SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA
& ASSOCIADOS

Nº 23.16

A TRIBUTAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA DE JUROS (I)LÍQUIDOS (O CASO BRISAL KBC)

TAX & BUSINESS

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal) proferiu, no dia 13 de Julho de 2016, decisão no pedido de reenvio prejudicial no caso C-18/15, Brisal KBC, relativo à tributação na fonte de pagamentos de juros a instituições financeiras não-residentes em Portugal sobre o montante ilíquido, enquanto em relação às instituições financeiras residentes em Portugal a legislação fiscal portuguesa tinha por referência o montante líquido, assim permitindo a apresentação de deduções de despesas relacionadas com os custos da sua actividade de financiamento.

A presente Informação destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta. Não deve servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Informação não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte contacto@rffadvogados.pt.

***

Esta Informação é enviada nos termos dos artigos 22.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, relativa ao envio de correio electrónico não solicitado. Caso pretenda ser removido da nossa base de dados e evitar futuras comunicações semelhantes, por favor envie um email com "Remover" para o endereço email newsletter@rffadvogados.com.

Best Lawyers - "Tax Lawyer of the Year" 2014
Legal 500 – Band 1 Tax "Portuguese Law Firm" 2013
International Tax Review –"Best European Newcomer" (shortlisted) 2013
Chambers & Partners – Band 1 "RFF Leading Individual " 2013
Who´s Who Legal – "RFF Corporate Tax Adviser of the Year" 2013
IBFD – Tax Correspondents Portugal, Angola and Mozambique

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

Trata-se de um histórico problema de tributação transfronteiriça de juros, há muito reconhecido pela própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), e que se pode exemplificar, tal como sucede no caso Brisal KBC, com os custos, directos e indirectos, relacionados com a sua actividade, em especial custos de refinanciamento, em que uma instituição financeira tradicionalmente incorre. Ou seja, o problema passa pela consideração, ou não, para efeitos fiscais, dos custos relacionados com os financiamentos que determinada instituição financeira concede.

Embora algumas Convenções de Dupla Tributação celebradas por Portugal permitam a isenção da tributação destes pagamentos na fonte, a maior parte das convenções não admite tal tratamento, pelo que se espera que a decisão do Tribunal tenha um impacto relevante nas concessões de empréstimos transfronteiriços, por parte de instituições financeiras não-residentes, no quadro da União Europeia (UE) e Espaço Económico Europeu (EEE).

FACTOS E ENQUADRAMENTO

Em 13 de Julho de 2016, o Tribunal pronunciou-se, de novo, sobre a questão da tributação de juros na fonte, no sentido de determinar se a legislação portuguesa respeitava as liberdades fundamentais e normas de acesso ao Mercado Interno da UE, e, mais especificamente, a liberdade de circulação dos serviços.

Quando, em 2008, o Tribunal foi confrontado com a mesma problemática, julgou improcedente a Acção por incumprimento, intentada pela Comissão Europeia contra Portugal (C-105/08), por falta de factos susceptíveis de comprovar a existência, em concreto e em razão da aplicação do regime de tributação na fonte dos juros, de prejuízo efectivo para os não-residentes.

Neste novo caso, estava em causa um contrato de financiamento celebrado entre a Sociedade portuguesa Brisal – Auto estradas do Litoral S.A. e o Banco irlandês KBC Finance Ireland. No âmbito deste, a Brisal esteve vinculada à obrigação de pagamento de juros à KBC, de um valor de 350.806,00€, dos quais

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

59.386,00€ foram retidos na fonte e entregues à Administração tributária portuguesa. Trata-se, então, de imposto aplicável aos juros obtidos por uma instituição financeira irlandesa, ou seja não-residente, e pagos por uma empresa residente em Portugal.

Tanto a Brisal como a KBC, discordaram acerca da retenção de uma parte dos ditos juros por se aplicar, apenas e especificamente, aos casos em que os devedores de juros são residentes em Portugal e os credores de juros são não-residentes. Neste quadro, "consideraram que as instituições financeiras não-residentes estão sujeitas a uma tributação mais gravosa do que as instituições residentes".

É de salientar que, nos termos do Código do IRC, as ditas instituições, sem residência fiscal em Portugal, estão submetidas a uma tributação específica de retenção na fonte a uma taxa liberatória de 20% que incide sobre os rendimentos ilíquidos. Enquanto idênticas instituições financeiras, mas residentes em Portugal, vêem os seus rendimentos de juros tributados sobre o valor líquido a uma taxa de 25% e estão isentos do regime de retenção na fonte, o que lhes confere, ainda, uma vantagem de fluxo de caixa.

