

ADMINISTRAÇÃO GERAL TRIBUTÁRIA

CENTRO DE ESTUDOS E APOIO ÀS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS

COLÓQUIO

OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO
NA TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO
E DA DESPESA

12 e 13 de Julho de 2000

**A PROPOSTA DE DIRECTIVA
DE TRIBUTAÇÃO DA POUANÇA
NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO
TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL**

ANA PAULA DOURADO

*Jurista do Centro de Estudos
e Apoio às Políticas Tributárias
Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa*

Sumário: I. A harmonização da tributação dos rendimentos no contexto do Direito Tributário Internacional: considerações introdutórias. II. Caracterização da proposta de directiva de tributação da poupança na perspectiva das soluções do Direito Tributário Internacional. 1. Os rendimentos da poupança sob a forma de pagamentos de juros como objecto de tributação. 1.1. A adopção de um conceito autónomo de juros e a interpretação do mesmo. 1.2. O conceito de juros para efeitos do artº 5º da proposta de directiva de tributação da poupança e do artº 11º do Modelo da OCDE. 2. O beneficiário efectivo. 3. Os objectivos da proposta de directiva de tributação da poupança e a opção inicial pelo modelo de coexistência. 4. A tributação pelo Estado da fonte - o agente pagador vs. o agente devedor. 5. A adopção do sistema de informação e a tributação pelo Estado de residência. 6. A evolução do significado e âmbito da troca de informações: da troca de informações enquanto instrumento de aplicação efectiva das convenções de dupla tributação, à troca de informações como instrumento de tutela dos interesses dos Estados. 7. O artº 11º da proposta de directiva e as negociações com terceiros Estados.

I. A harmonização da tributação dos rendimentos na Comunidade Europeia no contexto do Direito Tributário Internacional: considerações introdutórias (*)

As dificuldades na harmonização da tributação dos rendimentos na Comunidade Europeia são por demais ilustradas pelo arrastar das negociações das poucas propostas de directiva que são aprovadas só ao fim de algumas décadas e que por vezes são retiradas, por ser evidente o fracasso das mesmas, tal como aconteceu com a primeira proposta de directiva de tributação da poupança.

Apesar da progressiva integração comunitária, nomeadamente da livre circulação de capitais e da introdução da moeda única, que recomendam a harmonização fiscal, o processo de harmonização da

(*) O artigo agora publicado, com algumas actualizações, esteve na base da intervenção no Colóquio "Os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa". Uma parte substancial do mesmo foi entretanto publicada na *EC Tax Review*, nº 3, 2000, pp. 144-152.

tributação dos rendimentos demonstra as dificuldades, ainda existentes a nível inter-estadual, em se ultrapassar o plano bilateral. Numa perspectiva de Direito Tributário Internacional, a harmonização comunitária da tributação dos rendimentos, na fase do mercado comum ou da união económica e monetária, em que se mantém a regra da unanimidade, significaria um novo passo na regulação dos factos tributários inter-estaduais¹.

No entanto, o recurso ao artº 94º do Tratado da CE, e a utilização das directivas para harmonizar aspectos parcelares do regime de tributação dos rendimentos, não se tem revelado eficaz e talvez não seja a forma mais adequada de regular o problema. Não existe um paralelo entre as reformas fiscais parciais e os pequenos passos na harmoniza-

1. Como se pode concluir da evolução do Direito Tributário Internacional e do conceito de dupla tributação e medidas para a atenuar, não se conseguiu internacionalmente ultrapassar o plano das convenções bilaterais: V. por exemplo, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Coimbra, 1993, pp. 54-57; MANUEL PIRES, *Da Dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Lisboa, 1984, pp. 177 e ss.; KLAUS VOGEL, *DBA – Kommentar*, München, 1996, §§ 15-26; CARLO GARBARINO, *La Tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, pp. 33 e ss.; JACQUES MALHERBE, *Droit Fiscal International*, Bruxelles, 1994, pp. 18 e ss.; ANA PAULA DOURADO, *A Tributação dos rendimentos de capitais: a harmonização na Comunidade Europeia*, Lisboa, 1996, pp. 29-31.

2. É verdade que existe algum paralelo entre as várias concepções de reforma fiscal a nível interno e as concepções expressas nos vários relatórios sobre harmonização fiscal comunitária. No entanto, enquanto no primeiro caso existe, actualmente, no âmbito das diferentes teorias (da tributação equitativa, da tributação óptima ou da troca fiscal), uma tendência assumida no sentido da recomendação de reformas parciais (V. por ex., o ainda actual estudo de WALTER HETTICH e STANLEY WINER, *Blueprints and pathways: the shifting foundations of tax reform*, *National Tax Journal*, 1985, pp. 423-445), é mais difícil encontrar uma evolução de concepções nas propostas e no processo de harmonização comunitária da tributação dos rendimentos. Existe antes uma reafirmação permanente da necessidade de harmonização, que não se concretiza. A nível do Direito Tributário Internacional, a existência de modelos de convenção que vão sendo "aperfeiçoados", conduz a melhores resultados dogmáticos e práticos do que a harmonização fiscal parcelar.

ção fiscal, se não existir uma concepção global subjacente de harmonização fiscal? O fracasso na concretização das medidas propostas pelos diferentes relatórios (desde o relatório Neumark ao relatório Monti), que identificaram as prioridades da harmonização da tributação do rendimento, sem grandes divergências entre si, apesar do lapso de tempo que os separa³, não parece ser ultrapassado por propostas isoladas.

A conclusão de convenções bilaterais tem tido resultados mais eficientes do que a harmonização comunitária e, por se basearem em modelos que têm subjacente uma concepção global sobre a distribuição de competências entre Estado da fonte e Estado da residência, e que são objecto de aperfeiçoamento continuado, são dogmaticamente mais consistentes. Por isso, embora nunca se tenha tentado seguir o caminho proposto pelo Comité Segré, de substituição das convenções de dupla tributação por uma convenção comunitária multilateral, por ser demasiado irrealista, talvez fosse recomendável a existência de um Modelo de convenção comunitária multilateral.

As propostas de directiva da Comunidade Europeia adoptam, tendencialmente, os princípios da fonte e da residência tal como con-figurados no Direito Tributário Internacional, e nas relações entre países industrializados, tal como resulta do Modelo da OCDE⁴.

Mas, não só o seu carácter parcelar lhes retira os efeitos desejáveis que resultariam da distribuição de competências fiscais em todas as categorias de rendimentos, como as cedências realizadas por razões

3. Relatório Neumark: *EEC reports on tax harmonization*, Amsterdam, 1963; Relatório Segré: *Le Développement dans le marché européen des capitaux*, Bruxelles, 1966; Conclusões do Relatório Ruding: *Conclusions et recommandations du comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, *Commission des Communautés européennes*, Bruxelles, Luxembourg, 1992; Relatório Monti: *Taxation in the European Union*, SEC (96) 487 final, 20.03.1996, Brussels.

4. Como veremos, a proposta de directiva de tributação da poupança introduz a este respeito uma inovação, por concretizar o princípio da fonte ao arrepio do seu significado para efeitos do Direito Tributário Internacional.

políticas (resultantes não apenas do interesse das administrações fiscais dos Estados membros, como também do interesse dos lobbies existentes nos mesmos) podem desvirtuar o conteúdo final do regime fiscal interestadual. Nas convenções bilaterais, pelo contrário, as reservas e as observações dos Estados contratantes a algumas soluções do Modelo da OCDE constituem desvios ao regime regra recomendado pelo mesmo ou indicações da interpretação que será feita pelo Estado que fez as observações⁵, mas não desvirtuam o Modelo: antes o adaptam e flexibilizam. Ainda assim, em relação ao aspecto mencionado do carácter parcelar da harmonização, os efeitos negativos são atenuados pelo facto de, relativamente às categorias de rendimentos, os Estados membros da Comunidade Europeia continuarem a regular as suas relações fiscais inter-estaduais através das referidas convenções bilaterais. Neste contexto, algumas directivas têm o significado de regimes que atingem o nível ideal nas relações fiscais inter-estaduais, por até eliminarem a dupla tributação económica (é o caso da directiva sociedades-mães – afiladas)⁶ e se ocuparem de outros aspectos não abrangidos pelas convenções, como é o caso da directiva das fusões e cisões, que elimina a carga fiscal penalizadora das reorganizações empresariais inter-estaduais.

Em relação ao aspecto das cedências políticas, as críticas também podem ser atenuadas se tivermos em conta que as propostas de regimes comunitários de distribuição de competências fiscais e regimes substantivos delas resultantes têm sido mais exigentes do que as do Direito Tributário Internacional, pois têm de conciliar o objectivo de neutralidade (não bastando por isso a atenuação da dupla tributação) dos impostos no mercado interno (i.e. a nível multilateral)⁷, com o da cobrança por cada Estado-membro das receitas fiscais necessárias.

5. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., §§19 e 19 a.

6. O que não acontece com o Modelo da OCDE, nomeadamente com o regime dos dividendos do artº 10º.

7. Sobre a neutralidade na harmonização fiscal comunitária, na perspectiva da

De qualquer forma, se confrontarmos as preocupações decorrentes da integração regional e do movimento de globalização mundial e dos respectivos efeitos nos sistemas fiscais internos, verificamos que elas tendem a aproximar-se. Quer as propostas de harmonização fiscal comunitária, quer os estudos da OCDE pretendem ainda atingir os clássicos objectivos do Direito Tributário Internacional, de eliminar a dupla tributação e de controlar a perda de receitas fiscais, dificultados no primeiro caso pela livre circulação e pela moeda única. Mas o problema da fraude e da elisão fiscais, que com a globalização atinge níveis preocupantes também a nível mundial, tem orientado as discussões recentes ao nível da OCDE para a efectiva cooperação das administrações fiscais, existindo actualmente a consciência de que a harmonização ao nível comunitário, como um meio de controlar a perda de receitas, não é suficiente (cf. o artº 11º da proposta de directiva).

Considerando a articulação das directivas sobre tributação dos rendimentos com os sucessivos relatórios sobre harmonização fiscal comunitária, e com as convenções de dupla tributação em vigor, podemos chegar a um regime fiscal inter-estadual mais coerente do que a harmonização existente só por si parece indicar. O que não impede de questionarmos se não seria mais rigoroso e mais proveitoso existir um modelo de harmonização, tal como existem modelos para as relações estaduais bilaterais, em que fossem estabelecidos para as relações comunitárias, expressamente, alguns princípios fundamentais do Direito Tributário Internacional também adequados à união económica e monetária e outros com um conteúdo específico na Comunidade Europeia (por exemplo, o da não discriminação). É

teoria da integração económica, v.: PEGGY MUSGRAVE, *Interjurisdictional coordination of taxes on capital income*, in *Tax Coordination in the European Community* (ed. S. Gnossen), Antwerp, London, Frankfurt, etc, 1987, pp. 197-225; WILLIAM MOLLIE, *The Economics of integration, theory, practice, policy*, Aldershot, 1990, pp. 95 e ss. e 145 e ss.; ANA PAULA DOURADO, *A Tributação...*, cit., pp. 242-290.

que, embora possamos considerar que o processo de harmonização comunitária tem implicitamente como padrão orientador os princípios e as soluções do Modelo da OCDE, nada impede que num ou noutro aspecto assim não seja, nem deva ser. Este aspecto é demonstrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, nomeadamente, quanto ao tratamento a dar aos estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes (caso do *Avoir fiscal* e caso *Saint-Gobain*⁸), e à "terceira categoria de contribuintes", nomeadamente no caso dos trabalhadores fronteiriços (casos *Schumacker* e *Wielockx*)⁹. Esta jurisprudência, baseada nos princípios da não discriminação e da livre circulação¹¹, é, por seu turno, fonte de distorções, por vincular apenas os Estados membros em litígio i.e., por caminhar no sentido das soluções bilaterais e não multilaterais.

