do modelo, pelo que remetemos para o respectivo estudo). Finalmente, apenas uma menção ao reporte transfronteiriço de perdas igualmente previsto pelo MCCC. Da agremiação dos considerandos 6, 15 e 17, bem como dos artigos 43º, 48º, 53º e 57º, da proposta de directiva, é possível intuir uma revista tripartida relacionada com o mecanismo [seguimos a exposição de J. VAN DE STREEK (2011: 196 e 197)]: os prejuízos apurados em período anterior à entrada de uma entidade no grupo, só poderão ser deduzidos aos rendimentos atribuídos a essa empresa (que por sua vez são discernidos através da fórmula de repartição), sendo que o reporte apenas poderá aproveitar os períodos de tributação subsequentes ao respectivo apuramento, ficando sujeitos ao regime dispensado pela jurisdição de localização da sociedade; se os prejuízos forem determinados no seio do grupo, as ditas perdas poderão ser deduzidas aos rendimentos do grupo totalizados nos períodos de tributação posteriores (sem limite temporal); na eventualidade de uma empresa abandonar o grupo, nenhum prejuízo consolidado deverá acompanhar a entidade na sua saída.

outras palavras, não é nosso intento gizar uma alternativa jurídica que suprima um tipo de iniciativa que, neste ponto, terá de ser obrigatoriamente política²⁹¹.

Nem tão pouco uma conclusão do género, é incompatível com o propósito de equiparação de regimes entre filial e estabelecimento estável, que vimos a entabular. É imperativo compreender que o artigo 54-A, do CIRC, assume, precisamente, a alternativa diametralmente inversa à consolidação contabilística/fiscal instituída no anterior regime de tributação pelo lucro consolidado. Sendo certo que o alinhamento normativo do estabelecimento estável situado fora do território português, incide sobre os simples lucros e prejuízos apurados na sua esfera, sem apelo a qualquer definição que inclua os termos dividendos (ou lucro e reservas distribuídas) e prejuízos fiscais, o que aponta para uma inserção na matéria tributável da entidade portuguesa, à semelhança do regime consolidado, não é menos verdade que o artigo 54-A, do CIRC é peremptório no afastamento dessa concorrência com os restantes rendimentos ou prejuízos apurados directamente no seio da figura nacional. E mesmo advogando que o exercício da opção transcorrida na aludida norma materializa, justamente, a imputação dos lucros ou prejuízos do estabelecimento estável na base líquida da entidade portuguesa, julgamos evidente que a utilidade desta possibilidade vislumbra-se, tão-somente, ao nível do repatriamento dos prejuízos do dito estabelecimento. Dito de outro modo, o accionamento do mecanismo descrito no artigo 54-A, do CIRC, ocorrerá quando o estabelecimento estável tenha apurado (ou seja de perspectivar que apure, num espaço temporal correspondente a três anos) lucros, de modo a afastar a sua concorrência nos rendimentos tributáveis da entidade portuguesa.

²⁹¹ A natureza política da iniciativa é igualmente realçada por A. CARLOS DOS SANTOS (2014: 218). Para U. SCHREIBER (2008:113 e ss), a discricionariedade facultada aos Estados-Membros na definição da taxa de tributação do imposto sobre sociedades, é uma causa de distorção na pretendida harmonização preconizada pelo modelo. A asserção redundante na competitividade fiscal associada à possibilidade de eleição da taxa, e às naturais descompensações financeiras advenientes dessa discrepância no seio dos Estados Membros. O autor observa que o MCCC é, na sua essência, um sistema de tributação baseado no princípio da fonte. Com efeito, baseando-se a fórmula de repartição na aplicação de micro factores (vendas; nº de empregados e respectivos salários; activos), a aproximação à realidade individualizada das empresas, à semelhança da metodologia presente do princípio da plena concorrência e da contabilidade separada, continua presente. Contudo, ao contrário do método actual, sendo a divisão redividida alicerçada na relação dos ditos micro factores, verificando-se que a respectiva mobilidade é facilmente manipulável, o grupo experiencia um forte incentivo à deslocação desses elementos para países com taxas de tributação mais diminuídas. U. SCHREIBER denota que o sistema é pernicioso, porquanto não previne a transacção dos activos no seio do grupo, ao eximir a respectiva tributação a título de mais-valias. Ora, uma eventual afirmação política comum estaria condicionada, segundo o autor, a dirimir uma taxa de tributação uniforme entre os Estados Membros.

Assente a atenção nos prejuízos, e nessa perspectiva, o seu posterior (ao repatriamento) tratamento fiscal, em nada difere com o actual regime regra, e anterior regime único, previsto para os resultados contabilizados pelo estabelecimento estável. Uma direcção que observe uma matriz “consolidada” na relação entre o estabelecimento estável e a entidade-mãe terá, necessariamente, de declarar que a mesma orientação foi, desde sempre, a bissectriz fundadora da ponderação ínsita aos resultados do estabelecimento estável, na esfera da respectiva sociedade-mãe. Com efeito, o regime excepção introduzido não veio alterar a matriz previamente existente. Veio permitir, ao invés, que o repatriamento dos resultados do estabelecimento ocorram na sua vertente negativa, promovendo a ablação da relevância dos respectivos lucros²⁹². Entende-se o panorama, quando observado o princípio da entidade funcionalmente distinta inserto no artigo 54-A, que constitui o fundamento diferenciador entre as figuras, enquanto pilar da oportunidade de ablação da transmutabilidade imediata dos resultados do estabelecimento estável. Por outras palavras, o regime do artigo 54-A promove o afastamento, ao invés da aproximação, da conjugação tributária entre o estabelecimento e a entidade localizada em Portugal.

O reflexo dos correspondentes prejuízos, logo na fase de apuramento da matéria tributável da sociedade portuguesa, é o espelho da padronização do estabelecimento enquanto extensão da mencionada entidade nacional. Uma unidade jurídica, que só é desfeita pelo exame económico das relações instituídas internamente entre as duas realidades (e que sustenta a repartição reditícia entre as duas figuras, ou seja, o princípio da entidade funcionalmente distinta). Daí a necessidade de intuir uma figura jurídica, o dito domínio total, que permita a compreensão conjunta de entidades que não partilham um substrato comum. Também é daí adveniente a nossa percepção que a dependência e a direcção unitária derivam de um embrião jurídico. No caso da primeira, a dita natureza é entendível na própria figura do estabelecimento estável, enquanto mero alongamento da entidade nacional. Já na segunda, a sua ordem provém da atribuição da pertença da totalidade das participações sociais à sociedade portuguesa. É deste confronto que se entende a maior proximidade do estabelecimento estável e a sua entidade nacional, e que igualmente suporta a reprodução dos seus prejuízos imediatos nos rendimentos tributáveis da realidade portuguesa.

²⁹² Conforme esclarece J.CARLOS ABREU (2012:137), os prejuízos do estabelecimento estável são sempre reflectidos na empresa portuguesa, em face da integração contabilística das duas entidades, tanto mais confirmado pela inexistência de qualquer norma que impossibilite a dita contabilização no resultado líquido do exercício da sociedade nacional

Destarte, tal como anteriormente salientado, filial e estabelecimento estável são figuras muito semelhantes, mas onde a particularidade do primeiro pressupor uma simples ampliação da mesma actividade prosseguida pela entidade portuguesa noutra jurisdição, ao contrário da dominada, que poderá desenvolver outro tipo de dinâmicas empresariais, formula um traço unificador indelével, com naturais consequências ao nível do apuramento do lucro tributável da entidade nacional. É também, desta ilação, igualmente jurídica, que entendemos que dominante e dominada não formam uma unidade, quando cotejada a correspondente relação à luz da conexão estatuída entre estabelecimento estável e entidade principal. Na mesma senda, cuidamos que a consequência, neste âmbito, da conexão entre filial e entidade portuguesa, não introduz qualquer juízo dizente ao regime fiscal dos grupos de sociedades. É neste ponto que se distancia a nossa perspectiva de G.AVELÃS NUNES, porquanto o autor acha na integração jurídica (a totalidade das participações sociais) uma garantia da total união económica das entidades envolvidas. Mais propriamente, o domínio total seria o *quid* em falta, para que a consolidação da escrita da sociedade dominante (que, em suma, é exigível aquando, em alternativa, se verifique o controlo da maioria dos votos, da influência dominante exercida sobre a gestão da dominada, ou da possibilidade de nomear ou destituir maioria dos respectivos órgãos de administração e fiscalização²⁹³) fosse a referência do cálculo do lucro tributável. Uma unidade contabilística que, por força de um controlo total jurídico das participações sociais das dominadas, seria o suficiente para propor uma consolidação fiscal do mesmo nível.

Como demonstrado, essa união advém, antes, de uma conformação de base. O estabelecimento estável e a sociedade-mãe são a mesma unidade jurídica. A sua fisiológica conjugação contabilística e fiscal apenas não ocorre em face da opção legislativa de apartar a transferência dos respectivos resultados, fundada no princípio da entidade funcionalmente distinta. Sem prejuízo deste último sistema conformar uma metodologia económica de divisão redividida, a essencialidade da sua construção remonta a um fundamento, também ele jurídico, de repartição de rendimentos entre Estados, através da desconstrução da dita unidade, por via da criação de uma figura ficcionada. O exercício segue, todo ele, uma linha de juridicidade.

²⁹³ São requisitos presentes à época do escrito de G.AVELÃS NUNES, densificados no artigo 1º do Decreto-Lei 238/91, de 2 de Julho, e reiterados no artigo 6º do Decreto-Lei nº 158/2009 e Decreto-Lei nº 98/2015, de 2 de Junho.

Em suma, é, tão-somente, na acareação das duas figuras, que é interpretada a pertinência das similitudes entre os regimes insertos no artigo 51º e 54-A, do CIRC. Temos, para nós, que considerações acerca da consolidação fiscal são extravagantes ao dito objecto. Serve, deste modo, a precedente reflexão, como forma de desviar qualquer intuito favorável à repriminção do precedente regime de tributação pelo lucro consolidado.

Mas, tão pouco, o contemporâneo regime de tributação de grupos de sociedades serve de suporte ao enquadramento que vem sendo projectado.

Antes de mais, é mister esclarecer que a estrutura do nosso comentário não segue qualquer ensejo crítico direccionado às aludidas disposições normativas. A nossa proposta é mais simples, porquanto é centrada no alheamento dos elementos definidos no regime de tributação de grupos de sociedades, como método apropriado à delimitação da comparação entre o estabelecimento estável e a sociedade dominada.

Tanto assim é, que o instituto omite qualquer referência à eliminação da dupla tributação económica no seio do grupo fiscal. Uma resenha histórica justifica a afirmação. Com efeito, era disposto no artigo 70º, nº 2 do CIRC, na redacção anterior à entrada em vigor da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que o lucro tributável do grupo seria corrigido da parte dos eventuais lucros distribuídos entre as sociedades coligadas. Revogada a referida regra, com efeitos datados desde o período de tributação de 2011, o relatório (página 70) associado ao mencionado diploma (comumente designado de Orçamento de Estado de 2011) é categórico²⁹⁴: «A partir de agora, essa distribuição de lucros intra-grupo fica sujeita às regras gerais de eliminação da dupla tributação económica»²⁹⁵.

²⁹⁴ No mesmo sentido, J. ENGRÁCIA ANTUNES (2011: 12 e 13), escrevendo acerca do regime introduzido pela Lei nº 55-A/2010: «em termos práticos, tal significa que o fenómeno da múltipla tributação de lucros distribuídos no seio dos grupos sujeitos ao regime especial de tributação do art.69º do CIRC deixa de beneficiar de qualquer tratamento preferencial, passando a reger-se pelas regras gerais, adiante analisadas, em sede de dupla tributação económica»

²⁹⁵ Em rigor, os fundamentos ponderados na revogação do regime de dupla tributação económica prendem-se, de acordo com o mesmo documento, com razões que visam obviar «algumas práticas de planeamento fiscal que se consideram injustificáveis». M. RESPÍCIO GONÇALVES (2010:101 a 104) esclarece, em comentário ao relatório, que a dita ablação do artigo 70º, nº 2 do CIRC, redundaria na sujeição dos lucros distribuídos no interior das sociedades do grupo, ao crivo do conceito de tributação efectiva, plasmado (à época) artigo 51º, nº 10 do CIRC. A autora revelava a sua apreensão acerca dessa análise numa cadeia de participações, como é o caso da coligação de sociedades, *maxime*, se o requisito se deveria conferir por referência ao grupo, globalmente considerado, ou se o juízo deveria incidir sobre cada uma das sociedades distribuidoras, individualmente consideradas. M. RESPÍCIO GONÇALVES conclui que a melhor solução passaria pela observação objectiva do conceito, ou seja, bastaria que a

Neste ponto é imperativo reiterar as nossas anteriores conclusões concernentes ao regime do artigo 54-A do CIRC. A nova disposição visa, na sua essência, obstruir o repatriamento dos lucros do estabelecimento estável. Percebe-se, deste modo, a sua delimitação, nos termos do Anteprojecto, na temática de *participation exemption*. Ora o conjunto normativo dos grupos dispensa qualquer tratamento atinente ao exercício da dupla tributação. Outrossim, o antedito regime peca quando visto numa amplitude capaz de abranger a supressão fiscal dos rendimentos oriundos do estrangeiro.

Mas mesmo na eventualidade de se arguir que a disposição concernente à eliminação da dupla tributação económica (artigo 51º), deverá ser contextualizada no campo de aplicação do regime de tributação de grupos de sociedades, quando sejam essas realidades que estejam em apreço, o que possibilitaria a reunião da faculdade do grupo aceder a um regime de isenção dos lucros e reservas distribuídos e, simultaneamente, beneficiar da dedução, ao lucro tributável do grupo, dos prejuízos fiscais contabilizados por cada sociedade (artigos 70º, nº 1 e 71º, do CIRC), julgamos que a proposição não é colocada no prisma do regime de tributação dos grupos de sociedades.

Ora é, para nós, incontornável que, mesmo esta posição, conduz a análise para o campo da dupla tributação. Os seus reflexos serão sempre pensados numa dogmática diversa da tributação dos grupos de sociedades. Dito de outro modo, a pressagiada verberação apenas afirma a desadequação dos pressupostos insertos ao instituto do grupo fiscal, quando tomados como critérios apropriados para dirimir questões do foro da eliminação tributária dos rendimentos auferidos no estrangeiro por sociedades portuguesas. A solução será exterior aos ditos ditames. Sintomático dessa asserção, é a circunstância do actual artigo 51º, do CIRC, ser direccionado ao escrutínio tributário dos lucros e reservas percebidos por residentes (ou estabelecimentos estáveis localizados em território português – *ex vi* artigo 51-D, do CIRC), independentemente da sua origem nacional ou estrangeira, ao que acresce a diminuta exigibilidade na participação do capital social da sociedade distribuidora (5%, nos termos do artigo 51º, nº 1 alínea a), do CIRC) enquanto que os anteditos prejuízos fiscais restringem a sua aplicabilidade às entidades incluídas no grupo fiscal, que cingem o seu âmbito, justamente, a sociedades com sede e direcção efectiva em Portugal (artigo 69º, nº 3 alínea a), do CIRC), onde a dominante disponha de 75% do capital social das dominadas, desde que essa participação lhe confira mais de metade dos correspondentes direitos de voto. As

revista incidiria sobre os lucros distribuídos, ao invés das sociedades distribuidoras, apelando a uma interpretação literal do artigo 51º, nº 10 do CIRC.

dissonâncias são evidentes, porquanto perpassa que as soluções ditadas em sede de dupla tributação económica olvidam (pelo menos enquanto delimitação prioritária) a realidade do regime de tributação dos grupos de sociedades, sem prejuízo das repercussões tributárias indirectas que possam advir no seio das sociedades coligadas.

Mais ainda, o que é indagado não remonta, exclusivamente, aos singulares elementos que enformam o artigo 51º, do CIRC. O que se procura são linhas orientadoras relativas, ou seja, ao cotejo da dita norma, com o disposto no artigo 54-A, do CIRC. Nessa perspectiva, uma eventual solução decalcada da derradeira regra, mas delimitada à realidade das filiais de uma entidade portuguesa, conviveria bem com o regime fiscal dos grupos, mesmo que associado às prerrogativas ínsitas ao artigo 51º, do CIRC, em função da compatibilidade dos respectivos requisitos com os pressupostos presentes no artigo 69º, do CIRC. O que ressalta do confronto dos regimes sobre os quais vimos a dissertar (artigo 51º e 54-A, do CIRC) são pontos de conexão entre figuras (estabelecimento estável e filial) e tipos de rendimentos (dividendos/lucros e prejuízos fiscais/prejuízos), que justificam uma aproximação traduzível em potenciais disposições atentas à realidade inerente às filiais. Por outras palavras, não se propõe revogação do artigo 51º. Não vislumbramos uma substituição do regime por um conjunto normativo que seja o reflexo do artigo 54-A, mas aplicável ao universo de entidades exorbitante ao estabelecimento estável. Essas eventuais regras terão sempre de surgir numa conjectura complementar ao artigo 51º.

Dito de outro modo, o putativo regime saído do raciocínio explanado, deverá contemplar requisitos subjectivos que estipulem uma relação de domínio total entre a sociedade portuguesa e a filial, bem como a possibilidade de reporte dos prejuízos fiscais apurados no seio da entidade estrangeira, por referência à equiparação do regime exposto no artigo 54-A, previsto para os estabelecimentos estáveis, mas aplicáveis à filial da sociedade portuguesa.

3. As “coordenadas” do TJUE no âmbito do reporte transfronteiriço de prejuízos

3.1 A natureza “final”, enquanto acepção apta e necessária à transmissão dos prejuízos: a matriz inciada no Acórdão *Marks & Spencer*

Densificada a nova figura no seio do confronto dos regimes dos artigos 51º e 54-A, do CIRC, sobrevinda das semelhanças evidenciadas da observação às propriedades inatas do estabelecimento estável, qual seja a sociedade dominada totalmente pela entidade portuguesa, num modelo baseado em pressupostos exteriores ao regime especial de tributação dos grupos de sociedades, tomando, ao invés, a sua referência pelo aludido âmbito da dupla tributação económica, cumpre escarpelizar o derradeiro elemento que compõe o confronto de regimes e figuras que vêm sendo examinados.

É premente um olhar sobre os contributos e as condicionantes derivadas da jurisprudência do TJUE. No seguimento das ilações de B.SILVA (2011: 1 e 2), é possível inferir que o percurso das decisões do Tribunal, no âmbito da transferência de prejuízos intersocietários, segue um fio condutor associado, numa primeira linha de análise, à aferição dos regimes de tributação de grupos de sociedades, mormente pela impossibilidade do dito reporte visar somente os prejuízos originados no seio das sociedades de direito local, apartando, desse benefício, os resultados fiscais negativos derivados da actividade de filiais estrangeiras, e, num segundo momento, pela revista desse alinhamento, com um possível conflito com a liberdade de estabelecimento descrita na norma do artigo 49º TFUE²⁹⁶.

²⁹⁶ W. SCHON (2001: 339 e ss) traça o quadro genérico do princípio da liberdade de estabelecimento, quando observado na vertente da tributação das actividades económicas transfronteiriças. À parte do alinhamento transversal, firmado na primeira parte do primeiro parágrafo do artigo 49º do TFUE, que afirma o tratamento igualitário entre os nacionais dos vários Estados Membros, a especificação conferida na segunda parte do mesmo parágrafo, estatui a equiparação (no plano fiscal) que deve ser conferida entre as filiais e as restantes formas de estabelecimento empresarial no espaço da União (o denominado «*secondary freedom of establishment*»). Sempre na esteira do autor, a figura da filial surge enquanto demarcação paradigmática, em função da sua conexão directa ao escopo da liberdade de estabelecimento dirimido no segundo parágrafo do artigo 49º do TFUE. Densificando, o preceito versa sobre a possibilidade de constituição e gestão de sociedades sobre a égide da delimitação gizada no artigo 54º do TFUE. No contexto desta regra, que prescreve a inclusão do âmbito de aplicação do Tratado a pessoas colectivas de direito público ou privado, constituídas em conformidade com a legislação de um Estado Membro, desde que prossigam fins lucrativos, W. SCHON assinala que o conceito de filial implica que a

entidade participante no mercado interno dispõe de uma influência significativa na gestão e nas decisões da subsidiária, de um modo que ultrapassa o mero investimento no capital da dominada, quando visionado o padrão indefinido transposto no artigo 63º do TFUE (o autor apela a um limiar mínimo de controlo do capital nominal de 25%). W.SCHON compreende a liberdade de estabelecimento, no circuito das liberdades enunciadas pelo Tratado, ou seja, no paradigma da abolição de todos os entraves à livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capitais (artigo 26º do TFUE), como forma de promoção do mercado interno, na aceção de uma eficiente repartição de recursos por via da livre concorrência dos seus agentes (artigo 120º do TFUE). Nesse sentido, o autor nota que a *branch* seria a forma mais simples de expansão de uma empresa, em face dos pressupostos mais simples associados à sua constituição: desnecessidade de atender às formalidades exigidas pela lei comercial para a constituição societária de figuras com personalidade jurídica própria; possibilidade de utilização das formas jurídicas que são familiares nos países de origem da sociedade-mãe; associação do *goodwill* conexo à entidade-mãe, à actividade do estabelecimento estável. Por outro lado, a criação de uma filial alinha dificuldades na formação de procedimentos e requisitos na gestão de uma figura autónoma. Contudo, W.SCHON não deixa de salientar que a subsidiária oferece uma estrutura organizacional legalmente separada, com a inerente limitação ao nível da responsabilização adveniente da sua actividade. O autor observa que o enfoque essencial da liberdade de estabelecimento, censura qualquer discriminação ou restrição decorrente da revista à natureza dependente ou independente das formas de estabelecimento. Ora, o centro do preceito preconiza, deste modo, uma ponderação igualitária entre as filiais e os estabelecimentos estáveis, reprovando qualquer iniciativa de um Estado Membro que comine uma especial proibição ou encargo sobre o não residente, quando cotejado no conjunto das actividades desenvolvidas na jurisdição em causa por entidades residentes. Sendo a filial uma realidade de direito local e, portanto, um nacional/residente, W.SCHON conclui que a eventual discriminação é avaliada em função da forma legal adoptada, quando confrontada com a realidade não nacional/não residente dos estabelecimentos estáveis. Todavia, o autor não deixa de salientar que o cotejo entre empresas residentes e não residentes funda o que W.SCHON denomina de “sujeito” da indagação da liberdade de estabelecimento, enquanto a comparação entre filial e estabelecimento estável corporiza o juízo sobre o “objecto” do dito princípio. O autor identifica o estabelecimento estável como uma forma “secundária” de implantação, dissonante em relação à filial pelo seu nível de integração mais reduzido no país da respectiva localização. É um enquadramento igualmente salientado por J.L.SALDANHA SANCHES (2006:431 e ss). O conceito fiscal de estabelecimento estável surge enquanto desiderato dirigido à tributação de negócios realizados num determinado país de modo permanente, sem uma correspondente conexão mediante a constituição de uma sociedade comercial. De acordo com o autor, a noção simboliza a concretização «do princípio da prevalência do *substracto material* – substância – em relação à forma jurídica». Ainda na senda de J.L.SALDANHA SANCHES, à dita equiparação, subjaz a perspectiva de tributação da substância económica das operações, assumindo-se uma metodologia que permite aos países onde uma sociedade não residente desenvolve uma actividade, através de uma conexão suficiente que justifique a criação de estruturas, ou por meio de uma representação permanente, por via das quais seja desenvolvida a dita actividade, participar na divisão de receitas dessa actividade, desenvolvida em dois Estados distintos. Neste propósito, J.L.SALDANHA SANCHES adverte que o mercado interno não seria compatível com uma dissociação entre residente e não residentes, sem que tal se justifique apenas perante uma cuidadosa análise, dirimida em função de determinados padrões anti-abusivos. Daí que o autor sinaliza que o princípio da não discriminação e o princípio da liberdade de estabelecimento estão intimamente ligados: «*não haverá violação do princípio da não discriminação extraído da liberdade de circulação de capitais ou da liberdade de estabelecimento se a norma anti-abuso não constituir uma restrição a uma das liberdades comunitárias, corresponder a um interesse legítimo e não ofender o princípio da proporcionalidade*». Nesta ordem de ideias, e como prelúdio da subsequente revista à jurisprudência do TJUE, é mister frisar a necessária demarcação que a jurisprudência do Tribunal dispensa à liberdade de estabelecimento, no que concerne ao reporte transfronteiriço de prejuízos. Utilizando a dicotomia encetada por W.SCHON, o Tribunal não procede a uma ponderação alicerçada no sobredito “objecto” do princípio. A análise não recai sobre a indagação acerca de um putativo tratamento igualitário entre estabelecimento estável e filial, (ou, na menção de Y.BRAUNER, A.PAULA

Desde já, é incontornável, em função do sobredito padrão, duas menções estruturantes dos nossos seguintes comentários: a primeira, que as decisões do TJUE não são ditadas em função da observação de regimes permissivos de reporte de prejuízos entre Estados Membros. Pelo contrário, o juízo do Tribunal incide sobre os contornos das proibições normativas que se possam delinear acerca do tratamento de resultados negativos apurados no estrangeiro; a segunda, que a apreciação é orientada dentro do perímetro das considerações fiscais dispensadas aos grupos societários. Dos dois antecedentes, é possível extrair duas conclusões: as decisões do TJUE não constituem óbice a preceitos direccionados à possibilidade de reporte dos ditos prejuízos²⁹⁷; tal como, não deixa de se intuir, que as considerações do Tribunal desenvolvem-se de modo conexo à composição dos elementos da tributação dos grupos de sociedades. Logo se avista que as soluções do TJUE, na alternativa gizada pelo nosso estudo, terão de conformar uma adaptação, tanto do prisma da interdição de um putativo modelo fiscal permissivo, visto que a abordagem das questões apresentadas ao Tribunal é, justamente, a inversa, como do ponto de vista da aproximação traçada em torno da realidade dos grupos de sociedades. Destarte, a nossa indagação será determinada numa óptica que busca coordenadas a aplicar ao antedito regime complementar ao artigo 51º, do CIRC, ao invés dos eventuais dados que compatibilizem a opção em cotejo com a jurisprudência do TJUE. Julgamos que, à partida, o nosso posicionamento, enquanto axioma de base, não comporta problemas com o posicionamento do Tribunal.

