

| | |
|------------------|---|
| Processo: | 02070/09.7BELRS.SA1 |
| Data do Acórdão: | 05/06/2026 |
| Tribunal: | SECÇÃO DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO |
| Relator: | JOÃO SÉRGIO RIBEIRO |
| Descritores: | CAPITAL PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA CONVENÇÃO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO |
| Sumário: | <p>I - O artigo 58.º do CIRC, na versão aplicável à data, é uma norma clássica de preços de transferência com um escopo de aplicação circunscrito e perfeitamente delimitado que não cuida de situações como a que está subjacente à atuação da AT, no âmbito da qual considera que o sujeito passivo, apesar de ter assentado a sua operação num crédito e no consequente pagamento de juros, em boa verdade estar-se-ia a desviar do que seria o normal em termos de detenção de capital livre, condicionando, assim, aquela que seria a determinação de lucros em termos normais.</p> <p>II - Não há qualquer norma no direito português ou da convenção Portugal / França da versão aplicável na altura que, no quadro dos preços transferência, ou subcapitalização, tenha em vista essa situação particular. Sendo certo que o artigo 58.º do CIRC não a cobre decididamente, pois tem em vista a correção de operações realizadas e não a requalificação de operações para depois as corrigir.</p> <p>III - Ora, não tendo sido iniciado um único procedimento que permitisse uma requalificação da operação financeira praticada em termos fiscais, não há margem para o fazer aplicando o artigo 58.º do CIRC a uma operação que com ele não quadra, ainda que invocando políticas fiscais nesse sentido, decorrentes de instrumentos internacionais.</p> <p>IV - Em substância foi, todavia, o que levou a cabo a AT ao desconsiderar parte do crédito concedido, requalificando parte dele como dotação de capital livre. Partiu, portanto, do que, de acordo com o princípio da plena concorrência, seria normal existir como capital livre com base nas regras subjacentes aos preços de transferência, para (de acordo com essas mesmas</p> |

regras) chegar a um valor médio, justificando depois a bondade da correção, por um lado, com a aplicação do artigo 58.º do CIRC e, por outro, com uma série de instrumentos internacionais, comentários e relatórios - o que não poderia ter feito.

Nº Convencional: JSTA00071998
Nº do Documento: SA22026050602070/09
Recorrente: AT - AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA
Recorrido 1: BANCO 1...
Votação: UNANIMIDADE

Aditamento:

▼ Texto Integral

Texto Integral:

Acordam em conferência na Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo:

1. Relatório

1.1. A REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA, devidamente identificada nos autos, inconformada com a sentença proferida pelo Tribunal Tributário de Lisboa, de 21.09.2022, a qual julgou procedente a impugnação judicial deduzida por **Banco 1... - SUCURSAL EM PORTUGAL** igualmente identificada nos autos, contra o ato de liquidação adicional de **IRC** n.º ...70 e correspondente liquidação de juros compensatórios, referentes ao exercício de 2006, no montante total de € 49.876,57, veio dela interpor recurso para o Tribunal Central Administrativo Sul.

1.2. A Recorrente conclui da seguinte forma as suas alegações de recurso:

«(...)

I. O *thema decidendum* no âmbito dos presentes autos de recurso consiste em aferir da legalidade da correção efetuada pela AT ao lucro tributável da Impugnante, referente ao exercício de 2006, em que se procedeu ao acréscimo do montante de € 1.108.441,37

(correspondente a parte de juros pagos, mas não fiscalmente dedutíveis) face ao entendimento de que

havia sido violado o princípio da Plena Concorrência quanto à afetação de “*free capital*” à sucursal [ora impugnante.]

II. À data dos factos, e para o que aqui releva, os elementos essenciais do quadro legal aplicável eram o (então) artigo 58º do CIRC e os artigos 5º e 6º da Portaria 1446-C/2001.

III. O artigo 58º do CIRC estabelecia na linha da Convenção Modelo da OCDE sobre Dupla Tributação e das respetivas Guidelines sobre Preços de Transferência, o designado princípio de plena concorrência, obrigando a que, para efeitos fiscais, as operações entre partes relacionadas fossem efetuadas nos termos e condições que seriam estabelecidos entre entidades independentes em operações comparáveis.

IV. A aferição da comparabilidade deve ter em conta os fatores elencados, a título exemplificativo, no nº 2 do (então) art. 58º, a saber: “*as características dos bens, direitos ou serviços, a posição de mercado, a situação económica e financeira, a estratégia de negócio, e demais características relevantes dos sujeitos passivos envolvidos, as funções por eles desempenhadas, os activos utilizados e a repartição do risco*”.

V. Adicionalmente, a Portaria 1446-C/2001 densificava alguns dos conceitos que o artigo 58º do CIRC estabelecia.

VI. As regras sobre preços de transferência são uma temática fiscal com consagração legal inserida no quadro normativo do **IRC**, aplicável por força do n.º 3 do artigo 15.º do respetivo Código, na determinação da matéria coletável das pessoas coletivas e outras entidades tributadas com base no lucro ou no rendimento global, tais como o estabelecimento estável de uma entidade não residente.

VII. A sua justificação decorre da necessidade de assegurar a igualdade de tratamento dos sujeitos passivos de **IRC**, quer estejam integrados em estruturas de grupo (entidades relacionadas), quer sejam entidades independentes, no respeitante à avaliação da

respetiva capacidade contributiva traduzida no apuramento matéria coletável.

VIII. Dado que os termos e condições praticados nas operações entre entidades relacionadas, quando influenciados por uma lógica que vise os interesses globais de um grupo, são suscetíveis de afetar “(...) a *distribuição dos lucros - ou prejuízos - entre as várias sociedades ou estabelecimentos estáveis que compõem o grupo*”, e com isso distorcer a situação tributária de cada uma das entidades que o integram, impõe-se verificar se as condições definidas nessas operações vinculadas respeitam o Princípio de Plena Concorrência.

IX. Nesse sentido, as regras fiscais sobre preços de transferência procuram corrigir os eventuais desvios verificados na definição dos termos e condições das operações realizadas entre entidades relacionadas, em resultado de não ter sido observado o Princípio de Plena Concorrência consagrado no, à data dos factos, artigo 58.º, n.º 1 do CIRC.

X. Sendo que, *in casu*, o Princípio de Plena Concorrência é justificação bastante para a atribuição de um montante de "free capital" aos estabelecimentos estáveis.

XI. A adoção deste princípio, tanto no plano do direito interno como do direito internacional, dada a sua consagração no n.º 1 do art.º 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, possibilitava que a Administração Fiscal, no ano de 2006, procedesse à realização de ajustamentos ao lucro tributável, quando nas operações comerciais ou financeiras entre duas empresas relacionadas entre si, fossem aceites ou impostas condições diferentes das que seriam estabelecidas entre empresas independentes. Assim, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, poderiam ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade.

XII. A correção controvertida reporta-se à aplicação da disciplina dos preços de transferência ao montante dos juros pagos pela impugnante à casa mãe, ao exercício de 2006, decorrente do entendimento dos SIT de acordo com o qual a impugnante não havia considerado no ano em causa o Princípio de Plena Concorrência no que concerne à determinação do nível “*free capital*”, o qual, no âmbito da legislação nacional e das orientações internacionais, não deveria gerar, na esfera patrimonial da impugnante, quaisquer encargos financeiros.