Tal dissociação levanta a questão de saber se esta diferença é devida a situações objectivamente diferentes, ou, então, a uma discriminação efectiva entre instituições financeiras residentes e não-residentes. Na segunda hipótese, a aplicação de um regime dissociado encontrar-se-ia em violação das normas europeias relativas a liberdade de prestação dos serviços.

Por via de recurso interno, e em consequência da oposição da Brisal e da KBC em ver uma parte dos juros devidos, pela primeira ao segundo, serem retidos na fonte, o Supremo Tribunal Administrativo (STA) foi chamado a pronunciar-se sobre a questão levantada por esta tributação, tendo este accionado o mecanismo de reenvio prejudicial junto do Tribunal, para que este interprete e determine, à luz do direito da União Europeia, se a legislação fiscal nacional que prevê a tributação de juros pagos a instituições

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

financeiras não residentes se encontrava em violação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que consagra a liberdade de prestação de serviços.

A LIVRE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS (FINANCEIROS)

A liberdade de prestação de serviços, por natureza, ambiciona proteger as relações e os negócios transfronteiriços. Sendo que "devem ser consideradas restrições à livre prestação de serviços as medidas que proíbam, perturbem ou tornem menos atractivo" o exercício da prestação de serviços transfronteiriços, ou seja, quando o prestador e o destinatário dos serviços em causa estão estabelecidos em Estados Membros distintos.

No presente caso, a aplicação de uma tributação mais gravosa para a instituição financeira não-residente, sempre que esta não esteja justificada por situações objectivamente diferentes, dificulta a prestação de serviços transfronteiriça. Sendo que esta diferenciação torna a prestação de serviços por parte da KBC, instituição financeira não-residente, menos atractiva do que a prestação de serviços por parte de uma instituição financeira residente.

Com efeito, o regime português de tributação dos juros permite às instituições financeiras residentes a dedução, a priori, das despesas profissionais. Assimetricamente, não reconhece aos seus homólogos não-residentes a possibilidade de deduzir as ditas despesas antes da tributação. Consequentemente, as entidades não-residentes são tributadas com base nos rendimentos ilíquidos, quando, no caso das entidades residentes, são tomados em consideração os rendimentos líquidos.

Consagrando esta distinção, Portugal favorece as prestações de serviços internas, oferecendo um regime mais atractivo às entidades residentes, permitindo que estas ofereçam condições mais atractivas aos seus clientes. Com base nesta constatação, o Tribunal concluiu que a legislação nacional em causa se opõe ao princípio da livre prestação de serviços, por tornar menos atractivos os serviços prestados por parte de instituições financeiras não-residentes.

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

O CONTEÚDO DA DECISÃO

No âmbito da sua decisão, o Tribunal aproveitou para salientar que, nos termos do TFUE e, mais especificamente, do princípio de livre prestação dos serviços, não existe distinção entre as diferentes categorias de serviços. Com efeito, o TFUE, considera, indistintamente, todas as categorias de prestações de serviços. Aliás, prevê que "a liberalização dos serviços bancários ligados a movimentos de capitais se deve efectuar de harmonia com a liberalização da circulação dos capitais". Por outro lado, uma limitação à livre prestação de serviços é aceite, apenas, em condições específicas, designadamente nos casos em que tal "se justificar por razões imperiosas de interesse geral" e desde que a dita justificação respeite o princípio da proporcionalidade.

O Tribunal considerou que o tratamento fiscal desfavorável para as entidades não-residentes não pode ser considerado compatível com o direito da UE, pelo que considerou que este regime é contrário às liberdades fundamentais. Este não pode ser justificado com base na potencial existência de outro benefício, que seria, neste caso, a aplicação de uma taxa de tributação menos elevada para as instituições financeiras residentes.

No mesmo sentido, o Tribunal lembrou que, embora reconheça, na sua jurisprudência, que a necessidade de garantir a eficácia da cobrança do imposto constitui uma razão imperiosa de interesse geral que pode justificar uma restrição à livre prestação de serviços, esta justificação é válida, apenas, dentro dos limites do princípio da proporcionalidade. Ou seja, deve ser adequada a garantir a realização do objectivo prosseguido e não pode exceder o necessário para o alcançar. Conclui, neste caso, que a restrição em causa no processo principal não é necessária para garantir a eficácia da cobrança do IRC.