Concretizando, é inevitável olhar para o marco de referência neste âmbito, mormente o Acórdão C-446/03, comumente designado de *Marks & Spencer*. Sumariando os termos do litígio, a renunciada empresa, constituída e registada em Inglaterra e no País de Gales, solicitou, nos termos do regime especial de dedução dos prejuízos no âmbito

DOURADO e E. TRAVERSA (2015:306), o crucial da decisão *Marks & Spencer* redunda no enquadramento do princípio da não discriminação no plano da nacionalidade que, no prisma da tributação directa, significa o cotejo entre a delimitação da situação dos residentes e não residentes). Neste prisma, o TJUE procede, inclusivamente, às mesmas conclusões sobre o cerceamento da possibilidade da transferência dos prejuízos entre diferentes jurisdições, independentemente da origem dessas perdas advir de um estabelecimento estável ou de uma filial. Verdadeiramente, nesta temática, o Tribunal não syndica a sua abordagem num exame relativo entre essas duas figuras, mas antes numa aproximação absoluta em torno dos conceitos de estabelecimento estável e filial. Dito de outro modo, a questão relevante gira em torno da posição mais benigna conferida aos estabelecimentos estáveis e às filiais situados na mesma jurisdição da sociedade-mãe.

²⁹⁷ Mas, tão pouco, conforme esclarecido por R.KOK (2010:671), a liberdade de estabelecimento obriga à introdução de regimes que possibilitem a transferência de prejuízos fiscais entre Estados Membros.

dos grupos de sociedades²⁹⁸, uma dedução fiscal dos prejuízos sofridos pelas suas filiais estabelecidas na Bélgica, na Alemanha e em França. No seguimento, a questão prejudicial submetida ao TJUE consistia em averiguar se, nos termos dos artigos 43º e 48º do TCE (actuais artigos 49º e 54º, do TFUE), seria censurável que a legislação de um Estado Membro fosse impeditiva da dedução, no lucro tributável da sociedade-mãe residente, dos prejuízos apurados na esfera das filiais estabelecidas noutra Estado Membro, quando verificada essa admissibilidade perante os prejuízos registados nas filiais residentes.

Após concordar com o facto do sistema normativo britânico corporizar, neste domínio, uma restrição à liberdade de estabelecimento²⁹⁹, porquanto seria dissuasivo no sentido da criação de filiais no estrangeiro³⁰⁰, o TJUE questiona se a limitação seria justificável com base elementos objectivos idóneos (§38). Tomando como adequada a medida, na perspectiva da prossecução de objectivos combinados com o Tratado, sendo, simultaneamente, apta à realização desses intuitos, quando associada aos três fundamentos esgrimidos pelo Reino Unido, leiam-se, a repartição equilibrada do poder

²⁹⁸ Fundamentado a partir do disposto na Section 6 do anexo 17 A, do Income and Corporation Act de 1988. Em síntese, caso a Marks & Spencer tivesse provido à fixação de uma subsidiária doméstica, ou de estabelecimentos estáveis na Bélgica, Alemanha e França, o antedito benefício ser-lhe-ia aplicável, porquanto tanto os rendimentos como os prejuízos cairiam no escopo da lei fiscal do Reino Unido.

²⁹⁹ J.L.SALDANHA SANCHES (2006:347 a 352) verifica que os termos gizados na decisão *Marks & Spencer*, fundam os seus arrimos numa concepção específica da liberdade de estabelecimento. O princípio da dedutibilidade dos custos, enquanto matriz necessária à obtenção do rendimento líquido (lucro tributável), não pode ser cerceada pela sua origem nacional ou transfronteiriça. O autor afirma que a ideia da dedução de perdas oriundas do exterior, entronca na referência mais profunda de uma constituição económica europeia, apologista do reconhecimento do direito à escolha do local de exercício das actividades económicas, enquanto metodologia essencial à realização do mercado interno pelo cumprimento das liberdades económicas, cuja coibição seria justificável apenas por via do Direito de origem Comunitária, inutilizando os ditames nacionais sustentados na ponderação das normas anti-abusivas de natureza transfronteiriça. Não sendo esta a aproximação encetada pelo Tribunal, J.L.SALDANHA SANCHES denota que «a concretização das condições necessárias ao funcionamento dos grupos de sociedades europeus é uma condição-base para a criação do mercado interno». Segundo o autor, a tributação pelo lucro consolidado, ou por outro sistema semelhante, pensado a nível europeu, seria o enquadramento privilegiado para obviar às situações de dupla tributação, arreando as eventuais divergências de tratamento entre «as perdas sofridas de lado de cá da fronteira e as perdas sofridas de lado de lá dessa mesma fronteira».

³⁰⁰ A razão repousaria na circunstância do regime acelerar o «apuramento dos prejuízos das sociedades deficitárias através da sua imputação imediata nos lucros de outras sociedades do grupo», conforme ditado no § 32 do Acórdão, possibilidade que não seria reflectida no caso da origem dos prejuízos provir da actividade de filiais estrangeiras. Ora, sendo certo que a liberdade de estabelecimento é, primordialmente, direccionada a assegurar um tratamento paritário, no país de estabelecimento, a nacionais de outro Estado Membro, não seria menos verdade que as correspondentes disposições seriam sindicáveis no caso de restrições levantadas pelo Estado de origem, aos seus nacionais radicados noutra Estado Membro (§31). No mesmo sentido § 19, do Acórdão *Lidl Belgium* (C-414/06).

tributário entre os Estados Membros, perigo de dupla utilização dos prejuízos, e risco de evasão fiscal, se os ditos prejuízos não fossem considerados no país da localização da filial (§43), essa reflexão seria contrária a um conceito de necessidade (§53). O Tribunal considerou que, independentemente da decomposição singular de cada um dos motivos encontrar um espaço de oportunidade defensável no quadro das restrições à liberdade de estabelecimento³⁰¹, a indispensabilidade da proibição controvertida seria

³⁰¹ J.F. PINTO NOGUEIRA (2010: 205 e ss) identifica uma comunhão na matriz de sindicância encetada pelo Tribunal, na dimensão da compatibilização das normas domésticas dos Estados Membros com o mercado interno, em termos que foram replicados na decisão *Marks & Spencer*. Sumariando os ditames do autor (e remetendo para a extensa jurisprudência respectivamente citada, bem como para a cronologia dos vários entendimentos que foram sendo perscrutados pelo TJUE), a revista pondera uma segmentação tripartida: no primeiro momento, o TJUE funda o juízo na identificação da liberdade fundamental em causa. Sobre esta delimitação, e no contexto da liberdade de estabelecimento, mencionamos o sumário ditado pelo autor: «*Nos termos da liberdade de estabelecimento não podem ser criados obstáculos nem pelo Estado de acolhimento, tornando mais difícil o estabelecimento de não residentes, nem pelo Estado de origem, dificultando o estabelecimento dos seus residentes noutro Estado Membro*»; num segundo estágio, J.F. PINTO NOGUEIRA individualiza a ingerência dos efeitos da regra nacional na esfera de protecção conferida pela liberdade fundamental. Neste ponto, o autor elucida que o Tribunal profere a sua avaliação escorado em dois “operadores” (conforme terminologia designada pelo autor): o primeiro, conexo ao princípio da não discriminação (visível na redacção do artigo 18º, do TFUE), que, nas palavras do autor: «*Trata-se de um operador relacional. Leva a cabo uma comparação entre dois grupos ou situações substancialmente idênticas excepto em relação a um factor (critério de distinção). A questão será a de saber, dentro do quadro valorativo do ordenamento em causa, se o critério pode ser legitimamente utilizado para introduzir um tratamento diferenciado*». O segundo operador, apelidado por J.F. PINTO NOGUEIRA de “não restrição”, na pureza da sua enunciação, bastar-se-ia com a sinalização de qualquer «*desvantagem sofrida pelo sujeito envolvido numa actividade económica transnacional (“cross border activity”)*». Todavia, o autor esclarece que a evolução do conceito tendeu para uma consolidação em torno da verificação de quatro pressupostos: «*inexistência de uma discriminação, existência de uma justificação nos termos da “rule of reason”, a adequação da norma e a sua não excessividade em relação aos fins visados*». J.F. PINTO NOGUEIRA não deixa de notar que esta estrutura (que o autor sintetiza no seguimento das conclusões enunciadas pelo Acórdão *Gebhard*, C-55/94), não pesa a noção de restrição em si mesma, mas antes as justificações para as eventuais limitações da correspondente liberdade fundamental, que, enquanto momento de análise, se posiciona numa fase diferente da reflexão do Tribunal. Contudo, e sempre de acordo com as considerações de J.F. PINTO NOGUEIRA, esta bipartição entre não discriminação e restrição reveste, na sua essencialidade, um interesse meramente científico, bastando a constatação de uma ingerência numa liberdade fundamental, independentemente da forma concreta assumida (sintomático dessa circunstância seriam as vezes, mais recentes de acordo com o autor, da própria omissão, por parte do TJUE, do operador específico que teria motivado o exame de incompatibilidade, servindo, somente, a aferição sobre a existência da violação de um ditame do mercado interno); a terceira etapa redundaria na averiguação acerca da eventual justificação para a dita ingerência. A sua derivação resultaria, conforme J.F. PINTO NOGUEIRA, da observação à natureza das liberdades, que não conferem «*espaços de protecção absoluta*». Na prática, esta asserção define que um putativo cerceamento (leia-se, discriminação ou restrição) não seria suficiente para conformar a inadmissibilidade da norma doméstica. Neste plano, é mister destacar as “razões imperativas de interesse geral”. O autor parametriza a noção através de uma referência “abstracta”, obedecendo a uma ponderação centrada na «*dimensão do peso*», que compara as circunstâncias contidas nas liberdades fundamentais, com as eventuais vantagens advenientes da norma restritiva em causa. Se os “fins estatais” forem, abstractamente, superiores, o Tribunal aceita a procedência da causa de justificação. Ora dentro

questionável quando observadas as opções menos limitativas que poderiam ser empregues ao caso em apreço³⁰². A esse respeito, o TJUE, a compasso dos argumentos

destas finalidades, J.F.PINTO NOGUEIRA assinala a denominada “coerência do sistema fiscal”. A menção do autor focaliza o Acórdão *Krankenheim Ruhesitz* (C-157/07). Como o aresto será subsequentemente comentado, adiantamos apenas a associação do pressuposto à «*correlação directa entre um benefício e uma desvantagem fiscal (...) relativamente ao mesmo sujeito e ao mesmo imposto*». Fale-se ainda, e já por delimitação transcrita no *Marks & Spencer*, na luta contra a evasão fiscal. Segundo J.F.PINTO NOGUEIRA, o TJUE identifica a pertinência das regras tendentes ao combate aos expedientes artificiais «*que visem a utilização das liberdades fundamentais como forma de defraudar a aplicação das norma tributárias internas*» (no caso *Marks & Spencer*, designadamente o § 49, reconhece que a possibilidade de transmissibilidade de prejuízos entre sociedades do mesmo grupo, comporta, simultaneamente, a susceptibilidade de manipulação das ditas perdas, através da respectiva associação a sociedades estabelecidas em Estados Membros em que as taxas sejam mais elevadas, onde o «*valor fiscal dos prejuízos é mais significativo*»). Uma outra finalidade dirimida pelo Tribunal resulta da repartição equilibrada do poder tributário. Pensada num prisma conexo à soberania fiscal, secundado pela necessidade de tributação das actividades económicas nos Estados Membros de localização das sociedades, os § 45 e 46 da decisão *Marks & Spencer* descortinam um potencial desnivelamento das prerrogativas tributárias, quando ponderada a circunstância de uma jurisdição, que não esteja relacionada com o contexto de apuramento dos prejuízos (porquanto a actividade económica não foi desenvolvida no seu território), seja obrigada a considerar as ditas perdas no âmbito da lucro tributável da sociedade residente.

³⁰² Y.BRAUNER, A.PAULA DOURADO e E. TRAVERSA (2015:308 e 309) advertem que a aplicação do princípio da não discriminação significa, no entendimento encetado pelo Acórdão *Marks & Spencer*, ultrapassar o princípio da territorialidade aplicado ao juízo sobre a base tributável, num alinhamento já intuído na decisão *Futura* (C-250/95). Sumariando os respectivos termos, o dito juízo jurisprudencial fazia depender a dedução, na sociedade principal estabelecida em França (*Futura*), relativamente a prejuízos apurados pela sucursal localizada no Luxemburgo (*Singer*), de um nexos económico entre essas perdas e os rendimentos contabilizados no Luxemburgo, ou seja, da integração territorial do cálculo da matéria colectável. Nesta base, os autores assumem um princípio: se um Estado Membro não pode tributar ganhos que não sejam oriundos do seu território, então também não deverá permitir a dedução dos eventuais gastos ou dos prejuízos associados à percepção desse rendimento (no que Y.BRAUNER, A.PAULA DOURADO e E. TRAVERSA denominam de unidade da base tributável. Seria, segundo os autores, a mesma lógica que estaria ínsita ao imperativo de tributação dos rendimentos dos não residentes na fonte). Pela mesma ordem de ideias, a dedutibilidade dos prejuízos apurados no estrangeiro implicaria uma separação, que seria simultaneamente, uma transferência da base tributável da jurisdição da fonte para o país da residência, bem como a desconsideração da matriz internacional tributária assente na soberania de cada Estado. Y.BRAUNER, A.PAULA DOURADO e E. TRAVERSA intuem a tenção entre a liberdade de estabelecimento preconizada pelo Tribunal, nos termos da sua compatibilização com o princípio anterior da territorialidade, percebendo um confronto pernicioso e inconciliável (aliás, os próprios autores reconhecem que o primeiro alinhamento, não contempla qualquer reflexão sobre os meandros da realização do mercado interno). Neste ponto, devemos elucidar que, conforme sobredito, os elementos pugnados na jurisprudência do TJUE servem, no nosso estudo, enquanto coordenadas tendentes a descortinar as melhores soluções. Não podemos olvidar que a nossa proposta centra o seu enfoque na equiparação do dividendo aos prejuízos fiscais. Sobre a primeira, julgamos que poucas dúvidas existem sobre a respectiva demarcação do lucro tributável que a origina. Ora, já tivemos oportunidade de relacionar as duas figuras, através de uma análise que corporiza os prejuízos fiscais como a vertente negativa do dividendo. Nessa perspectiva, se associadas as ditas perdas a uma obrigatoriedade deliberativa, na mesma medida das condicionantes dos dividendos, julgamos possível uniformizar as ponderações dos dois conceitos. Mas sobre a liberdade de estabelecimento, P.FARMER e A.LAST (2011: 95 e ss) aferem a decisão *Marks & Spencer* em torno da pretensão da dita empresa em beneficiar do regime especial dos prejuízos no âmbito dos grupos de sociedades, estipulados na Section 402 e 403 da

da Comissão e da Marks & Spencer, pesou que a restrição em análise ultrapassaria o que seria necessário para garantir a prossecução conjunta dos objectivos aduzidos pelo Reino Unido, quando a filial não residente tiver esgotado as possibilidades de dedução dos prejuízos no seu Estado de residência, no período de tributação relativo ao pedido de dedução, ou para os exercícios anteriores ou posteriores (§55).

As conclusões são paradigmáticas, pelo que frisamos a sua acrescida utilidade no contexto do regime complementar que vimos a desenvolver (§56 a §59): a liberdade de estabelecimento não obsta à legislação de um Estado Membro que impeça, de um modo geral, a dedução, ao lucro tributável da sociedade residente, dos prejuízos apurados nas filiais estrangeiras, situadas noutra Estado Membro, mesmo que essa circunstância seja permitida se os prejuízos advierem de filiais estabelecidas no mesmo Estado Membro.

ICTA (que permitia a cedência dos prejuízos de exploração entre sociedades do mesmo grupo, e sua respectiva dedução, desde que, em consonância com a Section 6 do anexo 17 A da ICTA, as entidades em causa estivessem estabelecidas no Reino Unido ou, em conformidade com a Section 403 da ICTA, os ditos prejuízos fossem deduzidos ao lucro tributável de uma sucursal ou de uma sociedade estabelecida no Reino Unido, independentemente da existência de elementos do grupo localizados fora do Reino Unido). Os autores segmentam a problemática essencial do Acórdão em torno de duas questões: a recusa da concessão do benefício do *group relief* aos prejuízos apurados numa subsidiária não residente no Reino Unido, materializaria uma violação do princípio da liberdade de estabelecimento insito no artigo 49º do TFUE? Em caso de resposta positiva, seria essa privação justificada? P.FARMER e A.LAST recuperam os marcos indicados pelo Advogado-Geral Poiares Maduro, assinalando que, ao dito princípio, seria incontornável associar o latente conflito entre as prerrogativas conferidas aos Estados Membros, no que concerne à tributação dos rendimentos originados nos respectivos territórios, e a liberdade conferida aos nacionais da Comunidade em estabelecerem-se em qualquer Estado Membro. À circunstância, acresceria a escassez legislativa da União, por referência à tributação directa, situação que somar-se-ia à necessidade de encontro de um equilíbrio na alocação de competências de tributação. É deste balanceamento que P.FARMER e A.LAST concluem que a restrição territorial ao reporte de prejuízos seria justificada, em obediência às três matrizes sindicadas na decisão (nivelamento das competência, designadamente a simetria entre a tributação dos ganhos e dos prejuízos; prevenção da dupla utilização das perdas fiscais; risco de evasão fiscal «*meaning in this context, jurisdiction shopping*»). Ora, a mencionada privação seria desproporcionada quando visionada a impossibilidade de reporte dos prejuízos, em períodos futuros ou passados, no Estado de residência da subsidiária (o “*no possibility test*”). Os autores retêm que o Acórdão centra o enfoque no balanceamento entre tributação e deduções de situações transfronteiriças, postulando que a impossibilidade da duplicação do uso de prejuízos significaria a inexistência de factores susceptíveis de desequilibrar as competências de tributação dos Estados Membros, coarctando a margem de manipulação dos sujeitos visados. Precisamente, os autores dimensionam o enunciado subjacente à transmissão interestadual de prejuízos. A territorialidade surge como emanção associada, neste contexto, às duas vertentes da liberdade de estabelecimento: sendo certo que finalisticamente orientada à coibição abusiva, não deixa de cumprir um intuito de agregação dos rendimentos à correlativa origem; acrescido da possibilidade de transmissão subsidiária (ou seja, após esgotamento dessa oportunidade no Estado de localização da filial) à sociedade-mãe (naturalmente relacionada com as correspondentes subsidiária) das respectivas perdas. Por outras palavras, o reporte transfronteiriço surge, tão-somente, como etapa subsequente à observação da reunião, no Estado onde seja desenvolvida a actividade económica, dos lucros e prejuízos correspondentemente associados (tanto mais que em nada interfere com o apuramento do correlativo lucro tributável).

Todavia, a violação do dito princípio ocorreria quando a sociedade-mãe fosse impossibilitada de deduzir os mesmos prejuízos, na eventualidade de exaurida essa faculdade no seio da filial estrangeira, desde que devidamente demonstrada essa situação às autoridades fiscais da entidade residente³⁰³.

3.2 Subsequentes desenvolvimentos jurisprudenciais: os Acórdãos *OY AA*, *Lidl Belgium*, *Krankenheim Ruhesitz* e *X-Holding*

A matriz iniciada no Acórdão *Marks & Spencer*, foi predecessora dos ulteriores desenvolvimentos jurisprudenciais sobre a transferência de prejuízos entre empresas constituídas em diferentes Estados Membros. O roteiro do Tribunal prolongou a toada na decisão *OY AA* (C-231/05). Os factos contemplavam uma transferência financeira da sociedade *OY AA*, sediada na Finlândia, a favor da *AA Ldt*, sociedade britânica, mas que era, igualmente, uma empresa deficitária, sendo as duas integrantes da mesma coligação de sociedades (ou melhor, a *OY AA* era uma filial da *AA Ldt*). Ora, este tipo de compensações, nos termos do regime de tributação dos grupos de sociedades finlandês, materializaria uma despesa dedutível no seio da entidade pagadora, desde que a sociedade beneficiária fosse, também ela, uma entidade residente. O Tribunal concordou, seguindo o alinhamento da decisão *Marks & Spencer*, com o fundamento na restrição à liberdade de estabelecimento (§30 e §31), alicerçado no tratamento diferenciado promovido, fundamentado na circunstância da sociedade-mãe encontrar-se sediada noutro Estado Membro (além da Finlândia). Mais, seriam justificadas, e adequadas, as limitações ao mencionado princípio, por razões imperiosas de interesse geral (§44), «*relativos à necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder tributário entre os Estados-Membros e à de evitar a evasão fiscal, considerados conjuntamente*» (§60). Contudo, o aspecto basilar da afirmação dos conteúdos pugnados no Acórdão *Marks & Spencer*, derivam da confirmação da necessidade da medida ínsita à legislação contestada. Com efeito, o Tribunal observou que uma extensão do benefício em causa a situações transfronteiriças, redundaria na potencialidade de escolha, atribuída ao grupo, do Estado Membro no qual os seus

³⁰³ M.LANG (2014:530) esclarece que o princípio de proporcionalidade, tomado enquanto instrumento excepcional, no modelo gizado pelo TJUE, corporizaria a intenção do Tribunal em assegurar que não houvesse uma dupla dedução de prejuízos, o que significaria a autorização, ao país de residência, de obstar à dita possibilidade, desde que o Estado da subsidiária surgisse como substituto a essa eventualidade.

lucros seriam tributados, porquanto, o que estaria em apreço, seria uma transferência de rendimentos sancionada no Estado da respectiva origem. A relação com a decisão *Marks & Spencer* é dirimida pelas conclusões da Advogada-Geral Julianne Kokott (§70 e §71), quando atenta a excepcionalidade inserta à situação, que seria materializada na circunstância da sociedade não residente ter esgotado a possibilidade de dedução dos prejuízos na sua esfera. Por outras palavras, as perdas da sociedade britânica, que seriam compensadas pela transferência da empresa OY AA, não eram finais, o que explicaria a divergência de sentido dos dois arestos³⁰⁴.