XIII. O núcleo da aplicação das regras sobre preços de transferência é constituído por um exercício de análise de comparabilidade entre a operação vinculada e as operações não vinculadas que reúnam as condições para serem consideradas comparáveis e a seleção do método tido como mais apropriado (cfr. n.º 2 do art.º 58.º do Código do IRC, na redação à data vigente e n.ºs 1 a 3 do art.º 4.º da Portaria n.º 1446-C/2001).

XIV. A impugnante “*entendeu que o método mais apropriado para aferir da conformidade destas operações com o Princípio de Plena Concorrência era o Método do Preço Comparável de Mercado, recorrendo para o efeito a informação comparável externa, mais concretamente, às taxas de juro do mercado monetário interbancário (MMI) da zona Euro*” cfr. ponto I) do probatório.

XV. Ou seja, a impugnante no tocante à escolha do método de determinação do preço de transferência conforme com o Princípio de Plena Concorrência, à luz do disposto nos n.ºs 2 e 3 do art.º 58.º do Código do IRC e dos n.ºs 1 e 2 do art.º 4.º e do n.º 2 do art. 6.º da Portaria n.º 1446-C/2001, optou pelo chamado Método do Preço Comparável de Mercado, tendo em conta a natureza e características da operação vinculada em análise, recorrendo para o efeito a informação comparável externa, mais concretamente, às taxas de juro do mercado monetário interbancário (MMI) da zona Euro.

XVI. Contudo em sede inspetiva a AT considerou que, neste caso concreto, a questão da comparabilidade

assumia contornos que evidenciavam algumas especificidades, dado que *“A determinação do nível de capitais próprios de plena concorrência, envolve a avaliação da estrutura de capitais que entidades independentes, ou a mesma entidade, adoptariam em circunstâncias normais de mercado, ou seja, caso as entidades reguladoras da actividade em que operam determinassem a afectação de um nível de capitais próprios condicentes com os níveis de activos detidos e os riscos assumidos por cada um dos operadores. (...) As dotações de capital próprio assim determinadas, correspondem ao nível do free capital que, nos termos estatuídos nos normativos nacionais e internacionais que determinam a subordinação das operações financeiras vinculadas ao Princípio de Plena Concorrência, não devem onerar a esfera patrimonial do respectivo detentor, com encargos financeiros sob a forma de juros. Tendo presente o referido no ponto 83 do Relatório de 1984, o qual refere que o capital a alocar à Sucursal deverá ter em consideração a proporção que os seus activos representam no total dos activos detidos pelo Banco, procedeu-se ao cálculo do montante de fundos, que foram colocados à disposição da sucursal a título de empréstimos remunerados, mas que, atendendo à proporção que os fundos próprios da entidade globalmente considerada representam no activo total dessa entidade, devem ser considerados como fundos próprios da sucursal, e como tal, os juros associados nos mesmos não deverão ser tidos como dedutíveis para efeitos de apuramento dos resultados da sucursal.”*

XVII. Com vista ao apuramento do montante dos juros excessivos resultante da insuficiência de fundos próprios da impugnante, procederam os SIT à comparação do peso dos fundos próprios no total do ativo da Sucursal com igual rácio apurado pela Sede, e atendendo à desproporção evidenciada concluíram que que da aplicação do Método do Preço Comparável de Mercado resultava um deficit do nível de “free capital” da sucursal que ascendia a € 1.108.441,37;

XVIII. A correção promovida, na forma da afetação de parte dos juros pagos e associados a financiamentos da “Casa-mãe” a um capital “livre”, decorreu da aplicação

do Princípio de Plena Concorrência e as suas implicações são meramente fiscais;

XIX. A natureza das Guidelines da OCDE, como "*soft law*" ou direito flexível, e não como norma tributária *stricto sensu* afasta-as das regras da aplicação de lei fiscal no tempo, previstas nos números 1 e 2 do artigo 12.º da LGT, pelo que não se coloca in casu nenhum problema de irretroatividade de norma fiscal;

XX. Pelo que não concorda a RFP com o entendimento da Mma. Juiz de que : *"(...) não podia a AT, em 2008, propugnar a afectação de capital livre à sucursal portuguesa do Banco 1..., aqui Impugnante, relativamente ao exercício de 2006, quando, naquele exercício os Relatórios existentes sobre a matéria eram preliminares, provisórios e não tinham ainda acolhimento nos Comentários à CMOCDE, os quais, em qualquer caso, não têm carácter vinculativo, sendo meros instrumentos de soft law"* salientando que *"A interpretação dinâmica das CDTs só é possível sempre que em relação aos Comentários originários ou anteriores não haja "diferenças substanciais", sendo que, no caso dos autos, ficou patente que os Comentários de 2008 introduziram uma alteração substancial, consubstanciada na nova abordagem autorizada (ainda que em termos parciais), incluindo a questão da afectação de capital livre, pelo que não poderão ter eficácia interpretativa retroactiva"*.

XXI. Considera a Fazenda Pública que o procedimento seguido pelos SIT ao efetuar a correção ao lucro tributável da Impugnante, referente ao exercício de 2006, em que se procedeu ao acréscimo do montante de € 1.108.441,37 (correspondente a parte de juros pagos, mas não fiscalmente dedutíveis encontra-se legitimado plenamente pela lei interna, pela Convenção Modelo da OCDE e dos seus comentários, e pelas Guidelines da OCDE, cumprindo-se plenamente regras da hermenêutica jurídica constantes do artigo 11.º da LGT e do artigo 9.º do Código Civil, preceito que designa como elementos de interpretação da lei não só o elemento literal, mas também os elementos sistemático, histórico e o teleológico;

XXII. O Princípio da Plena Concorrência visa assegurar a igualdade de tratamento dos sujeitos passivos de IRC, quer estejam integradas em estruturas de grupo (entidades relacionadas) e independentemente da sede se situar em território terceiro ou europeu, quer sejam entidades independentes, no respeitante à avaliação da respetiva capacidade contributiva traduzida no apuramento matéria coletável.

XXIII. Assim sendo e conforme se explanou no RIT: *“Em conformidade com o disposto no n.º 9 do art.º 58.º do CFRC, as operações realizadas entre entidade não residente e um seu estabelecimento estável situado em território português, ou um outro estabelecimento estável desta última, estão subordinadas ao Princípio de Plena Concorrência; O sujeito passivo não considerou o ante citado Princípio no que concerne à determinação do nível free capital, o qual, no âmbito da legislação nacional e das orientações internacionais, não deverá gerar, na esfera patrimonial do sujeito passivo, quaisquer encargos financeiros; Da aplicação do Método do Preço Comparável de Mercado resulta um deficit do nível de free capital da sucursal que ascende a Eur. 1.108.441,37; Será de acrescer ao lucro tributável declarado pelo Sujeito Passivo, em cumprimento do Princípio de Plena Concorrência, preconizado no nº 1 do artigo 58º do CIRCC, o montante de Eur. 1.108.441,37”.*

XXIV. Face ao supra exposto, considera a Fazenda Pública que sentença recorrida, ao invés do decidido, deveria ter considerado que nenhuma ilegalidade se poderia assacar à liquidação ora impugnada e, conseqüentemente, deveria ter sido decidido a improcedência da Impugnação em causa, por não provada, pelo que decidindo como decidiu, incorreu o Tribunal *a quo*, numa errónea apreciação da prova e interpretação e aplicação da lei ao caso *sub judice*

XXV. Assim sendo é manifesto que a Administração Tributária fez uma correta interpretação das normas legais aplicáveis ao caso concreto pelo que deve o ato tributário ora impugnado ser mantido na esfera jurídica da recorrida.