Para além disso, o Tribunal reconhece que, na falta de medidas de unificação ou de harmonização supranacionais, a competência para determinar os critérios de repartição do poder tributário, de forma a eliminar as situações de dupla tributação, permanece nas

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

mãos dos Estados-Membros, tendo estes celebrado, entre eles, Convenções de Dupla Tributação. Porém, as Convenções de Dupla Tributação não subsituem as obrigações previstas nos Tratados da UE, designadamente, o princípio da igualdade de tratamento e as liberdades de circulação garantidas pelo direito primário da UE.

Assim sendo, perante os factos e o direito em causa, os não-residentes devem ser tratados da mesma maneira que os residentes. Devendo, então, ver as suas despesas profissionais deduzidas antes da tributação dos rendimentos em causa. Necessariamente, a execução da concessão de um empréstimo financeiro origina despesas profissionais (despesas de viagem, de aconselhamento, etc.) e todos os sujeitos passivos, tanto os que são integralmente tributados como os que o são parcialmente, devem beneficiar do mesmo tratamento. Pelo que, devem-lhes ser concedidas as mesmas possibilidades de dedução das ditas despesas. Neste sentido, o Tribunal também reconheceu os custos de financiamento como despesas profissionais de uma instituição financeira na concessão de empréstimos.

Ademais, o Tribunal lembrou, ainda, quanto ao ónus de prova, que a simples circunstância da prova ser mais difícil de produzir não autoriza um Estado-Membro a recusar de modo absoluto aos não-residentes os mesmos privilégios do que aos residentes. Sendo que nada impede as autoridades fiscais em causa de exigirem ao não residente as provas que considerarem necessárias para que possam apreciar se os requisitos de dedutibilidade das despesas se encontram preenchidos.

Com base nesta argumentação, o Tribunal considerou que pode existir uma diferenciação na tributação entre os residentes e não-residentes desde que tal seja justificado e necessário, o que no presente caso não se demostrou, e que, em respeito ao princípio de livre prestação dos serviços, a legislação nacional deve conceder aos não-residentes a possibilidade de estes deduzirem as despesas profissionais directamente relacionadas com a actividade em questão, se esta é concedida aos residentes.

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

A (POTENCIAL) SOLUÇÃO OFERECIDA PELA OCDE NA CONVENÇÃO-MODELO SOBRE DUPLA TRIBUTAÇÃO

No quadro das Convenções de Dupla Tributação celebradas por Portugal, importa salientar a existência ou inexistência de um parágrafo, em particular, que apenas surge como sugestão, por parte da OCDE, nos Comentários à Convenção Modelo relativa à dupla tributação do rendimento e capital, que, normalmente, serve de base para a celebração das ditas convenções.

Este parágrafo-sugestão surge após a clara constatação, por parte de todos os Estados Membros da OCDE que acedem, por consenso, às alterações aos Comentários, de que este problema era pertinente e que importava esboçar uma solução, ainda que a título meramente opcional. Assim, os Comentários à Convenção-Modelo, relativos à tributação de juros, prevêem uma possível solução para este problema de dupla tributação de juros. O resultado proposto pela OCDE passaria pela tributação exclusiva no Estado de Residência do beneficiário dos juros, assim impondo uma restrição ao direito de tributar os juros, nestes casos, no Estado da fonte. Esta possibilidade depende, sempre, da inclusão de tal parágrafo na convenção bilateral efectivamente celebrada entre os Estados de um parágrafo adicional destinado a acudir à questão da tributação (de transacções transfronteiriças) sobre o rendimento ilíquido vs. líquido de juros. No caso Brisal KBC tal não se aplicava por a Convenção de Dupla Tributação celebrada entre Portugal e Irlanda não prever o dito parágrafo adicional, tal como sucede na generalidade das Convenções de dupla tributação celebradas por Portugal.

Importa, por fim, salientar, que a solução proposta pela OCDE conduz a um resultado distinto do resultado da decisão do Tribunal, na medida em que a primeira, se adoptada, implica a isenção no Estado da fonte, enquanto a segunda permite a tributação no Estado da fonte, embora salvaguardando e permitindo a dedução de custos com o financiamento. Embora a decisão do Tribunal não seja, ainda, de aplicação directa e generalizada, os contribuintes podem, designadamente, com

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

base nas regras e nos princípios consagrados no presente Acórdão Brisal KBC, fundamentar eventuais pedidos administrativos ou judiciais nesse sentido.

Lisboa, 09 de Agosto de 2016

Rogério M. Fernandes Ferreira

Jorge Lopes de Sousa

Margot Lopes Martins

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt