

O LXII CONGRESSO ANUAL DA
ASSOCIAÇÃO FISCAL INTERNACIONAL
DE 2008
(IFA)

—
BRUNO SANTIAGO

Advogado – Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados

Na primeira semana de Setembro de 2008 ocorreu, como é hábito, o congresso anual da *International Fiscal Association*, desta feita em Bruxelas, reunindo muitas centenas de personalidades ligadas ao mundo da fiscalidade, incluindo professores universitários, juizes, agentes da Administração Fiscal, advogados e consultores.

Este ano, o congresso abriu com um tópico recorrente: o princípio da não-discriminação nas convenções para evitar a dupla tributação. O painel de especialistas contou com a presença de reputados fiscalistas especializados na matéria em discussão, tais como Mary Bennett da OCDE e o Prof. David R. Tillinghast que deu a *lecture* de 2005 da NYU sobre o princípio da não-discriminação em Direito Fiscal Internacional, bem como Kees van Raad que fez as suas provas de doutoramento em 1986 também sobre este tema, tendo desde então vindo a publicar diversos artigos sobre a matéria. Da parte da tarde os congressistas dividiram-se pelos dois seminários escolhidos para o primeiro dia de congresso: o impacto da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre não-discriminação em Estados terceiros, por um lado, e a tributação indirecta em sede de IVA de organismos públicos, por outro.

O segundo dia de congresso foi subordinado ao tema das novas tendências no tratamento fiscal da dedutibilidade dos juros pagos por sociedades num contexto internacional. Depois da pausa para o almoço, os dois seminários disponíveis para assistir centravam-se, um, na Directiva sobre a poupança prestando atenção especial ao uso de *trusts* e a questões de abuso e, outro, no tópico das pensões.

O segundo dia do congresso foi ainda marcado por ser o dia dedicado aos jovens com a *Young IFA Network* (YIN) a ter um papel destacado apresentando um seminário dedicado ao tema da relação entre o Direito Fiscal Internacional e o Direito Comunitário.

No dia seguinte, quarta-feira, o cardápio de seminários disponíveis tinha como prato principal o seminário IFA/OCDE dedicado aos recentes desenvolvimentos no trabalho que tem vindo a ser rea-

lizado pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE. Este seminário prestou especial atenção aos desenvolvimentos ao nível das convenções para evitar a dupla tributação, designadamente, na nova versão dos Comentários à Convenção Modelo e em desenvolvimentos em matéria de preços de transferência. Na segunda parte deste seminário foram discutidas dificuldades relacionadas com a aplicação do artigo 15.º da Convenção Modelo (rendimentos do trabalho). Os outros seminários a seguir à pausa para o almoço dividiram-se entre o uso de decisões jurisprudenciais proferidas por tribunais estrangeiros como elemento na interpretação das convenções e um tema recente denominado gestão do risco fiscal.

O último dia foi dedicado, primeiramente, aos últimos desenvolvimentos em matéria de fiscalidade internacional. Nesta sede, os oradores focaram a sua atenção na forma como as convenções tratam situações em que o Estado da fonte, da residência e/ou do beneficiário efectivo lidam com a situação em que a entidade receptora do rendimento é ou não fiscalmente transparente com especial enfoque para o tratamento de entidades híbridas e as normas fiscais estadunidenses, holandesas e italianas. Neste seminário apresentaram-se ainda os aspectos fiscais da aquisição da Reuters pela Thomson formando o maior conglomerado mundial de agências noticiosas e casos decididos em tribunal relacionados com lugar da direcção efectiva, tratamento de juros recebidos por sócios de *partnerships*, dedutibilidade de perdas de estabelecimentos estáveis, imputação de lucros derivados de contratos entre entidades relacionadas e tributação de lucros provenientes da exploração de navios. Os restantes temas dos dois últimos seminários foram a base tributável comum consolidada (CCCTB) e as relações entre a Administração Fiscal e os contribuintes.

Para o próximo ano, o congresso vai ser realizado no continente americano, cabendo à cidade de Vancouver, no Canadá, o papel de anfitrião do congresso. Os principais temas que vão estar em discussão são a problemática da existência de um estabelecimento

estável e o tratamento fiscal em sede de impostos sobre o rendimento das variações cambiais.

Em anexo, incluem-se extractos dos documentos que serviram de base aos painéis de discussão realizados sobre cada um dos temas do Congresso: Tema I – *A não-discriminação nas encruzilhadas da tributação internacional*; e Tema II – *Novas tendências no tratamento fiscal dos juros transfronteiriços das empresas*.

TEMA I – A não-discriminação nas encruzilhadas da tributação internacional^[1]

1. Considerando que, nas últimas décadas, o interesse pelas disposições das convenções fiscais em matéria de não discriminação aumentou de forma significativa a nível mundial (tanto dentro como fora da UE), o impacto destas disposições manteve-se relativamente pouco importante em comparação com a influência exercida pela adopção de disposições nacionais (incluindo as constitucionais) relativas à não discriminação e, certamente, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu sobre as disposições e os princípios da não discriminação do Tratado da CE e as restrições relativas à circulação de mercadorias, pessoas, serviços e investimento transfronteiriços.
2. No que respeita às disposições do Artigo 24 do Modelo de Convenção da OCDE, a regra do tratamento não discriminatório com base na nacionalidade prevista no n.º 1 do referido Artigo foi originalmente a mais abrangente e também a mais curiosa. Verifica-se que o carácter relativamente abrangente dessa regra só mais tarde foi totalmente entendido por muitos países, o que resultou numa tentativa por parte da OCDE de,

^[1] Tradutora: Dora Monteiro de Sousa Schniering.

em 1992, restringir o seu âmbito de aplicação, procedendo a uma nova versão e dando-lhe uma interpretação restritiva no Comentário, na versão de 2008.

3. O mesmo não se poderá afirmar em relação ao número 3 do Artigo 24 quanto ao tratamento não discriminatório dos estabelecimentos estáveis. Esta disposição protege os não residentes de tratamentos menos favoráveis que os aplicados a sociedades residentes, nos casos em que o contribuinte exerça a sua actividade através de um estabelecimento estável no outro Estado Contratante. A disposição tem levado a que um grande número de casos, em que uma surpreendente diversidade de questões relativas a um tratamento diferenciado que envolvem a tributação do rendimento dos estabelecimentos estáveis, chegue aos tribunais. Na versão, actualizada em 2008, dos Comentários do Modelo de Convenção da OCDE é feita uma tentativa no sentido de limitar o âmbito desta cláusula usando, para isso, uma forma habilidosa de estabelecer uma distinção entre «a tributação dos lucros relativos às actividades exercidas nos estabelecimentos estáveis» e «a tributação da empresa no seu conjunto».
4. De igual modo, as outras duas disposições relativas à não discriminação (n.ºs 4 e 5 do Artigo 24) parecendo ser relativamente restritivas, têm estado na origem de vários problemas. Na medida em que a impugnação pelos contribuintes das normas de direito interno que estes considerem violar as disposições da OCDE tenham obtido sucesso, os Comentários aos Artigos da Convenção Modelo OCDE recentemente actualizados revelam claramente que as decisões dos tribunais vão para além daquilo que a OCDE considera razoável em termos de construção dessas normas. Além disso, os aditamentos de 2008 aos Comentários ao Artigo 24 colocam uma questão interessante de interpretação que assenta na ideia de esses aditamentos poderem vir a servir de guia para a interpretação e a aplicação das convenções que foram celebradas antes da publicação da versão de 2008.

5. Ao passo que as disposições do Artigo 24 do Modelo de Convenção OCDE têm sido largamente respeitadas pelos Estados aquando da celebração de convenções fiscais, os relatórios nacionais revelam casos interessantes em que as partes contratantes acordam incluir uma versão modificada de uma ou mais cláusulas da OCDE relativas à não discriminação ou então uma nova.
6. É interessante notar que, em muitos casos quando se aplica uma disposição da convenção fiscal relativa à não discriminação, podem aplicar-se simultaneamente outras normas legais que proíbem o mesmo tipo de discriminação. Num grande número de países existem limitações constitucionais em matéria de discriminação. Para além disso, pode haver tratados comerciais e de investimento (tratados de amizade, de comércio e de navegação e acordos bilaterais de protecção dos investimentos) aplicáveis que prevejam amplas garantias em matéria de não discriminação aplicando quer um tratamento idêntico ao aplicado aos nacionais desse Estado quer o tratamento da nação mais favorecida. Nestes casos, a interacção com as cláusulas aplicáveis das convenções fiscais em matéria de não discriminação nem sempre é clara. Nem sempre é óbvio determinar se o contribuinte tem direito a optar pela aplicação de uma disposição que lhe seja mais favorável. Também as convenções multilaterais, como é o caso das convenções sobre direitos humanos e os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), contêm normas expressas de não discriminação. Considerando que as convenções anteriormente referidas podem garantir protecção contra o tratamento fiscal diferenciado, o número de casos em que se verifica uma taxa de sucesso em resultado dessas convenções no combate à discriminação fiscal transfronteiriça é ainda muito reduzido. No que respeita a convenções sobre direitos humanos, deve salientar-se o facto de, até muito recentemente, a questão central destas normas ter andado em torno da tributação indirecta e dos obs-