XXVI. Pelo que, entende assim a Fazenda Pública que o Tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento devendo ser dado provimento ao recurso, revogando-se a sentença recorrida com as legais consequências.

Nestes termos, e nos mais de Direito que Vossas excelências suprirão, deverá o presente Recurso ser dado como procedente, e em consequência ser revogada a decisão recorrida e substituída por outra que contemple a interpretação de Direito acima explanada. Tudo com as devidas consequências legais.»

1.3. A Impugnante, ora Recorrida, apresentou contra-alegações, formulando as seguintes conclusões:

«(...)

a. A liquidação impugnada é ilegal e inconstitucional, pelo que o recurso não pode *proceder*.

b. Não existia no Código do **IRC** (na versão em vigor em 2006), nem na Portaria n.º 1146-C/2001, de 21 de Dezembro, qualquer norma que determinasse a não dedutibilidade dos juros associados ao *free capital*, em virtude de este ser considerado uma dotação de capital essencial à actividade da sucursal.

c. A doutrina internacional vertida nos Relatórios e Comentários da OCDE não tem aplicação directa em Portugal, não podendo, assim, ser fonte de obrigações fiscais para os contribuintes.

d. Em 2006, ainda que o Princípio da Plena Concorrência já se encontrasse vertido no Código do **IRC**, não existiam elementos que permitissem aos sujeitos passivos calcular o imposto a pagar (ou os custos não dedutíveis) em consequência da existência desse princípio, pois apenas em 2008 foi publicado o “*Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*”.

e. Até à publicação deste Relatório, o tratamento fiscal destes juros não se encontrava definido, podendo imaginar-se várias soluções (não aceitação total, não aceitação parcial, fazer depender a aceitação da

existência de lucro tributável, sujeição a uma tributação mais agravada, para indicar apenas algumas).

f. A interpretação “dinâmica” das CDT's só é possível quando não se verificarem diferenças substanciais - sendo que o Relatório de 2008 é profundamente inovador no que respeita à matéria de *free capital*.

g. É, portanto, evidente que da mera existência do artigo 58.º do Código do **IRC** não pode resultar a consequência pretendida pela Recorrente - a não aceitação dos juros como custo fiscal, no exercício de 2006.

h. O princípio da legalidade fiscal, bem como o princípio da segurança jurídica, que decorrem da Constituição da República Portuguesa, obrigam a que a liquidação e a cobrança dos impostos se façam nos termos na lei - o que não se verifica, na situação em análise.

i. Aplicar o relatório de 2008 a realidades ocorridas anteriormente é ilegal e inconstitucional, por interpretação do n.º 1 do artigo 58.º do Código do **IRC** em violação ou desconformidade com o artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa - pois implica a aplicação retroactiva de normas tributárias.

j. Pois não existindo norma de incidência expressa, não pode ser limitada a dedução dos juros pagos ao Banco 1... Madrid no exercício de 2006, por a mesma ser ilegal.

k. A liquidação em apreciação representa uma grosseira violação dos princípios constitucionais da legalidade, da irretroactividade, da proporcionalidade e da segurança jurídica, pelo que **o recurso deve improceder.**

NESTES TERMOS

Deve o recurso interposto da douta sentença recorrida ser julgado como não provado e improcedente, com as legais consequências.

Só assim se decidindo SERÁ CUMPRIDO O DIREITO E FEITA JUSTIÇA!»

1.4. O Tribunal Central Administrativo Sul, por Decisão Sumária proferida em 15.01.2026, declarou-se incompetente em razão da hierarquia para conhecer do

recurso e competente, para esse efeito, o Supremo Tribunal Administrativo.

1.5. Recebidos os autos neste Supremo Tribunal, o Digno Magistrado do Ministério Público junto do mesmo, emitiu duto parecer no sentido da improcedência do recurso, nos termos seguintes:

«(...)

1. OBJECTO DO RECURSO.

1.1 O presente recurso vem interposto da sentença do TT de Lisboa que julgou procedente a ação de impugnação judicial contra o ato de liquidação adicional de **IRC** n.º ...70 e correspondente liquidação de juros compensatórios, relativas ao exercício de 2006, no montante total de **€ 49.876,57**.

1.2 A Recorrente não se conforma com tal decisão, por considerar que o tribunal “a quo” incorreu em **erro de julgamento** na questão da afetação de capital livre à sucursal portuguesa do Banco 1..., aqui Impugnante, relativamente ao exercício de 2006, por errónea interpretação do princípio de plena concorrência estabelecido no (então) art. 58º do CIRC.

1.3 Considera a Recorrente que «o procedimento seguido pelos SIT ao efetuar a correção ao lucro tributável da Impugnante, referente ao exercício de 2006, em que se procedeu ao acréscimo do montante de € 1.108.441,37 (correspondente a parte de juros pagos, mas não fiscalmente dedutíveis encontra-se legitimado plenamente pela lei interna, pela Convenção Modelo da OCDE e dos seus comentários, e pelas Guidelines da OCDE, cumprindo-se plenamente regras da hermenêutica jurídica constantes do artigo 11.º da LGT e do artigo 9.º do Código Civil, preceito que designa como elementos de interpretação da lei não só o elemento literal, mas também os elementos sistemático, histórico e o teleológico».

1.4 Mais considera que «A natureza das Guidelines da OCDE, como "*soft law*" ou direito flexível, e não como norma tributária *stricto sensu* afasta-as das regras da aplicação de lei fiscal no tempo, previstas nos números 1 e 2 do artigo 12.º da LGT, pelo que não se coloca *in casu* nenhum problema de irretroatividade de norma fiscal».

1.5 Entende igualmente que «o Princípio de Plena Concorrência em que a AT se fundamentou para efetuar

a correção ao lucro tributável da Impugnante, referente ao exercício de 2006, em que se procedeu ao acréscimo do montante de € 1.108.441,37 (correspondente a parte de juros pagos, mas não fiscalmente dedutíveis) é justificação bastante e encontra-se plenamente legitimado pela lei interna, pela Convenção Modelo da OCDE e dos seus comentários, e pelas Guidelines da OCDE».

1.6 Conclui, assim, que «a Administração Tributária fez uma correta interpretação das normas legais aplicáveis ao caso concreto pelo que deve o ato tributário ora impugnado ser mantido na esfera jurídica da recorrida», e ser revogada a sentença recorrida e em substituição julgar-se improcedente a ação.

2. APRECIACAO DE MÉRITO DO RECURSO.

2.1 Como refere a Recorrente, a questão controvertida nos autos consiste em aferir da legalidade da correção efetuada pela AT ao lucro tributável da Impugnante, referente ao exercício de 2006, em que se procedeu ao acréscimo do montante de **€1.108.441,37**

(correspondente a parte de juros pagos, mas não fiscalmente dedutíveis) face ao entendimento de que havia sido violado o princípio da Plena Concorrência quanto à afetação de “*free capital*” à sucursal [a impugnante e qui recorrida] consagrado no artigo 58º do CIRC, na redação então aplicável.

2.2 Na sentença recorrida o tribunal “a quo” concluiu que «...numa situação como a do caso vertente, é de concluir que não tem qualquer apoio legal, nem dimana da sua interpretação a imposição de capital livre à Impugnante, por referência ao exercício de 2006, pelo que a correcção efectuada em sede de inspecção é anulável, por erro nos pressupostos de facto e de direito, o que fere de ilegalidade a liquidação impugnada».