O Acórdão *Lidl Belgium* (C-414/06), reafirmou a orientação, mas enquadrada na impossibilidade de dedução dos prejuízos apurados por um estabelecimento estável, localizado noutro Estado Membro, no rendimento tributável de uma sociedade residente, quando essa circunstância fosse prevista para os estabelecimentos estáveis erigidos na mesma jurisdição. O cerne do diferendo balizava o referido impedimento, arguido pelas autoridades fiscais alemãs, na circunstância da Convenção relativa à prevenção da dupla tributação, celebrada pela Alemanha (país de residência da Lidl Belgium) e o Luxemburgo (Estado de localização do estabelecimento estável) isentar a tributação dos rendimentos provenientes dos estabelecimentos estáveis³⁰⁵, mas onde não pontificava qualquer disposição relativamente à transferência dos eventuais prejuízos decorrentes da actividade prosseguida pelas aludidas realidades. É de decisiva importância sublinhar que o TJUE³⁰⁶ equipara o estabelecimento estável a uma entidade autónoma, tomando a mesma base estribada no MCOCDE, *maxime* nos seus artigos 5º e 7º, como meio de sustentar a repartição tributária entre os diferentes Estados envolvidos. Precisamente os exactos preceitos precedentemente comentados no nosso estudo, e que fundam a mesma ideia concebida pelo Tribunal, qual seja, a divisão reditícia resolvida pela diferenciação entre estabelecimento estável e respectiva entidade-mãe. De igual natureza é o sentido da decisão do Tribunal, que toma o dito estabelecimento estável, enquanto noção nivelada de forma idêntica a uma filial, ou seja, como uma figura autónoma. Ainda de salientar que a percepção do TJUE é definida nos termos delimitados para a dupla tributação (ou, antes, para a dupla não tributação de prejuízos), numa abordagem alicerçada na opção de reporte dos prejuízos contabilizados pelo estabelecimento estável, no rendimento tributável da sociedade

³⁰⁴ Cfr. R.PALMA BORGES (2009:291 a 294).

³⁰⁵ Designadamente o artigo 20º, nº 2, descrito na Convenção.

³⁰⁶ Cfr. § 22.

principal. A referência, ao nível da regra do CIRC correspondente é, portanto, a norma dirimida no artigo 54-A.

Sobre a decisão do Acórdão, o parâmetro evidencia a mesma estrutura do *Marks & Spencer*. Após destacar a restrição à liberdade de estabelecimento, alicerçada no tratamento diferenciado entre os estabelecimentos estáveis fixados na Alemanha, dos seus congéneres situados noutra Estado Membro (§23 e §24), bem como a justificação dessa medida por razões imperiosas de interesse geral (§27)³⁰⁷, nomeadamente a sua adequabilidade na preservação da repartição do poder tributário (§33 e §34), e pela indispensabilidade de prevenção do risco de dupla dedução de prejuízos (§36)³⁰⁸, o Tribunal considerou, na sucessão dos anteriores arestos, que, perante a possibilidade dessa mesma dedução ocorrer no Luxemburgo (a legislação do país previa a invocação de prejuízos apurados pelo estabelecimento estável, em exercícios futuros), seria necessária a solução preconizada pelas autoridades alemãs, como meio alternativo único e adequado a acautelar os objectivos sobreditos (§50 e §51)³⁰⁹. Com efeito, a

³⁰⁷ Reiterando as mesmas conclusões introduzidas pelo Acórdão *OY AA*, ou seja, admitir que os prejuízos do estabelecimento estável não residente sejam dedutíveis aos rendimentos da sociedade residente, seria o equivalente a permitir a escolha do Estado Membro onde esses prejuízos poderão ser considerados, acrescido da possibilidade, criticada pela decisão *Marks & Spencer*, que o mesmo prejuízo possa ser deduzido duas vezes, nos dois Estados Membros das entidades envolvidas.

³⁰⁸ O TJUE cria um desvio ao alinhamento tradicional delineado no *Marks & Spencer*, ao enunciar, expressamente (§42), que a verificação dos três requisitos de adequabilidade aí gizados, não seria um exercício de verificação cumulativa, bastando a demonstração de dois pressupostos. É uma posição já iniciada pelo Acórdão *OY AA*, que afirmava a dispensabilidade da confirmação do perigo de dupla utilização de prejuízos. É um precedente que foi explorado pelo Acórdão *X-Holding*, a comentar em seguida.

³⁰⁹ Não é uma solução isenta de controvérsia. D. L'HOTELLERIE-FALLOIS (2008: 171 e ss) sinaliza que a decisão orienta-se em função do princípio da simetria. Apelando ao § 33 do aresto, a densificação da noção resume uma sintonia «entre o direito de tributar lucros e a faculdade de deduzir prejuízos», enquanto metodologia de tratamento uniforme dos resultados fiscais do estabelecimento estável, e sua consequente agregação à jurisdição da respectiva localização, que coibiria qualquer tentativa de manipulação dos prejuízos com a empresa-mãe, dirimindo a preservação da repartição de poder de tributação entre Estados-Membros. No seguimento deste encadeamento, D. L'HOTELLERIE-FALLOIS verifica que o sistema é propenso a desconsiderar, por referência ao Estado de residência, tanto os rendimentos como os prejuízos apurados no estrangeiro. Ora, a circunstância oferece uma desvantagem de tesouraria no cotejo das actividades desenvolvidas por um estabelecimento estável, quando comparada com as actividades puramente domésticas. A necessidade da medida é questionada pelo autor, em face da possibilidade de relevar os prejuízos no momento do seu apuramento, (obviando à dita desvantagem), e no país da residência, desde que previsto um mecanismo de recaptura das perdas aquando da definição de resultados positivos do estabelecimento estável, até ao limite dos prejuízos anteriormente deduzidos. Antes de mais, devemos realçar que o princípio da simetria posiciona-se a montante das putativas alternativas concebidas em relação a esse juízo. Dito de outro modo, a constatação sobre a reunião dos lucros e prejuízos de uma determinada actividade económica ao país da respectiva origem, é um juízo que não é questionado pelas eventuais opções existentes a essa restrição (contudo, o autor não deixa de referir que o princípio da simetria não se confunde com o princípio da territorialidade arguido na decisão *Futura*.

Com efeito, no dito aresto, a Singer (sucursal da Futura) corporizava um não residente, tributado numa base territorial. Ora a base de análise do *Lidl* pondera o tratamento tributário no Estado de residência, que perfila uma dimensão de incidência fiscal mundial). A verdadeira demarcação do autor, que acompanha o entendimento da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, prende-se com a operacionalidade do conceito de perda final. Sendo certo que não foi um entendimento acompanhado pelo TJUE, Eleanor Sharpston (§27 a 32, das correspondentes conclusões) observava duas diferenças na comparação entre o estabelecimento estável da Lidl e as filiais da Marks & Spencer: em relação às segundas, as ditas entidades tinham sido dissolvidas ou vendidas, pelo que seria, de todo, impossível recuperar os prejuízos, no seio dessas entidades, no futuro; mais, perante a realidade dos estabelecimentos estáveis, significaria que não seria uma alternativa aceitável a possibilidade, analisada do ponto de vista da entidade residente, o reporte posterior dos prejuízos sofridos pelo estabelecimento estável, redundando numa desvantagem de tesouraria. Temos, para nós, que tanto o alinhamento do Tribunal, como as conclusões da Advogada-Geral, perigam a orientação que revê o conceito de perda final, como o marco que possibilita a adstricção definitiva dos prejuízos à sociedade-mãe. Dito de outro modo, os instrumentos de recaptura perfilam-se como mecanismos provisórios, que visam atenuar a rigidez que medeia o princípio da simetria, atendendo à natureza da figura do estabelecimento estável. Sintomático deste alinhamento, revela-se a menção de D.TRACANA (2015: 197 e ss), que perspectiva, no âmbito da actividade desenvolvida pelo estabelecimento estável, e na sua relação com a entidade residente, uma continuidade «*temporal abrangente e superior ao mero período contabilístico. Significa isto que uma sociedade dever ser sujeita a tributação sobre os lucros e prejuízos apurados durante todo o período de desenvolvimento de uma atividade*». O comentário do autor insere-se no contexto do Acórdão *Nordea Bank* (C-48/13). Sumariando os correspondentes termos, o *Nordea Bank*, instituição bancária com sede na Dinamarca, deduziu os prejuízos apurados nas suas sucursais Finlandesas, Suecas e Norueguesas, durante os anos compreendidos entre os anos 1996 a 2000. Em 2000, o *Nordea Bank* encerrou os escritórios dos seus estabelecimentos estáveis, tendo sido oferecida a possibilidade dos seus clientes manterem as contas junto das filiais, ao mesmo tempo que metade dos seus funcionários eram contratados por essas mesmas sociedades, numa operação, qualificada (pelas partes) como «*cessão parcial de atividades sobre as quais o Reino da Dinamarca exercia o seu poder de tributação*» (cfr.§12). No seguimento, a administração Dinamarquesa reintegrou os prejuízos anteriormente deduzidos no lucro tributável do *Nordea Bank*. Ora, o instrumento de recaptura aplicado foi considerado desnecessário quando observado o princípio da simetria, que permitia a Dinamarca tributar tanto os rendimentos (os quais beneficiavam de um crédito de imposto, nos termos do artigo 7º, da Convenção dos Países Nórdicos) como os prejuízos apurados pelas sucursais do *Nordea Bank*, ou seja, as ditas perdas poderiam ser compensadas «*durante todo o período em que o referido estabelecimento dependia da sociedade residente como os realizados no momento da cessão do mesmo estabelecimento*» (cfr.§33). A decisão é paradigmática no sentido da simbiose entre o conceito de recaptura dos prejuízos e o princípio da simetria. Seguindo a síntese de D.TRACANA, a vigência dos ditos mecanismos é limitada às situações onde o país de residência veja cerceado o seu poder de tributação sobre os lucros dos seus estabelecimentos estáveis, tendo como patamar para a reintegração dos prejuízos, a diferença entre os prejuízos deduzidos e as futuras quantias percebidas a título de lucros. Fazendo o paralelismo com a solução nacional presente no artigo 54-A, do CIRC, podemos desde já afirmar a compatibilidade de um regime de recaptura com os ditames do preceito. Ainda e recorrendo novamente a D.TRACANA, a regra enunciada no artigo 54-A, nº 5 do CIRC, oferece a possibilidade de recaptura dos prejuízos deduzidos, em caso de transformação do estabelecimento estável numa sociedade, permitindo a reintegração das perdas deduzidas pela entidade residente, derivadas dos resultados negativos calculados na esfera do estabelecimento estável nos 12 períodos de tributação anteriores, atenuando, deste modo, a aplicação do regime de *participation exemption*. Sendo certo, conforme dirimido pelo autor, que a norma cumpre um escopo de repartição equilibrada do poder tributário fiscal ao «*neutralizar o impacto fiscal da dedução de prejuízos imputáveis ao EE num cenário de perda do direito de tributação de lucros futuros (por via da transformação do EE em sociedade)*», a apregoada simetria defendida pelo TJUE estaria comprometida, porquanto as prerrogativas Portuguesas, no âmbito do preceito contido no artigo 54-A, nº 5 do CIRC, contemplariam a possibilidade de tributação de lucros e prejuízos apurados em anteriormente à transformação do estabelecimento estável em sociedade. A

delimitação realizada parametriza as mesmas coordenadas delineadas no *Marks & Spencer*, dirimida a partir da impossibilidade de contabilização dos prejuízos na esfera da entidade onde as perdas são apuradas, enquanto condição primeira para a transferência dos prejuízos para a sociedade residente. Cumpre sublinhar, novamente, a identidade do alinhamento defendido pelo TJUE, independentemente da origem dos prejuízos advir de um estabelecimento estável, ou de uma filial com personalidade jurídica própria.

Na prenunciada perspectiva de aproximação entre as duas figuras, o TJUE sinalizou mais um marco na transferência de prejuízos internacional. No Acórdão *Krankenheim Ruhesitz* (C-157/07) a disputa desenvolvia-se em torno do tratamento fiscal dos prejuízos totalizados na esfera do estabelecimento estável austríaco, durante os períodos de tributação atinentes aos anos de 1982 a 1990, da *Krankenheim Ruhesitz*, sociedade residente na Alemanha. No hiato que mediou os anos de 1991 a 1994, o referido estabelecimento estável apresentou resultados positivos, tendo sido cedido, pela KR, no último desses períodos. A questão prejudicial em juízo contemplava a harmonização do sistema fiscal alemão com a liberdade de estabelecimento, na respectiva previsão que exigia o acréscimo aos rendimentos tributáveis das empresas residentes, das perdas apuradas pelos seus estabelecimentos estáveis situados noutro Estado Membro, no momento em que os últimos principiavam a apresentar lucros, sendo certo que os ditos prejuízos teriam sido deduzidos nos períodos anteriores, que o país de localização do estabelecimento (no caso, a Áustria) não aceitava o reporte de prejuízos de estabelecimentos estáveis de sociedades sediadas noutro Estado Membro, e que a

duvidosa compatibilização do preceito com o Direito da União Europeia seria extensível, segundo D.TRACANA, à desproporção do antedito objectivo prosseguido, quando ponderada apenas a consideração dos prejuízos deduzidos, apartando da equação de recaptura os eventuais lucros totalizados pelo estabelecimento estável. Pelo vindo, julgamos pertinente denotar que os instrumentos de recaptura visam, no essencial, promover um sistema mais eficiente de reporte de prejuízos, atendendo às particularidades da relação que se estabelece entre estabelecimento estável e entidade-mãe. Verdadeiramente, pondera-se a funcionalização da dito mecanismo, atendendo à observação das vantagens de tesouraria que a transmissibilidade imediata proporciona, ou seja, à rigidez do princípio da simetria, na sua acepção que desconsidera a pretensão do Estado de residência de tributar qualquer resultado que provenha do estabelecimento estável, contrapõe-se um modelo mais ciente da realidade do estabelecimento estável (que não é mais que uma extensão de uma entidade num determinado território), e que promove a antecipação do relevo dos prejuízos, isto é, do “adiantamento” das perdas finais. Mais se diga que é uma solução que continua a preconizar a possibilidade do reporte isolado de prejuízos, apesar de condicionado à compensação futura com os lucros eventualmente apurados, mas que complementa uma solução, atendendo à norma densificada no artigo 54-A, do CIRC, possibilitando a transmissibilidade das perdas do estabelecimento estável, mesmo que a accionada a respectiva opção.

Convenção celebrada entre as duas jurisdições determinava a isenção de tributação dos rendimentos obtidos pelo estabelecimento, no país da sociedade residente (§27).

A matriz da decisão do Tribunal pondera a prudência conexas ao *Marks & Spencer*, atendendo à mesma análise que contempla o impedimento de dedução dos prejuízos na sua origem, num entendimento que equipara o estabelecimento estável a uma filial autónoma, como no *Lidl Belgium*, mas que acrescenta uma variável que não era examinada nos arestos anteriores, qual seja, a proibição de tomar em atenção *ab initio* os prejuízos no Estado da fonte.

Concretizando, o TJUE assinalou a restrição da liberdade de estabelecimento, no momento alusivo à adição dos prejuízos à sociedade, circunstância que não encontraria paralelo com o tratamento dos estabelecimentos estáveis radicados em território alemão (§37). A fundamentação da limitação por razões imperiosas de interesse geral, seria amparada na necessidade de resguardar a coerência do sistema fiscal alemão. O raciocínio do Tribunal era sustentado numa lógica simétrica, ou seja, o acréscimo surgia como complemento subsequente da dedução anteriormente efectuada. A conclusão alicerçava-se na atribuição do poder de tributação dos rendimentos à Áustria, em função da Convenção celebrada entre os dois países (§41 e §42). Ora, se a Alemanha não poderia tributar os ditos ganhos do estabelecimento estável, nem tão pouco a Áustria relevava qualquer reporte de prejuízos, isso significava que a sociedade deparava-se com uma “perda final”, decorrente da distribuição de competências de tributação entre os dois países, ao invés de qualquer desconformidade ínsita ao sistema alemão. O ditame germânico visava, tão-somente, evitar essa situação, permitindo a dedução dos prejuízos na esfera da sociedade residente. Essa “recaptura” das perdas, no momento em que o estabelecimento inicia a produção de resultados positivos, seria o segmento natural/simétrico da imputação dos prejuízos aos lucros apurados.

O escrutínio do Tribunal é congruente com as suas decisões antecedentes, permitindo que o reporte dos prejuízos da entidade localizada noutro Estado Membro ocorra, unicamente, diante da impossibilidade da dedução no país de origem da perda. Como essa proibição era delineada, logo à partida, no método de repartição de competências de tributação entre a Alemanha e a Áustria, o sistema alemão reflectia as vicissitudes positivas e negativas do estabelecimento estável directamente na sociedade residente, somando, de modo proporcional, os prejuízos anteriormente descontados aos lucros totalizados ulteriormente.

O Acórdão *X-Holding* (C-337/08) introduz mais um elemento atendível na deslocação transfronteiriça de prejuízos³¹⁰. A X-Holding, sociedade residente na Holanda, era a única accionista da empresa F, sediada na Bélgica. As duas sociedades solicitaram às autoridades dos Países Baixos a tributação conjunta, como uma entidade fiscal única, nos termos da lei neerlandesa, tendo a pretensão sido rejeitada, pela circunstância da empresa F não ser sujeita a imposto sobre as sociedades na Holanda.

Sobre a natureza do sistema gizado pelo ordenamento neerlandês (§18), é mister acentuar que os seus elementos primavam pela integração fiscal das entidades envolvidas no dito regime, consolidando, no domínio da entidade-mãe, os lucros e as perdas das restantes empresas assimiladas. Dito de outro modo, o regime holandês pugnava por uma unidade tributária, o que dispensava a atribuição de qualquer realce às transacções efectuadas no seio do grupo. As semelhanças com o precedente regime de tributação pelo lucro consolidado português, antes explanado, são evidenciadas na feição neutra conferida às relações encetadas entre as sociedades coligadas, ou, na prática do nosso tema, à irrelevância de um tratamento fiscal especificamente traçado para o reporte dos prejuízos fiscais.

Depois de concluir sobre o cerceamento da liberdade de estabelecimento, pela negação da sobredita neutralidade inserta ao sistema fiscal dos grupos de sociedades holandês, quando na presença de filiais não residentes (§24)³¹¹, o Tribunal afere da adequação do

³¹⁰ No mesmo sentido T.SANDERS (2011:130 e 131).

³¹¹ J.ENGLISH (2011:71 e ss) realça o alcance adequado da decisão, mesmo ao não contemplar a totalidade das putativas vantagens e desvantagens da aplicação de um regime de consolidação fiscal. Mais propriamente, o autor afirma que a comparabilidade entre a situação de uma entidade residente, que pretende beneficiar de um regime de consolidação fiscal com outra sociedade residente, não deveria ser cotejada na plenitude dos seus elementos (ou seja, não apenas no que concerne à transferência fronteiriça de prejuízos), quando observada a mesma pretensão, mas que envolva uma filial não residente. Todavia, o autor não deixa de observar que a pronúncia do TJUE foi excessiva, ao dirimir a incompatibilidade de um sistema de consolidação com a prevenção da repartição do poder tributário entre os Estados Membros. O autor denota que qualquer das virtudes inerentes à neutralidade do dito sistema, poderá ser alvo de um julgamento isolado (na mesma medida do reporte de prejuízos), ou seja, o que J.ENGLISH denomina de “*per-element approach*”, significa que cada componente da tributação consolidada dos grupos societários, é sindicável à luz do artigo 49º, do TFUE. Na menção do autor: «*each beneficial aspect, and certainly the totality of advantages associated with fiscal unity, does not constitute an exact compensation of eventual disadvantages, but rather a distinct manifestation of the single entity concept*». O autor destaca a questão em torno da transferência de activos entre sociedades sujeitas ao sistema de tributação consolidado. A comparação com a solução preconizada para os grupos neerlandeses, sinaliza um paradigma mais desvantajoso para a relação estabelecida entre filiais e sociedade-mãe residente. Com efeito, J.ENGLISH adverte acerca da total desconsideração da neutralidade fiscal presente numa transferência fronteiriça. O parâmetro de exame do autor reporta à transmissão de um activo, pertencente a uma sociedade neerlandesa, a favor de uma entidade residente noutro Estado Membro. Neste caso, em face da inexistência de um sistema de consolidação, a deslocação do activo corresponderia a uma mais-

entendimento, como modo de preservação da repartição do poder tributário, porquanto uma resolução diversa admitiria um aumento da matéria colectável tributada num dos Estados, com a correspondente diminuição na outra jurisdição (§29), por via da respectiva transferência dos prejuízos fiscais, através de um modelo assente na escolha do país onde iria incidir a tributação, que caberia, em última análise, ao grupo.

Mas a singularidade da decisão do TJUE encerra-se nos argumentos esgrimidos ao nível da necessidade da restrição, então em apreço. A X-Holding e a Comissão pretendiam que o regime de tributação pela consolidação dos resultados das filiais na empresa-mãe, fosse equiparado à solução gizada no plano dos estabelecimentos estáveis. Nessa situação, o enquadramento do reporte dos prejuízos apurados pelas ditos estabelecimentos estrangeiros, permitia a sua imputação temporária na sociedade neerlandesa, sendo a sua recuperação prevista em exercícios posteriores (§35)³¹². Por outras palavras, nestas condições, filial e estabelecimento estável seriam realidades similares. O Tribunal não aceitou a posição, amparado numa destriça basilar: estabelecimento estável e filial não são realidades comparáveis. A asserção acolhe o essencial da divisão encetada no artigo 7º, nº 1, do MCOCDE, ou seja, a filial, enquanto pessoa colectiva autónoma, é integralmente sujeita a tributação no país onde se encontra situada a sua sede, ao invés do estabelecimento estável, que permanece «*em princípio e em parte*» (§38) sujeito à competência do Estado Membro de origem da sociedade-mãe. O TJUE conclui (§41) que a estandardização do tratamento aplicado à filial, pensado enquanto figura sucedânea do estabelecimento estável, quando presente perante um regime de consolidação fiscal, seria adversa à repartição de competências gizadas no MCOCDE, pois acarretaria uma deturpação das pretensões de tributação do Estado Membro da sociedade-mãe, conferindo-lhe prerrogativas directas sobre uma entidade que, pela sua natureza, escaparia à sua alçada.

valia, tributada nos Países Baixos, sujeita, na aferição do preço praticado, à aplicação de um mecanismo de plena concorrência, que redundaria numa imposição fiscal mais elevada da operação, quando comparada com uma transferência idêntica entre sociedades estabelecidas nos Países Baixos (contudo, o autor concede que uma previsão deste género pressupõe uma natureza biunívoca, ou seja, o cotejo se uma solução que ofereça as mesmas prerrogativas, ao nível da neutralidade das operações constituídas entre sociedades do mesmo grupo, pressupõe um sistema integrado que inclui o outro putativo Estado Membro envolvido). Ora, por razões de segurança jurídica, um exame jurisprudencial não pode basear o seu juízo numa situação que pode, por resolução unilateral de qualquer das jurisdições em causa, ser alterada, revelando uma base de análise parca em garantias de estabilidade.

³¹² Essa possibilidade assentava, segundo a X-Holding, nos precedentes jurisprudenciais neerlandeses. A prática seria fundamentada num mecanismo compensatório, que afastaria a isenção de tributação dos rendimentos repatriados pelo estabelecimento, até ao montante dos prejuízos anteriormente deduzidos. Nesse sentido, vejam-se os §38 e §39, das conclusões da Advogada-Geral Julliane Kokott.