É neste contexto que aparece, na sequência do acordo obtido no ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997, a proposta de directiva "destinada a assegurar um nível mínimo de tributação efectiva dos rendimentos da poupança(...)", cujo modelo de coexistência originalmente proposto, e alterado em Santa Maria da Feira em Junho de 2000, pretendia satisfazer os interesses dos diferentes Estados membros. Trata-se de uma proposta de tributação mínima por só dizer respeito aos

8. De 28.1.86, proc. n.º 270/83 e de 21.09.1999, proc. n.º C-307/97.

9. *Finanzamt Köln-Alstadt v. Schumacker* de 14.2.1995, proc. n.º C-279/93; *Wielockx v. Inspector der Directe Belastingen*, de 11.8.95, proc. n.º C-80/94.

10. V., por exemplo, *CARL OTTO LENZ*, *The jurisprudence of the European Court of Justice in tax matters*, EC Tax Review, 1997, n.º 2, pp. 80 e ss..

11. Como se pode ver pela evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, o princípio da não discriminação tem um conteúdo ligado ao princípio da livre circulação, adquirindo um alcance muito diferente do art.º 24.º do Modelo da OCDE: V. *MORIS LEHNER*, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, EC Tax Review, 2000, n.º 1, pp. 5-15; *ANA PAULA DOURADO*, *Free movement of capital and capital income taxation within the EU*, EC Tax Review, 1994, n.º 4, pp. 176-185.

rendimentos de juros de pessoas singulares; e tratava-se de um modelo de coexistência por permitir ao Estado do agente pagador (dos juros a um residente noutro Estado-membro) uma opção entre a retenção na fonte do imposto a uma taxa mínima de 20%, ou a prestação de informações sobre os rendimentos obtidos.

II. Caracterização da proposta de directiva de tributação da poupança na perspectiva das soluções do Direito Tributário Internacional

1. Os rendimentos da poupança sob a forma de pagamentos de juros como objecto de tributação

1.1. A adopção de um conceito autónomo de juros e a interpretação do mesmo

A proposta de directiva de tributação da poupança pretende, desde o início, adoptar uma noção abrangente de juros, excluindo, tanto quanto possível, regimes excepcionais, de forma a não existirem instrumentos de poupança com tratamento fiscal mais favorável que provocassem distorções no mercado interno. Assim, no seu art.º 5.º, a proposta adopta uma noção autónoma das normas unilaterais dos Estados membros, com carácter exaustivo. Embora só exista uma correspondência parcial entre os conceitos adoptados pela proposta de directiva e pelo Modelo da OCDE, este último também contém, desde 1977, um conceito exaustivo, pois abandonou-se a remissão que o Modelo de 1963 fazia para aplicação subsidiária do Direito interno.

Ao contrário das normas unilaterais dos Estados membros, em que a tributação dos juros está incluída numa categoria de rendimentos de capital, normalmente mobiliário (embora em Espanha, por exemplo, os rendimentos de capitais imobiliários estejam abrangidos

dos), a proposta de directiva, tal como o Modelo da OCDE, trata os juros autonomamente. A nível do Direito Tributário Internacional, esta autonomização justifica-se por razões de clareza do regime. Com efeito, embora as normas distributivas de competências respeitantes aos dividendos, aos juros e também às royalties contenham soluções idênticas, o Modelo optou por definir cada uma daquelas categorias de rendimentos, autonomamente das normas unilaterais (por exemplo, os juros de créditos hipotecários integram-se na noção de juros para efeitos do Modelo, o mesmo não acontecendo com todos os regimes unilaterais dos Estados contratantes¹²), e introduz algumas especificidades nos respectivos regimes, razões que justificam e recomendam o tratamento separado de cada uma das mencionadas subcategorias. Esta opção revela também uma evolução no Direito Tributário Internacional, que ocorreu a partir do Modelo de Londres, uma vez que o Modelo do México tratava conjuntamente os juros e os dividendos considerando-os "rendimentos de capital mobiliário", no artº IX da Convenção completado pelo artº IX do Protocolo^{13 14}.

12. Ver, Comentários ao artº 11º nº 3 do Modelo da OCDE, parágrafo 18 (Modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal nº 172, Lisboa, 1995, p. 156, trad. de Teresa Curvelo).

13. V. Comentários ao artº VIII do Modelo de Londres e do México: League of Nations – Fiscal Committee, London and Mexico Model tax conventions, Commentary and text, Geneva, 1946, p. 24. Segundo o artº IX do Protocolo ao Modelo do México, "o termo "rendimento de capital mobiliário" inclui rendimentos de fundos públicos, obrigações, empréstimos, depósitos, fixos ou em contas correntes, rendimentos de acções e participações semelhantes em empresas, tal como rendimentos de sócios silenciosos ou acções de sócios sem poderes de gestão ou responsabilidade pessoal em sociedades de pessoas".

14. Essa evolução nota-se também em relação a estudos anteriores em que a idêntica natureza económica dos juros e dos dividendos era salientada: LEAGUE OF NATIONS, Economic and Financial Commission, Report on double taxation submitted to the Financial Committee by Professor Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, Geneva, 1923, pp. 36-37.

Também a nível da harmonização comunitária, a autonomização dos dividendos e dos juros dentro da categoria comum de rendimentos de capitais mobiliários é aconselhável por razões idênticas às do Modelo da OCDE, e, tendo em conta que as directivas não se destinam a harmonizar todo o regime de tributação dos rendimentos, a negociação parcelar aparece, como referimos anteriormente, como um procedimento supostamente mais eficaz.

Sem embargo, enquanto no Modelo da OCDE podem ser confrontadas e delimitadas as diferentes categorias (os respectivos conceitos e tipos), e os comentários permitem, ou pelo menos ajudam, em caso de dúvida, a decidir se se trata de rendimentos de juros ou de dividendos¹⁵, quando existem situações de fronteira, o mesmo não acontece, normalmente, com as dúvidas de interpretação de uma directiva. Assim, devido à mencionada ausência de uma harmonização global da tributação dos rendimentos, e se a directiva não remeter expressamente para as convenções de dupla tributação, nem for possível recorrer ao direito interno¹⁶, as dúvidas só podem ser resolvidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, com efeitos que vinculam apenas os litigantes.

Pela primeira vez no processo de harmonização comunitária da tributação de rendimentos, são introduzidos comentários aos artigos em propostas de directivas de harmonização fiscal (acontecendo o mesmo com a proposta de directiva dos juros e royalties), que se assemelham na forma de apresentação e também no conteúdo aos do Modelo da OCDE, embora sejam mais resumidos e se aparentem mais a um preâmbulo¹⁷. O seu valor jurídico para a aplicação das

15. Ver, por exemplo, Comentários aos arts. 10º nº 3 parágrafo 25 e artº 11º nº 3, parágrafo 19, do Modelo da OCDE.

16. Pois não existe nenhuma norma semelhante ao artº 3º nº 2 do Modelo da OCDE.

17. Para efeitos de interpretação de tratados internacionais, e portanto também

mesmas é questionável, caso venham a ser incluídos nas directivas aprovadas e em vigor. Inclínamo-nos para considerar que esses comentários fazem parte do contexto da directiva (se considerarmos que o contexto das directivas compreende, tal como acontece com os tratados, o texto, preâmbulo e anexos), e, enquanto tal, são elementos vinculativos de interpretação. É por demais conhecida a discussão em torno do valor dos comentários da OCDE, para efeitos dos arts. 31 e 32 da Convenção de Viena, mas essa discussão tem justamente como causa o facto de eles, reconhecidamente muito úteis¹⁸, não serem inseridos no texto aprovado dos acordos bilaterais, e por isso alguns Estados contratantes não lhes atribuem carácter vinculativo. Ora, também se os referidos comentários à proposta de directiva não vierem a ser incluídos na directiva aprovada, será difícil fundamentar a obrigatoriedade dos mesmos para efeitos de interpretação. Por um lado, não existe nenhuma norma nos Tratados das Comunidades Europeias sobre o assunto, e, por outro lado, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias aponta para a irrelevância dos mesmos para efeitos de interpretação da directiva, desde que não tenham expressão no texto¹⁹. Apesar da referida jurisprudência,

das convenções de dupla tributação, o preâmbulo insere-se no contexto, e por isso faz parte dos elementos principais de interpretação nos termos do artº 31º da Convenção de Viena (também se entende que os Comentários ao Modelo da OCDE fazem parte do contexto das convenções bilaterais: V. nota seguinte, KLAUS VOGEL e RAINER PROKISCH, Interpretation of double taxation conventions, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXXVIII a, 1993, Generalbericht, p. 30).

18. Embora existindo Estados contratantes onde esse reconhecimento é maior do que noutros, pois há Estados em que os tribunais para resolver os litígios em causa, recorrem sempre aos comentários, atribuindo-lhes valor vinculativo, e não aceitando por conseguinte, interpretações diferentes dos mesmos, sem justificação bastante: KLAUS VOGEL e RAINER PROKISCH, Interpretation..., cit., pp. 30-31.

19. "... é jurisprudência constante que as declarações feitas na fase dos trabalhos preparatórios que culminam na adopção de uma directiva não podem ser consideradas para a interpretação desta quando o respectivo conteúdo não encontra qual

parece-nos que, se a directiva contiver conceitos indeterminados, cuja concretização tenha sido feita pelos comentários na proposta e se a adopção da interpretação no sentido dos comentários não for contrária à ratio legis da directiva, eles poderão ser utilizados como um elemento complementar de interpretação²⁰.

Por outro lado, a relação entre as directivas, os acordos de dupla tributação e, em última análise, o Direito interno, através da remissão feita pelo artº 3º nº 2 do Modelo da OCDE, torna-se mais complicada se o regime da directiva, tratando embora matérias que são objecto das convenções, for menos pormenorizado do que as convenções. É o caso, como veremos a seguir, da distinção entre juros e dividendos e da possibilidade da dedução dos juros por parte dos devedores, cabendo saber se é possível o "recurso subsidiário" aos Comentários do Modelo da OCDE para interpretar e aplicar normas da directiva com a mesma redacção da norma do Modelo.

1.2. O conceito de juros para efeitos do artº 5º da proposta de directiva de tributação da poupança e do artº 11º do Modelo da OCDE

a) O artº 5º a) da proposta de directiva e o artº 11º nº 3 do Modelo da OCDE

No artº 5º da proposta de directiva, a noção de juros está contida em quatro alíneas que correspondem a subdivisões da própria categoria juros.

quer expressão no texto da disposição em causa e não têm, portanto, relevância jurídica": caso Fazenda Pública/ Epsom Europe BV de 8.6.2000, proc. nº C-375/98; Antonissen de 26.2.1991, proc. nº C-292/89, Col., p. I-745, nº 18; Bautiaa e Société française maritime de 13.2.1996, proc. nºs C-197/94 e C-252/94, Col. p. I-505, nº 51.

20. Será possível retirar estas ilacções por uma interpretação a contrario do que é dito no acórdão Epsom Europe BV.

Só a primeira alínea tem correspondência com a noção de juros para efeitos do Modelo da OCDE, que, por seu turno, não se afasta da noção de juros das normas unilaterais, no seu sentido mais amplo de “contrapartida pela cedência de utilização do capital”, e aproximado de um conceito de “rendimentos de créditos”²¹. No entanto, pela própria natureza das situações tributárias que são objecto ou de harmonização fiscal ou das convenções de dupla tributação, quer na proposta de directiva quer no Modelo da OCDE, a tributação dos juros só ocorre perante situações tributárias inter-estaduais: o objectivo é tributar os juros provenientes de um Estado-membro ou contra-tante e pagos a um residente de outro Estado-membro ou contra-tante (artº 1º nº 1 da proposta de directiva e artº 11º nº 1 primeira parte do Modelo da OCDE). Daqui decorre que o pagamento de juros enquanto tais, embora não sendo elemento componente da definição dos mesmos, é um pressuposto para a sua tributação, ao contrário do que acontece a nível das normas unilaterais, em que, por exemplo, juros incluídos no montante de transacções de bens (vendidas de bens a crédito) são tributados nessa categoria.

Assim, nos termos da alínea a) do artº 5º da proposta de directiva, entende-se por juros “os rendimentos de créditos de qualquer natureza, acompanhados ou não de garantias hipotecárias ou de cláusula de participação em lucros do devedor, e nomeadamente os rendimentos de obrigações e títulos da dívida pública, incluindo os prémios e lotes a eles associados. As penalidades por mora num pagamento não são consideradas juros”. Para efeitos das convenções de dupla tributação, a expressão “créditos de qualquer natureza” deverá ser entendida em sentido amplo, não se limitando a mútuos e a obrigações, mas os comentários ao artigo 5º a) da proposta de directiva limitam-se a referir que estão englobados nessa expressão os depósi-

21. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., comentários ao artº 11º, parágrafo 56, p. 953; ALBERTO XAVIER, Direito..., cit., p. 471.

tos e as cauções em numerário, o que não parece excluir a interpretação referida a propósito do Modelo da OCDE.

Quanto aos rendimentos de créditos acompanhados por uma cláusula de participação em lucros do devedor²², apesar de incluídos no conceito de juros, podem suscitar dúvidas de delimitação relativamente aos dividendos. Assim, embora também para efeitos do Modelo da OCDE, os juros de obrigações com direito a participação nos lucros não devam, em regra, ser considerados dividendos, desde que o contrato tenha a natureza de empréstimo com juros²², esclarece-se no parágrafo 19 dos comentários ao nº 3 do artº 11º que “os juros sobre essas obrigações serão considerados dividendos se o empréstimo partilhar efectivamente os riscos incorridos pelas sociedades mutualárias”. Não se trata de partilhar ou não o risco geral de todos os credores relativamente à impossibilidade de reembolso dos créditos por parte da empresa em situação de falência ao seu resultado, mas do risco limitado à remuneração correspondente à quota parte devida pelo beneficiário da mesma²³.

Em sentido semelhante, nos comentários ao artº 5º da proposta de directiva refere-se que, em regra, “os direitos de participação nos lucros associados às obrigações não alteram a qualificação desses rendimentos como juros, a menos que os fundos que são objecto de empréstimo partilhem efectivamente os riscos incorridos pelo devedor”. Os comentários ao artº 5º nada mais adiantam sobre o assunto, enquanto os comentários ao Modelo da OCDE, além de avançarem critérios orientadores para averiguar a existência de partilha do risco²⁴,

22. V. os comentários ao artº 11º nº 3, parágrafo 18, do Modelo da OCDE.

23. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., comentários ao artº 11º, parágrafo 60, p. 955.

24. Acrescente-se também que, segundo estes critérios do risco KLAUS VOGEL refere que os rendimentos dos sócios silenciosos das “Stillegesellschafteñ” alemãs são e devem ser qualificados como juros (DBA..., cit., comentários ao artº 11º parágrafo 61).

apontam um critério para resolver dúvidas interpretativas em caso de subcapitalização presumida, considerando a categoria dos juros subsidiária em relação à dos dividendos²⁵. Diga-se novamente que, para efeitos das convenções de dupla tributação, é possível recorrer ainda às normas unilaterais para qualificar as situações de subcapitalização (através do art.º 3.º n.º 2 do Modelo da OCDE), existindo já critérios muito desenvolvidos e autónomos das cláusulas gerais anti-abuso, e que esse recurso não é permitido pelo Direito Comunitário.

Ainda assim, neste caso, a cláusula geral permite ao intérprete raciocínios concretizadores que implicitamente recorram às normas unilaterais através de um método tipológico e analógico na aplicação do Direito²⁶, ainda que formalmente seja difícil fundamentar o recurso às normas internas. Klaus Vogel aponta para um critério orientador, permitido pelo Modelo da OCDE, segundo o qual a requalificação dos juros como dividendos ocorre quando o empréstimo ou participação silenciosa, no caso concreto e segundo as circunstâncias concretas, não pudesse ser garantido por terceiros (princípio da comparação com terceiros)²⁷.

Em todo o caso, é importante salientar que, em regra, os rendimentos resultantes dos empréstimos dos sócios às sociedades serão tributados pelos Estados membros como juros, tal como acontece nos acordos de dupla tributação²⁸. Uma vez que a possibilidade de as

25. V. os referidos comentários ao art.º 11.º n.º 3, parágrafo 19, do Modelo da OCDE.

26. No sentido de ARTHUR KAUFMANN Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München, 1994, pp. 111 e ss.: a aplicação da maior parte dos conceitos jurídicos, por não preencher os requisitos da determinação que permita um raciocínio meramente substantivo, implica o recurso a um pensamento tipológico e por isso analógico.

27. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., comentários ao art.º 11.º, parágrafo 63 c) e d), pp. 958-959.

28. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., comentários ao art.º 11.º, parágrafo 63, pp. 956-957.

empresas deduzirem esses juros não é tratada pela proposta de diretiva, ela é assegurada pelos acordos de dupla tributação, desde que essa dedução seja admitida pelo Estado contratante em causa relativamente às relações entre pessoas residentes (art.º 24.º n.º 4 do Modelo da OCDE). Por outro lado, em situações de distribuição oculta de dividendos, a parte correspondente aos juros deverá ser tributada nos termos da diretiva e a restante, nos termos das convenções de dupla tributação.

As "penalizações por pagamento tardio" são excluídas do conceito de juro, quer pelo art.º 5.º a) quer pelo art.º 11.º n.º 3 do Modelo da OCDE. Porém, enquanto para efeitos da diretiva este regime será vinculativo, não sendo feita nenhuma referência nos comentários da proposta de diretiva às mencionadas penalizações, já os comentários ao Modelo da OCDE permitem que os Estados contratantes omitam essa exclusão nas negociações bilaterais e tribuem como juros as referidas penalizações. As convenções celebradas por Portugal tributam esses juros moratórios²⁹. No entanto, a justificação para a exclusão das mesmas do conceito de juro reside no facto de se entender que elas são, mais do que rendimentos, "formas especiais de indemnizar o credor"³⁰, e para efeitos das convenções de dupla tributação deverão ser tributados segundo a norma residual do art.º 21.º (outros rendimentos)³¹.

Tem de ser considerada também a hipótese de os reembolsos de capital serem inferiores às somas entregues pelo credor, caso em que o juro é negativo. Estas situações são relevantes para efeitos do art.º 11.º das convenções de dupla tributação, desde que não se trate de menos válidas, devendo o Estado da fonte ter em conta os juros nega-

29. ALBERTO XAVIER, Direito..., cit., p. 472.

30. V. os comentários ao art.º 11.º n.º 3, parágrafo 22, do Modelo da OCDE.

31. É esta a interpretação de KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 59 dos comentários ao art.º 11.º do Modelo da OCDE.

tivos para efeitos de tributação. No entanto, os juros são tributados pelo seu montante bruto, não sendo possível deduzir despesas eventualmente tidas para a sua obtenção.

Os pagamentos ou contrapartidas de outras prestações não são juros para efeitos do artº 5º a) da proposta de directiva e do artº 11º nº 3 do Modelo da OCDE: estão assim excluídos os pagamentos por prestações laterais, como é o caso dos avales³². As rendas cobradas pela cedência de utilização de bens corpóreos devem ser qualificadas como royalties e não como juros.

Faça-se ainda um breve comentário à expressão “títulos da dívida pública” que consta na versão em português quer da proposta de directiva na versão originária, quer do Modelo da OCDE, o mesmo não acontecendo com a versão em inglês do Modelo, que se refere a “títulos de crédito governamentais” (“government securities”).

O âmbito dos juros abrangidos pela tributação da directiva não será o mesmo consoante ela adopte a expressão “títulos da dívida pública” ou “títulos de crédito governamentais”. Como se sabe, as convenções de dupla tributação não dão origem a novos factos tributários, não alargam nem alteram o âmbito de tributação interna, nem interferem, em princípio, com benefícios fiscais concedidos pelos Estados, limitando-se a distribuir os poderes de tributação dos Estados da fonte e da residência, caso estes tributem os rendimentos previstos na convenção³³. Como refere Alberto Xavier, a propósito das convenções de dupla tributação, “...para que exista tributação válida, não basta a existência de uma norma convencional que a permita; é

32. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 68 dos comentários ao artº 11º do Modelo da OCDE.

33. V., por todos, ALBERTO XAVIER, que se refere ao “princípio do efeito negativo dos tratados”, Direito..., cit., pp. 111-112; e KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 46 da introdução.

ainda necessária a existência de uma norma interna que a imponha”³⁴. Ora, o mesmo não acontece com as directivas comunitárias, que, além de distribuírem os poderes tributários entre o Estado da fonte e o da residência, criam obrigações fiscais, e, por isso, a harmonização comunitária, além de limitar a dimensão espacial da soberania tributária, limita também a dimensão material ou legislativa dessa soberania³⁵. Da proposta de directiva em análise, não resulta apenas uma distribuição dos poderes internos de tributação dos juros de não residentes (i.e. uma permissão de tributação), mas também uma obrigação de tributá-los, no caso do Estado do agente pagador optar pelo sistema de retenção, e uma obrigação de prestar informações caso o Estado do agente pagador opte pelo sistema de informação. Por essa razão, não é indiferente que o artº 5º a) se refira aos títulos de dívida pública ou às obrigações governamentais.

b) O artº 5º b) da proposta de directiva

A proposta de directiva prevê, expressamente, na alínea b) do artº 5º, que o conceito de juros abrange “o aumento do valor dos créditos cujo rendimento consiste, por contrato, exclusivamente ou em parte nesse aumento de valor, independentemente da natureza do referido aumento”. A alínea a) já compreendia estas situações, tal como o artº 11º nº 3 do Modelo da OCDE, mas, segundo os comentários da proposta de directiva, a autonomização dos rendimentos nesta alínea b) pretende eliminar dúvidas, relativamente, por exemplo, à inclusão dos rendimentos das obrigações de cupão zero e de créditos semelhantes, como é o caso das obrigações desmembradas (cujos rendimentos resultam da diferença entre a soma recebida no

34. ALBERTO XAVIER, Direito..., cit., p. 112.

35. ANA PAULA DOURADO, A Tributação..., cit., pp. 17 e ss. e 31.

momento de reembolso e o preço de emissão). Qualificam-se os referidos rendimentos como juros, embora, na verdade, sejam abrangidas as mais valias dos créditos, como se refere também nos comentários à proposta de directiva, desde que entregues pelo agente pagador no momento de reembolso do crédito ou do título. Questão diferente, é a da qualificação dos rendimentos provenientes da alienação dos títulos a terceiros, que, para efeitos do Modelo da OCDE e também da legislação interna de muitos Estados membros são considerados mais valias e, tributados ou isentos, nessa qualidade (podendo constituir lucro comercial ou "outros rendimentos" para efeitos do art.º 21.º do Modelo da OCDE³⁶). A ausência de regime uniforme nesta matéria ocorre até a nível interno: por vezes, são considerados juros os rendimentos de cupões zero, mas são considerados mais valias os rendimentos das obrigações desmembradas.

No entanto, para efeitos da directiva, e como cláusula específica anti-abuso, será importante tributar também a venda antecipada dos créditos a terceiros, quer se trate da venda antecipada de obrigações de cupão zero ou semelhantes ou de qualquer outra obrigação. Cabe optar todavia pela tributação do aumento de valor total dos créditos ou apenas do juro decorrido. Por outro lado, no caso de ser adoptada a primeira solução, caberia ainda decidir se a mais valia no caso de venda antecipada seria sempre tributada, ou apenas em casos de fraude fiscal e/ou elisão fiscal.

A questão do melhor regime para as vendas antecipadas de créditos, é muito complexa. Quer a tributação dos juros decorridos quer das mais-valias implicam custos para os agentes pagadores, nomeadamente se estes tiverem de saber o preço de compra da obrigação. Por outro lado, se se optar pela tributação das mais valias no caso de venda antecipada (tributação do vendedor) e pela tributação do juro no momento do reembolso (tributação do comprador), pode ocorrer

dupla tributação se houver retenção na fonte em dois Estados membros que optem por esse regime e nos quais estejam estabelecidos os dois agentes pagadores intervenientes. Para não ocorrer dupla tributação não poderá haver mudança de critério. Refira-se ainda que a aplicação de métodos utilizados a nível interno por alguns Estados se revela muito onerosa para os agentes pagadores que apliquem o regime da directiva. Seria o caso da solução austríaca, em que o vendedor das obrigações seria tributado pelos juros intermédios e o comprador seria subseqüentemente creditado.

Em qualquer caso, a venda antecipada entre particulares, através da transferência de títulos pelos depositários, mas sem qualquer pagamento, será praticamente impossível de tributar, independentemente de se considerarem os juros decorridos ou as mais-valias.

Relativamente aos contratos de reporte ("swaps") e outros novos instrumentos ou derivados financeiros, a proposta de directiva não os menciona. Também para efeitos do art.º 1.º n.º 3 do Modelo da OCDE, havia muitas dúvidas sobre a qualificação destes rendimentos como juros, os quais foram expressamente excluídos do conceito de juros para efeitos das convenções bilaterais pelos comentários de 1995, o que não impede que através de uma cláusula geral anti-abuso do tipo substância *versus* forma, eles possam ser qualificados como tal.

c) O art.º 5.º c) e d) da proposta de directiva

Cabem também na noção de juro para efeitos da proposta de directiva na sua versão originária, nos termos da alínea c) do art.º 5.º, os "rendimentos distribuídos por organismos de investimento colectivo em valores mobiliários nos termos da directiva 85/611/CEE do Conselho que invistam directa ou indirectamente uma percentagem superior a 50% dos seus activos em créditos ou títulos correspondentes".

36. V. os comentários ao art.º 11.º n.º 3, parágrafo 20 do Modelo da OCDE.

Trata-se de uma novidade relativamente ao Modelo da OCDE que não se refere explicitamente a estes rendimentos. Esta omissão do Modelo provoca dificuldades aos OICVM que não têm a forma societária, em beneficiar do regime das convenções, uma vez que estas têm por destinatários os residentes dos Estados contratantes. Assim, no sentido de se evitar a dupla tributação dos rendimentos distribuídos pelos OICVM, é positiva a sua inclusão no conceito de juros na proposta de directiva. Por outro lado, tendo em conta novamente, que das directivas comunitárias, ao contrário das convenções de dupla tributação, resultam obrigações de tributar para os Estados membros, era importante evitar, tanto quanto possível, distorções na escolha dos instrumentos de investimento, provocadas pela tributação.

No entanto, a redacção da alínea c) suscita inúmeras críticas, das quais enunciaremos algumas, de forma resumida: por um lado, o critério da percentagem adoptado para a sujeição dos rendimentos à directiva assimila a juros rendimentos que o não são (se os activos investidos para além da percentagem mínima exigida derem origem, por exemplo, a dividendos ou a mais-valias), e que não são por isso tributados como tal nem pelas normas unilaterais, nem pelas convenções de dupla tributação; por outro lado, no caso dos OICVM com forma societária, todos os rendimentos distribuídos são qualificáveis como dividendos pelas normas unilaterais e pelas convenções de dupla tributação; refira-se, ainda, que o critério da percentagem é um convite à alteração na composição da carteira de investimentos do OICVM; tendo em conta as oscilações na composição da carteira do fundo, terá que ser escolhido o método para avaliação da percentagem (tendo em conta um determinado momento vs. período, um determinado valor registado na contabilidade vs. valor de mercado, um valor médio vs. um valor num determinado momento) para efeitos de sujeição à directiva, confrontando-se alternativas menos onerosas com alternativas mais rigorosas.

Também a referência aos fundos harmonizados segundo a direc-

tiva 85/611/CEE, discrimina fiscalmente os OICVM harmonizados, sendo portanto um convite à transformação dos mesmos em organismos não sujeitos à referida directiva. É de notar que pelos rendimentos distribuídos pelos fundos são tributados, na maior parte dos Estados membros, os participantes, sendo os fundos fiscalmente transparentes, o que poderia colocar problemas de dupla tributação aos rendimentos de fundos portugueses. O artº 10º nº 3 b) poderia ser utilizado para eliminar essa dupla tributação, mas o seu regime é demasiado complexo e oneroso, sendo preferível a sua eliminação do texto da directiva.

A alínea d) do artº 5º alarga o âmbito da alínea anterior aos rendimentos resultantes dos reembolsos de unidades de participação, para evitar distorções provocadas pela capitalização dos rendimentos dos OICVM. Assim, é juro "a diferença entre o preço obtido com o reembolso das unidades de participação dos organismos referidos na alínea c) e o preço de emissão das mesmas unidades ou, se estas tiverem sido adquiridas após a emissão, o preço de compra pelo beneficiário efectivo". No entanto, se o objectivo que parece estar subjacente à redacção da alínea d), segundo os comentários à mesma, é evitar a não tributação dos rendimentos capitalizados dos fundos, a tributação do ganho total, incluindo a mais-valia, provoca uma discriminação destes rendimentos relativamente aos outros rendimentos abrangidos pela proposta de directiva.

2. O beneficiário efectivo

A noção de beneficiário efectivo ("beneficial owner" em inglês, e "bénéficiaire effectif" em francês) introduzida no Modelo da OCDE em 1977, tem sido utilizada nas convenções de dupla tributação para evitar comportamentos de abuso fiscal³⁷ e permitir a limita-

37. V., por ex., ALBERTO XAVIER, Direito..., cit., p. 477.

ção do poder tributário interno. Assim, o pagamento de dividendos, juros ou royalties ao beneficiário efectivo residente num Estado contratante, permite a aplicação do regime convencional, limitando parcial ou totalmente, o direito de tributação do Estado da fonte. Pelo contrário, o pagamento feito a um intermediário residente num Estado contratante exclui a tributação limitada pelo mesmo Estado da fonte.³⁸ Pensou-se ainda, ao nível do Modelo da OCDE, exigir a tributação efectiva pelo Estado de residência como condição para o Estado da fonte tributar limitadamente os rendimentos em causa, mas os problemas que esta solução traria, conduziram ao seu afastamento³⁹.

Como explica Klaus Vogel nos seus comentários ao Modelo da OCDE, o conceito de beneficiário efectivo não era um conceito usualmente utilizado antes da sua introdução no Modelo, embora, ainda assim, antes e depois, se encontrem referências ao mesmo, a propósito da aplicação de normas fiscais internas ou convencionais. Em todas essas referências existe uma ideia de que não é suficiente a “propriedade legal”, mas tem de coexistir a “propriedade económica”, “o direito ilimitado de fruição dos elementos do património que dão origem aos rendimentos”⁴⁰. Por outro lado, embora neste caso não seja legítimo recorrer ao direito interno para esclarecer o significado da expressão, pois ela não tem proveniência num conceito das legislações internas, o facto de não existir uma coincidência absoluta da expressão do Modelo nas diferentes línguas (“beneficial owner” em inglês, mas “beneficiário efectivo” em português), auxilia uma interpretação recíproca da mesma. Também a expressão “beneficiário final” é equivalente à de beneficiário efectivo, a qual

38. V. os comentários ao art.º 11.º n.º 2, parágrafo 9 do Modelo da OCDE.

39. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 6 dos comentários prévios aos arts.º 10.º, 11.º e 12.º do Modelo da OCDE.

40. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 6 dos comentários prévios aos arts.º 10.º, 11.º e 12.º do Modelo da OCDE.

deve, em última análise, segundo Klaus Vogel, ser aferida através de um raciocínio do tipo “substância *versus* forma”; daqui resulta que o beneficiário efectivo não tem de ser o proprietário; também o usufrutuário ou o fiel depositário podem sê-lo, desde que disponham de poderes de decisão sobre os bens⁴¹.

Como refere ainda o mesmo autor, as limitações fácticas aos poderes de disposição, no caso das pessoas singulares, são muito difíceis de comprovar⁴², o que levanta problemas sérios no caso da proposta de directiva, uma vez que esta limita a noção de beneficiário efectivo às pessoas singulares: “qualquer pessoa singular que receba juros por conta própria”.

No essencial, a noção da proposta de directiva deverá corresponder à do Modelo da OCDE, com as limitações acabadas de enunciar.

Todavia, o sentido da noção de beneficiário efectivo para efeitos da proposta de directiva não é, ao contrário das convenções, fazê-lo beneficiar da eliminação da dupla tributação, mas, pelo contrário, delimitar o âmbito subjectivo da tributação dos juros na Comunidade Europeia. Ou seja, como se diz nos comentários ao art.º 3.º a) da proposta de directiva, são excluídos do seu âmbito de aplicação “os pagamentos de juros a favor de pessoas colectivas ou de sociedades, bem como os efectuados a pessoas singulares que os recebem, por conta de outra pessoa, na sua qualidade profissional de agente ou de

41. Segundo Vogel, a substância do direito do beneficiário deixa-se averiguar através da livre escolha entre obter o rendimento ou não, e através da livre escolha na aplicação do rendimento. Ainda segundo o autor, “uma posição jurídica de Direito Civil tem só carácter formal se o titular estiver vinculado simultaneamente numa perspectiva jurídica e fáctica (...) O beneficiário efectivo é portanto aquele que pode escolher sobre a cedência de utilização do capital ou bem económico ou sobre a aplicação dos rendimentos, ou sobre ambos” (tradução da autora). KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 8 dos comentários prévios aos arts.º 10.º, 11.º e 12.º do Modelo da OCDE.

42. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 10 dos comentários prévios aos arts.º 10.º, 11.º e 12.º do Modelo da OCDE.

“pessoa autorizada”. Daqui parece resultar a aplicação do regime convencional aos restantes beneficiários efectivos. No entanto, no caso dos pagamentos a representantes, o regime das convenções pode conduzir a um resultado não desejado pelo escopo da proposta, se o Estado da fonte (neste caso, do agente devedor) efectivamente tributar os juros de não residentes.

O resultado pode ser agravado pela conjugação dos elementos agente pagador utilizado pela proposta de directiva e de agente devedor utilizado pelas convenções. Assim, os juros pagos pelo Luxemburgo a um mandatário, residente em França, devidos por uma instituição financeira residente em Portugal, deverão ser ilimitadamente tributados por Portugal (artº 11º nsº 2 e 5 do Modelo da OCDE) e pelo Estado de residência do beneficiário efectivo (artº 11º nº 1 do Modelo da OCDE), ficando assim sujeitos, em teoria, a dupla tributação. Se o mandatário for um agente pagador para efeitos da proposta de directiva, situado num Estado-membro que optou pelo sistema da retenção, ele terá, por seu turno, de aplicar uma taxa de retenção aos rendimentos.

Para evitar uma situação gravosa de dupla tributação, pode-se entender que a ratio legis da proposta de directiva postula a não aplicação do regime das convenções também aos mandatários de pessoas singulares (beneficiárias efectivas), mas esta conjugação dos regimes comunitário e convencional não é de todo clara. Com efeito o artº 8º nº 1 da proposta apenas proíbe “qualquer outra retenção na fonte no interior da Comunidade relativamente aos juros pagos a beneficiários efectivos”, e os comentários à norma limitam-se a dizer que “a proibição de cobrar outras retenções na fonte sobre os pagamentos de juros abrangidos pela directiva é válida para todos os Estados-membros (incluindo os que tenham optado pelo regime de informação no âmbito da presente directiva)”.

Outra dúvida diz respeito à inclusão ou não, no âmbito da proposta de directiva, das sociedades de pessoas e de comerciantes em

nome individual. No primeiro caso, os juros poderão ficar por tributar no Estado do agente pagador que optar pelo sistema da retenção (ou poderá não ser informado o Estado de residência, pelo facto de o Estado do agente pagador não saber que se trata de uma sociedade de pessoas), enquanto no segundo caso, mesmo que os juros estejam ligados à actividade comercial, o comerciante será tributado. Consideramos esta segunda situação mais problemática, pois conduz a uma discriminação consoante a forma de exercício de uma actividade comercial (societária ou não), embora, na prática, os montantes de imposto em causa não sejam muito relevantes. Por outro lado, mesmo que exista um estabelecimento estável no Estado do agente pagador ao qual estejam efectivamente ligados os créditos do comerciante em nome individual residente noutro Estado-membro, parece aplicar-se o regime da proposta de directiva (retenção na fonte dos juros ou prescrição de informações ao Estado de residência), a não ser que se considere que, nesse caso, o beneficiário efectivo não é o comerciante em nome individual, mas o estabelecimento estável ao qual efectivamente o crédito está ligado. Esta última será a interpretação mais correcta e mais consentânea com os princípios do Direito Tributário Internacional. Assim, por um lado, cabe ao Estado da fonte tributar os rendimentos do estabelecimento estável, não tendo que existir qualquer prestação de informações ao Estado da residência nos termos da proposta de directiva. Também o montante de imposto a tributar pelo Estado da fonte não é o mesmo, uma vez que a imputação dos juros aos rendimentos (lucros) do estabelecimento estável, implica uma tributação do rendimento líquido em vez da tributação do montante bruto dos juros⁴³. Se não existir coincidência entre o Estado do agente pagador e devedor podem levantar-se problemas complicados: ou seja, se o estabelecimento estável, aos qual estão efectivamente

43. KLAUS VOGEL, DBA..., cit. parágrafo 15 dos comentários prévios aos artºs 10º, 11º e 12º do Modelo da OCDE.

ligados os créditos, desenvolver a sua actividade no Estado do agente devedor, mas o pagador estiver situado noutro Estado, podem levantar-se dúvidas quanto à conjugação do regime da proposta de directiva e das convenções de dupla tributação, a não ser que se entenda, desde logo, que o âmbito da proposta de directiva não cobre a situação, por o beneficiário efectivo ser o estabelecimento estável.

Em todo o caso, como salienta uma vez mais Klaus Vogel, o regime de "reserva do estabelecimento estável" adquire fundamentalmente relevância para o caso dos dividendos e das royalties, uma vez que os rendimentos de juros de estabelecimentos estáveis só tem significado no caso de sociedades financeiras ou seguradoras não residentes⁴⁴. Ora, uma vez que a proposta de directiva só abrange os beneficiários efectivos pessoas singulares (e respectivos estabelecimentos estáveis), não serão colocados os problemas acabados de mencionar.

3. Os objectivos da proposta de directiva de tributação da poupança e a opção inicial pelo modelo de coexistência

Na exposição de motivos da proposta de directiva de tributação da poupança, apresentada em 1998, na sequência do ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997, refere-se que ela está inserida num "pacote de medidas contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal na União Europeia", sugeridas pela Comissão para "reduzir as distorções que subsistem no mercado interno, evitar perdas demasiado importantes de receitas fiscais e orientar as estruturas fiscais num sentido mais favorável ao emprego".

Como se sabe, a proposta de directiva, "destinada a assegurar um nível mínimo de tributação efectiva dos rendimentos da pou-

pança sob a forma de juros no interior da Comunidade", resulta do fracasso da anterior proposta, que previa a retenção na fonte pelo Estado-membro do agente devedor dos rendimentos de juros obtidos por residentes noutro Estado-membro⁴⁵.

Como acabámos de referir, a actual proposta de directiva apenas abrange os rendimentos de juros obtidos num Estado-membro por pessoas singulares residentes noutro Estado-membro, ficando de fora os restantes beneficiários daquela categoria de rendimentos.

Por outro lado, dentro da mesma lógica de uma harmonização minimalista, e como se referiu na introdução, a versão originária da proposta dava a opção aos Estados membros da fonte (ou, mais exactamente, Estados do agente pagador) de reterem o imposto sobre os juros de não residentes a uma taxa mínima de 20%, ou de prestarem as informações previstas ao Estado de residência relativas ao beneficiário efectivo dos juros. Na sequência do acordo de Santa Maria da Feira de 19 e 20 de Junho de 2000, o sistema de informação passou a ser o regime regra, e a retenção na fonte pelo agente pagador só é excepcional e temporariamente admitida. Assim, o sistema de retenção na fonte será adoptado durante um período transitório pela Áustria, Bélgica e Luxemburgo, mas 75% das receitas cobradas por estes Estados, enquanto Estados onde se situa o agente pagador, são transferidas para o Estado de residência do beneficiário efectivo (segundo as Conclusões do Conselho ECOFIN de 26 e 27 de Novembro de 2000, já durante a Presidência francesa).

Por conseguinte, existe agora uma clara opção a favor do Estado de residência.

O anterior regime opcional exprime a falta de consistência dos princípios de Direito Tributário Inter-estadual, que se manifesta pois, inclusivamente, ao nível das relações entre Estados industrializados. Na verdade, nos comentários ao artº 8º nº 2 da proposta originária

44. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 15 dos comentários prévios aos artsº 10º, 11º e 12º do Modelo da OCDE.

45. COM (89) 60 final e JO C 141 de 7.6.1989, p. 5.

em análise, e apesar de não existir uma opção real sobre os Estados a quem deve caber a receita fiscal em causa, afirma-se que “a retenção na fonte cobrada pelo Estado-membro de pagamento não é, em princípio, uma retenção definitiva, não tem qualquer efeito liberatório relativamente às obrigações fiscais a que o beneficiário está sujeito no seu país de residência. A cobrança da retenção na fonte é concebida como uma solução prática...”. Ora, estas afirmações entram em contradição evidente com o regime da anterior proposta de directiva.

No Direito Tributário Internacional, *maxime* no Modelo da OCDE, o regime dos rendimentos de juros, dos dividendos e das royalties é muito semelhante entre si, por se considerar que integram a categoria mais ampla de rendimentos de investimento de capitais, e que, por conseguinte, a *ratio* da atribuição de competências aos Estados deve ser a mesma. A sua autonomização decorre de conveniências de sistematização, como se referiu anteriormente. Ao contrário do que acontece com as restantes categorias de rendimentos, em que a tributação é atribuída ou ao Estado da fonte ou ao Estado da residência, optou-se neste caso por encontrar uma solução de compromisso entre ambos: o Estado da fonte tem prioridade na tributação, mas está limitado a tributar uma pequena percentagem dos rendimentos em causa, cabendo ao Estado de residência tributar a maior quota parte dos referidos rendimentos, atenuando ou eliminando a dupla tributação. A distribuição do poder de tributar a ambos os Estados, é justificada pelo facto de o Estado da residência ser o Estado da procedência do capital investido, e o Estado da fonte ser o Estado que fornece as infra-estruturas e os trabalhadores⁴⁶. No entanto, nos comentários ao Modelo, considera-se mais correcta a tributação exclusiva pelo Estado da residência, uma vez que o Estado da fonte já tem a possibilidade de tributar os lucros da empresa produzidos no

seu território e aos quais aparece associado o empréstimo⁴⁷. E a tendência tem sido no sentido de os Estados contratantes estabelecerem a tributação exclusiva do Estado da residência, embora existindo excepções (é o caso de Portugal).

O argumento utilizado pelos comentários a favor da tributação pelo Estado de residência é, porém, dogmaticamente inconsistente, pois, se observarmos a evolução das soluções propostas pelas primeiras tratadas de dupla tributação e pelos vários modelos de convenção, bem como pelos modelos existentes actualmente (Modelo das Nações Unidas, Modelo do Pacto Andino, Modelo dos EUA e Modelo da OCDE), verificamos uma grande oscilação na atribuição de receitas ora à fonte, ora à residência, consoante a preponderância dos interesses de Estados importadores ou exportadores de capital, na elaboração dos referidos modelos^{48 49}.

Nos primeiros tratados de dupla tributação concluídos antes da primeira guerra mundial entre o Império austro-húngaro com Estados membros do Império alemão, e a convenção sobre princípios comuns de 1921 concluída entre a Áustria, a Itália, a Polónia, o Reino

47. V. Comentário ao artº 10º do Modelo da OCDE, parágrafos 6 e 9. Quando nos comentários se refere que o Estado da fonte tem a possibilidade de tributar os lucros, está-se naturalmente a pensar na tributação das filiais cuja fonte e residência coincidem, e nos estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes, uma vez que os lucros das actividades ocasionais de sociedades não residentes não podem ser tributados na fonte.

48. Ilustrando estas soluções divergentes dos modelos de convenção, na tributação inter-estadual dos juros, V. JOSÉ CARLOS GOMES DOS SANTOS, Princípios tendências de convergência nos sistemas fiscais dos países comunitários – uma perspetiva quantificada, Colóquio *A Internacionalização da economia e a fiscalidade*, XXX aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1993, pp. 167 e ss..

49. Veja-se a discussão do problema em KLAUS VOGEL, que parece inclinar-se para a legitimidade de tributação pelo Estado de residência do devedor dos juros (isto é, Estado da fonte dos juros), porque é esse Estado que lhe fornece as condições de concorrência para os seus resultados: (Worldwide vs. source taxation of income, Intertax, 1988, n. 10, pp 315-316).

46. KLAUS VOGEL, DBA..., cit., parágrafo 2 dos comentários prévios aos artsº 10º, 11º e 12º do Modelo da OCDE.

dos Sérvios, Croatas, Eslovenios e a Roménia, consagrou-se o princípio do direito primário de tributação do Estado de produção. Os rendimentos de capitais mobiliários eram tributados através de impostos reais na "fonte"⁵⁰. Mas esses mesmos rendimentos poderiam adquirir carácter pessoal no Estado de residência, sendo então sujeitos a dupla tributação, atenuada por aquele Estado⁵¹. No entanto, no relatório do grupo de economistas da Sociedade das Nações de 1923, onde se escolheram a fonte e a residência como principais elementos de conexão, caberia ao Estado de residência tributar os valores mobiliários e relacionados, cabendo ao Estado da fonte tributar a propriedade imobiliária, estabelecimentos comerciais, material agrícola, máquinas⁵². Nos EUA, no final dos anos vinte, considerou-se que ao Estado da fonte cabia tributar os rendimentos de capitais mobiliários⁵³. Por seu turno, segundo o Modelo de Convenção do México, os juros, enquanto rendimentos de capital mobiliário, deveriam ser tributados exclusivamente pelo Estado da fonte, enquanto o Modelo de Convenção de Londres atribui uma tributação conjunta ao Estado da fonte e da residência do credor, cabendo ao primeiro uma tributação limitada a uma percentagem acordada bilateralmente⁵⁴.

50. V. ANA PAULA DOURADO, A Tributação..., cit., pp. 59 e ss.; e Rapport et résolutions présentés par les experts techniques au comité financier de la société des nations, 1925, pp. 12 e 13.

51. Rapport et résolutions..., cit., pp. 13, 19 e 20.

52. Rapport et résolutions..., cit., p. 31.

53. EDWIN SELIGMAN, Double taxation and international fiscal cooperation, New York, 1928, p. 42.

54. Curiosamente, há uma discrepância entre o regime dos juros segundo os comentários aos modelos e os artigos reguladores daqueles rendimentos, pelo que fizemos prevalecer a redacção dos artigos (LEAGUE OF NATIONS, cit., pp. 26, 62 e 65).

Quanto aos dividendos, enquanto o Modelo do México propunha a tributação exclusiva pelo Estado da fonte, solução criticada pelo facto de, nesse caso, o Estado da fonte acumular as receitas fiscais relativas aos lucros e à distribuição dos mesmos, o Modelo de Londres propunha a tributação dos dividendos pelo Estado de

Nos comentários da Liga das Nações aos dois modelos, refere-se a especial complexidade da distribuição de poderes de tributação aos Estados da fonte e da residência, no caso dos rendimentos de dividendos e de juros, considerando-se ainda que a renúncia às receitas fiscais pelos Estados da fonte deveria ser ponderada com a contrapartida resultante de um aumento do investimento externo e crescimento da economia⁵⁵.

Comparando as soluções encontradas para os rendimentos de investimento, pelos actuais modelos de convenções, verificamos que as soluções continuam a ser diferentes, pois o Modelo do Pacto Andino atribui a exclusividade da tributação ao Estado da fonte⁵⁶, enquanto o Modelo das Nações Unidas, embora deixando aos Estados contratantes a negociação da percentagem exacta, atribui ao Estado da fonte a maior quota parte na tributação. Por seu turno, o

residência da empresa distribuidora dos mesmos (LEAGUE OF NATIONS, cit., pp. 24-25), a não ser que se tratasse de uma relação entre afiliada e sociedade-mãe (relação de participação dominante, nos termos do artº VIII nº 2 do Modelo de Londres). Este regime produzia um resultado semelhante ao artº 10º nº 5 do actual Modelo da OCDE, não permitindo que os dividendos de sucursais fossem tributados pelo Estado da fonte, e impedia a tributação na fonte nas relações entre empresas associadas, resultando por conseguinte, um regime semelhante ao do artº 10º nº 2 a) do Modelo da OCDE.

Por seu turno, as royalties eram tributadas como os rendimentos de bens imóveis, i.e., pelo Estado de situação do bem imóvel que cede "o direito de utilização ou exploração de depósitos naturais e recursos situados na superfície ou no subsolo da sua propriedade, tais como minas, pedreiras, poços, fontes, quedas de água, florestas" (trad. da autora), LEAGUE OF NATIONS, cit., pp. 26-27.

55. League of Nations, cit., p. 26.

56. V. J. V. TROYA JARAMILLO, La Fiscalidad internacional en la comunidad andina, in Corso di Diritto Tributario Internazionale, Coord. por Victor Uckmar, Padova, 1999, pp. 808 e 811. O autor, andino, é um crítico à ortodoxia do Modelo Andino, nomeadamente, da Decisão 40 (1975), relativa aos impostos sobre o rendimento e o património, e que defende o princípio da fonte, por ser demasiado rígido e por não ser alegadamente fácil defender o referido princípio, actualmente, frente a terceiros (p. 811).

Modelo dos EUA atribui ao Estado da residência a exclusividade da tributação dos juros e das royalties.

É verdade que a atribuição da legitimidade para tributar as restantes categorias de rendimentos também não é linear, e que a perspectiva dos Estados que elaboraram os modelos condicionalmente invariavelmente as soluções encontradas. No entanto, enquanto no próprio Modelo da OCDE, os rendimentos de capitais mobiliários, ainda estão sujeitos a uma solução de compromisso, relativamente a outras categorias de rendimentos, o vínculo legitimador da tributação já não é questionado, tendo sido atingido um patamar de fundamentação jurídica (i.e. de Direito Tributário Internacional), e já não política, que contribui para a construção deste ramo de Direito.

Mais rigorosamente, podemos dizer que há ou deve haver pelos menos dois Direitos Tributários Internacionais substantivos, um relativo às relações entre países industrializados e outro às relações entre países industrializados e não industrializados. Tendo em conta esta divisão, podemos então dizer que a nível das relações dos Estados membros da OCDE, conceitos como estabelecimento estável e tributação de lucros de não residentes, tributação das mais valias, tributação dos rendimentos de trabalho, estão relativamente estabilizados⁵⁷.

Refira-se ainda que a já mencionada tendência no sentido de as normas fiscais unilaterais não tributarem os juros de não residentes⁵⁸, que tem subjacente um comportamento de competição inter-

57. Não nos podemos esquecer que o Direito Tributário Internacional é muito sensível à evolução das relações económicas internacionais e das mudanças do tipo de riqueza, pois eles estão na base dos elementos de conexão a adotar.

58. O mesmo se diga quanto aos dividendos (V. GIUSEPPE CORASANITI, *Dividendi, interessi, canoni e plusvalenze nel Modello OCSE*, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, cit., pp. 346-347). E por vezes também, da subtração dos juros obtidos no território de residência ao englobamento e à progressividade, como é o caso do "dual income tax system" dos sistemas nórdicos, bem como da Itália e de Portugal.

-estadual para atrair capitais, mas que é questionável numa perspectiva de justiça fiscal, é contrabalançada pela ideia ainda predominante de tributação (progressiva) dos rendimentos universais dos residentes⁵⁹.

Para além dos regimes de compromisso e das oscilações quanto ao tratamento a dar aos rendimentos de capital mobiliário, que estão fundamentalmente relacionadas com preocupações de legitimidade dos Estados, e não com o interesse dos contribuintes, a verdade é que a tributação na residência é uma solução crescentemente ineficaz e que resulta, na prática, numa não tributação.

Relativamente à proposta de directiva de uma tributação mínima da poupança, na sua versão originária, uma das críticas que podemos desde logo fazer, é a já mencionada ausência de uma opção quanto ao Estado que tem legitimidade para ficar com as receitas fiscais em causa (fonte vs. residência).

Na verdade, e sem termos em conta fenómenos de deslocalização, a possibilidade de utilização dos dois regimes na Comunidade Europeia resultaria na atribuição de receitas da tributação dos juros ao Estado de residência, caso os juros fossem pagos por um agente localizado num Estado que tivesse optado pelo sistema da informação, e na atribuição das receitas ao Estado do agente pagador, no caso desse Estado ter optado pelo regime de retenção.

Embora, como se referiu, a Comissão Europeia afirme que não se pretende uma retenção na fonte liberatória, e embora o art.º 8º da proposta não consagre uma retenção definitiva, poderemos dizer que a configuração do regime de retenção conduziria a esse resultado. Prevê-se no art.º 8º, como relembra a Comissão nos comentários à proposta, a possibilidade de o beneficiário efectivo dos juros apresentar ao agente pagador dos juros um certificado, emitido pelas

59. GIUSEPPE CORASANITI, cit., p. 347.

autoridades do Estado de residência, confirmando que estas foram informadas da existência de rendimentos de poupança nouro Estado-membro. Este certificado teria como consequência a não retenção na fonte, passando o rendimento a ser tributado unicamente no Estado de residência (artº 8º nº 2). Ora, esta solução, de carácter facultativo para os beneficiários efectivos, levanta à partida dúvidas sobre a sua utilidade, pois é de prever que muitos contribuintes preferissem ser tributados na fonte a uma taxa de 20%, em vez de informar as autoridades do Estado de residência. Ou seja, a actuação dos contribuintes, embora fraudulenta, tornaria, na prática, liberatória a retenção na fonte, e a atribuição exclusiva das receitas ao Estado do agente pagador. Se declarasse os seus rendimentos de juros no Estado de residência, mas pagos por outro Estado-membro, seria duplamente tributado, cabendo ao Estado de residência eliminar a dupla tributação (artº 10º nº 1 e 2).

Por outro lado, embora pretendesse ser uma proposta conciliadora dos interesses dos Estados membros, a verdade é que a aplicação conjugada dos dois regimes pelos vários Estados membros fazia adivinhar resultados desequilibrados quanto à distribuição de receitas dentro da Comunidade, agravados pela deslocalização de rendimentos e de receitas dentro e, especialmente, para fora da Comunidade⁶⁰.

Com efeito, se confrontarmos os objectivos proclamados pela Comissão na exposição de motivos da versão originária da proposta de directiva e o conteúdo da mesma, é difícil afirmar que os primeiros pudessem ser atingidos. Relativamente ao objectivo de “redução de distorções no mercado interno”, proclamado pela Comissão,

60. V. por exemplo, ALBERT RÄDLER (Comments on the interest directive proposal 1998, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, cit, pp. 747-748): o autor refere-se ao eventual risco de deslocalização de investidores. Parece-nos que esse não é um verdadeiro risco provocado pela directiva, mas antes, a deslocalização dos pagamentos e dos mercados das euro-obrigações e dos fundos de investimento.

parece-nos que o modelo de coexistência não constituiria a melhor forma de o atingir. A adopção do sistema de informação por alguns Estados-membros favoreceria os Estados que optassem pela retenção na fonte: estes tributaríam os não residentes e conseguiriam tributar também os seus residentes com rendimentos de poupança em Estados que optassem pelo sistema da informação. A prestação de informações, ao contrário do que acontece no Direito Tributário Internacional e também nas directivas comunitárias, deixaria de estar sujeita ao princípio da reciprocidade, como expressamente consta do artº 7º nº 4 da versão originária da proposta. Os Estados que optassem pelo sistema de informação não teriam quaisquer vantagens, uma vez que a poupança de não residentes passaria a ser sujeita a tributação progressiva nos Estados membros da residência, o que poderia gerar deslocalizações do capital, e não conseguiriam tributar os rendimentos dos seus residentes investidos em Estados que optassem pela retenção na fonte.

A redução de distorções no mercado interno postula um sistema único, sendo esse aliás o sentido das harmonizações fiscais.

Também o objectivo, proclamado na exposição de motivos, de “evitar perdas importantes de receitas fiscais” é de duvidosa credibilidade. Com efeito, a mencionada ausência de uma opção de atribuição das receitas fiscais ao Estado da fonte ou ao Estado da residência, e a incerteza sobre os resultados decorrentes da aplicação da directiva, em termos de montante das receitas obtidas e respectiva distribuição, esquecia, em nosso entender erradamente, os interesses contrapostos dos diversos Estados membros. Como será referido adiante, a proposta de directiva introduz como elemento de conexão concretizador do princípio da fonte, o “agente pagador”, e não o tradicionalmente adoptado “agente devedor”. Sem tentarmos delimitar aqui o conceito de “agente pagador”, diga-se apenas que ele implica um vínculo muito mais ténue com o rendimento do que o “agente devedor”. Desse facto resultam fortes riscos de deslocalização de

juros para agentes pagadores de Estados membros que conseguissem pagar rendimentos líquidos mais elevados (e que se poderiam tornar Estados de "agentes pagadores"). A possibilidade de os "Estados dos agentes pagadores" ficarem com as referidas receitas fiscais, apesar de não terem um vínculo ao rendimento que, segundo os princípios de Direito Tributário Internacional Consuetudinário, legitimariam a obtenção das mesmas, criava sérias dúvidas quanto ao rigor das soluções da proposta de directiva, na versão originária do modelo de coexistência.

Esse objectivo genérico de obtenção das receitas, independentemente de se saber quais os Estados destinatários, só se justificaria se uma parte importante das mesmas constituísse receita do orçamento comunitário, o que não era o caso.

Neste contexto, o sistema de informação resultante de Santa Maria da Feira, parece constituir uma solução melhor do que o modelo de coexistência.

4. A tributação pelo Estado da fonte – o agente pagador vs. o agente devedor

Apesar das críticas que acabámos de fazer ao elemento de conexão agente pagador, ele era a única solução viável no contexto de uma proposta de directiva que se destina apenas a pessoas singulares, e de um espaço de livre circulação onde é reconhecida a incapacidade de o Estado de residência tributar rendimentos de juros obtidos no exterior. Isto é, reconhece-se que o Estado da residência depende do Estado "da fonte", ou porque é este último que lhe transmite informações sobre o montante de juro obtido e identifica o beneficiário efectivo, ou porque está em posição de aplicar efectivamente o imposto.

Substitui-se assim o elemento de conexão "agente devedor" que, no âmbito do Direito Tributário Internacional, é considerado adequado para concretizar o vínculo ao Estado da fonte:

Como se sabe, o Estado da fonte dos juros, para efeitos do Modelo da OCDE é o Estado de residência do agente devedor ou de localização do estabelecimento estável do agente devedor. Note-se que, na versão em inglês do Modelo da OCDE, o Estado da fonte é o Estado de residência do "pagador" ("...when the payer is a resident of that State"), havendo em todas as versões uma excepção para o caso da ligação dos créditos aos estabelecimentos estáveis ou instalações fixas, não existindo neste caso diferenças de redacção linguísticas de realce ("a permanent establishment or a fixed base in connection with which the indebtedness on which the interest is paid was incurred, and such interest is born by such permanent establishment or fixed base"). Ao contrário da versão em inglês, as versões alemã e francesa do Modelo da OCDE, referem-se ao devedor dos juros («Schuldner» e «débiteur des intérêts»), tal como a versão portuguesa. Independentemente das variações linguísticas, a ideia subjacente ao critério de conexão é a residência do devedor (que coincidirá também com o pagador), como resulta dos comentários de Klaus Vogel ao artº 11º, quer na versão alemã, quer inglesa. Na versão inglesa, Vogel faz a correspondência linguística, ao referir que o "pagador (devedor) é aquele que deve o juro segundo o Direito Privado", e que só no caso dos estabelecimentos estáveis se pode utilizar o critério económico e não jurídico de pagamento. Assim, segundo o autor, só o devedor ou um seu agente pode (e tem o dever de) reter na fonte e não uma outra pessoa oculta atrás do devedor⁶¹. Existe, subjacente à interpretação de Klaus Vogel, uma preocupação de controlar comportamentos abusivos, que poderiam surgir através da interposição de agentes pagadores. Claro que, também para efeitos do Modelo da OCDE, poderá surgir o fenómeno inverso: devedores que aparecem com objectivos de elisão ou fraude fiscal, situação

61. V. KLAUS VOGEL, parágrafo 93 dos comentários ao artº 11º do Modelo da OCDE na versão original (DBA..., cit.) e também na inglesa.

que deverá ser regularizada pelo recurso às normas anti-abuso ou de crime fiscal.

O agente pagador para efeitos da proposta de directiva tem um significado diferente do que lhe é atribuído no Modelo da OCDE, independentemente da coincidência ou não das expressões utilizadas nas diferentes línguas. Desde logo, no âmbito das convenções, a definição de fonte não é relevante quando só os Estados de residência tributam os juros⁶². Ora, para efeitos de aplicação da proposta de directiva, o Estado da fonte desempenha o papel primordial, quer opte pela retenção ou pela informação, uma vez que é ele que possibilita a tributação efectiva dos juros de não residentes.

Assim, o agente pagador é definido como “qualquer operador económico responsável pelo pagamento de juros em proveito imediato do beneficiário efectivo, quer se trate do próprio devedor do capital que gera os juros, quer do operador encarregado do pagamento dos juros pelo devedor ou pelo beneficiário efectivo, na medida em que o operador económico se encontre estabelecido no interior da Comunidade fora do Estado-membro em que o beneficiário efectivo tem a sua residência fiscal”.

Como resulta da última parte da definição, o pressuposto de base é a existência de uma situação tributária inter-estadual, condição necessária para se tratar de uma situação relevante para efeitos do Direito Comunitário.

Quanto à definição de agente pagador propriamente dita, já não interessa averiguar quem deve, nos termos do Direito Privado, mas a responsabilidade “pelo pagamento dos juros em proveito imediato do beneficiário efectivo”. A razão principal subjacente a esta noção reside no facto de o agente pagador desempenhar um papel de destaque nesta proposta de directiva. Isto é, só o agente pagador em con-

tacto com o beneficiário efectivo pode identificá-lo e, assim, reter na fonte o imposto ou prestar informações ao Estado de residência.

Os comentários à proposta de directiva referem que “o objectivo desta definição consiste em garantir a identificação de um só agente pagador”. Assim, o devedor pode ser agente pagador se fizer o pagamento directamente ao beneficiário efectivo; se encarregar outro operador económico do pagamento ao beneficiário efectivo, esse operador é agente pagador; “a pessoa que no âmbito de uma actividade empresarial ou profissional, paga aos seus clientes juros decorrentes de uma gestão fiduciária de bens”, também é agente pagador. Perante uma pluralidade de operadores económicos intervenientes no pagamento, dizem os comentários que se entende “por agente pagador apenas a última pessoa estabelecida no território da Comunidade Europeia que procede a esta operação”.

Embora se entenda a razão por que se escolheu o “agente pagador” como elemento concretizador do Estado da fonte, a verdade é que esta noção é alvo de inúmeras críticas e suscita muitas dúvidas.

As principais críticas dizem respeito ao facto de o agente pagador não ter, no caso de uma cadeia de operadores intervenientes no pagamento, conexão relevante com a produção dos rendimentos, sendo por isso muito questionável que o Estado do agente pagador seja considerado Estado da fonte e tenha direito a ficar com receitas fiscais, caso opte pela retenção. Com efeito, como se sabe, o princípio da fonte é um dos dois elementos de conexão relevantes nos impostos sobre o rendimento, desde o início do século XX, delimitando as obrigações fiscais dos não residentes, por se considerar que o “lugar em que é exercida a actividade ou em que são utilizados os factores de produção”⁶³ são critérios de conexão que traduzem um vínculo legitimador de tributação.

62. Uma vez mais, KLAUS VOGEL, DBA... cit., parágrafo 88 dos comentários ao artº 11º do Modelo da OCDE.

63. ALBERTO XAVIER, Direito... cit., p. 253; CARLO GARBARINO, La Tassazione... cit., 1990, p. 231.

Como refere Alberto Xavier, para além da noção de fonte do rendimento enquanto fonte de produção “a doutrina elaborou uma noção afim, que é a de fonte do seu pagamento”⁶⁴. Segundo o autor, os dois conceitos de fonte são distintos, pois a fonte do pagamento afasta-se de um “nexo directo de causalidade entre o rendimento e o facto que o determina”, correspondendo antes ao sentido de “fonte pagadora” como acontece na substituição tributária, à “realização do rendimento” e não à sua produção⁶⁵. A partir desta distinção, o ilustre autor considera que as normas das leis portuguesas de imposto sobre o rendimento que se referem ao agente devedor adoptam o critério da “fonte pagadora”⁶⁶. Poderemos dizer que o “agente devedor” do art.º 11.º n.º 5 do Modelo da OCDE, corresponde também, formalmente, ao critério da fonte pagadora. No entanto, feita esta ressalva, também nos parece que a residência desse devedor corresponderá, em regra, ao local da fonte de produção.

Ora, o mesmo não acontece com o agente pagador da proposta de directiva que corresponde a uma concretização ainda mais ténue da “fonte de pagamento”, proporcionada pelo fenómeno recente da globalização das economias, e, se existir uma cadeia de pagadores, nunca corresponderá à “fonte de produção”. Trata-se pois, numa perspectiva de elementos de conexão, de uma conexão desrazoável.

Em todo o caso, é importante ter consciência que o conceito de fonte não é unívoco, e que, no caso dos juros, os critérios unilaterais de concretização do mesmo variam de forma assinalável (ultrapassando os dois conceitos de fonte referidos por Alberto Xavier). Assim, temos por exemplo, a residência do devedor, o local de utilização do crédito, o local do pagamento, o da residência do banco

através do qual é feito o pagamento⁶⁷. Como refere Klaus Vogel, “a definição de fonte não é um ponto de partida, mas uma parte do problema”⁶⁸.

Ainda em relação à noção de agente pagador da proposta de directiva, refina-se que ela é bastante imprecisa, podendo dar origem a deslocalizações de capital com muita facilidade. Com efeito, perante a noção consagrada da proposta de directiva, é muito discutível saber quem é a “última pessoa estabelecida no território da Comunidade Europeia que procede a esta operação”, quando existe uma pluralidade de agentes intermediários. Trata-se de determinar o significado de “pagamento”. Pagar é creditar, implica a detenção dos activos pela instituição “pagadora”, ou basta uma mera transferência bancária?

Outra questão relacionada com esta, diz respeito às transferências de montantes para Estados terceiros e ao seu tratamento fiscal. A proposta de directiva é omissa, mas talvez devesse conter uma cláusula específica anti-abuso.

Em todo o caso, o agente pagador é um elemento de conexão aceitável num modelo que aplique apenas o sistema de informação, ou de retenção com redistribuição de receitas ao Estado de residência do beneficiário efectivo.

5. A adopção do sistema de informação e a tributação pelo Estado de residência

O regime regra proposto em Santa Maria da Feira passou a ser, como se mencionou, o da informação. Assim, nos termos do art.º 7.º da proposta de directiva, o Estado-membro do agente pagador

64. ALBERTO XAVIER, *Direito...*, cit., p. 253.

65. ALBERTO XAVIER, *Direito...*, cit., p. 254.

66. ALBERTO XAVIER, *Direito...*, cit., p. 256.

67. V. este problema desenvolvido em KLAUS VOGEL, *Worldwide vs.*

source taxation of income, Intertax, 1988, ns. 8 e 9, pp. 227-229.

68. *Idem*, p. 229.

comunicará ao Estado-membro em que o beneficiário efectivo dos juros tenha a sua residência fiscal as informações sobre o montante dos juros pagos, a data do pagamento, a identidade e a residência declarada pelo beneficiário efectivo do pagamento. Essa prestação de informações deve ser feita de forma automática, pelo menos uma vez por ano, relativamente a todos os pagamentos de juros efectuados nesse ano civil, não podendo ser invocado o princípio da reciprocidade como condição de prestação das informações.

Os moldes da aplicação em concreto deste regime precisam de uma regulação mais desenvolvida, cumprindo salientar que os custos deste sistema assentam nos substitutos tributários, isto é, nos agentes pagadores. Os limites constitucionais materiais dos vários Estados membros à utilização dos substitutos tributários (isto é, ao âmbito das suas tarefas impostas, neste caso, pelo Direito Comunitário) teriam que ser investigados noutro estudo.

6. A evolução do significado e âmbito da troca de informações: da troca de informações enquanto instrumento de aplicação efectiva das convenções de dupla tributação, à troca de informações como instrumento de tutela dos interesses dos Estados

A necessidade da cooperação para fins tributários entre Estados foi equacionada desde os primeiros modelos de convenções, podendo notar-se uma evolução na sua configuração jurídica, mas uma eficácia prática ainda muito limitada. A premência que lhe é dada actualmente a nível da Comunidade Europeia e a nível da OCDE, nomeadamente no último relatório da OCDE sobre concorrência fiscal prejudicial de 20/1/1998, resulta, naturalmente, dos fenómenos da livre circulação de capitais e da globalização.