2.3 Para o efeito o tribunal “a quo” analisou o regime aplicável às sucursais à luz do princípio da plena concorrência consagrado no artigo 58º do CIRC, e objecto de regulamentação na Portaria nº 1446-C/2001, de 21 de dezembro, e da CDT celebrada entre Portugal e França (sede da casa mãe), tendo para o efeito considerado que «...não pode deixar de ser aplicável a CDT celebrada entre França e Portugal, ou seja, França por ser residência do Banco 1... [correspondente ao

“Estado R” na exposição do Prof. Alberto Xavier], e Portugal, por ser Estado da fonte dos juros em causa [correspondente ao “terceiro Estado (Estado S)”, na explicitação do Prof. Alberto Xavier; Espanha corresponderia ao “Estado P” por auferir os rendimentos/juros proveniente de Portugal]».

2.4 Nessa medida o tribunal “a quo” socorreu-se das normas do direito convencional (designadamente artigos 7º, nº2, e 9º da CDT Portugal-França), à luz da interpretação e dos comentários produzidos pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, tendo considerado a este propósito que «...a norma sobre Preços de Transferência - com previsão expressa no artigo 58º do CIRC - não é uma norma de incidência, mas uma norma específica anti-abuso, que determina a correcção ao lucro tributável se a operação em causa não estiver em conformidade com o Princípio da Plena Concorrência (*arm’s length principle*)». E que nos termos do nº2 do artigo 7º da CDT, «*devem ser imputados ao estabelecimento estável os lucros que este obtenha como se de uma empresa distinta, autónoma e independente se tratasse, face à casa-mãe (sede)*».

2.5 E colocando a questão de saber se se impunha à sucursal portuguesa do Banco 1... a constituição de capital livre ou “free capital”, considerou-se, após convocação de diversa doutrina sobre a natureza dos comentários à convenção modelo OCDE, e da jurisprudência do acórdão deste tribunal de 02/02/2021, proc. nº 621/09, que o entendimento sufragado era no sentido de que «a CMOCDE e os seus Comentários têm importância fundamental na prática internacional, constituindo orientações amplamente aceites na interpretação e aplicação das CDTs, embora não constituam autênticas normas de direito internacional, carecendo, pois, de eficácia vinculativa. Trata-se antes de meros instrumentos de “soft-law”, de meras recomendações interpretativas, sem força normativa própria».

2.6 Mais se considerou, sufragando o entendimento da OCDE, que «...quando os artigos da Convenção Modelo permaneçam inalterados, as alterações aos Comentários têm efeitos interpretativos sobre as CDTs anteriores que sigam a Convenção Modelo». Todavia entendeu-se que «...os Comentários posteriores só

poderão produzir efeitos sobre as CDTs anteriores quando: i) se trate de meras clarificações que não acrescentem qualquer conteúdo substantivo novo; ii) o texto do artigo da Convenção que pretenda ser interpretado com os novos Comentários não tenha alterado a sua forma». E que «A contrario, os novos Comentários não terão eficácia interpretativa retroactiva sempre que introduzam alterações substanciais, incorporem novas realidades ou que à luz dos novos Comentários, o artigo obtenha um significado substancialmente distinto ao que tinha nas anteriores versões».

2.7 E com base em tais premissas, considerou o tribunal “a quo” que «os princípios estabelecidos pela OCDE para atribuição de lucros aos estabelecimentos permanentes conheceu uma notável evolução», e que no *“Relatório de 1984 do Comité de Assuntos Fiscais da OCDE - “OCDE Preços de Transferência e Empresas Multinacionais” - “A Tributação das Empresas Bancárias Multinacionais”* apenas se logrou consenso «...no sentido de que a fracção dos fundos de maneo da sucursal de um banco provém de fundos próprios, não sendo, por consequência, autorizada qualquer dedução a título dos juros».

2.8 Todavia entendeu o tribunal “a quo” que «A não dedutibilidade de juros deve proceder de:

i) Empréstimos que sejam concedidos pela sede central;
ii) Que esses empréstimos visem cobrir a dotação de capital (ou sejam concedidos a título de utilização de capitais próprios...», mas que no caso concreto não se provou a verificação destes pressupostos. E que a doutrina constante do relatório OCDE carecia de um método efetivo para determinação prática do montante de juros não dedutíveis, pelo que nem o relatório de 1984, nem o anterior (1979) são fundamento para a atuação da Administração Tributária.

2.9 E analisando o relatório OCDE de 2008, considerou o tribunal que «...permite retirar, do seu teor, uma “nova abordagem” quanto à imputação de lucros aos EP (por contraposição à abordagem tradicional), dali surgindo o entendimento ou a necessidade de afectar “free capital” a uma sucursal, para efeitos fiscais, por forma a garantir a plena concorrência». E que «...trata com alguma “estrutura” a nova abordagem autorizada da OCDE, que

inclui a afectação de free capital às sucursais, sendo manifestamente relevante na evolução da matéria, a qual é substancialmente diversa da que até então vigorava». E que «... que esta “nova abordagem” quanto à imputação de lucros aos EPs deu origem à revisão do artigo 7º da CMOCDE e dos respectivos Comentários».

2.10 Em face de tal panorama, considerou o tribunal “a quo” que «a profundidade das alterações e a novidade da “abordagem autorizada” levou o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE a elaborar um modelo dual para sua implementação: primeiro, através dos Comentários introduzidos em 2008; segundo, através de uma nova versão do artigo 7º, assim como novos comentários ao mesmo, cujo *draft* surgiu ainda em Dezembro de 2008, mas que face às severas críticas foi revista, tendo sido publicada nova minuta em Novembro de 2009».

2.11 Mais concluindo que «... **em 2008**, embora não acolhendo plenamente a “nova abordagem”, introduz-se uma **alteração substantiva** ou material em face dos Comentários anteriores, no que se **respeita à necessidade, para efeitos fiscais, nomeadamente para garantia do princípio da plena concorrência, a atribuição de “free capital” aos estabelecimentos permanentes, como se verifica pelos §41 e seguintes dos Comentários ao Artigo 7º**».

2.12 Entende, assim, o tribunal “a quo” que « a nova abordagem requer e exige articulação com normas internas que regulem o procedimento de atribuição de lucros ao EP, especialmente no que se refere à imputação de activos, funções e riscos, a afectação de capital livre e de como resolver as situações de dupla tributação derivadas da atribuição assimétrica de lucros ao EP, **sendo manifestamente insuficiente a previsão no âmbito dos Comentários à CMOCDE** » e que «esta nova interpretação que inclui a afectação de *free capital* aos EPs, apenas começou a ser integrada na versão dos Comentários à CMOCDE de 2008, pelo que a mesma só poderá aplicar-se no âmbito de CDTs que a estabeleçam expressamente no seu Artigo 7º (portanto, celebradas ou protocoladas a partir de 2008), ou mesmo defendendo uma “interpretação dinâmica” das CDTs, nunca poderia ser considerada a nova interpretação em exercícios anteriores a 2008 (sendo

que, no caso *sub judice*, está em causa o exercício de 2006)».

2.13 Decorre do exposto que o tribunal “a quo” assenta o seu entendimento em duas ordens de razão: (i) Por um lado nas alterações substanciais dos comentários ao artigo 7º da CMOCDE, no que respeita à obrigação de fixação, para efeitos fiscais, de capital livre (“free capital”) às sucursais e na falta de normas internas que acolham essas alterações, o que suscita sérias dificuldades na determinação de métodos apropriados e aceites de modo geral; (ii) Por outro na insusceptibilidade de aplicação de tais comentários a situações anteriores, como é o caso concreto dos autos, atenta a substancialidade das alterações, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica.