táculos não fiscais à livre circulação de bens e serviços transfronteiras.

7. O grau de protecção contra práticas discriminatórias em sede de tributação directa nos acordos económicos regionais como é o caso da NAFTA, Mercosul e da UE varia substancialmente. No que se refere à aplicação da tributação directa num contexto transfronteiras, os anteriores dois acordos são limitados, quer ao nível do alcance jurídico dos seus considerandos, quer ao nível dos progressos que têm sido realizados relativamente à sua aplicação à tributação directa. O mesmo já não se poderá afirmar relativamente aos tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia. Considerando que o objectivo fundamental dos redactores do Tratado da CEE original se centrou nas barreiras comerciais não fiscais e na tributação indirecta, o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu desde meados dos anos 80 no campo da tributação directa atingiu uma amplitude extraordinária. Este desenvolvimento conduziu a OCDE a uma reapreciação do âmbito e do efeito que as suas próprias disposições previstas no Artigo 24 do Modelo de Convenção OCDE relativas à não discriminação produzem.
8. Um dos objectivos fundamentais da discussão no congresso de Bruxelas vai consistir em avaliar em que medida as garantias, previstas no Artigo 24 do Modelo de Convenção OCDE, em matéria de práticas fiscais discriminatórias em situações transfronteiriças, devem ser alargadas. Ao nível da UE, o impacto desse alargamento seria limitado em razão de uma interpretação abrangente dada pelo Tribunal de Justiça Europeu às normas relativas às liberdades fundamentais do Tratado da CE e aos princípios que lhe estão subjacentes. No início dos anos 90, ter-se-ia considerado invulgar que um contribuinte da UE, num caso de discriminação fiscal transfronteiriça, invocasse, para além das disposições da convenção fiscal aplicável relativas à não discriminação, as disposições relativas às liberdades conti-

das no Tratado da CE. Presentemente, na União Europeia as regras relativas às liberdades constituem a base para reclamar a proibição do tratamento diferenciado, no âmbito da tributação directa, em situações internacionais. Todavia, os países externos à UE ainda estão, em larga medida, efectivamente limitados às garantias oferecidas pelas disposições da OCDE. No congresso de Bruxelas será debatida a questão de saber em que direcção o actual quadro do Artigo 24 do Modelo de Convenção OCDE, o qual tem sido apelidado pelos Relatores Gerais de «incoerente, incompleto, indefinido, ineficaz e desactualizado», deve ser reestruturado e alargado.

TEMA 2: Novas tendências no tratamento fiscal dos juros transfronteiriços das empresas^[2]

INTRODUÇÃO

Muito embora o Relatório Geral analise todos os desenvolvimentos recentes no tratamento fiscal dos juros transfronteiriços das empresas, a discussão no seio do Painel irá incidir sobre a dedutibilidade dos juros conexos com a obtenção de rendimento de fonte estrangeira. A discussão no seio do Painel centrar-se-á, em particular, nas empresas e no rendimento empresarial de fonte estrangeira e não nas pessoas singulares e no rendimento de investimento estrangeiro.

A dedutibilidade dos juros e de outros encargos financeiros suportados por residentes para a obtenção de rendimento de fonte estrangeira constitui uma das questões mais complexas de política fiscal com que se confrontam os países exportadores de capitais. Conquanto a discussão se centre nos juros e demais encargos finan-

^[2] Tradutora: Maria Teresa Curvelo

ceiros, a análise é igualmente aplicável a outras despesas contraídas para fins de realização de rendimento de fonte estrangeira.