Neste alinhamento, é pertinente a reflexão acerca do eventual desvio ao entendimento, por parte do Tribunal, à orientação ordenada nos arestos que precederam o *X-Holding*, designadamente na desconsideração da transposição dos prejuízos do país da origem, quando verificada a impossibilidade da respectiva dedução (perdas finais) para a jurisdição onde se encontre localizada a entidade-mãe. R. KOK (2010:671) sintetiza a coesão lógica do percurso do TJUE: sendo certo que o padrão iniciado na sentença *Marks & Spencer* justifica a mesma proibição genérica em relação ao repatriamento dos prejuízos apurados na filial estrangeira, partindo da observação que não seria obrigatório a extensão do regime de tributação dos grupos de sociedades britânico a empresas situadas noutro Estado Membro, sem prejuízo da necessidade da solução obviar à orientação, quando visto o antedito impedimento no país da fonte desses prejuízos. Ora, o raciocínio assentava na compreensão da estrutura fiscal das coligações societárias britânicas, que ordenava as entidades enquanto figuras isoladas. A delimitação substantiva da sentença *X-Holding* é diferente³¹³. A tributação dos grupos neerlandesa é marcada pela integração fiscal das unidades que compõe o complexo societário. Daí sucede a neutralidade ínsita ao modelo, que irreleva as transacções que ocorram entre as entidades que compõem o grupo. Dito de outro modo, o conceito de

³¹³ T. SANDERS (2011: 125 e ss) assinala, no regime de tributação dos grupos de sociedades neerlandês, duas características essenciais: a exclusão de aplicação a não residentes ou estabelecimentos estáveis situados fora do território dos Países Baixos; bem como a respectiva funcionalização sustentada numa «*total amalgamation of the subsidiary into the parent company*», de tal modo que todos os activos e todas as actividades da filial eram tratados como elementos pertencentes à sociedade-mãe neerlandesa. Nesta perspectiva, o autor observa que, sendo as actividades desenvolvidas pelas subsidiárias tributadas no Estado da correspondente localização, do ponto de vista da aplicação do sistema de consolidação neerlandês, a filial seria tratada como uma instalação tendente a desenvolver uma actividade noutra jurisdição, ou seja, como um estabelecimento estável. É dentro deste prisma que se desenvolve a argumentação da Comissão e da *X-Holding*, mormente na aproximação da figura da filial ao estabelecimento estável, padronizada através do regime de consolidação. O encadeamento permitiria associar, à filial, o enquadramento normativo neerlandês dispensado para a recaptura de prejuízos dos estabelecimentos estáveis, que serviria de alternativa menos restritiva à total ablação da possibilidade de integração da filial belga no regime de tributação dos grupos de sociedades dos Países Baixos. T. SANDERS observa que o TJUE pronuncia-se num sentido expressamente desfavorável aos instrumentos de recaptura, não reconhecendo qualquer natureza alternativa, porquanto a respectiva operacionalização permitiria a transferência de prejuízos entre a filial e a entidade-mãe, de forma a que não estivesse exaurida a possibilidade de consideração dessas perdas no país da correspondente fonte, num sentido que comprometeria a repartição do poder tributário entre os Países Baixos e a Bélgica. Nesta delimitação, o autor denota que o aresto *X-Holding*, nada acrescenta, no que concerne ao alinhamento delineado nos Acórdão *Marks & Spencer e Lidl Belgium*, no que respeita à regra que impõe o necessária esgotamento das possibilidades de relevar as perdas na jurisdição da fonte. T. SANDERS, não deixa de relevar que a aproximação do mecanismo de recaptura ao sistema de consolidação fiscal, não significa a parametrização de qualquer paralelismo entre a filial, tomada nesse paradigma, com o estabelecimento estável.

prejuízos finais encerra uma ideia relacional, que pressupõe a existência de, pelo menos, duas figuras. Ora, a consolidação fiscal promove a concentração, para efeitos tributários, dos resultados apurados por cada uma das sociedades, de tal modo que seria pleonástico (e, mais do que isso, impossível) afirmar que uma entidade poderia reportar os prejuízos a si própria³¹⁴. O Acórdão *X-Holding* não aborda a questão, do ponto de vista da apreciação do conceito de perdas finais, porque, simplesmente, não o poderia fazer.

Nem tão pouco é a solução contraditória com o juízo desenvolvido pelo Tribunal, quando verificado o alinhamento dispensado aos estabelecimentos estáveis. Não esqueçamos que o entendimento do Acórdão *Lidl Belgium*, abriga a dogmática ínsita à repartição de competências de tributação parametrizada no MCOCDE. Reiterando as nossas precedentes considerações, o estabelecimento estável é concebido como uma entidade juridicamente ficcionada (especificamente gizada para a realidade tributária), destacada de qualquer outra entidade, afirmado como meio de repartição reditícia com a entidade-mãe. O sistema institucionalizado entre a Alemanha e o Luxemburgo consentia o reporte de prejuízos entre as duas figuras, o que na prática fiscal, redundava na existência de duas entidades distintas.

Neste domínio, são elucidativas as conclusões da Advogada-Geral Julliane Kokott (§41 a §55). Ainda dentro do paralelo com o processo *Lidl Belgium*, Julliane Kokott não ignora que a correspondente decisão poderia ter pugnado pela imposição, às autoridades alemãs, da permissão da transferência transitória, direccionados à empresa-mãe, dos prejuízos apurados pelo estabelecimento estável. Um sistema de recuperação dessas perdas, à imagem do sobredito processo *Krankenheim Ruhesitz*, definido no momento do apuramento de lucros no estabelecimento estável, seria um mecanismo apto a cumprir a simetria proposta nesta última decisão, ou seja, que a uma isenção na tributação dos rendimentos apurados pelo estabelecimento, não corresponda uma

³¹⁴ Conforme afirma a Advogada-Geral Julliane Kokott, no §33, das suas conclusões gerais, que, ao contrário dos processos *Marks & Spencer, Oy AA e Lidl*, que contemplavam a transferência de prejuízos e lucros entre sociedades ou estabelecimentos, «*as disposições sobre a unidade fiscal vão mais longe*». A lógica é complementada no §43. A Advogada-Geral concorda com o argumento da Comissão, que postula a dissociação das filiais, nos casos de tributação pelo lucro consolidado, dos regimes de transferência de prejuízos (*group relief*), dirimindo que as ditas perdas seriam, sempre, tributadas na esfera da sociedade-mãe. O que distancia o entendimento de Julliane Kokott, da Comissão e da *X-Holding*, incide, ao invés, nas possibilidades de deturpação da repartição do poder tributário, instituído no artigo 7º, nº 1, do MCOCDE, se a filial fosse equiparada ao estabelecimento estável. Isto porque a aglutinação da tributação na sociedade-mãe, permitiria ao grupo concentrar-se, ou dissolver-se, consoante as conveniências ditadas na contabilização dos prejuízos, ou melhor, pelo local onde estes seriam considerados (§45).

valorização do repatriamento dos prejuízos totalizados na esfera dos ditos estabelecimentos estáveis. A Advogada-Geral observa, antes, que a liberdade de estabelecimento, não estipularia qualquer imperativo no sentido da compensação temporária das perdas dirimidas pelo estabelecimento estável. Mas isso não significaria que, aos Estados Membros, fosse vedada a possibilidade de aceitarem o reporte provisório dos prejuízos, a imputar às respectivas sociedades-mães³¹⁵. A aplicação desta prerrogativa à realidade dos estabelecimentos estáveis, apenas seria possível em face da natureza diferenciada destas figuras. Por conseguinte, e sempre na esteira de Julliane Kokott, a constituição de uma filial estrangeira implicaria a demissão do poder tributário do Estado de residência, a favor da jurisdição de acolhimento da subsidiária. Sendo certo, no caso dos estabelecimentos estáveis, que a delimitação tributária preconiza a atribuição da respectiva competência ao país de acolhimento, não é menos verdade que o país de origem da sociedade-mãe conserva algumas faculdades de tributação, em virtude da integração dos resultados positivos ou negativos apurados pelo estabelecimento estável. É nesta dicotomia, inexistente nas filiais, que se compreende a impossibilidade de equiparação das sociedades com personalidade jurídica autónoma aos estabelecimentos estáveis.

Ora, é possível extrair duas conclusões deste alinhamento: que a natureza diferenciada das filiais e dos estabelecimentos estáveis possibilitam tratamentos fiscais dissonantes, em relação ao repatriamento dos prejuízos apurados; mas é, igualmente verdadeiro, que as suas semelhanças exigem uma aproximação na demarcação das perdas que não possam ser consideradas no Estado Membro da sua origem. Estas duas premissas não traduzem um silogismo paradoxal. Com efeito, a base do entendimento do Tribunal densifica uma distinção, gizada em função da natureza relacional, ou não, das entidades em confronto: no primeiro caso, a essencialidade da análise encontra-se na contingência da impossibilidade de consideração dos prejuízos na sua fonte, com ligeiros desvios no que concerne aos momentos do reporte dessas perdas, pensados em função da realidade do estabelecimento estável e da filial. Na segunda hipótese, ou seja, nos casos de tributação pelo lucro consolidado, as similitudes são completamente apartadas, em virtude da total incompatibilidade do modelo de repartição de competências, gizado no artigo 7º, nº 1, do MCOCDE, quando visionado à luz da incorporação dos resultados da

³¹⁵ A liberdade de estabelecimento apenas exigiria que as perdas fossem reportadas, para o país da localização da sociedade-mãe, na eventualidade de não ser possível a correspondente dedução, na jurisdição onde o estabelecimento estável esteja fixado.

filial estrangeira, na esfera directa de tributação da entidade residente. São posições em tudo coadunáveis com as nossas precedentes alusões: o TJUE segmenta as figuras do estabelecimento estável e da filial, na vertente do reporte dos prejuízos fiscais, como estruturas equiparáveis, quando concebidas como entidades autónomas, mas inconciliáveis na inclusão dos seus elementos numa única unidade fiscal.

Mais corrobora o Tribunal a percepção acerca da instrumentalidade da personalidade jurídica, porquanto a questão essencial orbita em torno da repartição reditícia entre duas entidades localizadas em jurisdições distintas. Por outras palavras, o problema desenvolve-se em termos jurídico-fiscais. Apenas, deste modo, é possível explicar o critério de aproximação entre as duas entidades, quando o estabelecimento estável não é uma entidade civilisticamente autónoma. De igual forma, é compreensível o distanciamento das filiais, quando submetidas a um regime de consolidação fiscal, ou seja, a uma disciplina de união tributária, das soluções ditadas para figuras separadas, mesmo no caso em que as sociedades dominadas estrangeiras sejam, quando observadas à luz do direito privado, independentes.

8.3 Confronto com o regime do CIRC estatuído nos artigos 51º e 54-A

Posta a meada do entendimento protagonizado pelo TJUE, é imperativo intuir os pontos de contacto das respectivas linhas orientadoras, com um sistema alternativo nacional, alinhado com os ditames intuídos pelo Tribunal. Nesse sentido, recordando a fronteira traçada pelo processo *Marks & Spencer*, a transmissibilidade ilimitada dos prejuízos apurados por entidades estrangeiras, seria violador de um paradigma assente na lógica da proibição de replicação de prejuízos, ou na escolha, entregue à discricionariedade do grupo, do Estado Membro onde essas mesmas perdas sejam relevadas. Contudo, este óbice seria ultrapassado perante a impossibilidade de reporte desses prejuízos, na jurisdição onde os resultados negativos sejam apurados³¹⁶. O Tribunal não diferencia a aplicação desta máxima aos estabelecimentos estáveis ou às filiais.

³¹⁶A densificação do conceito de perda final instituído pela decisão *Marks & Spencer*, encerra questões relacionadas com a correspondente praticabilidade, que apontam para a sua dimensão controvertida na doutrina. M.LANG (2014: 530 e ss) assinala alguns pontos que o conteúdo do aresto não permite dirimir: desde logo, a noção de prejuízo final concebida na jurisprudência do TJUE, não permite intuir se a hipótese de suspensão das actividades da filial seria suficiente para aferir do correlativo enquadramento na ideia em apreço (sendo certo, conforme adverte o autor, que a subsidiária poderá retornar a prossecução da sua actividade); no que respeita à alienação da filial a terceiros, M.LANG realça o duvidoso equilíbrio entre a possibilidade de dedução dos prejuízos na esfera do antigo proprietário,

geradas na época da correspondente detenção, e a continuação da actividade da empresa, cuja natural pretensão redundava na dedução das perdas anteriormente apuradas; o autor previne acerca do deficiente balanceamento do poder tributário entre os Estados Membros de origem e destino do prejuízo. Com efeito, como a jurisdição de localização da empresa dominante encontra-se vinculada a relevar (no entendimento do Tribunal) as perdas que não podem ser consideradas no Estado da filial, o “sacrifício” fiscal do primeiro Estado será proporcionalmente superior, quanto mais restritivas forem as regras de reporte de prejuízos no país de origem. M.LANG denota que esta circunstância é indutora à concepção, por parte dos Estados Membros, de eventuais regimes limitativos relativos à transmissibilidade de perdas. Mais, o autor realça um aspecto estrutural que, no seu entendimento, prejudica o sistema gizado no aresto *Marks & Spencer*. M.LANG pondera que o Tribunal assenta o juízo numa predefinição do conceito de perdas, que parte de um pressuposto uniforme relativamente às formas de apuramento dessa realidade, no espaço da União Europeia. Ora, o autor afirma que estamos perante uma reflexão censurável, porquanto o itinerário que medeia o cálculo dos prejuízos sustenta-se em nas particularidades legislativas de cada país, de tal modo que o montante da perda adveniente da mesma actividade poderá ser completamente díspar, dependendo do conjunto normativo aplicável. Esta asserção seria o sustentáculo, segundo M.LANG, de um enquadramento que reveja a alocação dos prejuízos ao Estado de origem. Com efeito, a prudência do TJUE dever-se-ia centrar numa ponderação a montante das considerações em torno das alternativas a um putativo sistema restritivo. Isto porque, sempre segundo o autor, a discriminação seria uma variável descontextualizada, quando pensada no âmbito da utilização dos prejuízos, precisamente, quando verificado que a sua origem seria reportada às susceptibilidades próprias de cada jurisdição, naturais quando observada a ausência de uma base harmonizada ao nível da União. Por outras palavras, a possibilidade de reporte de prejuízos considerada nos regimes domésticos, não seria comparável à oportunidade de transmissão das perdas oriundas de outro Estado Membro. Quanto a este alinhamento, cumpre referir que, na nossa perspectiva, a orientação possui as suas virtudes, quando analisado o tratamento dispensado, de forma isolada, ao reporte de prejuízos. Contudo, julgamos que, pela mesma ordem de ideias, seria criticável qualquer possibilidade de transmissão transfronteiriça de resultados positivos fiscais. Deste ponto de vista, a respectiva proveniência comunga dos mesmos ditames dispensados aos eventuais prejuízos apurados nessa jurisdição. Julgamos manifesta a apologia a um regime de isenção dos rendimentos oriundos do estrangeiro, porquanto, tão pouco, o crédito de imposto seria uma solução coadunável com o alinhamento proposto por M.LANG. Com efeito, sem prejuízo da alternativa incorporar a medida do imposto pago fora do território (no nosso caso) português, não é menos verdade, e em linha com a lógica delineada pelo autor, que, por essa mesma razão, encontra-se embrionariamente conexa com a delimitação legislativa oferecida pela jurisdição onde se encontra a filial, um regime que, imperativamente, forçasse a entidade localizada no nosso país a aplicar um método de isenção, seria perfeitamente admissível à luz das considerações tecidas. A ablação do princípio da simetria, que o autor expressamente refuta, à mesma dimensão da filial ou do estabelecimento estável, significaria, conforme admitido por M.LANG, que um sistema parametrizado em função de uma repartição equilibrada do poder tributário, apontaria para uma necessária opção legislativa, por referência aos ganhos originados no estrangeiro, que contemple o método de isenção (ou seja, à partida, é excluído o crédito de imposto). Quanto às questões relacionadas com a operacionalidade do conceito, seguimos a percepção gizada por D.PEZZELA (2014:71 e ss). O autor sustenta a funcionalização do conceito de prejuízos finais numa base alicerçada no ónus que impende sobre o contribuinte de comprovar essa natureza “última” das perdas fiscais. Para o autor os prejuízos que não podem ser deduzidos por razões factuais (quando a filial/estabelecimento estável *«is reorganized, sold, transferred or discontinued»*), no respeitante às filiais, verdadeiramente, nestes casos de *“termination of a source”* (que é equiparada, neste âmbito, à liquidação da sociedade) ocorre a seguinte segmentação de eventos: numa primeira fase, os activos são predispostos à alienação, o que resultará numa mais ou menos-valia; numa segunda fase o produto dessa operação e os restantes activos (se os houver) são repatriados para a esfera da sociedade-mãe. Ora D.PEZZELA realça que, essa “distribuição”, independentemente da sua qualificação como dividendos ou mais-valias, será tributada no Estado de residência, por aplicação dos artigos 10º, nº 3 ou 13º, nº 5, ambos do MCOUDE, como “ganhos finais”, ao invés de “prejuízos finais”. Em relação aos estabelecimentos estáveis, o autor assinala que não existe qualquer problema na alocação dos prejuízos,

Transpondo o raciocínio para o regime português, o artigo 54-A do CIRC, enuncia uma possibilidade irrestrita de repatriamento dos prejuízos apurados pelos estabelecimentos estáveis situados fora do território português. Nessa perspectiva, o ordenamento nacional não é inovador em relação ao vetusto alinhamento. O rasgo da nova disposição vislumbra-se na oportunidade de, somente, essas perdas serem deslocadas para a entidade posicionada no nosso país. Neste particular, os elementos comungam das mesmas características colocadas nas questões prejudiciais dirimidas pelo TJUE. Contudo, ao invés da posição adoptada pela solução nacional, o Tribunal admite um entendimento restritivo à transmissibilidade incondicionada dos prejuízos transfronteiriços. Aliás, a regra, para o TJUE, é determinada pela coarctação dessa transferência, sendo na excepção que se entrevê a possibilidade do exercício dessa prerrogativa. Neste ponto, reitera-se que o TJUE não impõe soluções mais limitativas aos entendimentos normativos vigentes nos Estados Membros. O que o Tribunal demarca são, antes, as raias dessas restrições. Na prática, ao perfilar-se o artigo 54-Aº, do CIRC, como um regime mais permissivo, quando comparado com o sentido erigido pelo TJUE, a aventada discordância, não estabelece uma necessária incompatibilidade a ser revista. O que se averigua, na ordem estatuída pelo Tribunal, são, tão-somente, as coordenadas práticas de um regime, que não se deve desviar das interacções determinadas entre o ordenamento português e a jurisdição onde esteja fixada a entidade dominada pela figura nacional. Dito de outro modo, não se indaga qualquer imperatividade decalcada da jurisprudência do TJUE, obrigatoriamente transponível para o nosso ordenamento.

Contudo, o alinhamento proposto pelo Acórdão *Marks & Spencer*, não deixa de encontrar respaldo na estrutura normativa constante no artigo 54-Aº, do CIRC, *maxime* nos fundamentos sugeridos (duplicação de prejuízos; repartição do poder tributário; risco de evasão fiscal) para obstar à incondicionalidade do reporte dos prejuízos transfronteiriços, bem como do mecanismo traçado para frustrar o aproveitamento (impossibilidade de dedução dos prejuízos na entidade de origem) do regime indulgente

porquanto o correspondente destino apenas poderá ser a deslocação para a jurisdição da entidade-mãe, enquanto figura responsável «*for the losses in the ordinary course of its own business activity*». No que concerne às ditas perdas legais, ou seja, aos prejuízos que não podem beneficiar da oportunidade de dedução em períodos futuros, em face das limitações que o ordenamento jurídico da jurisdição da filial/estabelecimento estável impõe, D.PEZZELA é lacónico: a subsidiária e o estabelecimento estável continuam associados à empresa-mãe e a desenvolver a actividade no país onde se encontram, pelo que os problemas relativos às perdas factuais não se colocam.

descrito no artigo 54-A°. Mais se diga que este arquétipo é delineado, nos mesmos moldes, para a hipótese das mencionadas perdas advirem da actividade de uma filial. Nestes termos, refira-se que os regimes descritos nos artigos 51° e 54-A°, do CIRC, encontram uma bissectriz comum, no que respeita à isenção dos rendimentos/dividendos apurados/distribuídos pelo estabelecimento estável ou pela filial. É uma aferição que consta, igualmente, dos elementos ínsitos às decisões do TJUE³¹⁷. Sendo certo que é a referida isenção de tributação dos lucros, no caso dos estabelecimentos estáveis, que consente na escolha da transferência dos prejuízos

³¹⁷ Com efeito, o Tribunal não arrima o seu entendimento na base dos mecanismos previstos para a eliminação da dupla tributação económica ao nível da UE. Dito de outro modo, o regime delineado na Directiva 2011/96/UE, do Conselho, de 29 de Dezembro de 2011 (comummente designada por “Directiva mães e filhas”) não quadra com os ditames pronunciados pelo TJUE, nesta temática. Sendo certo que o respectivo âmbito de aplicação acha a sua delimitação na transferência de rendimentos entre sociedades localizadas em diferentes Estados-Membros, não é menos verdade que o diploma rege os elementos relevantes na delimitação da figura da filial. Caso fosse intuito do Tribunal alicerçar a apreciação da transmissibilidade transfronteiriça dos prejuízos a partir do confronto com o sistema gizado para a dupla tributação económica de rendimentos (ou seja, no equivalente à nossa norma do artigo 51°, do CIRC), então encontraria um modelo para a figura da sociedade-filha na “Directiva mães e filhas”. Não é esse o caso. Sintomático desta asserção é o total alheamento, por parte do TJUE, da ponderação dos sobreditos requisitos exigíveis na relação entre sociedades. Sendo a residência e a sujeição (bem como a sua não isenção) a um imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas existente num Estado Membro, os dois critérios primários para aferir da existência de uma sociedade de um Estado Membro (artigo 2° da Directiva), e não obstante serem, do mesmo modo, elementos presentes nas questões prejudiciais colocadas ao Tribunal, é exorbitante deduzir que esta similitude redunde na aceitação do TJUE que a Directiva é a bissectriz da ordenação do respectivo entendimento. A verificação desses pressupostos é imanente ao próprio exercício das questões prejudiciais, inserta no parâmetro do artigo 267°, do TFUE. Por outras palavras, apenas os litígios relacionados com as entidades enquadradas no circuito das liberdades da União (entre elas, a liberdade de estabelecimento) poderão caber no âmbito do juízo do Tribunal. A essencialidade da definição de sociedade afiliada é, antes, patenteada, conforme refere G.MAISTO (2013: 1 e ss), no artigo 3°. O autor faseia os elementos da figura (com sustento na norma) em três menções: a primeira, que o cotejo intersocietário faz-se através da observação da detenção do capital. Neste aspecto, a aproximação com os fundamentos decisórios do TJUE é evidente. Contudo, as outras duas referências aludidas por G.MAISTO, são alheias ao escopo da pronúncia do Tribunal. O período de detenção mínima discriminado no artigo 3°, nº 2, alínea b) da Directiva (dois anos) é, conforme esclarece o autor, um parâmetro anti-abuso, que corporiza a necessidade de uma estabilidade na detenção do dito capital. Seguindo G.MAISTO, a “suspeita de abuso” é despoletada a partir do juízo que um hiato temporal menor ao estatuído no antedito preceito, é uma demonstração suficiente para a formulação do entendimento que a afiliada não decai sobre a influência de uma outra entidade, nem tão pouco a participação foi adquirida no propósito genuíno de estabelecer uma conexão com a subsidiária. Mais, o terceiro eixo da noção de afiliada é, ainda segundo G.MAISTO, a medida da detenção do capital da sociedade. Neste domínio, a teleologia da Directiva, no entendimento do autor, mantém-se a mesma, ou seja, encontramos, ainda, no espaço de eleição da procura das coordenadas que perspectivam uma influência mínima intersocietária. Ora, nenhum destes elementos merece atenção por parte do TJUE. Se é verdade que a reflexão arrazoa a adequabilidade de um alinhamento restritivo à liberdade de estabelecimento, fundado na tentativa de ablação de comportamentos abusivos, essa ponderação não é alicerçada na indagação dos meandros de influência entre sociedades. Os ditames do TJUE posicionam-se a jusante deste critério. A conexão das entidades é um dado factual incontestado nas decisões, que não é escorado em qualquer coordenada postulada na Directiva.

(optando-se pela não repatriamento dos lucros totalizados), não é menos verdade que não é possível cotejar qualquer paralelo no tratamento dos prejuízos fiscais apurados no seio da filial da entidade portuguesa.

Ora, em face das similitudes entre os conceitos de lucros/prejuízos e dividendos/prejuízos fiscais, bem como das correspondentes figuras, estabelecimento estável e filial (que, apesar de não serem figuras totalmente equivalentes, perfilham de uma construção que permite densificar um tratamento idêntico), paridades essas corroboradas pelo Tribunal, julgamos viável a delineação de uma estrutura normativa que encerre os mesmos ditames para as duas entidades.

Finalmente, conjugando toda a prédica anteriormente explanada, cremos que o enquadramento restringe a sua aplicação aos termos insertos na temática da dupla tributação, apartando uma ponderação da tributação dos grupos de sociedades. Desde logo, porque o TJUE equipara o estabelecimento estável e a filial através do mesmo substrato, bastando conferir a autonomia na tributação das duas entidades, conforme gizado no artigo 7º, nº 1, do MCOCDE. E depois, porque é uma construção coerente com a solução parametrizada no nosso ordenamento, onde a possibilidade de escolha de reporte dos prejuízos é visionada nos elementos do artigo 54-Aº, do CIRC, designadamente pela possibilidade, conferida à entidade-mãe, de, unicamente, repatriar os prejuízos apurados no estabelecimento estável. É uma aproximação exorbitante ao regime dos grupos, mas em tudo harmonizável com a equiparação da entidade totalmente dominada, em relação ao estabelecimento estável.

Parte IV – Considerações finais

1. Síntese/Solução Proposta

Do excuro ora encetado, é com acuidade que se promove uma ordenação final dos elementos previamente discorridos. É premente frisar, enquanto marco anterior e condicionante da nossa investigação, que a indagação, em tempo algum, procurou a introdução (ou a supressão) de qualquer preceito estruturante do direito fiscal (ou, por maioria de razão, de outro ramo científico jurídico). A direcção foi, a todo o tempo, escudada nas directrizes pugnadas nas soluções propostas pela Reforma do IRC, sem uma crítica aos respectivos méritos, enquadrada na coerência do novo figurino legislativo nacional para a repatriação de rendimentos e, sobretudo, dos prejuízos apurados fora do território português, a partir de uma análise comparativa entre o estabelecimento estável e a filial. Durante o nosso estudo, e em função destes parâmetros, foram observados os fundamentos essenciais das figuras intervenientes nesta dialéctica. Ao invés, a nossa ponderação guiou-se pela revista contextualizada desses vectores, instrumentalizada ao alinhamento dos dados que permitam o confronto das figuras do estabelecimento estável e da filial.

Concretizada a imposição primeira do nosso estudo, foi, como abordagem inicial, dissecado o desígnio genérico da Reforma, mais propriamente, o seu propósito de optimização fiscal, pensado enquanto realidade adequada à prossecução empresarial, numa aproximação tendente à elaboração de soluções enquadradas com a projecção de um regime que seja vocacionado a conferir vantagens relativas, ou seja, mais competitivo. No plano do tratamento dos rendimentos alheios a uma origem nacional, a eliminação da dupla tributação económica invoca a exclusão da potencial influência dos rendimentos oriundos do estrangeiro, por via de uma metodologia de não concorrência reditícia no lucro tributável da entidade portuguesa. É manifesta a defesa do sobredito “capital ownership neutrality”, enquanto paradigma teórico do modelo de isenção, preconizado neste domínio.

Sobre a problemática dos sistemas de eliminação da dupla tributação económica, foram aduzidas algumas ineficiências associadas à operacionalização dos dois processos principais conexos a esta temática (a que não é extravagante a questão principal do

nosso estudo, que enfrenta, igualmente, duas incidências de imposto, em duas jurisdições distintas, sobre o mesmo rendimento): acerca do crédito de imposto, elucidou-se a complexidade relacionada com a imputação do montante a deduzir, em referência à quantia paga na fonte, bem como o alcance limitado do sistema, na sua aplicação circunscrita aos rendimentos derivados da actividade desenvolvida pelo estabelecimento estável. No que concerne ao método de isenção, a tradicional dificuldade na interpretação da conceito de tributação efectiva mantém-se uma referência actualizada, mesmo no contexto no novo artigo 51º, nº 10 do CIRC, mormente na vertente subjectiva da isenção (que substitui o anterior referente objectivo), ou seja, na negação de aplicação do preceito às situações onde a sociedade (não o rendimento) distribuidora seja isenta de tributação, abandonando-se a referência mais minuciosa da solução precedente, que apontava para uma reflexão fundada nas eventuais isenções decorrentes de determinados ganhos (não das sociedades) que, eventualmente, estivessem na origem dos dividendos recepcionados pela entidade portuguesa (a opção legislativa por uma demarcação de análise escudada na figura da isenção total), a que acrescem as eventuais divergências hermenêuticas na qualificação do rendimento entre as jurisdições envolvidas. Mais se diga que, em relação ao alinhamento das alternativas legislativas ao afastamento da dupla tributação económica, tanto o método de isenção como o crédito de imposto perfilam, enquanto juízo apriorístico, direcções técnicas ajustáveis à compatibilização com os ditames jurídicos europeus, desde que, em ambas as opções, a jurisdição “receptora” dos rendimentos providencie pelo tratamento igualitário de todas as entidades localizadas no seu território (falamos da vinculação do Estado Membro da sociedade beneficiária à garantia de um nivelamento paritário na tributação dos dividendos de origem transfronteiriça, em comparação com as distribuições de rendimentos de fonte doméstica).

Sobre o prisma do estabelecimento estável, procedeu-se à respectiva análise por via dos elementos insertos no artigo 5º, do MCOCDE. Na correspondente acepção “estática”, foi dissecado que as respectivas características, leia-se, a existência de uma instalação, que seja fixa e através da qual sejam desenvolvidas as actividades da empresa, significam, antes de mais, um manancial físico/geográfico, com uma perenidade mínima associada. O eixo de ligação desses dois pressupostos confluiria, precisamente, na verificação da prossecução de uma actividade, por via de um complexo de elementos à disposição de uma entidade originária de outra jurisdição. Nesta senda, o conceito

serviria como meio de agregação dos ganhos cingidos ao território de localização do estabelecimento, ou seja, ao princípio da atracção dos rendimentos imputados a uma determinada actividade desenvolvida pelo estabelecimento estável num determinado país. Atingida a essencialidade da noção, a definição do conceito de actividade seria descortinada a partir da análise que cada Estado Contratante consagre para a compreensão desta noção. Em conexão com a linha preconizada pelos preceitos contidos no artigo 3º, nº 1 alínea c) e h), do MCOCDE, a relação entre o sujeito e a actividade presentes no estabelecimento estável, corporizariam uma percepção que manifesta a noção enquanto empresa (“business”) pertencente a uma entidade de outro Estado, que não aquele onde se encontra localizada a dita instalação fixa. Dito de outro modo, o estabelecimento estável não mais seria que uma extensão da actividade de uma entidade num determinado país.

Ora, a dinâmica de repartição transnacional de rendimentos encontraria o seu cerne na menção espelhada no artigo 7º, do MCOCDE. Firmado numa base dependente da empresa posicionada noutro Estado, o estabelecimento estável não deixa de cumprir um escopo de atribuição tributária ao Estado da correspondente localização. Se o nº 1, do artigo 7º seria paradigmático nesse sentido, o nº 2 resolveria o aparente paradoxo perspectivado pela verificação da divisão de rendimentos percebidos pela mesma empresa, e pela sua consequente tributação em duas jurisdições distintas. A construção de uma entidade funcionalmente separada permite, justamente, a imputação (por via de uma ficção jurídica) dos ganhos atinentes à actividade desenvolvida num dado país, ao estabelecimento estável. Um exame à relação dos activos detidos, dos riscos assumidos e das relações contratuais constituídas (ainda que, formalmente, na alçada da entidade estrangeira) seriam “pertença económica” das funções adstritas ao estabelecimento estável. É, de tal modo, erigida uma concepção autónoma, associada à figura, que o estabelecimento estável surge, na sua relação com as outras partes da empresa e com terceiros, enquanto realidade sujeita ao princípio da plena concorrência (sintomático desta contextualização, seria a possibilidade de dotar o estabelecimento estável de capitais próprios, como forma de resolver, à partida, a sobredita divisão de rendimentos, as funções desempenhadas e aos riscos assumidos por cada parte da empresa). A aproximação funcional serviria de sustentáculo à aplicação do método, permitindo analisar o estabelecimento estável como figura autónoma da empresa oriunda de outra jurisdição, ou seja, o entendimento consentiria a revista de duas figuras independentes nas suas relações. Foi notória a recusa a uma metodologia

amparada numa repartição indirecta de resultados entre estabelecimento estável e entidade principal, ou seja, na crítica ao entendimento que advogue a irrelevância fiscal das operações realizadas entre as duas entidades (que, na prática, conduziria à eliminação do conceito de entidade funcionalmente distinta), solução apoiada numa divisão mais exacta dos ganhos auferidos pelo estabelecimento estável, bem como pela correspondente harmonização com o preceito inserto no actual artigo 54-A, n.º 3 do CIRC (que, no essencial, reproduz o artigo 7.º, do MCOCDE). Destarte, perpassa o enquadramento da noção enquanto extensão da entidade localizada no nosso território, mas que partilha, simultaneamente, de uma natureza autónoma, quando comparada com o residente (ou o estabelecimento estável) português.

O patamar da investigação sustentava um princípio de conciliação de figuras: se o estabelecimento estável é, para todos os efeitos práticos, configurado à medida de uma entidade separada da empresa nacional, o regime dispensado ao tratamento da repatriação dos correspondentes resultados deveria ser idêntico à solução indicada para as sociedades de direito local (igualmente independentes), controladas pelos residentes/estabelecimentos estáveis portugueses. Sendo certo que a direcção encetada pela Reforma propõe uma paridade no alinhamento dos institutos de eliminação da dupla tributação económica, desenhados a partir de um regime de isenção (“participation exemption”), não seria menos verdade que a dupla matriz do entendimento legislativo estipulado no âmbito do estabelecimento estável, permitiria a opção pelo reporte dos respectivos resultados (em função de uma iniciativa deixada à entidade nacional), deixando, em aberto, a utilização desta alternativa nas situações onde os ditos resultados fossem positivos. Por outras palavras, é, no panorama coevo, conferida a possibilidade de escolha de transmissão dos prejuízos ou dos rendimentos apurados no seio do estabelecimento estável (ainda que o exercício da opção preveja um período mínimo de vigência de três anos).

A eventual justificação desta divergência de tratamento entre filial e estabelecimento estável, adviria do afastamento dogmático decorrente do conceito de dividendo e lucro. O primeiro, conexo à filial, importaria a compreensão de uma realidade diferenciada da entidade originária. Os rendimentos que estivessem na génese da distribuição veriam a respectiva incidência de imposto na filial não residente, sendo que a tributação dos dividendos seria concretizada na esfera da entidade receptora. A pertinência da noção de beneficiário efectivo revelaria, neste âmbito, mais que a recondução subsidiária deste tipo de rendimentos ao país da fonte, uma competência originária pertencente ao

Estado de destino do dividendo (e, por inerência, à respectiva entidade à qual é endereçada os rendimentos), solucionando, deste modo, a dimensão subjectiva de tributação destas realidades. Quanto ao parâmetro objectivo, a observação dos elementos que possam concorrer para a definição da transferência de activos para os accionistas, surgiria do exame ao preceito presente no artigo 10º, nº 3 do MCOCDE. Precisando, a participação social, consubstanciada na figura da acção, percebida enquanto ponto de partida comum a todos os instrumentos de outorga do direito a participar nos lucros da sociedade (por contraponto às figuras que confirmam um direito de crédito), é o binómio essencial que permite a entidade detentora da dita participação dispor dos mecanismos de movimentação dos dividendos. Dirimida por alusão ao entendimento que o Estado da fonte estipule para a compreensão da dita participação social, não seria menos verdade que o ditame apontaria para a disciplina societária respectiva. Ora, também nesta vertente, e enquanto reflexão transversal, o direito ao lucro não encontra uma sintonia exacta com o direito ao dividendo. Sendo certo que o primeiro seria condição e origem do segundo, o direito ao dividendo distribuído encerraria uma precedente deliberação de distribuição de lucros aos sócios (tanto de resultados pretéritos, ou seja, das reservas, ou de resultados presentes, isto é, dos dividendos em sentido estrito).

Esta circunstância seria, tanto mais evidenciada, quando escrutinado o próprio enquadramento do conceito de lucro. Não oferecendo o MCOCDE uma delimitação específica para a noção (em virtude do modelo dispor, antes, sobre um paradigma de repartição reditícia) o padrão deveria obedecer à estrutura autónoma e universal associada à noção. Mais propriamente, o rendimento seria a materialização de qualquer acréscimo ao património de uma determinada pessoa. Independentemente da maior ou menor extensão das noções que aclaram o âmbito de incidência dos ganhos fiscalmente relevantes, o rendimento, quando demarcado no panorama empresarial, redundaria numa dimensão polarizada, intitulada de lucro tributável. Traduzindo, a ideia confinaria a revista do rendimento/prejuízo empresarial, subsumida à observação das variações (positivas/negativas) do correspondente património, entre o início e o fim de um determinado período, nas quais se incluem as distribuições e o apuramento de resultados. Amparado no descrito arquétipo, a virtude do conceito de lucro revelar-se-ia na respectiva capacidade de concentração, numa base regular e periódica (ao contrário dos dividendos, de natureza circunstancial) de elementos sujeitos a um tratamento fiscal uniforme (a que não seria exorbitante o acervo inicial dirimido na escrita empresarial).

Se a dicotomia entre lucro tributável e prejuízo prediz uma conformidade manifesta, visível pela particularidade das noções consubstanciarem variáveis, positivas e negativas, respectivamente, da mesma realidade, ou seja, do resultado líquido do, no nosso caso, estabelecimento estável, a noção de prejuízo fiscal colige, ao invés, as correcções circunstanciais, emanadas de valorações próprias dos normativos fiscais, isto é, distanciada do lucro original, numa clara aproximação de sentido em relação ao dividendo (enquanto ideia “final” do trajecto fiscal).

Destarte, é perceptível a compreensão do lucro tributável/prejuízo, enquanto realidades díspares ao dividendo/prejuízo fiscal, o que permite conferir que estabelecimento estável e filial não corporizam figuras idênticas, quando observadas à luz do repatriamento dos resultados obtidos. Mas, do mesmo modo, é imperativo frisar que, no âmbito do regime optativo formulado no actual artigo 54-A, do CIRC, é, do mesmo modo, permitido que não se proceda à transmissibilidade automática dos rendimentos ou dos prejuízos, através de uma manifestação de vontade da empresa nesse sentido. A semelhança com a deliberação que precede o dividendo, no caso das filiais, é evidente. Os elementos partilhados entre as duas figuras incluem, ainda, a mesma génese, qual seja, o lucro tributável apurado no seio da entidade localizada fora do território português.

À parte das diferenças sobre a selecção económica da forma mais profícua de desenvolvimento de uma (ou mais) actividade numa determinada jurisdição, tanto a tributação da sucursal (entendida como o acervo físico, cuja exploração, culmina na prossecução de uma actividade por uma empresa não residente) ou da filial, pressupõe a aglomeração reditícia na jurisdição de localização das duas realidades (fora do nosso território). Ora, se as divergências entre as duas figuras são, essencialmente, contempladas ao nível da atribuição, ou da ausência, de uma personalidade jurídica autónoma, o desfasamento do entendimento, no prisma da repartição de rendimentos e prejuízos, é manifesto (ou seja, a incidência fiscal continua a pertencer à jurisdição de localização da filial ou do estabelecimento estável). Ainda nas particularidades ínsitas à filial, a tripartição que sustenta o conceito (leia-se: autonomia jurídica; dependência financeira; preservação da independência de gestão) não seria impeditiva da possibilidade de verificação de um pressuposto que, no estabelecimento estável, é parte imanente da sua condição: a dependência a uma entidade situada fora do respectivo território. A noção dispõe que a autonomia jurídica do estabelecimento estável, bem como da gestão da sua actividade, em relação à empresa, é inexistente. O critério

avultaria, quando trazida à colação a realidade das filiais, através de uma variante sindicável à mesma dimensão da dependência: a noção de controlo. Sendo insofismável que a personalidade jurídica prescreveria, como observado, uma partição dos rendimentos e dos prejuízos tributáveis entre as jurisdições alusivas à localização da filial e da entidade-mãe, através de um distanciamento jurídico das duas figuras, não seria menos verdade que a ideia de entidade funcionalmente distinta, cumpriria idêntico desiderato em relação aos estabelecimentos estáveis. Ora, o mencionado controlo permitiria funcionalizar as participações sociais, detidas pela empresa portuguesa, enquanto meios ordenados à iniciativa desta última entidade. Mais propriamente, o conceito de dependência é norteado à ideia de estabelecimento estável, não servindo como expediente de aproximação a figuras que não comunguem dessa natureza, definindo, contudo, directrizes (ao nível da influência das iniciativas da subsidiária) que poderão ser verificáveis mesmo no âmbito das filiais. Por outras palavras, a conexão entre as duas realidades perspectiva-se no confronto das duas correspondentes referências: dependência nos estabelecimentos estáveis; e controlo nas filiais.

O ordenamento da investigação ditava uma abordagem à delimitação da última noção. Com efeito, o ponto de partida, no contexto das subsidiárias, assinala a compreensão de uma figura participada por um (no nosso caso) residente (ou não residente) português, que se assume como o verdadeiro referencial, tanto no plano da relação existente entre estas duas entidades, como na proximidade dogmática entre o estabelecimento estável e a filial (ao invés do maior, ou menor, distanciamento entre as duas figuras, propiciado pela interpretação da personalidade autónoma das subsidiárias). A ideia de controlo perpassa, por conseguinte, a medida dessa influência da entidade portuguesa sobre a sociedade estrangeira (numa ponderação direccionada, especificamente, ao âmbito da filial, que se compadece com diferentes proporções acerca do peso relativo da entidade nacional sobre a sociedade participada, ao contrário do estabelecimento estável, naturalmente associado a um perfil totalmente dominado). O apelo ao “domínio” ou “influência dominante”, enquanto mecanismos privilegiados de interferência na gestão intersocietária, é manifesto. Todavia, se a preponderância da entidade portuguesa sobre sociedades localizada fora do nosso território é condicionante prévia à composição do conceito de controlo, não é menos verdade que essa circunstância é limitada, quando vocacionada a explicar uma verdadeira “d direcção unitária” ao mencionado contexto empresarial transfronteiriço, ou seja, à dimensão da outorga da disponibilidade de toda a disponibilidade societária à empresa portuguesa. O conceito de domínio total assinala,

justamente, esta propensão. Neste ponto, é imperioso reter que a sustentação do conceito de controlo padroniza, na acepção societária, uma natureza dual: um primeiro aspecto, centrado no aludido poder de direcção; e uma segunda orientação, derivada da “garantia” que a sociedade dominante propicia à dominada. A verificação das duas premissas, resulta no silogismo que afirma a existência de uma coligação societária. Não obstante, a consideração tutelar ínsita ao modelo, por via da responsabilidade intersocietária (através do cumprimento das dívidas da dominada, ou da compensação das respectivas perdas), é uma delimitação exorbitante à temática fiscal. Nem, tão pouco, a exortação afiança um posicionamento incompatível com os ditos preceitos do ramo jurídico comercial, porquanto a base de comparação entre estabelecimento estável e filial assenta nos parâmetros definidos na dependência fiscal. O arquétipo societário serve, tão-somente, como medida de aproximação entre duas entidades que, apesar das semelhanças com a relação instituída entre estabelecimento estável e a sociedade-mãe, não definem uma adjacência susceptível de concluir que a filial é uma mera extensão da entidade dominante noutra jurisdição. Afastado um dos pressupostos do grupo societário, fica, do mesmo modo, prejudicado o correspondente enquadramento, enquanto fundamento da ligação entre dominante e dominada, tomado na vertente fiscal. O controlo, densificado nestes moldes, traduz um alcance mais singelo, suportado no domínio total sobre a gestão e sobre os desfechos deliberativos da dominada estrangeira. Tendo presente que o alinhamento tributário assenta na sua realidade precedente, ou seja, na coligação societária, e sendo certo que a perspectiva tutelar não pontifica nos meandros tributários (direccionado, tão-somente, a perceber os problemas relativos à transferência de rendimentos ou prejuízos), a dependência do estabelecimento estável encontra o seu correspondente, ao nível da filial, na ideia de “direcção unitária”.

Porém, mesmo circunscritos ao panorama fiscal, a metodologia preconizada na tributação dos grupos de sociedades, não quadra com o mecanismo de transmissão de dividendos e prejuízos em causa. Acerca do desfasamento do sistema pelo lucro consolidado (uma das variantes da tributação das coligações societárias), é mister salientar que o nosso estudo não prescreve a inclusão contabilística e fiscal da sociedade portuguesa e da filial, na concepção de uma unidade tributária entre as diversas entidades em causa. A decorrência da eliminação da dupla tributação, através de um regime que institua a exclusão de todas as consequências fiscais das operações inter-grupo, ou seja, no enquadramento defendido pelo sistema de tributação dos grupos

de sociedades pelo lucro consolidado, não encontra correspondência no sentido que visualiza a filial enquanto figura distanciada da sociedade-mãe (e que temos vindo a advogar, enquanto paradigma de aproximação entre filial e estabelecimento estável). Aliás, o próprio modelo do artigo 54-A, do CIRC, é terminante no mesmo entendimento, ao enunciar o estabelecimento estável enquanto entidade separada. Se a nossa posição busca uma equiparação de regimes e figuras, o cotejo não poderá centralizar-se nos ditames propostos pelo sistema de tributação pelo lucro consolidado. Mas mesmo na percepção contemporânea da tributação dos grupos de sociedades, a eliminação da dupla tributação económica é um mecanismo alheado do tratamento fiscal dispensado às coligações societárias. A respectiva consideração sempre remete a análise para o segmento normativo previsto nos artigos 51º e seguintes, do CIRC. É, neste âmbito (e não sobre qualquer consideração no domínio da tributação dos grupos de sociedades), que se verifica a aproximação entre estabelecimento estável e filial. É o contexto normativo da “participation exemption”, que torna realizável o afastamento do reflexo dos rendimentos apurados no estabelecimento estável, por observação ao regime opcional estipulado no artigo 54-A, do CIRC. Dito de outro modo, perante a observação de prejuízos, a iniciativa natural da entidade nacional passará pela selecção do regime geral automático de reporte dos resultados (neste caso, negativos) do estabelecimento estável. Sendo certo que estamos diante uma dicotomia de soluções, não é menos verdade que o dito alinhamento é propiciado pela supressão dos lucros no domínio da entidade portuguesa. Por outras palavras, se o delineamento do artigo 51º, do CIRC, garante a preterição da concorrência dos lucros e reservas distribuídos, o mesmo não ocorre em relação aos prejuízos fiscais imputados à filial. O que significa que a correspondência entre as duas figuras surgirá no seguimento de uma previsão complementar ao dito artigo 51º, do CIRC. Ora, o afastamento do regime de tributação dos grupos de sociedades desta delimitação, é manifesto.

Os exemplos jurisprudenciais protagonizados pelo TJUE, ordenam algumas coordenadas acerca da temática da transferência transfronteiriça de prejuízos. O Acórdão *Marks & Spencer* (C-446/03) circunscreve a transmissibilidade das perdas ao necessário esgotamento das possibilidades de dedução na jurisdição de origem. Através de um critério que pondera as alternativas à restrição da liberdade de estabelecimento, entendido enquanto preceito que censura um tratamento discordante entre empresas estabelecidas noutro Estado Membro, quando confrontadas com a possibilidade de reporte de prejuízos concedida às filiais originárias desse outro Estado Membro, o

Tribunal avalia (grosso modo) a inexistência da oportunidade de duplicação de prejuízos, ou da putativa eleição da jurisdição onde os prejuízos possam ser considerados, enquanto justificações atendíveis à privação da transmissibilidade dos prejuízos no Estado da filial. O paradigma é replicado nas restantes decisões do TJUE. O arquétipo é, inclusivamente, seguido diante da relação instituída entre o estabelecimento estável e o residente localizado noutro Estado Membro. A decisão *Lidl Belgium* (C-414/06) fundamenta a aceção do estabelecimento estável enquanto figura autónoma, à luz do padrão instituído entre os artigos 5º e 7º, do MCOCDE, ou seja, da repartição redítica entre as jurisdições envolvidas (numa configuração em tudo semelhante com o preceituado no artigo 54-A, nº 3 do CIRC). Neste ponto, e quando examinada a problemática por via das norma sobreditas, a admissibilidade do reporte transfronteiriço dos prejuízos apenas sobreviria quando essas perdas revestissem uma natureza final no Estado de proveniência. No aresto *X-Holding* (C-337/08), o Tribunal refuta o juízo escorado na equiparação da filial situada noutro Estado Membro, enquanto potencial figura inserida num regime de tributação pelo lucro consolidado, à situação fiscal dos estabelecimentos estáveis. Precisamente, o TJUE assinala que o eventual paralelismo prejudicaria o cerne da repartição de competências de tributação encetado no artigo 7º, nº 1, do MCOCDE, porquanto retiraria qualquer pretensão, ao país de residência da filial, sobre a incidência fiscal dos rendimentos apurados na respectiva subsidiária. A circunstância proviria da convergência de todos os resultados do grupo numa determinada jurisdição, que, simultaneamente, excluiria, *ab initio*, a possibilidade de apreciação da essência final dos prejuízos, em virtude da integração apriorística dos resultados da filial.

Compendiada a nossa investigação, importa declarar o modelo de tributação sancionado pela agregação dos elementos previamente dissecados. Com efeito, o estabelecimento estável é, no novo sistema de IRC, demarcado enquanto realidade disjunta da entidade portuguesa, sendo, igualmente, através do correspondente regime de isenção de tributação dos lucros e prejuízos, em moldes afins ao esboço traçado para as filiais, conferida a possibilidade de eleição de reporte dos prejuízos apurados na entidade portuguesa. A dita faculdade é obviada, quando observado o contexto das filiais, apesar da manifesta proximidade entre as duas figuras, concebida pela disposição presente nos artigos 51º e 54-A, do CIRC. Julgando, a partir da ordenação antecedente, a oportunidade de transmissão dos prejuízos fiscais calculados no seio da filial, detida em domínio total, pela entidade localizada no território português, julgamos proveitoso

acrescentar, à crítica da solução mencionada, o abordado conceito de perda final, ou seja, a limitação da transmissibilidade dos prejuízos fiscais calculados pela filial, à condição da impossibilidade de dedução desses montantes na jurisdição de origem³¹⁸.

À guisa de conclusão, no rumo traçado pela Anteprojecto, que apela à compaginação das figuras da filial e do estabelecimento estável enquanto “substitutos próximos”, e na senda do raciocínio, aduzido no mesmo documento, que refuta os eventuais “comportamentos de substituição” daí advenientes, impõe-se, na nossa análise, a perscrutação dos eventuais mecanismos tendentes a promover a coerência entre as duas noções. Apesar da preterição de uma correspondência absolutamente nivelada de regimes entre filial e estabelecimento estável, porquanto a “dupla solução” preconizada para os estabelecimentos estáveis impede uma conformidade total com a realidade das filiais, tanto ao nível da indispensabilidade de verificação da natureza final dos prejuízos, sob o ponto de vista dos estabelecimentos estáveis, como ao nível da necessidade da permanência no regime de isenção, por parte das filiais, em face da existência, nesta sede, de um único regime principal de eliminação da dupla tributação económica³¹⁹, não é menos verdade que a tentativa de harmonização das duas figuras,

³¹⁸ No que concerne à situação dos estabelecimentos estáveis, tomada em absoluto, sem qualquer relação com o padrão encetado nas filiais e, portanto, em reflexão exorbitante ao nosso estudo, temos, para nós, que a compreensão do conceito de prejuízo final é um padrão desfasado, quando ponderado no âmbito do enquadramento delineado pelo nosso ordenamento ao dito conceito. Com efeito, e reiterando as precedentes ilações, ao tratamento da transmissibilidade dos resultados apurados pelo estabelecimento estável, encontram-se subjacentes duas alternativas: a desconsideração dos lucros ou dos prejuízos apurados; ou o respectivo reporte automático. Sendo dentro desta dialéctica que se movimenta a possibilidade de selecção de reporte dos prejuízos, ainda que condicionada, no que respeita à existência de lucros, à permanência no regime de isenção durante um período de três anos (artigo 54-A, nº 6 do CIRC), e no que se refere à transferência automática das perdas contabilizadas pelo estabelecimento estável, não é descortinável qualquer tipo de condicionamento adveniente da natureza da perda a reportar. Ora, perante esta decorrência, sujeitar a conjugação do regime de isenção de tributação dos resultados do estabelecimento estável, com a essência derradeira dos prejuízos, seria privar a solução de um conteúdo útil. De facto, perante a existência de um regime alternativo, que não advoga um putativo paradigma do género, a proficuidade do regime adviria da circunstância residual de, durante os três anos de permanência no regime, os prejuízos calculados na esfera do estabelecimento revestirem a dita natureza final. Uma solução desta ordem introduziria uma complexidade de regime que, no nosso entendimento, prima pela correspondente desnecessidade prática. E tão pouco o alinhamento colide com a orientação concebida pelo TJUE, ou, melhor dito, a formulação do Tribunal não assenta na peculiaridade ínsita ao ordenamento português, que dispõe dois regimes de tratamento dos lucros ou prejuízos dos estabelecimentos estáveis. A pronúncia do TJUE advoga, ao invés, a assimilação hermenêutica do estabelecimento estável à filial quando, em ambos os casos, transpareça a impossibilidade de relevar, na jurisdição da entidade-mãe, os rendimentos ou prejuízos apurados pelas aludidas entidades. O alinhamento português introduz, no caso dos estabelecimentos estáveis, uma cambiante que torna supérflua a observação dos sobreditos prejuízos finais, quando confinada a verificação à dita figura.

³¹⁹ Perfazendo, em rigor, o regime de *switch-over credit*, uma alternativa à isenção de tributação dos rendimentos distribuídos, a correspondente natureza subsidiária impede uma comparação com a situação

proporcionada pelo conceito coetâneo do estabelecimento estável, tomado enquanto entidade separada, permite gizar uma aproximação à realidade da filial, em moldes que consagrem a faculdade de reporte de prejuízos fiscais apurados na sociedade localizada fora do território português. Tanto mais profícua é a solução, quando a maior similitude entre o regime das filiais e dos estabelecimentos estáveis propende para uma orientação mais linear/equilibrada do alinhamento fiscal, num entendimento tendente ao afastamento dos putativos condicionamentos tributários à escolha económica.

delineada no caso dos estabelecimentos estáveis. Mais se diga que, tão pouco, as alternativas colocadas à transmissão dos resultados fiscais das filiais permitem a transmissão dos respectivos prejuízos fiscais.

2. Conclusões

Chegados a esta fase, e, de certo modo, reavivando a revisão das menções genéricas já apontadas na Introdução, importa segmentar os aspectos cruciais da Dissertação:

1. A reforma do IRC apela ao princípio da territorialidade como modelo justificativo da não concorrência dos rendimentos repatriados pelo estabelecimento estável e pela filial, sustentando, esta circunstância, o paradigma de competitividade actual em sede de eliminação da dupla tributação económica.
2. Ambas as metodologias de eliminação da dupla tributação económica (crédito de imposto e método de isenção) encerram virtudes e ineficiências técnicas, sendo, contudo, certa a viabilidade jurídica dos dois princípios.
3. A figura de estabelecimento estável é entendida como uma extensão da actividade prosseguida pela entidade portuguesa noutra jurisdição. Esta medida da estrita conexão entre as duas realidades, alinha uma orientação semelhante à relação edificada entre a dita figura nacional e a filial. A aproximação é tanto mais realçada quando observado o estabelecimento estável enquanto “entidade funcionalmente distinta”, ou seja, e em termos práticos, como realidade autónoma da entidade localizada no território português.
4. O dividendo/prejuízo fiscal não possuem o mesmo significado do binómio lucro/prejuízo. As duas primeiras variáveis distanciam-se dos resultados apurados na filial (ao contrário das últimas, que traduzem os montantes sujeitos a tributação). Todavia, não é menos verdade que as duas noções partilham a mesma origem (os ditos resultados/lucro tributável), e que o novo regime opcional de transmissão de lucros/prejuízos dos estabelecimentos estáveis ordena uma manifestação de vontade, em contexto similar à deliberação societária.

5. Tanto o estabelecimento estável, como a filial, comungam de uma matriz dependente na sua ligação à entidade portuguesa. No primeiro caso, essa natureza é inata à relação entre as duas entidades (o estabelecimento é, como referido, uma extensão da figura nacional). No segundo caso, a subordinação da filial é verificável a partir da detenção das suas participações sociais pela empresa localizada no nosso território.
6. A preponderância da entidade portuguesa sobre a filial é mensurada a partir da sua capacidade de influenciar a gestão e as respectivas deliberações. O controlo destes dois elementos seria, indubitavelmente, conseguido a partir da detenção da totalidade das participações sociais. Desta forma, a dependência da actuação dos estabelecimentos estáveis encontraria um conceito equiparável na noção de controlo, verificável nas filiais.
7. O reporte dos prejuízos fiscais é, tão-somente, aceitável, perante a impossibilidade da correspondente consideração nos país de localização das filiais. Deste modo, é prevenido o recurso a expedientes abusivos, como a possibilidade de duplicação de dedução de prejuízos em duas jurisdições diferentes.
8. Contudo, não é possível retirar a mesma conclusão para a transmissão dos prejuízos dos estabelecimentos estáveis. A originalidade do regime português, que prevê, neste domínio, uma duplicidade de alternativas, afasta a utilidade prática de uma exigência que assinale a condição “final” dos prejuízos.
9. Do alinhamento precedente, e em termos bastante sucintos, julgamos de concluir que o novo regime de “participation exemption”, promove a mesma configuração para a filiais e para os estabelecimento estável, perspectivando ambas as figuras de forma autónoma em relação à empresa portuguesa, mas consagrando, tão-somente, a possibilidade da opção de reporte dos prejuízos ao estabelecimento estável. A Dissertação tratou de sublinhar esta circunstância, tendo procurado oferecer uma solução que impulsione a aproximação entre as duas noções, mas que, simultaneamente, preserve as correspondentes diferenças. É, sob este mote, que a nossa proposta não tende para uma

unificação do regime dos estabelecimentos estáveis, eventualidade que teria consequências práticas ao nível dos “prejuízos finais”, reservando a condição de impossibilidade de dedução das perdas no Estado de origem, entendido como requisito prévio à respectiva transmissibilidade, apenas quando a entidade “distribuidora” seja uma filial.

3. Proposta para investigação futura

O enquadramento deixa em aberto um novo espaço de discussão para projectos de investigação futuros. Com efeito, se o nosso estudo centralizou-se numa ponderação relacional entre as duas figuras sobreditas, julgamos que não é menos controversa a duplicidade de alternativas (regime opcional de exclusão dos rendimentos e prejuízos/reporte automático dos resultados) que o nosso regime oferece, na estrita análise dos casos de transmissão de prejuízos apurados no seio do estabelecimento estável. Temos, para nós, da maior pertinência, a consideração acerca das possibilidades de uniformização das duas soluções. Não podemos, contudo, ocultar alguns dos problemas que sobressaem à enunciada proposta. Uma perspectiva desta ordem dita uma clivagem inequívoca entre o conceito fiscal de estabelecimento estável, e a noção de sucursal, ou seja, o seu reflexo “civilístico”. É, deste modo, colocada em crise, de forma definitiva, a sintonia, para efeitos tributários, entre o estabelecimento estável, entendido como mera ampliação da sua empresa-mãe (e que fundamenta a transferência automática dos seus resultados), e a ideia de “entidade funcionalmente distinta” (que sustenta a preterição de concorrência desses mesmos resultados). Mais, uma proposição deste género viria a coarctar um elemento tradicional e estruturante da relação entre estabelecimento estável, qual seja, a transmissibilidade incondicionada dos prejuízos (que, em coerência com um eventual regime decalcado do nosso estudo, deveria salientar a aceitação dos prejuízos, apenas perante o impedimento dessa dedução na jurisdição de origem do estabelecimento). Cientes da difícil tarefa sugerida, não deixamos de lançar o nosso repto ao leitor.

4. Referências Bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de Abreu – **Curso de direito comercial: Vol. II, Das sociedades**. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1646-3.

ABREU, José Carlos – **A tributação dos estabelecimentos estáveis**. Porto: Vida Económica, 2012. ISBN 978-972-788-552-7.

ABREU, Miguel Teixeira de - **Os preços de transferência no quadro da evasão fiscal internacional**. Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. ISSN 0872-9506 nº 358 (Abril-Junho 1990), p.109-17.

AMORIM, José de Campos - **A interpretação e aplicação das convenções de dupla tributação**. In: TEIXEIRA, Glória; CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). Os 10 anos de investigação do CIJE: estudos jurídico-económicos. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4225-1. pp. 469-499.

ANDERSSON, Krister - **Corporate taxation and growth**. In: LINDRENCONA, Gustaf; LODIN, Sven-Olof; WIMAN, Bertil (Coord.). International studies in taxation : law and economics - liber amicorum Leif Mutén. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90-411-9692-7. pp. 11-27.

Anteprojecto de Reforma: Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego [Em linha] (Junho 2013) [Consult. 02 Agos. 2015]. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/media/1157091/20130726%20seaf%20rel%20final%20anteprojecto%20reforma%20irc.pdf>.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia - **Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1629-3.

ANTUNES, José Engrácia - **A tributação dos grupos de sociedades**. Fiscalidade. Lisboa. ISSN 0874-7326 n° 45 (Janeiro-Março 2011). pp. 5-26.

ANTÃO, Mário Patinha - **Harmonização da fiscalidade das empresas na união europeia: algumas notas de racionalidade económica**. Fisco. Lisboa. ISSN 0872-9506. Ano 12, n° 93-94 (2001). pp. 15-25.

ARNOLD, Brian J. – **Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties**. Bulletin for international fiscal documentation. Amsterdam. Vol. 57, n° 10 (2003). pp. 476-492.

ARAÚJO, Fernando - **Introdução à economia**. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2459-8.

ARAÚJO, Fernando Carreira; OLIVEIRA, António Fernandes de - **O código do IRC e os conceitos de (I) capital, (II) partes de capital, (III) prestações suplementares e (IV) créditos pela realização de prestações suplementares**. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda (Coord.). Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches, vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1966-1. pp. 655-729.

ASCENSÃO, José de Oliveira – **As acções**. In: FERREIRA, Eduardo Paz; NUNES, Fernando Conceição; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; SILVA, Helena Marques da; MACEDO, Jorge Braga de; PEREIRA, Jorge Brito; ASCENSÃO, José de Oliveira; LEITÃO, Luís Manuel Teles de; ALVAREZ, Paula; CÂMARA, Paulo (Coord.). Direito dos Valores Mobiliários, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0964-0. pp. 57- 90.

BAKER, Philip; COLLIER, Richard – **General Report**. In: The attribution of profits to permanent establishments - Cahiers de Droit Fiscal International. Amersfoot: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. ISBN 90 64 76186 8. Vol.91b, 2006. pp. 25-67.

BAKER, Philip; COLLIER, Richard – **2008 oecd model: changes to the commentary on article 7 and the attribution of profits to permanent establishments**. Bulletin for International Taxation. Amsterdam: IBFD. vol. 63, nº 5/9 (2009). pp. 199-203.

BAMMENS, Niels - **The Principle of Non-discrimination in International and European Tax Law**. Amsterdam: IBFD. ISBN 978-90-8722-159-1.

BAPTISTA, João Valbom - **Grupos societários de facto : a confiança como fundamento da responsabilidade das sociedades dominantes perante credores das sociedades dependentes**. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (Coord.). Estudos em Homenagem ao Professor Doutro Alberto Xavier. Vol. III. Coimbra: Almedina. ISBN ISBN 978-972-40-4903-8.. pp. 303-335.

BASTO, José Guilherme Xavier de - **IRS : incidência real e determinação dos rendimentos líquidos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1521-2.

BENNET, Mary – **Article 7 – New oecd rules for attributing profit to permanent establishments**. In: WEBER, Dennis; WEEGHEL, Stef Van (Coord.). The 2010 OECD Updates: Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines, a Critical Review. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3812-5. pp. 21-36.

BORGES, Ricardo Palma – **Marks & Spencer and its consequences for Portugal**. In: SANCHES, J.L. Saldanha; CÂMARA, Francisco Sousa da; GAMA, João Taborda da (Coord.). Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1720-9. pp. 137-177

BERNALES, Roberto – **The authorized oecd approach: an overview**. In: GUTIÉRREZ, Carlos; PERDELWITZ, Andreas (Coord.). Taxation of business profits in the 21st century: selected issues under tax treaties. Amsterdam: IBFD, 2013. ISBN 978-90-8722-189-8. pp. 135-181.

BORREGO, Félix Alberto Vega – **Limitation on benefits clauses in double taxation conventions**. The Hague: Kluwer Law International/Instituto de Estudios Fiscales, 2006. ISBN 90-411-2370-9.

BROE, Luc de; JONES, Jonh F. Avery; ELLIS, Maarten J.; RAAD, Kees Van; GALL, Jean-Pierre Le; TORRIONE, Henri; MIYATAKE, Toshio; ROBERTS, Sidney I.; GOLDBERG, Sanford H.; KILLIUS Jurgen; MAISTO, Guglielmo; GIULIANI, Federico; VANN, Richard J.; WARD, David A.; WIMAN, Bertil – **Treaty conflicts in categorizing income as business profits caused by differences in approach between common law and civil law**. Bulletin for International Fiscal Documentation. Amsterdam: IBFD. vol. 57, n° 6 (2003). pp. 237-248.

BRAUNER, Yariv – **Commentary on article 5 of the OECD Model**. IBFD, The Taxation of permanent establishments. – Amsterdam, 2014; 33 pp.

BRAUNER, Yariv; DOURADO, Ana Paula; TRAVERSA, Edoardo – **Ten years of Marks & Spencer**. Intertax. vol. 43, issue 4, 2015. pp. 306-314.

BURGERS, Irene J.J. – **Analysis art. 7° OECD model convention: allocation of profits to a permanent establishment**. IBFD, The Taxation of permanent establishments. – Amsterdam, 2014; 32 pp.

C-250/95 - Futura Participations e Singer [Em linha] [Consult. 09 Jul. 2015]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57067&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=34935>.

C-446/03 - Marks & Spencer plc [Em linha] [Consult. 09 Jul. 2015]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=57067&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=34935>.

C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation [Em linha] [Consult. 10 Out. 2014]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd725083>

[a0b052454cbe039f559e75ecda.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRaxn0?text=&docid=66365&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=107586.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66365&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=107586)

C-446/04 - Test Claimants in the FII Group Litigation [Em linha] [Consult. 10 Out. 2014]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66367&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32652.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66367&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32652)

C-170/05 - Denkavit Internationaal BV, Denkavit France SARL [Em linha] [Consult. 10 Out. 2014]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=64720&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32750.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=64720&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=32750)

C-231/05 - Oy AA [Em linha] [Consult. 20 Jul. 2015]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62750&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35385.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62750&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35385)

C-414/06 - Lidl Belgium GmbH & Co. KG [Em linha] [Consult. 22 Jul. 2015]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67375&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35558.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67375&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35558)

C-157/07 - Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH [Em linha] [Consult. 25 Jul. 2015]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66965&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35724.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66965&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35724)

C-337/08 - X Holding BV [Em linha] [Consult. 27 Jul. 2015]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72408&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35804.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72408&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=35804)

C- 48/13 - Nordea Bank Danmark A/S [Em linha] [Consult. 30 Jul. 2015]. Disponível em: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd8c580b6ba2f0411f829784546cb9b952.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRaN90?text=&docid=155108&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=999268.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd8c580b6ba2f0411f829784546cb9b952.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRaN90?text=&docid=155108&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=999268)

CÂMARA, Francisco Sousa da – **IDE sucursais e subsidiárias – discriminações e situações triangulares**. In: 15 Anos da reforma fiscal de 1988/89: jornadas de homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2696-5. pp. 435-450.

CÂMARA, Francisco Sousa da - **Limitações à aplicação do método da isenção por virtude de abusos: o nº 10 do artigo 46º do Código do IRC**. In: Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-000-00-5670-2. pp. 33-48.

CÂMARA, Francisco Sousa da; SANTIAGO, Bruno Vinga - **Análise de alguns aspectos do regime doméstico dos preços de transferência e a sua relação com o Direito Fiscal Internacional e o Direito Comunitário**. In: MIRANDA, Jorge. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha : Assuntos Europeus e integração económica, vol. 2. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4146-9. pp. 165-187.

CÂMARA, Francisco Sousa da; SANTIAGO, Bruno Vinga - **O "novo" regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos :o artigo 51.º, n.º 10, do código do IRC**. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda (Coord.). Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches, vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2011a. ISBN 978-972-32-1966-1. pp. 755-782.

CÂMARA, Paulo - **Manual de direito dos valores mobiliários**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3855-1.

CARBONE, Sergio M. – **Stabile organizzazione e gruppo di imprese nel diritto tributario internazionale**. In: UKMAR, Antonio; UKMAR, Victor (Coord.). La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale. Padova: Cedam, 1981. pp. 231-254.

CARDONA, Maria Celeste – **O papel dos acordos de dupla tributação na internacionalização da economia**. In: Colóquio: A internacionalização da economia e a fiscalidade – XXX Aniversário (1963-1993) do Centro de Estudos

Fiscais. Lisboa: Direcção Geral das Contribuições e Impostos, 1993. ISBN 972-653-131-4. pp. 207-235.

CARDONA, Maria Celeste - **O conceito de estabelecimento estável : algumas reflexões em torno deste conceito.** In: Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1995. ISBN 972-653-141-1. pp. 245-277.

CARLI, Carlo – **La disciplina degli enti non residenti.** In: UCKMAR, Victor; MAGNANI, Corrado; MARONGIU, Gianni. Il Reddito di Impresa nel Nuovo Testo Unico. Padova: Cedam, 1988. pp. 697-729.

CARRERO, José Manuel Calderón Carrero – **Benefícios empresariales (y de navegación).** In: FERNANDÉZ, Nestor Carmona (Coord.). Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Valencia: Wolters Kluwer España. ISBN 978-84-9954-435-9. pp. 147-269.

CATARINO, João Ricardo - **Redistribuição tributária: Estado social e escolha individual.** Coimbra: Almedina, 2008. Tese de Doutoramento.

CATARINO, João Ricardo - **Para uma teoria política do tributo.** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2009. Dissertação de Mestrado.

CATARINO, João Ricardo; DIOGO, Sara; LOPES, André – **A boa governança e a competitividade fiscal.** In: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. Lições de Fiscalidade-Volume II: Gestão e Planeamento Fiscal Internacional. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. pp. 415-480.

CIPPOLINA, Silvia – **La Legge Civile e la Legge Fiscale: Il problema dell’elusione Fiscale.** Padova: Cedam, 1992. ISBN 88-13-17697-X.

Código das Sociedades Comerciais em Comentário, vol. V. Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.). Coimbra: Almedina. ISBN ISBN 978-972-40-4987-8. pp. 248-266.

Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa – Relatório Final. Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. ISSN 0870-340X. n.º 395(1999). pp. 105-182.

CORASANITI, Giuseppe - **Dividendi, interessi, canoni e plusvalenze nel modello OCSE.** In: UCKMAR, Victor. Corso di diritto tributario internazionale. Padova: Cedam, 2002. ISBN 88-13-24106-2. pp. 481-511.

CORREIA, Miguel - **Taxation, property and market: the case of the corporation income tax.** In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda (Coord.). Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches, vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1966-1. pp. 971-1020.

COURINHA, Gustavo Lopes - **O artigo 23.º, n.º 7, do CIRC, a Constituição e o regime de preços de transferência das Convenções sobre dupla tributação.** In: SANCHES, J.L. Saldanha; CÂMARA, Francisco Sousa da; GAMA, João Taborda da (Coord.). Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1720-9. pp. 137-177.

DGCI – **Parecer n.º 101/90.** Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. ISSN 0870-340X. n.º 361(1991). pp. 347-357.

DGCI – **Circular n.º 24/2011.** [Consult. 12 Dez. 2014] Disponível em [357http://www.kpmg.com/PT/pt/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxNews/Documents/2011/111111.pdf](http://www.kpmg.com/PT/pt/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/TaxNews/Documents/2011/111111.pdf).

DOMINGUES, Paulo de Tarso – **Capital e património sociais, lucros e reservas.** In: ABREU, J.M. Coutinho (Coord.). Estudos de direito das sociedades, 9ª edição, 2008. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3488-1. pp. 173-233.

DOURADO, Ana Paula - **A tributação dos rendimentos de capitais : a harmonização na comunidade Europeia.** Lisboa : Centro de Estudos Fiscais, 1996. Dissertação de Mestrado.

DURÁN, Manuel Lucas - **La tributación de los dividendos internacionales**. Valladolid: Lex Nova, 2000 (Derecho financiero y tributario ; 38). ISBN 84-8406-224-4.

DZIURDZ, Kasper – **Dependent agent PE created by an employee: remuneration “born by” under article 15 (2) (c) of the oecd model?**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred (Coord.). *Dependent Agents as Permanent Establishments*. Wien: Linde, 2014. ISBN 978-3-7073-2460-0. pp. 247-270.

ENGLISH, Joachim – **X Holding: looking beyond loss relief issues**. In: SILVA, Bruno da; WEBER, Dennis. *From Marks & Spencer to X-Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3399-1. pp. 71-94.