2.14 Ora, a Recorrente não contesta minimamente esta argumentação da sentença recorrida, que em parte se apoia em jurisprudência deste tribunal - acórdão de 02/02/2011, proc. 621/09 -, no que respeita à aplicação retroativa dos comentários, limitando-se a reiterar a fundamentação aduzida pelos Serviços de Inspeção na proposta de correções efetuadas.

2.15 Assim sendo e porque se nos afigura que o tribunal “a quo” fundamentou de forma bastante e correta a inaplicabilidade dos comentários produzidos pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE no relatório de 2008, entendemos que a sentença recorrida não padece do vício de erro de julgamento que lhe é assacado pela Recorrente, motivo pelo que se impõe a sua confirmação, julgando-se improcedente o recurso.»

1.6. Cumpre apreciar e decidir em Conferência.

2. Fundamentação

2.1. De Facto

Com relevância para a decisão, a sentença recorrida deu como provados os seguintes factos:

A) A Impugnante é uma sucursal em Portugal do Banco 1..., instituição de crédito com sede em França, e encontra-se colectada pela actividade de "*outra intermediação monetária*" - CAE 64190 (cfr. RIT a fls. 120 e seguintes do PA apenso);

B) Impugnante, atenta a sua natureza, está sujeita à supervisão do Banco de Portugal (cfr. RIT a fls. 120 e seguintes do PA apenso);

C) No início de 2001, a casa-mãe (Banco 1... - França) solicitou junto do Banco de Portugal, a anulação e repatriamento do capital afecto à ora Impugnante - €21.982.721,64 -, ao que o Banco de Portugal não se opôs (cfr. Doc. 2 junto com a p.i.);

D) Durante o exercício de 2008, a AT, através dos ofícios nº ...78, de 03.07.2008, nº ...41, de 03.11.2008 e nº ...83, de 23.12.2008 procedentes da Equipa de Preços de Transferência da DSIT - Direcção de Serviços de Inspeção Tributária, solicitou à Impugnante informação e elementos diversos, designadamente:

"(...) 1. Identificar o "free-capital" do Banco 1..., enquanto entidade globalmente considerada, e compará-lo com o apresentado pela Sucursal em Portugal;

*II. Identificar os **activos detidos e os riscos assumidos pelo Banco 1...** (Sede) enquanto entidade globalmente considerada, **identificando a quota-parte dos activos detidos e dos riscos assumidos respeitante à Sucursal;***

III. Demonstrar que a estrutura de capitais apresentada pela Sucursal é similar à apresentada por entidades independentes a operar em Território Nacional desenvolvendo actividades similares;

IV. Demonstrar que a inexistência de "free capital" na Sucursal corresponde a uma estrutura de capitais de plena concorrência, em conformidade com o n.º 1 do art.º 58.º do CIRC. (...)" (

(Cfr. Docs. 3, 4 e 5 juntos com a p.i.);

E) A Impugnante respondeu aos ofícios antecedentes através de requerimento escrito e documentação de suporte, os quais foram recepcionados pela DSIT em 28.01.2009 (cfr. Doc. 6 junto com a p.i., que se dá aqui por integralmente reproduzido);

F) Em cumprimento da Ordem de Serviço nº ...22, de 02.09.2008, os Serviços de Inspeção Tributária da

Divisão de Inspeção a Bancos e outras Instituições de Crédito realizaram uma acção inspectiva à Impugnante, de âmbito geral, com incidência no exercício de 2006 (cfr. RIT a fls. 120 e seguintes do PA apenso);

G) A Impugnante foi notificada do Projecto de Relatório da acção inspectiva, através do ofício nº ...76 de 26.03.2009 para, querendo, exercer direito de audição no prazo de 10 dias (cfr. Doc. 7 junto com a p.i. e fls. 193 e seguintes do PA apenso);

H) A Impugnante exerceu o seu direito de audição prévia através de requerimento escrito com data de entrada a 08.04.2009, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido (cfr. Doc. 8 junto com p.i. e fls. 183 a 191 do PA apenso);

I) No âmbito da acção inspectiva, foi elaborado em 20.04.2009, o Relatório Final das conclusões da Inspeção Tributária (RIT), tendo a AT procedido a correcção consubstanciada no acréscimo ao lucro tributável de **IRC**, referente a 2006, de € 1.108.441,37, respeitante a operações financeiras passivas, com base na seguinte fundamentação (que parcialmente se transcreve):

“(...) III. DESCRIÇÃO DOS FACTOS E FUNDAMENTOS DAS CORRECÇÕES MERAMENTE ARITMÉTICAS À MATÉRIA TRIBUTÁVEL

III. 1-Preços de Transferência (Art. 58º do CIRC)

A) Análise efectuada pelo sujeito passivo

Em conformidade com o Dossier de Preços de Transferência (DPT), previsto no n.º 6 do art. 58.º do CIRC, a sucursal de Portugal do Banco 1... obteve em 2006, junto da sucursal de Madrid (adiante designado por Banco 1... Madrid), recursos financeiros de médio prazo essenciais à cobertura das necessidades de concessão de crédito aos seus clientes, que assumiram no triénio 2004-06 os seguintes montantes de capital e juros.

[Imagem]

Adicionalmente, o Banco 1... Madrid assegurou a transferência imediata de recursos overnight para a Sucursal de Portugal nos casos em que esta não disponha de liquidez suficiente para fazer face aos levantamentos de depósitos por parte dos clientes.

Neste sentido, as operações de crédito a clientes da Sucursal encontram-se "quadradas" pelo Banco 1... Madrid, pelo que esta entidade tem um papel central na gestão de tesouraria do Banco 1... Portugal.

(...)

Tendo em consideração o ante-exposto, as taxas de juro médias mensais praticadas nos recursos de médio prazo e overnight obtidos junto do Banco 1... Madrid foram as seguintes:

[Imagem]

Na análise do enquadramento destas operações face ao Princípio de Plena Concorrência, a sucursal de Portugal pretendeu aferir se os juros suportados como contrapartida pela obtenção dos recursos necessários à sua actividade de concessão de crédito a clientes, e para fazer face aos levantamentos inesperados de depósitos por parte deste último, são inferiores aos valores considerados de plena concorrência, permitindo desta forma à sucursal de Portugal obter um spread positivo na sua actividade financeira ao nível das operações de crédito quadradas pelo Banco 1...Madrid.

(...) Atendendo a que, no exercício em análise, a sucursal de Portugal não obteve financiamentos junto de entidades independentes, não existe informação comparável interna. Não obstante, o sujeito passivo entendeu que o método mais apropriado para aferir da conformidade destas operações com o Princípio de Plena Concorrência era o Método do Preço Comparável de Mercado, recorrendo para o efeito a informação comparável externa, mais concretamente, às taxas de juro do mercado monetário interbancário (MMI) da zona Euro. (...)

Na análise efectuada o sujeito passivo conclui que as **taxas de juros médias mensais pagas pela sucursal de Portugal pela obtenção de recursos de médio prazo junto do Banco 1... Madrid** se situam:

- Genericamente ao nível das médias mensais das taxas de juro do mercado monetário interbancário da área Euro;
- Abaixo das taxas de juro médias mensais recebidas em operações activas de empréstimos de médio prazo quer a clientes fora ou quer dentro do grupo.

Paralelamente conclui que as taxas de juro medias mensais pagas pelo Banco 1...Portugal pela obtenção

de recursos overnight junto do Banco 1...Madrid se situam ao nível das médias mensais da taxa de juro overnight do mercado monetário interbancário da área Euro.

Em face do ante exposto o sujeito passivo conclui que as operações financeiras que celebra com entidades relacionadas cumprem o Princípio de Plena Concorrência preconizado no n.º 1 do artº 58.º do CIRC.

B) Determinação do nível de free capital

Enquadramento jurídico-tributário das operações

Relativamente às operações de financiamento de médio/longo prazo efectuadas junto da Sucursal em Madrid do Banco 1, importa, desde logo, identificar os aspectos desta natureza de operações que podem, de alguma forma, colidir com o Princípio de Plena Concorrência internacionalmente aceite.

Este Princípio encontra-se vertido no n.º 1 do art.º 9.º do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE (CMOCDE), e tem sido objecto de aplicação quer pelos países membros desta organização internacional, quer por países não membros, evidenciado, assim, o elevado índice de aceitação generalizada dos fundamentos nele contidos.

Este normativo legal define que: (Quando]... as duas empresas [associadas], nas suas relações comerciais ou financeiras, estiverem ligadas por condições aceites ou impostas que difiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, se não existissem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados em conformidade".

A Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e a França, introduzida no ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 105/71, de 26 de Março, incorporou, no seu art.º 9.º o mesmo Princípio internacionalmente aceite.

(...) O Princípio de Plena Concorrência foi, igualmente, transposto para a legislação fiscal portuguesa no n.º 1 do art.º 58.º do CIRC (...).

(...) Assim, **as operações efectuadas entre uma entidade não residente e o seu estabelecimento estável devem ser acordados e praticados termos e condições similares aos praticados entre entidades**

independentes, dada a sua subordinação ao Princípio de Plena Concorrência preconizado no n.º1 do art.º 58.º do CIRC.

Subsequentemente, a Portaria n.º 1446-C/2001 6, de 21 de Dezembro, veio regulamentar, no ordenamento jurídico nacional, a aplicação dos métodos de determinação dos preços de transferência, quer a operações individualizadas, quer a séries de operações, o tipo, a natureza e o conteúdo da documentação comprovativa, prevista no n.º 6 do art.º 58º do CIRC, assim como os procedimentos aplicáveis aos ajustamentos correlativos.

Este normativo legal, reconhecendo a complexidade técnica das realidades que envolvem a aplicação do Princípio de Plena Concorrência e a validação do respectivo cumprimento, refere no seu Preâmbulo que "(...) nos casos de maior complexidade técnica, é aconselhável a consulta dos relatórios da OCDE que desenvolvem esta matéria, e cuja adopção pelos países membros é objecto de recomendações aprovadas pelo Conselho desta organização internacional."

As orientações emanadas pela OCDE constituem uma fonte de primordial importância na interpretação da temática de preços de transferência, nomeadamente, na aplicabilidade do princípio de plena concorrência. A este respeito, Stephen Callahan refere "A OCDE através do Comité para os Assuntos Fiscais, tem incentivado as Administrações Fiscais e contribuintes a adoptar princípios internacionais comuns de tribulação, com o propósito de estimular o comércio e evitar a dupla tributação internacional."

No mesmo sentido, Helena Evangelista e Sousa refere que "Portugal acolheu amplamente as directrizes da OCDE sobre preços de transferência, não se tendo coibido de referir expressamente essa fonte. De facto, quer em diplomas preambulares, quer na Jurisprudência, deparamo-nos com assumidas menções aos Relatórios e Recomendações da OCDE. (...) No plano jurisprudencial, são várias as decisões judiciais em que é feita menção aos trabalhos da OCDE relativos aos preços de transferência, não só do lado do sujeito passivo como também na própria fundamentação do posicionamento do tribunal e da Administração Tributária."

As remissões efectuadas por este organismo internacional para os financiamentos que, em substância, **podem constituir entradas de capital**, e cujos juros, por isso, não devem concorrer para a formação do lucro tributável, remontam já ao **Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE de 1979**. Posteriormente, e no **Relatório de 1984** [Relatório do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE DE 1984, intitulado "OCDE - Preços de Transferência e Empresas Multinacionais - Três Estudos Fiscais" publicado pelo Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1987], a OCDE refere que [vide § 47 e seguintes... "A tributação das empresas bancárias multinacionais"], na determinação do lucro tributável dos Estabelecimentos Estáveis que consistam em sucursais bancárias, torna-se necessário adoptar o método da 'entidade distinta' que, no que diz respeito às operações de empréstimos da sede à sucursal, se consubstancia na estipulação de uma taxa de juro.

Não obstante esta regra geral, os parágrafos 76 a 83 deste último Relatório, prevêem um tratamento excepcional no que diz respeito aos fundos que se encontram directamente relacionados com uma entrada de capital. Nesta conformidade, e para que se afira a dedutibilidade dos custos suportados com juros referentes a empréstimos obtidos pela sucursal junto da sua sede, resulta necessário apurar o montante de fundos "directamente relacionados com uma entrada de capital" pois os juros respeitantes a estes fundos não deverão ser tidos em consideração para efeitos de apuramento do resultado tributável da sucursal.

O parágrafo 77 deste documento refere ainda que: "Pode, todavia, suceder que os capitais atribuídos a uma sucursal não sejam cobertos por activos por ela detidos como sua propriedade. Se a sede central entrar com capitais ou com outros activos para e sucursal através de um empréstimo, poder-se-á então perguntar se os juros ou qualquer outra retribuição efectuada a título de empréstimo são dedutíveis do lucro da filial. Aqui, a resposta é negativa. (..) Poder-se-á dizer ainda que sucursal não deveria pagar juro, uma vez que esses capitais são assimiláveis aos que conferem aos accionistas do banco o direito a uma parte dos lucros." Subsequentemente, e no ponto 83 do Relatório de

1984, é referido que "Afigura-se, todavia, haver consenso geral no sentido de que, quando se considera que uma fracção dos fundos de maneio da sucursal de um banco provém de fundos próprios, não sendo por consequência, autorizada qualquer dedução a título dos juros, a parte que esses juros representam em relação ao activo total é relativamente reduzida e da mesma ordem de grandeza, sensivelmente, que a proporção relativa ao conjunto do grupo bancário (...)".

Mais recentemente, o Relatório do Centro de Assuntos Fiscais da OCDE publicado em 1995 (adiante designado por Relatório de 1995), refere no seu ponto 2.4 que "(...) As relações comerciais e financeiras podem repercutir-se não apenas sobre uma operação controlada, em relação à qual se coloca um problema de preço de transferência, mas também sobre os elementos essenciais da empresa, designadamente a proporção e o montante de endividamento e de capital próprio de que a empresa está dotada para exercer a sua actividade.(...)".

Relembre-se que no próprio Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património, a OCDE vem tecer mais considerações sobre esta questão, potenciando aos Estados contratantes de uma Convenção replicada deste Modelo o enquadramento legal para a aplicação do Princípio de Plena Concorrência às operações vinculadas entre entidades relacionadas a operar em Estados distintos.

De acordo com a alínea b) do parágrafo 3 dos Comentários ao artigo 9.º da CMOCDE, este artigo "permite não só determinar se a taxa de juros prevista num contrato de mútuo é uma taxa de plena concorrência, mas ainda se um empréstimo «prima facie» pode ser considerado como tal ou se deve ser considerado como qualquer outra espécie de remuneração, designadamente, como uma participação no capital social". Daqui resulta que, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE considera que o artigo 9.º é relevante para solucionar problemas relativos à afectação de capital pela Sede às Sucursais.