No entanto, os limites à troca de informações compreendem-se pela existência de interesses que conflituam: como assinala Pietro

Adonnino, existem, por um lado, os interesses dos Estados relativamente a uma correcta aplicação das normas fiscais; por outro lado, temos o interesse em aplicar as normas de procedimento que tutelam as garantias dos particulares; o interesse da economia nacional que pode exigir alguma reserva na prestação de informações; o interesse em preservar a soberania contra a entrada em território nacional de funcionários da administração fiscal de outro Estado para fazer averiguações; e, não menos importantes que os anteriores, temos os interesses do contribuinte a uma reserva das informações trocadas, e em evitar situações de dupla tributação ou de tributação incorrecta, bem como transmissão de dados que possam alterar as condições de concorrência⁶⁹.

Equacionados que estão os interesses que entram em conflito, verificamos que no Direito Tributário Internacional, nomeadamente nos modelos da OCDE, a consagração do princípio da assistência mútua não se traduz numa cooperação efectiva. Para além dos limites decorrentes do carácter bilateral das convenções de dupla tributação, não existe uma regulação detalhada da troca de informações, a qual só ocorre quando solicitada, pondo por isso em causa a eficácia da aplicação das normas de distribuição de competências⁷⁰.

É conhecida a evolução da troca de informações ao nível do Modelo da OCDE, nomeadamente, entre o Modelo de 1963 e o Modelo de 1977⁷¹. É de assinalar que a partir do Modelo de 1977 é possível trocar informações com a finalidade de aplicar a legislação interna, e não apenas “a correcta aplicação” do regime das conven-

69. PIETRO ADONNINO, *Lo Scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie*, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, cit., pp. 891-892.

70. PIETRO ADONNINO, *Lo Scambio di informazioni...*, cit., p. 894.

71. V. MARIA MARGARIDA CORDEIRO MESQUITA, *Troca de informações e cooperação fiscal internacional*, *Colóquio A Internacionalização...*, cit., pp. 335 e ss.

ções, desde que os fins nacionais não contrariem o regime estabelecido naquelas⁷². Por outro lado, enquanto para efeitos do Modelo de 1963, só eram sujeitos abrangidos pela troca de informações, os residentes num Estado contratante, essa limitação desapareceu com o Modelo de 1977⁷³.

O Direito Comunitário pretende encontrar uma solução mais efectiva de troca de informações. A directiva 77/799/CEE (modificada pela directiva 79/1071) veio consagrar um regime relativamente desenvolvido de troca de informações, tendo-se ultrapassado, com a sua entrada em vigor, não só o nível bilateral, como a ligação ao problema da dupla tributação inter-estadual. Além disso, ultrapassou-se o nível da troca de informações a pedido, e passou a ser possível o envio de funcionários ao território do outro Estado-membro. Finalmente, é de assinalar a consagração de prazos para o envio das informações, o que é fundamental para a utilidade das mesmas. Embora a directiva não faça referência aos sujeitos abrangidos pela troca de informações, entende-se que ela não se limita aos residentes na Comunidade Europeia⁷⁴. A Convenção sobre assistência administrativa em matéria fiscal do Conselho da Europa tem um escopo ainda mais amplo que o da directiva, pois, para além da troca de informações, prevê também assistência na cobrança dos impostos e em acções de inspecção fiscal no exterior. Mas a directiva 77/799/CEE prevalece nas relações entre Estados membros sobre a referida Convenção do Conselho da Europa, a não ser que esta preveja obrigações mais extensas que a directiva (art.º 1º da directiva

77/799/CEE)⁷⁵. Registe-se ainda a existência do Regulamento 218/92/CEE que tem por objecto a troca de informações em matéria de IVA.

Em todo o caso, a directiva 77/799/CEE tem ainda muitos limites à troca de informações: um Estado não está obrigado a fazer averiguações ou transmitir informações que não sejam permitidas pela sua legislação ou práticas administrativas; pode recusar a transmissão de informações, que possam divulgar segredos comerciais, industriais ou profissionais; e está consagrada uma cláusula de reciprocidade.

Finalmente, refira-se que nenhum dos instrumentos referidos faz qualquer referência à tutela dos contribuintes, ficando a mesma sujeita à legislação de cada Estado.

Neste contexto, a proposta de directiva de tributação mínima da poupança, contém um regime bastante mais exigente quanto à preservação de informações, pois, não só estabelece uma troca de informações sistemática e automática relativamente aos juros, como elimina a cláusula da reciprocidade.

Assim, ao adoptarem o sistema de informações, os Estados ultrapassarão o nível do ocasional e da medida das possibilidades de cada administração. Por outro lado, o cumprimento desta obrigação de prestar informações, estará sujeito a uma fiscalização supra-partes, nomeadamente da Comissão e do Tribunal de Justiça das Comunidades.

A Directiva de tributação da poupança contribuirá, certamente, para o desenvolvimento de uma nova etapa, na troca de informações entre Estados.

72. Refira-se a título de curiosidade, que o Modelo das NU refere expressamente como objectivo da troca de informações, a luta contra a evasão e a fraude fiscal: PIETRO ADONNINO, *Lo Scambio di informazioni...*, cit., p. 898.

73. V. MARIA MARGARIDA CORDEIRO MESQUITA, *Troca de informações...*, cit., p. 342.

74. PIETRO ADONNINO, *Lo Scambio di informazioni...*, cit., p. 903.

75. A relação entre as normas da Convenção do Conselho da Europa e as convenções de dupla tributação é mais complexa, não existindo uma relação hierárquica, mas um compromisso, assumido pelos Estados que ratifiquem a primeira, em não aplicar tratados que limitem o âmbito de aplicação da Convenção do Conselho da Europa.

7. O artº 11º e as negociações com terceiros Estados

Queremos fazer um último comentário, relativo às negociações com terceiros Estados.

O artº 11º da proposta de directiva na versão originária previa que a Comunidade encetasse “negociações com os seus principais parceiros comerciais de entre países terceiros...” para garantir a tributação de rendimentos da poupança “pagos a residentes fiscais dos Estados-membros por agentes pagadores estabelecidos nesses países terceiros”.

Este artigo significa o reconhecimento da ineficácia da harmonização da tributação da poupança, limitada aos Estados-membros da Comunidade Europeia.

Por outro lado, no contexto do modelo de coexistência, o regime do artº 11º suscitava muitas observações: desde logo, pretendia-se internacionalizar o elemento “agente pagador”, que substituiria assim o do “agente devedor”. Em segundo lugar, ao sugerir negociações com terceiros Estados, o artº 11º parecia recomendar o alargamento do regime de coexistência a esses terceiros Estados⁷⁶. Ora, cabia saber que regime seria adoptado pelos terceiros Estados, e se estes também poderiam optar pela retenção ou pela prestação de informações. Em terceiro lugar, no caso de alguns dos terceiros Estados preferirem o regime de informação, seria difícil impor-lhes a ausência da reciprocidade (isto é, se os EUA optassem pelo sistema de informação, transmitiriam essa informação à Áustria se esta tivesse optado pela retenção?).

A negociação com terceiros Estados passou a ter um papel ainda mais relevante nas Conclusões de Santa Maria da Feira, uma vez que

condiciona a aprovação da Directiva (estão previstas negociações com os Estados Unidos, Suíça, Liechtenstein, Mónaco, Andorra e São Marino). Também os territórios dependentes e associados deverão ser contactados no sentido de aplicarem o regime da Directiva Comunitária. Em todo o caso, será mais fácil negociar um único sistema (o sistema da informação), do que um modelo de coexistência, e os resultados serão mais consistentes.

76. V. as dúvidas levantadas por FRANS VANISTENDAEL, *Impact of european tax law on tax treaties with third countries*, EC Tax Review, 1999, nº 3, pp. 167-169.

No momento em que estamos a escrever desconhecemos qual será a decisão final sobre esta proposta. O que já se sabe é que foi aprovada na generalidade devendo agora ser submetida a análise e votação na especialidade.

Esta proposta não supre a inconstitucionalidade que entendemos ser de considerar relativamente ao novo regime jurídico de levantamento administrativo do segredo bancário.

Em todo o caso esta possibilidade, e se a mesma vier a ser aprovada, poderá permitir um controle mais apertado sobre as decisões administrativas de acesso à informação protegida pelo sigilo.

ÍNDICE

Tendências das políticas fiscais recentes a nível internacional: alguns reflexões José Carlos Gomes Santos.....	13
A tributação do capital na economia global João Pedro Santos.....	33
Evolução da carga fiscal e das taxas efectivas de tributação no período 1990-95 Miguel Serrão.....	73
O comércio electrónico na perspectiva da sua tributação em IVA Mário Alberto Alexandre.....	109
O conceito de estabelecimento estável e o comércio electrónico Vasco Branco Guimarães.....	153
A proposta de directiva de tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros: Estudo de Direito Fiscal Europeu proposto João Menezes Leição.....	185
A proposta de directiva de tributação da poupança numa perspectiva de direito tributário internacional Ana Paula Dourado.....	289

Situación actual de la armonización fiscal de la imposición directa en la Unión Europea	Teodoro Córdón Ezquerro e Manuel Gutiérrez Lousa.....	335
La libertad de movimiento de factores productivos en la Unión Europea. Los principios de libre establecimiento y no discriminación	Teodoro Córdón Ezquerro e Manuel Gutiérrez Lousa.....	385
Globalização e igualdade tributária	Sérgio Vasques	429
O combate à fraude fiscal e a defesa do contribuinte: Dois objectivos inconciliáveis?	José Luís Saldanha Sanches.....	455
Breves apontamentos sobre o novo regime jurídico do levantamento do segredo bancário	Maria Celeste Cardona	475

CADERNOS DE CIÊNCIA E TÉCNICA FISCAL

1962	1	A INFRAÇÃO DISCIPLINAR
		<i>Vitor António Duarte Faveiro</i>
1962	2	O PROCESSO ADMINISTRATIVO GRACIOSO
		<i>Sebastião Eduardo Vaz de Oliveira</i>
1962	3	EQUILÍBRIO ORÇAMENTAL E POLÍTICA FINANCEIRA ANTICLÍCICA
		<i>Paulo de Pita e Cunha</i>
1962	4	A RELAÇÃO JURÍDICA FISCAL
		<i>António Braz Teixeira</i>
1963	5	LIÇÕES DE CONTABILIDADE GERAL
		<i>Rogério Fernandes Ferreira</i>
1963	6	A INCIDÊNCIA DA SISA
		<i>Nuno Sá Gomes</i>
1963	7	OS IMPOSTOS SOBRE AS TRANSACÇÕES
		<i>Paulo de Pita e Cunha</i>
1963	8	A LEI DOS CONCLUIOS DE 1570 — ALGUMAS NOTAS
		<i>Ruy de Albuquerque</i>
1963	9	A FORMA JURÍDICA DOS FACTOS TRIBUTÁRIOS
		<i>Vitor António Duarte Faveiro</i>
1963	10	ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO
		<i>Arnando M. Marques Guedes</i>
1963	11	A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA
		<i>Pedro Soares Martinez</i>
1963	12	A LIBERDADE DE ESTABELECEMENTO NOS PAÍSES DA E.F.T.A.
		<i>Vitor António Duarte Faveiro</i>
1963	13	TRÊS RELATÓRIOS SOBRE O CADASTRO
		<i>António José de Ávila, Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, Vicente Ferrer Neto Paiva</i>
1963	14	A INCIDÊNCIA DA SISA E AS SOCIEDADES COMERCIAIS
		<i>Eduardo Luís Loup</i>
1963	15	SUBSÍDIOS PARA UMA TEORIA DA INFRAÇÃO FISCAL
		<i>Domingos Martins Eusébio</i>