ESTEVES, Jaime Carvalho - **Da (ir)relevância da "fat capitalization" de uma "sociedade instrumental"**. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Tabora (Coord.). *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2011a. ISBN 978-972-32-1966-1. pp. 783-809.

ESTEVES, Jaime Carvalho - **As normas anti-abuso e a tributação efectiva dos dividendos**. In: TEIXEIRA, GLÓRIA; CUNHA, Ary Ferreira da (Coord.). *I Congresso de Direito Fiscal*. Porto: Vida Económica, 2011b. ISBN 978-972-788-421-6. pp. 109-137.

FALLOIS, Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie - **La compatibilidad del principio de simetría en la aplicación del método de exención com la libertad de establecimiento: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2008, asunto *Lidl Belgium* (C-414/06)**. *Crónica Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, nº 128 (2008). pp. 171-192.

FARIA, Maria Teresa Veiga de – **Preços de transferência: problemática geral.** In: Colóquio: A internacionalização da economia e a fiscalidade – XXX Aniversário (1963-1993) do Centro de Estudos Fiscais. Lisboa: Direcção Geral das Contribuições e Impostos, 1993. ISBN 972-653-131-4. pp. 397-442.

FARMER, Paul; LAST, Alison – **The Marks & Spencer group relief litigation: the no possibilities test.** In: SILVA, Bruno da; WEBER, Dennis. From *Marks & Spencer to X-Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3399-1. pp. 95-108.

FERNÁNDEZ, Néstor Carmona – **Dividendos.** In: FERNANDÉZ, Néstor Carmona (Coord.). *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: Wolters Kluwer España. ISBN 978-84-9954-435-9. pp. 345-364.

FERREIRA, Rogério Manuel Fernandes - **Princípios de determinação do rendimento e do capital dos estabelecimentos estáveis e sua aplicação a bancos, seguradoras e outras instituições financeiras.** *Ciência e técnica fiscal*. Lisboa. ISSN 0870-340X. nº 383(Julho – Setembro 1996). pp. 35-54.

FERREIRA, Rogério Manuel Fernandes Ferreira - **Portuguese Report.** In: Source and residence: new configuration of their principles - *Cahiers de Droit Fiscal International*. Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. ISBN 906476137X. Vol.90a, 2005. pp. 553-569.

GONÇALVES, Mónica Respício - **Grupos de sociedades e dupla tributação económica : a determinação da localização da tributação efectiva após o O.E 2011.** *Fiscalidade*. Lisboa. ISSN 0874-7326. nº 42 (Abril-Junho 2010). pp. 101-104.

GARBARINO, Carlo - **La tassazione del reddito trasnazionale.** Padova. Cedam, 1990. ISBN 88-13-16537-4.

GASSNER, Wolfgang – **The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response.** In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie. *The*

Notion of Income from Capital: EATLP Congress, Cologne 12-14 June 2003. Amsterdam: IBFD, 2005. ISBN 90-76078-81-5. pp. 33-52.

GIULIANI, Federico M. – **Article 10 (3) of the oecd model and borderline cases of corporate distributions**. Bulletin for International Taxation. Amsterdam: IBFD. vol. 56, n° 1 (2002). pp. 11-14.

GOMES, Fátima - **O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades anónimas**. Coimbra: Almedina, 2011. Tese de Doutoramento.

GRAAF, Arnaud de; POTGENS, Frank – **Worrying interpretation of “liable to tax”: oecd clarification would be welcome**. Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. Vol. 39, issue 4. pp. 167-177.

GUIMARÃES, Vasco - **A dupla tributação económica no código do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas**. Fisco. Lisboa. ISSN 0872-9506. Ano 2, n° 14 (1989). pp. 20-23.

GUIMARÃES, Vasco – **O conceito de estabelecimento estável e o comércio electrónico**. In: ALEXANDRE, Mário Alberto; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2000. ISBN 972-653-163-2. pp. 153-183.

HALLER, Barbara – **The permanent establishment proviso 10 (4), 11 (4), 12 (3) and 21 (2) MC**. In: Hans-Jörgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 227-250.

HAMAEEKERS, Hubert – **Arm’s lenght – how long?**. In: International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel. London: Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-9841-5. pp. 29-52.

HAMAEEKERS, Hubert - **Comparable profits methods, an arm's length transfer pricing method.** In: DOURADO, Ana Paula. Planeamento e concorrência fiscal internacional. Lisboa: Fisco. ISBN 972-8634-20-X. pp. 285-302

HARRIS, Peter – **Corporate tax law: structure policy and practice.** Cambridge: University Press, 2013. ISBN: 978-1-107-03353-5.

HELMINEM, Marjaana – **The international tax law concept of dividend.** Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2010. ISBN 978-90-411-3206-2.

HERNÁNDEZ, Daniel Fuentes – **Agents of an independent character under article 5(6) of the oecd model convention.** In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred (Coord.). Dependent Agents as Permanent Establishments. Wien: Linde, 2014. ISBN 978-3-7073-2460-0. pp. 159-182.

HIRSCHBOCK, Martin - **The Force of Attraction Principle under the UN-Model Convention** In: Hans-Jürgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 405-424.

HOLMES, Kevin – **The concept of income: a multi-disciplinary analysis.** Amsterdam. IBFD, 2000. Tese de Doutoramento.

HOORN, J. Van - **Taxation of business organizations.** In: CONARD, Alfred (Coord.). International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI. Dordrecht; Boston; Lancaster: Nijhoff Publishers. 1991. ISBN 3-16-644617-6.

HUFBAUER, Gary Clyde; KIM, Jisun - **International tax competition: tree big issues.** Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Coimbra. ISSN 1646-91-27. Ano 1, n° 2 (2008). pp. 19-28.

HUSTON, Jonh; WILLIAMS, Lee – **Permanent establishment: a planning primer**. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993. ISBN 90-6544-717-2.

JIMÉNEZ, Ignacio Luis Gómez – **Un análisis sobre el enfoque autorizado de la ocde para la atribución de beneficios a los establecimientos pemanentes**. Crónica Tributaria. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, nº 133 (2009). pp.125-155.

JONES, Jonh F. Avery – **Categorizing income for the oecd model**. In: HINNEKENS, Luc; HINNEKENS, Philippe. A Vision of Taxes within and outside European Borders: Festschrift in honour of Prof. Dr. Frans Vanistendel. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. ISBN 978-90-4112-640-5. pp. 93-109.

JONES, Jonh F. Avery - **The beneficial ownership concept was never necessary in the model**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred. Beneficial Ownership: Recent Trends. Amsterdam: IBFD, 2013. ISBN 978-90-8722-200-0. pp. 333-339.

KEMMEREN, Eric C.C.M - **Exemption method for PEs and (major) shareholdings best services : the CCCTB and the internal markets concerned**. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International. EC Tax Review, Vol. 17, nº. 3 (2008). pp. 118-136.

KOBETSKY, Michael – **Article 7 of the oecd model: defining the personality of permanent establishments** - Bulletin for International Taxation. Amsterdam: IBFD. vol. 60, nº 10 (2006). pp. 411-425.

KOK, Reinout – **Domestic and cross-border loss relief in the European Union**. Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2010. Vol. 38, issue 12. pp. 663-671.

KULCSÁR, TAMÁS – **How fiction becomes reality: equal treatment for permanent establishments and resident enterprises**. In: GUTIÉRREZ, Carlos;

PERDELWITZ, Andreas (Coord.). Taxation of business profits in the 21st century: selected issues under tax treaties. Amsterdam: IBFD, 2013. ISBN 978-90-8722-189-8. pp. 231-250.

LANG, Joachim – **The influence of tax principles on the taxation of income from capital.** In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie. The Notion of Income from Capital: EATLP Congress, Cologne 12-14 June 2003. Amsterdam: IBFD, 2005. ISBN 90-76078-81-5. pp. 3-32.

LANG, Michael – **Has the case law of the ECJ on final losses reached the end of the end of the line?.** European Taxation. Amsterdam. vol. 54, n° 12 (2014). pp. 530-540.

LANDL, Harald E. – **Capitalization of a permanent establishment and the discussion draft “attribution of profits to PE”.** In: Hans-Jürgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 351-376.

LEITÃO, Luís Menezes - **O conceito de estabelecimento estável na tributação do rendimento.** In: 15 Anos da reforma fiscal de 1988/89: jornadas de homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2696-5. pp. 171-183.

LEVOUCHKINA, Ksenia J. – **Relevance of permanent establishment for the taxation of business profit and business property.** In: Hans-Jürgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 13-40.

LÓPEZ, María del Prado Montoya – **Los convenios para evitar la doble imposición internacional.** In: YURRITA, Miguel Ángel Collado; GONZÁLEZ, Saturnina Moreno (Coord.). Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria. Madrid: Centro de Estudios Fiscales/ Universidad de Castilla-la Mancha, 2005. ISBN 84-7879-986-9. pp. 37-62.

LOUREIRO, Carlos - **A reforma fiscal e a competitividade das empresas : sucesso ou oportunidade perdida.** In: 15 Anos da reforma fiscal de 1988/89: jornadas de homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2696-5. pp. 239-251.

LOSADA, Soraya Rodríguez – **La interpretación jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo en el ambito internacional.** Crónica Tributaria. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, nº 149 (2013). pp.153-197.

LOUSA, Manuel Gutiérrez – **El régimen fiscal de los precios de transferencia en la ley del impuesto sobre sociedades.** In: ONDARZA, José A. Rodríguez; PRIETO, Ángel Fernández (Coord.). Fiscalidad y Planificación Fiscal Internacional. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2003. ISBN 84-88533-65-9. pp. 331-359.

LOUSA, Maria dos Prazeres Rito - **A tributação das filiais de empresas transnacionais e a subcapitalização.** In: Colóquio: A internacionalização da economia e a fiscalidade – XXX Aniversário (1963-1993) do Centro de Estudos Fiscais. Lisboa: Direcção Geral das Contribuições e Impostos, 1993. ISBN 972-653-131-4. pp. 443-482.

LOVISOLO, Antonio – **Il sistema impositivo dei dividendi.** Padova: Cedam, 1980.

LOVISOLO, Antonio - **La stabile organizzazione.** In: UCKMAR, Victor (Coord.). Corso di diritto tributario internazionale. Padova: Cedam, 2002. ISBN 88-13-220-82-0. pp. 297-357.

MADEIRA, Eduardo Arruda; NEVES, Tiago Cassiano – **Exploring the boundaries of the application of article 10 (5) of the oecd model.** Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011a. Vol. 35, issue 8/9. pp. 473-483

MAGALHÃES, Luís – **O IRC no contexto internacional**. In: 15 Anos da reforma fiscal de 1988/89: jornadas de homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2696-5. pp. 185-239.

MAISTO, Guglielmo – **Il «transfer price» nel diritto tributario italiano e comparato**. Padova: Cedam, 1985.

MAISTO, Guglielmo - **Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive**. In: WEBER, Denis (Coord.). EU income tax law: issues for the years ahead. Amsterdam: IBFD. ISBN 9789087222062. pp. 1-20.

MARQUES, Fábio Saraiva - **Hybrid entities and partnerships: issues within EC law and double tax treaties**. In: TEIXEIRA, Glória; CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). Os 10 anos de investigação do CIJE: estudos jurídico-económicos. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4225-1. pp. 185-202.

MARTÍNEZ, Pedro Soares - **Da personalidade tributária**, 2ª ed. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1969. Tese de Doutoramento.

MARTINS, Alexandre Soveral; RAMOS, Maria Elisabete – **As participações sociais**. In: ABREU, J.M. Coutinho (Coord.). Estudos de direito das sociedades, 9ª edição, 2008. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-3488-1. pp. 131-171.

MATTHEWS, Stephen – **What is a “competitive” tax system?** [Consult. 10 Out. 2014] Disponível em <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kg3h0vmd4kj.pdf?expires=1441316435&id=id&accname=guest&checksum=767A2848057658F59216AF1ACC7AE797>.

MENDES, António Rocha; CORREIA, Miguel - **As alterações aos mecanismos para evitar a dupla tributação económica de lucros distribuídos e o seu impacto no comportamento das empresas**. Fiscalidade. Lisboa. ISSN 0874-7326. nº 42 (Abril-Junho 2010). pp. 67-99.

MERKS, Paulus – **Dividend withholding tax planning techniques: part 1.** Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011a. Vol. 39, issue 10. pp. 460-470.

MERKS, Paulus – **Dividend withholding tax planning techniques: part 2.** Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011b. Vol. 39, issue 11. pp. 526-533.

MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro - **As convenções sobre dupla tributação.** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1998. ISBN 972-653-154-3.

MICHELSEN, Aage – **General report.** In: Tax Treatment of corporate losses- Cahiers de Droit Fiscal International. Amersfoot: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. ISBN 90411102X. Vol. 83a, 1998. pp. 21-69.

MITROYANNI, Ioanna – **Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market.** Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2008. ISBN 978-90-411-2779-2.

MORAIS, Rui Duarte - **Imputação de lucros de sociedades não residentes : sujeitas a um regime fiscal privilegiado: Controlled Foreign Companies, o artigo 60º do CIRC.** Porto: Universidade Católica, 2005. Tese de Doutoramento.

MAYER, Mag. René - **Subsidiary as a Permanent Establishment (Art 5 (7) OECD-MC).** In: Hans-Jörgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 161-181.

NABAIS, José Casalta - **Avaliação indirecta e manifestações de fortuna na luta contra a evasão fiscal.** In: CAMPOS, Diogo Leite (Coord.). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol.II. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1749-0. pp. 285-309.

NABAIS, José Casalta - **Introdução ao direito fiscal das empresas**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5235-9.

NOGUEIRA, João Félix – **Princípio da independência**. In: TEIXEIRA, Glória; BARROS, Duarte (Coord.). Preços de Transferência e o caso Português. Porto: Vida Económica, 2004. ISBN 972-788-112-2. pp. 307-339.

NOGUEIRA, João Félix Pinto - **Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Tese de Doutoramento.

NOTARI, Mario - **La nozioni di controllo nella disciplina antitrust**. Milano: Giuffrè, 1996. ISBN 88-14-05764-8.

NOUEL, Luis – **Capital structure and financing of permanent establishments**. In: GUTIÉRREZ, Carlos; PERDELWITZ, Andreas (Coord.). Taxation of business profits in the 21st century: selected issues under tax treaties. Amsterdam: IBFD, 2013. ISBN 978-90-8722-189-8. pp. 183-208.

NUNES, Gonçalo Nuno Cabral de Almeida Avelãs - **Tributação dos grupos de sociedades pelo lucro consolidado em sede de IRC : contributo para um novo enquadramento dogmático e legal do seu regime**. Coimbra: Almedina, 2001. Dissertação de Mestrado.

OCDE – **2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments** [Em linha] [Consult. 12 Nov. 2014]. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>.

OCDE – **Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros (BEPS)** [Em linha] [Consult. 08 Nov. 2014]. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version-9789264201248-pt.htm>.

OCDE – **BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements** [Em linha] [Consult. 08 Nov. 2014]. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-9789264218819-en.htm>.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de - **Grupos de sociedades e deveres de lealdade : por um critério unitário de solução do "conflito do grupo"**. Coimbra: Almedina, 2012. Tese de Doutoramento.

ONDARZA, José A. Rodríguez – **La importancia de la fiscalidad internacional en un escenario globalizado**. In: ONDARZA, José A. Rodríguez; PRIETO, Ángel Fernández (Coord.). *Fiscalidad y Planificación Fiscal Internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2003. ISBN 84-88533-65-9. pp. 15-59.

OVIEDO, José María Martín – **Fiscalidad de las empresas**. 2ª ed. Editorial Civitas. Madrid, 1997. ISBN 84-470-0853-3.

O'SHEA, Tom - **Dividend taxation post manninen: "shifting sands" or solid foundations?**. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda (Coord.). *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, vol. 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1966-1. pp. 783-809.

PALMA, Clotilde Celorico – **Portuguese Report**. In: *Tax treatment of international acquisitions of businesses - Cahiers de Droit Fiscal International*. Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. ISBN 9064761388. Vol.90b, 2005. pp. 549-570.

PALMA, Clotilde Celorico – **Planeamento fiscal internacional**. In: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Lições de Fiscalidade- Volume II: Gestão e Planeamento Fiscal Internacional*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6089-7. pp. 125-166.

PALMEIRA, Carla - **O estabelecimento estável nas convenções modelo da OCDE e da ONU**. In: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – Miscelâneas nº 4. Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de – **Manual de Direito Internacional Público, 3ª edição**. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0868-1.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas – **A extensão do conceito de lucro tributável**. In: Colóquio sobre o sistema fiscal. Lisboa. Centro de Estudos Fiscais, 1984. pp. 531-554.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas – **A base tributável do IRC**. Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. ISNN 0870-340X. nº 360(1990). pp. 115-145.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas - **Regime fiscal do reporte de prejuízos - princípios fundamentais**. In: Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1995. ISBN 972-653-141-1. pp. 221-244.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas - **A dupla tributação económica dos lucros**. In: Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000. pp. 599-614.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas - **Tributação das sociedades e globalização económica**. Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. ISNN 0870-340X. nº 422(2008). pp.7-24.

PEREIRA, Paula Rosado - **Princípios do direito fiscal internacional : paradigma clássico ao direito fiscal europeu**. Coimbra: Almedina, 2010. Tese de Doutoramento.

PEZZELLA, Domenico – **Final Losses under EU tax law: proposal for a better approach.** *European Taxation*. Amsterdam. vol. 54, n° 2-3 (2014). pp. 71-79.

PIJL, Hans – **Interest from hybrid debts.** *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD. vol. 65, n° 9 (2011). pp. 482-502.

PIJL, Hans – **Interpretation of article 7 of the oecd model, permanent establishment financing and other dealings.** *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD. vol. 65, n° 6 (2011b). pp. 294-306.

PINTO, Luís Maria Teixeira - **Aspectos da globalização.** In *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor João Lumbrales*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000. pp. 557-568.

PIRES, MANUEL - **Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento.** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986. Tese de Doutoramento.

PIRES, Rita Calçada - **Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico : desvendar mitos e construir realidades.** Coimbra: Almedina, 2011. Tese de Doutoramento.

PINHEIRO, Gabriela - **A fiscalidade directa na união europeia.** Porto: Universidade Católica, 1998. ISBN 972-8069-19-7.

POST, D.R.; STALS, K.P.E – **The tax treatment of corporate losses: a comparative study.** *Intertax*. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2012. Vol. 40, issue 4 (2012). pp. 232-244.

RAAD, Kees Van – **Non discrimination in international tax law.** Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986. ISBN 90-6544-2669.

RAAD, Kees Van – **International coordination of tax treaty interpretation and application.** In: *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of*

Klaus Vogel. London: Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-9841-5. pp. 217-230.

RAAD, Kees Van – **Five fundamental rules in applying tax treaties.** In: DOURADO, Ana Paula (Coord.). Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional. Lisboa: Fisco, 2003. ISBN 972-8634-20-X. pp. 337-347.

RAMOS, Luís Pedro Coelho – **O princípio da plena concorrência e a problemática dos comparáveis.** In: TEIXEIRA, Glória (Coord.). Preços de Transferência – Casos Práticos. Porto: Vida Económica, 2006. ISBN 972-788-185-8. pp. 275-306.

REIMER, Ekkehart – **Permanent establishment in the oecd model tax convention.** In: REIMER, Ekkehart; URBAN, Natalie; SCHMID, Stefan (Coord.). Permanent establishments: a domestic taxation, bilateral tax treaty and oecd perspective. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2012. ISBN 978-90-411-3660-2. 3-192.

REIMER, Ekkehart – **How to conceptualize beneficial ownership.** In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred. Beneficial Ownership: Recent Trends. Amsterdam: IBFD, 2013. ISBN 978-90-8722-200-0. pp. 253-266.

RESCH, Richard Xenophon - **The Taxation of Profits without a Permanent Establishment.** In: Hans-Jörgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 475-501.

RIBEIRO, João Sérgio - **Tributação presuntiva do rendimento : um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável.** Coimbra: Almedina, 2010. Tese de doutoramento.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira – **Lições de Finanças Públicas.** 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0673-0.

ROMÃO, Filipe; CALDAS, António Castro; CORDAS, Nair - **A aplicação das regras dos preços de transferência nas relações entre os estabelecimentos estáveis e a sua casa-mãe: a problemática do "free capital" e a dedução de juros.** In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (Coord.). Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier. Vol. I. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-4901-4. pp. 475-500.

ROCHA, Miguel Leónidas; ALMEIDA, Ricardo Jorge - **O mecanismo da eliminação da dupla tributação internacional: particularidades.** Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Coimbra. ISSN 1646-9127. Ano 2, nº 3 (Outono 2009). pp. 261-275.

RUSSO, Raffaele – **Historical development of art. 7 of the oecd model.** In: RUSSO, Raffaele. The attribution of profits to permanent establishments. Amsterdam: IBFD, 2005. ISSN 90-76078-84-X. pp. 5-30.

SAÉZ, Amelia Maroto – **Estudio de las operaciones realizadas entre casa central y establecimientos permanentes.** Crónica Tributaria. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, nº 131 (2009). pp.79-105.

SANCHES, J.L. Saldanha – **Estudos de Direito Contabilístico e Fiscal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0953-5.

SANCHES, José Luís Saldanha - **Justiça fiscal.** Lisboa: Relógio D'Agua Editores, 2010. ISBN 978-989-8424-13-6.

SANCHES, J.L. Saldanha – **Os limites do planeamento fiscal: substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional.** Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-972-32-1433-4.

SANGIORGIO, Ivo – **La rilevanza fiscale del controllo societario.** Rivista di Diritto Tributario. nº 12 (Dicembre 1993). pp. 1329-1344.

SANTOS, Filipe Cassiano dos - **A posição do accionista face aos lucros de balanço: o direito do accionista ao dividendo no código das sociedades comerciais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972-32-0719-2.

SANTOS, António Carlos dos – **A crise financeira e resposta da União Europeia: que papel para a fiscalidade?**. In: A Fiscalidade como instrumento de recuperação económica. Porto: Vida Económica. ISSN: 978-972-788-401-8. pp. 21-40.

SANTOS, António Carlos dos – **A nova proposta de diretiva sobre a matéria comum consolidada em sede de imposto sobre as sociedades**. In: SANTOS, António Carlos dos; LOBO, Carlos Baptista; PORTUGAL, Mário (Coord.). Coletânea de Estudos de Contabilidade e Fiscalidade: 10 anos de GEOTOC- 10 anos em memória do Prof. Sousa Franco, 2014. ISBN 978-989-98660-1-0. pp. 211-219.

SANTOS, João Pedro – **A tributação do capital na economia global**. In: ALEXANDRE, Mário Alberto; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2000. ISBN 972-653-163-2. pp. 33-71.

SANTIAGO, Bruno Vinga - **O princípio da não-discriminação no cruzamento do direito fiscal internacional com o direito fiscal comunitário**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2009. ISBN 978-972-653-177-7.

SANDERS, Thies – **X Holding, the morning after in the Netherlands**. In: SILVA, Bruno da; WEBER, Dennis. From *Marks & Spencer* to *X-Holding*: The Future of Cross-Border Group Taxation. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3399-1. pp. 125-135.

SASSO, Lorenzo – **Capital Structure and Corporate Governance: The role of hybrid instruments**. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2013. ISBN 978-90-411-4843-8.

SCHAFFNER, Jean – **How fixed is a permanent establishment?**. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2013. ISBN 978-90-411-4662-5.

SCHMITT, Anderson Heinek – **O estabelecimento permanente conforme o modelo ocde de convenção fiscal sobre o rendimento e o património e os métodos para evitar a dupla tributação internacional**. In: CAMPOS, Diogo Leite (Coord.). Estudos de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 53-101.

SCHON, Wolfgang - **The free choice between the right to establish a branch and to set-up a subsidiary - a principle of european business law**. European Business Organization Law Review. Dordrecht, nº 2 (2001), p.339-364.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GUNTHER, Oliver-Cristoph – **The subsidiary as a permanent establishment**. Bulletin for International Taxation. Amsterdam: IBFD. Vol. 65, nº 2 (2011). pp. 69-74.

SCHREIBER, Ulrich – **Evaluating the common consolidated corporate tax base**. In: SCHON, Wolfgang; SCHREIBER, Ulrich; SPENGEL, Christoph. A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe. Berlin :Springer. ISBN 978-3-540-79483-7. pp. 113-127.