Reiterando o reconhecimento da pertinência desta questão, a OCDE desenvolveu em momento posterior, estudos vários subordinados à temática da imputação de lucros a estabelecimentos estáveis, ... **[que]**

culminaram alguns anos após a primeira publicação, e em **Julho de 2008, com a edição do Report On The Attribution Of Profits To Permanent Establishments**, emitido pelo Centre For Tax Policy And Administration." Este relatório veio, entre outros aspectos, consolidar alguns conceitos já dispersos pelos antecessores relatórios da OCDE, e teve por objectivo formular uma metodologia que tivesse em consideração os novos desenvolvimentos ao nível do tipo de negócios adoptados pelos operadores económicos. De entre todos os aspectos relevantes na problemática da imputação de lucros a estabelecimentos estáveis, assume particular ênfase o que se refere à **dotação de capital efectuada aos estabelecimentos estáveis, enquanto forma de financiamento que não concede o direito à dedução dos juros inerentes, sendo pela primeira vez utilizada a designação de free capital para a identificar.**

Neste sentido, o Report On The Attribution Of Profits To Permanent Establishments veio enunciar o conceito de free capital como o financiamento obtido que não concede o direito à dedução dos juros inerentes, identificando em paralelo, várias metodologias exemplificativas para a sua determinação.

A abordagem da OCDE não estabelece regras sobre o normativo interno, limitando-se a determinar um limite quanto ao montante que pode ser tributado no país da localização de um estabelecimento estável [**As conclusões deste Relatório provocaram uma necessidade de reajustar o artigo 7.º da CMOCDE**, pelo facto da última actualização a este artigo ter sido efectuada em 1994 (data anterior à publicação do relatório de 1995 sobre Preços de Transferência), pelo que foi necessário adaptá-lo ao Princípio de Plena Concorrência (...)]. Segundo este documento, os resultados a atribuir ao estabelecimento estável deverão ser aqueles que o estabelecimento estável alcançaria, caso se tratasse de uma entidade jurídica distinta e separada, respeitando o Princípio de Plena Concorrência, realizando as mesmas funções ou similares em condições similares e actuando com total independência.

(...). Mas, os princípios de Preços de Transferência a

aplicar a estas operações devem ser os mesmos que são aplicados a entidades distintas, pelo que o estabelecimento estável deve ter capital suficiente para suportar as funções que desempenha, os activos que utiliza e os riscos que assume.

A **análise das funções** efectivamente desempenhadas irá permitir a atribuição do "free capital" para efeitos fiscais, de forma a assegurar que os resultados gerados pelo estabelecimento estável estão de acordo com o Princípio de Plena Concorrência. **O princípio subjacente a este raciocínio é que o**

estabelecimento estável deverá ter capital suficiente para suportar as funções que desempenha, os activos que utiliza e os riscos que assume.

A abordagem autorizada pela OCDE [A0A - "Authorized OECD Approach"] reconhece um conjunto de métodos de determinação do "free capital" capazes de conduzir a um resultado de plena concorrência. (...)

Também a doutrina emitida pela Direcção Geral dos Impostos decorrentes das abordagens a esta problemática, identificam a existência de circunstâncias nas quais os encargos financeiros decorrentes de financiamentos efectuados a uma sucursal pela sua sede, não são dedutíveis para efeitos da determinação do lucro tributável da sucursal, atentando à impreterível subordinação daqueles encargos ao Princípio de Plena Concorrência.

(...) atente-se, também, à informação n.º ...06, com despacho concordante do Senhor Subdirector-Geral, de 2007/01/19, onde foi transcrito o entendimento constante da informação n.º ...04, ...2 a saber: "Dada a natureza específica da **actividade bancária** (como é o caso da sede central da entidade em causa), constituindo a concessão e obtenção de crédito a sua actividade normal, deverão os juros pagos à casa-mãe ser aceites como custo fiscalmente dedutível, ainda que os fundos não fossem obtidos junto de entidades terceiras. No entanto, para que o custo seja efectivamente aceite, terá que ser demonstrado que o empréstimo se destina a ocorrer ao financiamento normal da exploração e não a dotar a sucursal de capital base, caso em que tudo se assemelharia às entradas feitas pelos sócios às empresas que não são remuneradas."

Adicionalmente, a informação n.º ...06, já referida, conclui que "Os juros pagos pela sucursal à casa-mãe só são aceites como custo, se for demonstrado que o empréstimo se destina ao financiamento normal da exploração e não a dotar a sucursal de capital base sem prejuízo da aplicabilidade das regras constantes no n.º 9 do artigo 58.º do CIRC."

(...)

Determinação do nível de capitais próprios de plena concorrência

A determinação do nível de capitais próprios de plena concorrência, envolve a avaliação da estrutura de capitais que entidades independentes, ou a mesma entidade, adoptariam em circunstâncias normais de mercado, ou seja, caso as entidades reguladoras da actividade em que operam determinassem a afectação de um nível de capitais próprios condicentes com os níveis de activos detidos e os riscos assumidos por cada um dos operadores.

(...)

As dotações de capital próprio assim determinadas, correspondem ao nível do free capital que, nos termos estatuídos nos normativos nacionais e internacionais que determinam a subordinação das operações financeiras vinculadas ao Princípio de Plena

Concorrência, não devem onerar a esfera patrimonial do respectivo detentor, com encargos financeiros sob a forma de juros.

Tendo presente o referido no ponto 83 do Relatório de 1984, o qual refere que o capital a alocar à Sucursal deverá ter em consideração a proporção que os seus activos representam no total dos activos detidos pelo Banco, procedeu-se ao cálculo do montante de fundos, que foram colocados à disposição da sucursal a título de empréstimos remunerados, mas que, atendendo à proporção que os fundos próprios da entidade globalmente considerada representam no activo total dessa entidade, devem ser considerados como fundos próprios da sucursal, e como tal, os juros associados nos mesmos não deverão ser tidos como dedutíveis para efeitos de apuramento dos resultados da sucursal.

(...)

No caso em apreciação, e de forma a aferir a existência de free capital na sucursal em Portugal do Banco 1..., e

a adequação deste face ao Princípio de Plena Concorrência, procedeu-se, numa primeira fase, à avaliação da composição das rubricas de capital próprio do seu Balanço a 31.12.2006, constante da Declaração de Informação Empresarial Simplificada (IES). Constatou-se que o Capital Próprio da Sucursal ascendia a Eur. 4.327.382.19. dos quais Eur. 3.770.335,27 correspondiam a Outras Reservas e Resultados, e Eur. 557.046.92 ao resultado líquido do exercício. **O total dos Capitais Próprios representava cerca de 0,314% do total do Activo da sucursal, o qual ascendia a Eur. 1.376.979.890.43.**

[Imagem]

Da comparação do peso dos fundos próprios no total do Activo da Sucursal com igual rácio apurado pela Sede, e atendendo à desproporção evidenciada, concluimos que o nível de capitais da Sucursal em Portugal do Banco 1..., não se encontra em conformidade com o Princípio de Plena Concorrência previsto no número 1 do art.º 58.º do CIRC.

Procedemos, seguidamente, à análise das condições que seriam praticadas caso esta operação tivesse sido realizada em cumprimento do normativo legal citado no parágrafo anterior, in fine.