A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO DE FONTE ESTRANGEIRA, EM GERAL

Existem três modelos ou padrões fundamentais de tributação do rendimento de fonte estrangeira:

1. O rendimento de fonte estrangeira está sujeito à tributação normal do país da residência com crédito de qualquer imposto estrangeiro incidente sobre o rendimento. Este modelo reflecte-se com frequência na tributação do rendimento de fonte estrangeira das empresas auferido através de um estabelecimento estável no estrangeiro e também nas regras relativas às sociedades de controlo estrangeiro (SCE), segundo as quais certos rendimentos de sociedades estrangeiras controladas por residentes são englobados no rendimento desses residentes quando obtidos pelas sociedades estrangeiras.
2. O rendimento de fonte estrangeira está isento de tributação no país da residência. Este modelo reflecte-se na isenção do rendimento de fonte estrangeira das empresas ou nos dividendos recebidos de uma sociedade estrangeira em que uma sociedade residente detém uma participação substancial.
3. O rendimento de fonte estrangeira sob a forma de dividendos obtidos de afiliadas estrangeiras está sujeito a tributação no país da residência no momento em que é auferido, com crédito quer dos impostos estrangeiros subjacentes que incidam sobre o rendimento do qual os dividendos são pagos, quer dos impostos de retenção estrangeiros. Este modelo é por vezes designado por diferimento ou reporte com crédito, dado que a tributação do país da residência sobre o rendimento da sociedade estrangeira

é diferida até que a mesma proceda à distribuição de dividendos aos accionistas no país da residência.

A dedutibilidade dos juros e de outros encargos financeiros deve ser tida em consideração no contexto de cada um destes três métodos. Por outro lado, a dedutibilidade dos juros deve ser analisada no âmbito dos acordos comerciais e fiscais efectivamente usados por empresas multinacionais para fins de financiamento das respectivas actividades económicas no estrangeiro.

FINANCIAMENTO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS NO ESTRANGEIRO ATRAVÉS DE UM ESTABELECIMENTO ESTÁVEL (EE)

Se uma empresa residente exercer actividade através de um EE noutro país, o país da residência pode optar por uma de duas soluções: isentar o rendimento estrangeiro ou sujeitá-lo a imposto mas concedendo um crédito de imposto estrangeiro sobre o rendimento. No caso de o rendimento de fonte estrangeira estar isento de tributação no país da residência, o país da residência recusa a dedução de despesas suportadas com a realização do rendimento? Se assim for, de que modo se determina se as despesas com juros suportadas por uma empresa residente são imputáveis ao rendimento de fonte estrangeira isento? Se o país da residência usar o método de crédito a fim de eliminar a dupla tributação internacional, o encargo de juros é presumivelmente dedutível ao calcular o rendimento mundial da empresa residente. A questão que aqui se coloca prende-se com o cálculo do crédito para imposto estrangeiro: saber se e como os encargos de juros são imputáveis ao rendimento de fonte estrangeira para efeitos de determinação do limite do crédito para imposto estrangeiro.

O recente *Relatório da OCDE sobre a Atribuição de Lucros a um Estabelecimento Estável* concluiu que, nos termos do Artigo 7.º, o

Estado do EE deve conceder uma dedução para juros ao calcular os lucros imputáveis ao EE com base em que o EE detém um volume de capital gerador de juros que teria uma entidade distinta e independente exercendo as mesmas actividades. O montante dos juros dedutíveis não se prende com os encargos de juros efectivamente suportados pela empresa residente no seu conjunto. Qual o impacto que o cálculo dos lucros imputáveis a um EE pelo Estado do EE tem quanto à obrigatoriedade de o Estado da residência eliminar a dupla tributação nos termos do Artigo 23.º do Modelo da OCDE? Aqui suscita-se a questão do cálculo simétrico dos lucros imputáveis ao EE no Estado do EE e no Estado da residência. Os Comentários Revistos em 2008 relativamente ao Artigo 7.º indicam que o Estado da residência deve aceitar a imputação do capital alheio a um EE pelo Estado do EE desde que sejam cumpridos determinados requisitos. Se assim for, de que modo esta medida afecta a dedução de juros concedida pelo país da residência?