SCHUCH, Josef; PINETZ, Erik – **The definition of dividends, interest, royalties and capital gains**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred. The OECD Model Convention and its Update 2014. Amsterdam: Linde/IBFD. ISBN 978-90-8722-301-4. pp. 1-23.

SERRÃO, Miguel - **A determinação dos lucros imputáveis a um estabelecimento estável : A abordagem autorizada da OCDE de interpretação do (novo) artigo 7º do modelo de convenção destinada a evitar a dupla tributação**. Lisboa: Ciência e Técnica Fiscal. Nº 417 (Janeiro- Junho 2006), p. 7-67.

SILVA, Bruno da – **From Marks & Spencer to X-Holding: a (critical) overview and some open issues.** In: SILVA, Bruno da; WEBER, Dennis. *From Marks & Spencer to X-Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation.* Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3399-1. pp. 1-23.

SILVA, Bruno da – **From the AOA to the new article 7: the attribution of profits to PEs under the OECD MTC.** *Fiscalidade.* Lisboa. ISSN 0874-7326. n°49 (Janeiro-Março 2012). pp. 45-77.

SILVA, Marta Abecasis Pinto da - **O cômputo da participação social no regime das sociedades coligadas: participação directa e participação indirecta.** *Revista de direito e de estudos sociais.* Coimbra. Ano 50, n° 1-2 (Janeiro-Junho 2009). pp. 59-151.

SILVA, Paula Costa e - **Sociedade aberta, domínio e influência dominante.** In: ALMEIDA, António Pereira de; Câmara, Paulo; DIAS, Gabriela Figueiredo; GUINÉ, Orlando Vogler; LANGEVOORT, Donald C.; MENDES, Paulo de Sousa; MALONEY, Niamh; PEREIRA, José Nunes; RODRIGUES, Sofia Nascimento; SANTOS, Gonçalo Castilho; SANTOS, Hugo Moredo; SILVA, Paula Costa e; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz; ZETZSCHE, Dirk (Coord.). *Direito dos Valores Mobiliários, vol. VIII.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1580-9. pp. 541-571.

SKAAR, Arvid - **Permanent establishment : erosion of a tax treaty principle.** Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, Series on international taxation, 13, 1991. ISBN 90-6544-594-3.

SPENGEL, Christoph – **A concept and necessity of a common tax base – an academic introduction.** In: SCHON, Wolfgang; SCHREIBER, Ulrich; SPENGEL, Christoph. *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe.* Berlin: Springer. ISBN 978-3-540-79483-7. pp. 1-47.

SPOLIDORO, Marco Saviero, **Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust**. Rivista delle società. Milano. Ano 40, nº 2-3 (Marzo-Giugno 1995). pp.457-515.

SOARES, Cláudia Dias; ALMEIDA, Ana Duarte - **Tributação das sociedades pela matéria coletável comum consolidada : potenciais custos e benefícios económicos de uma proposta política da Comissão Europeia**. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Coimbra. ISSN 1646-91-27. Ano 6, nº 4 (2013). pp. 47-71.

STARINGER, Claus – **Business income of tax groups in tax treaty law**. MAISTO, Guglielmo (Coord.). In: International and EC tax aspects of Group of Companies. Amsterdam: IBFD, 2008. ISBN 978-90-8722-028-0. pp. 147-156

STARINGER, Claus; VALLADA, Felipe – **Acting on the ordinary course of business under article 5 (6) of the oecd model convention**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred (Coord.). Dependent Agents as Permanent Establishments. Wien: Linde, 2014. ISBN 978-3-7073-2460-0. pp. 183-20

STORCK, Alfred; DOMMES, Sabine Schmidjell – **Acting on behalf of an enterprise under article 5 (5) of the oecd model convention**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred (Coord.). Dependent Agents as Permanent Establishments. Wien: Linde, 2014. ISBN 978-3-7073-2460-0. pp. 47-83.

STREEK, Jan Van de – **The future of group taxation: the CCCTB**. In: SILVA, Bruno da; WEBER, Dennis. From *Marks & Spencer* to *X-Holding*: The Future of Cross-Border Group Taxation. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3399-1. pp. 187-201.

TAVARES, Tomás Cantistas - **IRC e contabilidade : da realização ao justo valor**. Coimbra: Almedina, 2011. Tese de Doutoramento.

TEL, Pierre – **Le régime fiscal des filiales et succursales de sociétés étrangères.** Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1973.

TERRA, Ben J. M.; WATTEL, Peter J. – **European tax law. Third edition.** Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2012. ISBN 978-90-411-3877-4.

TEIXEIRA, Glória – **Preços de transferência: considerações jurídicas e económico-tributárias.** In: TEIXEIRA, Glória; BARROS, Duarte (Coord.). Preços de Transferência e o caso Português. Porto: Vida Económica, 2004. ISBN 972-788-112-2. pp. 15-34.

TEIXEIRA, Manuela Duro - **As limitações às actividades das sucursais financeiras exteriores das zonas francas portuguesas.** Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. n.º 393 (Janeiro-Março 1999). pp. 129-160.

TEIXEIRA, Manuela Duro - **A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes.** Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3171-2.

TOMAZ, Filipa – **O conceito de relações especiais.** In: TEIXEIRA, Glória; BARROS, Duarte (Coord.). Preços de Transferência e o Caso Português. Porto: Vida Económica, 2004. ISBN 972-788-112-2. pp. 341-378.

TORRES, Manuel Anselmo - **A portabilidade dos prejuízos fiscais.** In: SANCHES, J.L. Saldanha; CÂMARA, Francisco Sousa da; GAMA, João Taborda da (Coord.). Reestruturação de empresas e limites do planeamento fiscal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1720-9. pp. 221-244.

TRACANA, Dinis – **Dedutibilidade de prejuízos fiscais dos estabelecimentos estáveis: Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Caso C-48/13, de 17 de julho de 2014 (Nordea Bank Danmark A/S v Skatteministeriet), Grande Secção (relatado por J. C. Bonichot).** Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Coimbra. ISSN 1646-91-27. Ano 7, n.º 3 (2015). pp. 197-207.

TRIGO, Maria da Graça - **Grupos de sociedades**. O Direito. Lisboa. Ano 123, nº 1 (Janeiro-Março 1991). pp. 41-114.

TUNDO, Francesco - **I redditi d'impresa nel modello di convenzione OCSE (art.7)**. In: UCKMAR, Victor (Coord.). Corso di diritto tributario internazionale. Padova: Cedam, 2002. ISBN 88-13-220-82-0. pp. 261-295.

UE – **A European Economic Recovery Plan: Com (2008) 800** [Em linha] [Consult. 10 Jul. 2015]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:en:PDF>.

UE – **Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB): Com (2011) 121/4 2011/0058** [Em linha] [Consult. 05 Mar. 2015]. Disponível em http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/com_2011_121_en.pdf.

VALE, Maria de Lourdes Correia e – **A tributação das empresas com estabelecimentos estáveis no estrangeiro**. Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa. nº179-180 (Novembro-Dezembro 1973). pp. 7-45.

VANISTENDAEL, Frans - **How does tax relate to competition in the EU**. In: DOURADO, Ana Paula (Coord.). Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional. Lisboa: Fisco, 2003. ISBN 972-8634-20-X. pp.15-26.

VANN, Richard - **General Report**. In: Trends in company/shareholder taxation: single or double taxation?. Cahiers de Droit Fiscal International. Amersfoot: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers. ISBN 90 64 76186 8. Vol.88a, 2003. pp. 21-70.

VANN, Richard – **Beneficial ownership: what does history (and maybe policy) tell us**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred. Beneficial Ownership: Recent Trends. Amsterdam: IBFD, 2013. ISBN 978-90-8722-200-0. pp. 267-331.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - **A participação social nas sociedades comerciais, 2ª ed.** Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2980-8.

VASQUES, Sérgio – **Globalização e igualdade tributária.** In: ALEXANDRE, Mário Alberto; GUIMARÃES, Vasco Branco. Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2000. ISBN 972-653-163-2. pp. 429-453.

VAZ, Teresa Sapiro Anselmo - **A responsabilidade do accionista controlador.** O Direito. Ano 128, nº 3-4 (Julho-Dezembro). pp. 329-405.

VILADOMAT, Montserrat Trapé – **Empresas associadas.** In: FERNANDÉZ, Nestor Carmona (Coord.). Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Valencia: Wolters Kluwer España, 2012. ISBN 978-84-9954-435-9. pp. 271-344.

VOGEL, Klaus – **Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part II).** Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International. Vol. 16, issue 10 (1988). pp. 310-320.

VOGEL, Klaus - **On double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to german treaty practice, third edition.** London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90-411-0892-0.

VOGEL, Klaus – **Conflicts of qualification: the discussion is not finished.** Bulletin for International Taxation. Amsterdam: IBFD. Vol. 65, nº 9 (2003). pp. 41-44

WARDZYNSKI, Adrian – **The 2014 update to the oecd commentary: a targeted hybrid approach to beneficial ownership.** Intertax. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International. Vol. 43, issue 2 (2015). pp. 179-191.

WEEGHEL, Stef Van – **Dividends (article 10 oecd model convention)**. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; STORCK, Alfred (Coord.). Source versus Residence: Problems arising from the allocation of taxing rights in the tax treaty law and possible alternatives. Wien: Kluwer Law International, 2008. ISBN 978-90-411-2763-1. pp. 63-73.

WEEGHEL, Stef Van; GOOIJER, Jan – **The 2010 oecd mc amendments and the revised TP guidelines: an overview**. In: WEBER, Dennis; WEEGHEL, Stef Van (Coord.). The 2010 OECD Updates: Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines, a Critical Review. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011. ISBN 978-90-411-3812-5. pp. 3-17.

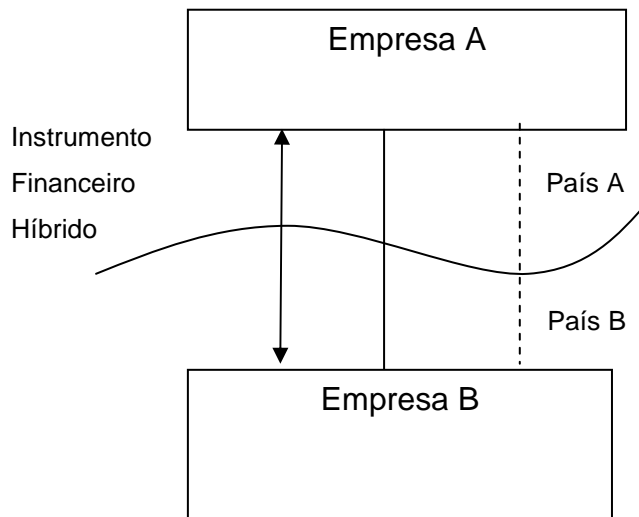
XAVIER, Alberto; colab. PALMA, Clotilde Celorico & XAVIER, Leonor – **Direito Tributário Internacional**. 2ª ed. actualizada reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-3048-7.

XAVIER, António Lobo; CASTRO, Carlos Osório - **Critérios de imputação de custos às sucursais financeiras exteriores**. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz. Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-1052-5. pp. 741-758.

XAVIER, António Lobo; FIDALGO, Isabel Santos; SILVA, Francisco Mendes da - **O conceito de tributação efectiva no âmbito do regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos entre sociedades**. Fiscalidade. Lisboa. ISSN 0874-7326. nº 42 (Abril-Junho 2010). pp. 15-52.

ZORMAN, Gregor – **The non-discrimination of permanent establishment under tax treaty law**. In: Hans-Jörgen Aigner; Mario Züger (Coord.). Permanent Establishments in International Tax Law. Wien: Linde, 2003. ISBN 3-7073-0553-8. pp. 275-296.

5. Anexos³²⁰



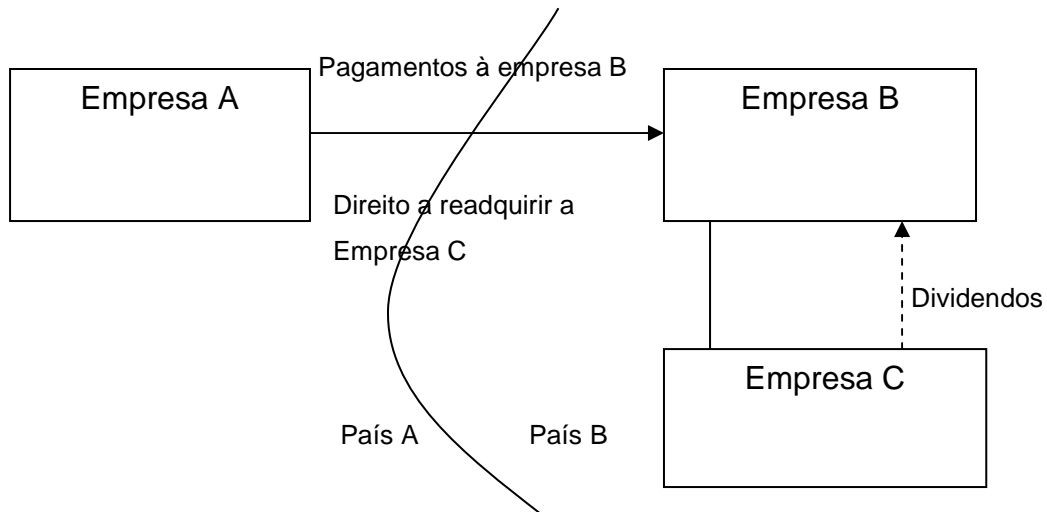
Fonte: *Discussion Draft – BEPS Action 2*

A Empresa B recorre ao mercado de capitais, através da emissão de obrigações convertíveis em acções, com o intuito de financiamento. No país B, a operação é considerada como uma emissão de obrigações, que são subscritas pela Empresa A. O custo desta forma de emissão de dívida corresponde ao pagamento de juros à Empresa A, dedutíveis no país B, enquanto gastos de financiamento. Contudo, os pagamentos efectuados à Empresa A, são tratados como dividendos isentos de tributação (circunstância propiciada através da utilização de um mecanismos de dupla tributação económica) porquanto o país A considera que a Empresa A partilha dos riscos incorridos pela Empresa B, na medida em que o reembolso depende em larga medida do êxito da sua actividade³²¹.

³²⁰ Salienta-se que os exemplos que se passam a descrever, seguem o alinhamento genérico já exposto no trabalho realizado pelo aluno e pelas colegas Vanessa Cabanas, Manisha Maugi e Eugénia Branco, na disciplina de Planeamento Fiscal, do corrente Mestrado de Fiscalidade, com as devidas adaptações.

³²¹ É uma referência que acompanha a possibilidade delineada no § 25, dos Comentários ao artigo 10º, do MCOEDE. Com efeito, o respectivo disposto menciona que o artigo 10º, não visa somente os dividendos, mas alarga o seu âmbito aos juros de empréstimos, na medida da partilha do risco empresarial pelo mutuante, designando as putativas circunstâncias que conduzam a uma interpretação dessa natureza. Contudo, as eventuais discrepâncias entre o país A e o país B, descobrem-se perante a desaplicação das

A vantagem consubstancia-se na dedução dos juros de financiamento para a Empresa B, sem a correspondente qualificação como rendimento para a Empresa A (não concorrendo para a formação do seu lucro tributável).



Fonte: *Discussion Draft – BEPS Action 2*

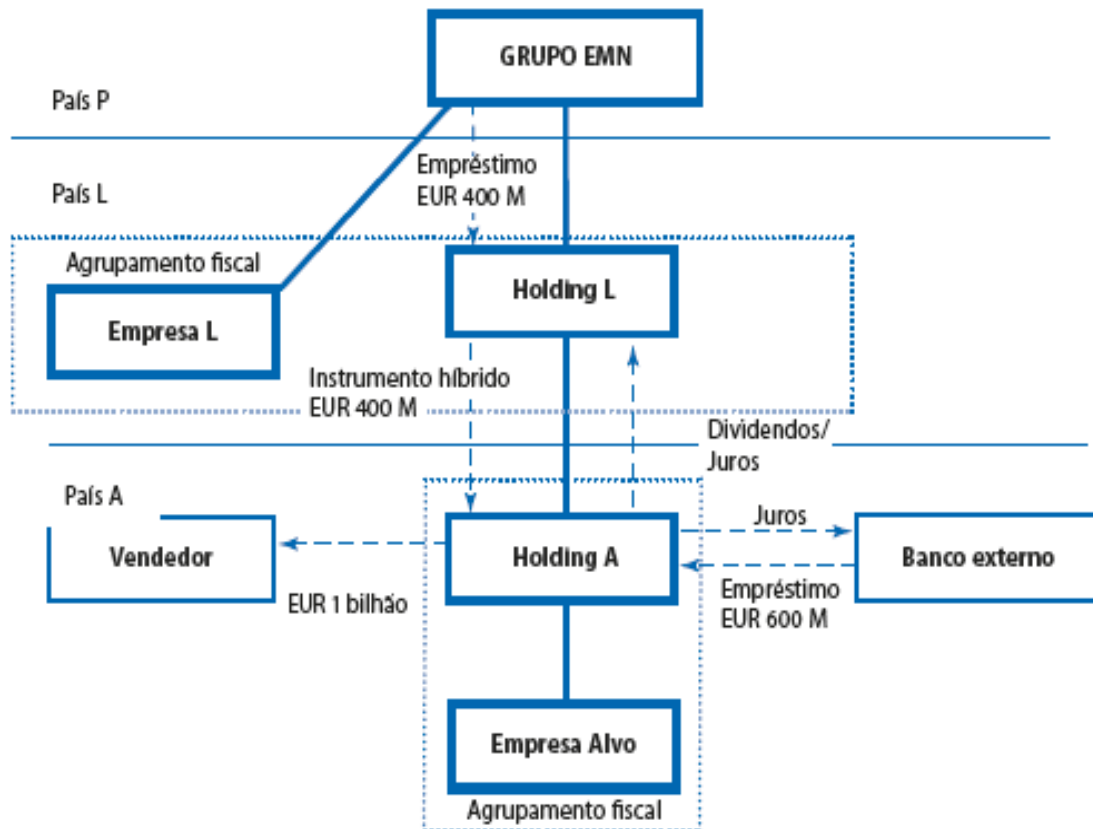
A Empresa A, localizada no país A, detém em 100% a Empresa C, situada no país B. Entre a Empresa A e a Empresa B é acordada a venda da Empresa C, sob condição da Empresa A vir a readquirir as mesmas participações sociais numa determinada data futura. Da operação não é apurado qualquer valor de imposto, em face do regime de isenção sobre a transmissão onerosa de partes sociais em ambos os países. No mesmo país B, os pagamentos da Empresa C à Empresa B são considerados dividendos e, desse modo, isentos de tributação na esfera da Empresa B. Contudo, o país A tributa o negócio de acordo com a sua substância económica, considerando que estamos, antes, perante um empréstimo da Empresa B à Empresa A, em que os direitos sociais são dados como garantia. Os dividendos, que derivam desses mesmos direitos, consubstanciam os custos de financiamento, dedutíveis no país A, já que essa jurisdição considera que são pagamentos efectuados pela Empresa A, à Empresa B. O país A pode

regras de subcapitalização presentes no país B. Dito de outro modo, o país B permite a dedução total dos juros, sem a correspondente tributação dos rendimentos no país A, revelando uma evidente descoordenação tributária entre as duas jurisdições.

ser conduzido, igualmente, a considerar a operação não como financiamento, mas antes como cobertura de risco, através da qualificação do instrumento híbrido como derivado, em que os dividendos são tratados, no país A, como remuneração do risco económico assumido pela Empresa B, aquando da passagem dos direitos sociais da Empresa C, para a sua esfera³²².

Na prática, e também no limite, um esquema deste género poderá significar que o capital percepcionado pela Empresa A, na venda da Empresa C, poderá não ter qualquer tipo de custos, porque as deduções dos dividendos qualificados como custos de financiamento no país A, poderão perfazer os mesmos montantes que constaram da venda da Empresa C, sendo reutilizados na reacquirição da mesma entidade.

³²² O MCOCDE de 2014, no seu novo Comentário ínsito ao §28, do artigo 10º, procura obviar estas vicissitudes. Sobre as denominadas “*redemption shares*”, e seguindo a exposição de J.SCHUCH e E.PINETZ (2015:8 e ss), falamos de instrumentos financeiros que permitem a negociação de acções, através de mecanismos que salvaguardam o respectivo retorno à entidade à entidade emitente. A conjugação do aludido disposto, com o novo §31, dos Comentários ao artigo 13º, ordena vinculação do Estado de residência da entidade beneficiária, à qualificação promovida pela jurisdição da entidade de localização da figura que efectue os correspondentes pagamentos (para os autores, os casos de «*buy back shares*» são subsumidos, desde a primeira transferência das participações sociais, até ao seu término, ou seja, aquando da transmissão à entidade emitente, como uma mais-valia enquadrável, genericamente, no artigo 13º, do MCOCDE. Para J.SCHUCH e E.PINETZ, estas operações não seriam mais que alienações de activos, por parte de duas figuras legalmente autónomas, tal como qualquer outra transmissão efectuada entre entidades terceiras) Todavia, os autores não deixam de alertar para os problemas que subsistem, mesmo após as alterações do MCOCDE, de 2014. Desde logo, J.SCHUCH e E.PINETZ apontam os profusos e divergentes entendimentos que as normas nacionais dispensam às situações enquadráveis ao antedito alinhamento, de tal modo que os autores julgam bastante duvidoso que todas as formas de “*redemption shares*”, possam ser subsumidas à mesma «*allocation rule*». Nesta senda, os autores advertem que, não obstante as observações dos Comentários, verdadeiramente não existe qualquer estipulação legal que comprometa o Estado de residência à interpretação conferida pelo país da fonte. A reflexão de J.SCHUCH e E.PINETZ assenta na crítica à percepção que obriga o país de residência a aceitar a interpretação do Estado da fonte, mesmo que a qualificação da operação não encontre correspondência com as respectivas disposições domésticas. A perversão do sistema poderia concorrer, sempre segundo os autores, para um movimento tendente à alteração das normas nacionais, nos países da fonte, de modo a permitir um aumento da base de incidência “unilateral”, em detrimento das eventuais pretensões do Estado de residência (o cerne dos potenciais diferendos advenientes destas situações resultam, segundo J.SCHUCH e E.PINETZ, da maior ou menor aplicabilidade que o país da residência promova do disposto no artigo 13º, nº 5, do MCOCDE. Com efeito, designando o preceito que a competência de tributação pertence ao Estado de Residência, nos casos de operações que culminem na alienação de activos, não estipulados nos nº 1 a 4, do mesmo artigo, a natureza exorbitante do *buy back shares*, seria enquadrável na sobredita regra). Em suma, e no que releva nestes casos, as eventuais divergências interpretativas entre as diversas jurisdições envolvidas, poderão continuar a ocorrer, ou, mesmo perante a aceitação da solução simplista oferecida pelo novos Comentários, a repartição fiscal equitativa transfronteiriça poderá não estar garantida.



Fonte: BEPS

O objectivo do Grupo EMN é a aquisição da Empresa Alvo. Nesse sentido constitui a Holding L, concedendo-lhe um empréstimo de 400 M EUR, sendo que já detém, no mesmo país, a empresa L. A dedução dos juros desse financiamento vão aproveitar à empresa L, em função do grupo entretanto formado com a Holding L. A Holding L constitui a Holding A, no país A, através de um instrumento híbrido, de 400 M EUR. O tratamento divergente permite que, no país A, os pagamentos efectuados pela Holding A à Holding L sejam dedutíveis como gastos de financiamento (porque são considerados como dívida), e no país L sejam entendidos como dividendos (remunerações pelo investimento no capital social). A Holding A contrai um empréstimo de 600 M EUR, que utiliza, juntamente com os 400 M EUR, para adquirir a Empresa Alvo. A Holding A forma um grupo para efeitos fiscais com a Empresa Alvo, permitindo-lhe aproveitar das deduções dos custos de financiamento do empréstimo de 600M EUR, e dos 400M EUR utilizados no instrumento híbrido. Se, mais tarde, a Holding A decidir transmitir as suas acções ao Vendedor, aproveitará o

regime de isenção de tributação das mais-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais, previsto no País A.

Em suma, o Grupo EMN aproveitou a dedução de custos de financiamento, por um capital mutuado que era seu, em dois grupos societários por si controlados, e em duas jurisdições distintas (juntamente com o empréstimo bancário contraído no País A), tendo conseguido adquirir a Empresa Alvo e vendê-la sem ter sido apurado qualquer imposto a pagar.