FINANCIAMENTO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS NO ESTRANGEIRO ATRAVÉS DE AFILIADAS ESTRANGEIRAS

À semelhança do que acontece em relação ao rendimento obtido através de um EE, o país da residência tem duas opções: isentar os dividendos recebidos por uma sociedade residente de uma sociedade estrangeira ou tributar os dividendos com crédito para os impostos estrangeiros. Diversos países que tributam esses dividendos concedem crédito relativamente a qualquer retenção de imposto estrangeiro sobre os dividendos (crédito directo de imposto estrangeiro) e em relação aos impostos estrangeiros subjacentes que incidam sobre as sociedades, pagos pela afiliada estrangeira, dos quais os dividendos são pagos (crédito indirecto de imposto estrangeiro). Aqui interessam-nos apenas os chamados dividendos «non-portfolio», ou, dito de outro modo, os dividendos

obtidos de sociedades estrangeiras em que a sociedade residente detém uma participação substancial (normalmente 10% ou mais).

Se os dividendos estiverem isentos de tributação no país da residência, o país da residência recusa a dedução dos encargos com juros suportados para aquisição das acções da afiliada estrangeira? Alguns países – por exemplo, a Alemanha, a Austrália, a Dinamarca e a Nova Zelândia – aprovaram recentemente restrições à dedutibilidade dos juros nestas circunstâncias. Tais restrições são por vezes descritas como regras de subcapitalização em transacções com o exterior (*outbound thin capitalisation*). De um modo geral, os juros não são dedutíveis desde que uma sociedade residente ou um grupo de sociedades residentes apresentem um endividamento superior a uma determinada percentagem (por exemplo, 75%) do custo ou do valor do seu património doméstico. Todavia, muitos outros países permitem a dedutibilidade desses juros com base na manutenção da competitividade internacional das multinacionais residentes. Alguns desses países estão a ponderar a adopção de restrições sobre a dedutibilidade dos juros. Nesta situação, justificam-se as restrições à dedução de juros e, na afirmativa, de que modo devem ser estruturadas? Suscitam-se problemas idênticos no que diz respeito aos empréstimos contraídos por uma sociedade residente para concessão de um empréstimo sem juros a uma afiliada estrangeira.

No caso de os dividendos de sociedades estrangeiras serem tributáveis, suscitam-se duas questões de carácter geral. Primeira: o encargo com juros suportado com vista à aquisição de acções na sociedade estrangeira é dedutível normalmente ou é a dedução diferida até que os dividendos sejam recebidos? Segunda: são tidos em atenção os encargos com juros contraídos com vista à aquisição de acções na sociedade estrangeira para efeitos da limitação do crédito relativo aos impostos estrangeiros subjacentes que incidam sobre as sociedades, e, na afirmativa, de que modo?

A menos que os encargos com juros sejam dedutíveis sem quaisquer restrições, são necessárias regras para a determinação do mon-

tante dos juros imputável às acções ou aos dividendos da sociedade estrangeira. Como referido atrás em relação aos lucros auferidos do estrangeiro através de um EE, existem três métodos gerais que permitem estabelecer a ligação entre as despesas e as receitas ou as fontes de rendimento: regras de localização (*tracing*), de imputação (*allocation*) e de classificação (*ordering*).

ACORDOS DE FINANCIAMENTO COM DUPLO BENEFÍCIO (DOUBLE-DIP)

Muitas, senão a maior parte, das empresas multinacionais financiam as respectivas actividades empresariais no estrangeiro através dos chamados esquemas de «duplo benefício» (*double-dip structures*). Significa isto que uma empresa multinacional pode requerer duas deduções de juros relativamente ao mesmo montante de empréstimo contraído: uma dedução no país em que a sociedade-mãe é residente e outra no país em que a afiliada utiliza os fundos para a realização de rendimento. Alguns países adoptaram regras destinadas a impedir o uso destes esquemas de duplo benefício. A questão que se coloca é a de saber se e porquê tais esquemas são lesivos numa perspectiva de política fiscal. São lesivos na óptica do país de que a sociedade-mãe é residente, do país de que a afiliada é residente, ou de ambos? No caso de tais esquemas serem lesivos, qual o modo mais eficaz de lidar com eles?