[Imagem]

Em face do exposto, estando cumpridos os requisitos de fundamentação previstos no n.º 3 do artigo 77.º da Lei Geral Tributária, na medida em que:

• Em conformidade com o disposto no n.º 9 do art.º 58.º do CFRC, as operações realizadas entre entidade não residente e um seu estabelecimento estável situado em território português, ou um outro estabelecimento estável desta última, estão subordinados ao Princípio de Plena Concorrência;

• **O sujeito passivo não considerou o ante citado Princípio no que concerne à determinação do nível free capital, o qual, no âmbito da legislação nacional e das orientações internacionais, não deverá gerar, na esfera patrimonial do sujeito passivo, quaisquer encargos financeiros;**

• Da aplicação do Método do Preço Comparável de Mercado resulta um deficit do nível de free capital da sucursal que ascende a Eur. 1.108.441,37;

Será de acrescer ao lucro tributável declarado pelo

Sujeito Passivo, em cumprimento do Princípio de Plena Concorrência, preconizado no nº 1 do artigo 58º do CIRC, o montante de Eur. 1.108.441,37.

(...)

IX - DIREITO DE AUDIÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO

(...) O sujeito passivo exerceu o direito de audição na forma escrita, em 2009-04-08, tendo-se procedido à análise da exposição e dos elementos apresentados, que se passa a descrever:

IX. Preços de Transferência (Art. 58º do CIRC)

A contestação apresentada pelo Contribuinte tão-somente se circunscreve a matéria de direito, não tendo sido carreado qualquer elemento relevante no sentido de refutar a metodologia utilizada pela Administração Tributária, nem as premissas utilizadas na construção da mesma, muito menos o respectivo quantum.

(...)” (Cfr. RIT a fls. 120 e seguintes do PA apenso, que se dá aqui por integralmente reproduzido);

J) A Impugnante foi notificada do RIT antecedente através do ofício nº ...23, de 21.04.2009, remetido por correio registado com A/R, assinado em 24.04.2009 (cfr. fls. 118 a 120 do PA apenso);

K) Na sequência da acção inspectiva foi emitida em nome da Impugnante, relativamente ao exercício de 2006, a liquidação adicional de **IRC** nº ...70, de 17.06.2009, no valor de € 49.876,57 (incluindo juros compensatórios), nos seguintes termos:

[Imagem]

(Cfr. Doc. 1 junto com a p.i.);

L) Foi igualmente emitida a liquidação de Juros compensatórios, no total de € 78.749,76, bem como a Demonstração de Acerto de Contas, com saldo a pagar de € 288.632,73, com data limite de pagamento a 29.07.2009 (cfr. Doc. 1 junto com a p.i.);

M) A petição inicial da presente acção foi remetida a este Tribunal por correio registado, expedido a 27.10.2009 (cfr. fls. 107 dos autos).

Inexistem factos não provados com interesse para a decisão da causa.

*

MOTIVAÇÃO:

Quanto aos factos provados, a convicção do Tribunal fundou-se na análise crítica da prova documental constante dos autos e do PA apenso, conforme especificado em cada uma das alíneas supra.»

2.2. De direito

A questão controvertida que se coloca nos autos é a «de aferir da legalidade da correção efetuada pela AT ao lucro tributável da Recorrida, referente ao exercício de 2006, em que se procedeu ao acréscimo do montante de € 1.108.441,37 (correspondente a parte de juros pagos, mas não fiscalmente dedutíveis) face ao entendimento de que havia sido violado o princípio da Plena Concorrência quanto à afetação de “free capital” à sucursal» por aplicação do artigo 58.º do CIRC.

A resposta à questão que se coloca exige que previamente sejam feitas algumas precisões.

Em primeiro lugar importa precisar que a correção questionada nos autos foi feita ao lucro obtido pelo Banco 1... em Portugal por intermédio da sucursal que aqui tem. Isto é, o lucro obtido por um sujeito passivo não residente [artigo 2.º, n.º 1, alínea c), do CIRC] com estabelecimento estável em Portugal [artigo 5.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do CIRC], correspondente ao lucro imputável a esse estabelecimento estável (sucursal) situado(a) em território português [artigo 3.º, n.º 1, alínea c), do CIRC]. Neste contexto, a atividade do não residente desenvolvida através da sucursal é tratada na esfera dessa sucursal (estabelecimento estável) como se estivessem em causa rendimentos de um residente (artigo 55.º, n.ºs 1 e 2 do CIRC), desde logo no que respeita à determinação o lucro tributável. Estando os rendimentos e ganhos e os custos e perdas sujeitos às mesmas correções, designadamente às que podem ocorrer no âmbito da aplicação dos preços de transferência (artigo 58.º, n.º 9 do CIRC, cuja aplicação veio a ser confirmada e reforçada pela redação que a lei

n.º 2/2014, de 16 de janeiro, atribuiu ao artigo 55.º, n.º 2, do CIRC).

Em segundo lugar e como decorrência do que acabámos de veicular, salientamos que o tipo de rendimento que está aqui em causa, é o dos lucros empresariais. Lucros esses que são obtidos por um não residente em Portugal (residente em França) com um estabelecimento estável em Portugal (país da fonte), pelo que será relevante a convenção celebrada entre Portugal e França, aplicando-se o seu artigo 7.º que se refere a essa especificação do conceito de rendimento. Não é, portanto, a tributação dos juros que está em causa - única que poderia implicar aplicação de várias convenções. No caso concreto a situação é bilateral e envolve, no que se refere à tributação dos lucros obtidos através da sucursal em Portugal, unicamente o nosso país e França, sendo tão-só a convenção entre esses dois países que será de aplicar ao caso concreto, dado que o que está em causa é a tributação dos lucros empresariais obtidos em Portugal.

A esse propósito é relevante fazer uma precisão adicional, no sentido de que as convenções servem, regra geral, para restringir as disposições de direito interno operando em conjunto com essas regras. Exigindo-se, portanto, que haja disposições no direito interno que impliquem, por um lado, a tributação e, por outro, que essa seja mais gravosa do que a que resulta da aplicação da convenção, de modo a justificar-se o efeito negativo (restritivo) desse instrumento. Isto é, se da convenção resultar um limite à tributação que seja superior ao que resulta do direito interno, prevalecerá o regime interno. Na mesma linha, se a convenção permitir ao Estado tributar uma determinada operação, mas essa operação estiver isenta no direito interno, a convenção não atribuirá poderes tributários ao Estado contratante superiores aos que decorrem da sua lei. De igual modo, se houver uma identidade total entre as regras internas no que respeita à eliminação da dupla tributação e as que da convenção resultem, cumpre-se a convenção aplicando essas regras. É precisamente o que se passa no que respeita à tributação dos não residentes com estabelecimento estável em Portugal, havendo atualmente uma identidade quase total entre

os dois regimes. Com efeito, o artigo 5.º do CIRC tem na sua base o artigo 5.º da convenção modelo da OCDE (CMOCDE) que, por regra, é seguido, nas convenções celebradas por Portugal, não sendo a que foi celebrada com a França exceção. No que respeita à determinação dos lucros imputáveis ao Estabelecimento Estável, desde 2014 que há um alinhamento entre o artigo 55.º, n.º 2 do CIRC e o artigo 7.º, n.º 2, na versão que tinha na Convenção celebrada entre Portugal e França. Na verdade, o artigo 55.º, n.º 2 do CIRC, na redação aplicável na altura, não estava perfeitamente harmonizado com o artigo 7.º, n.º 2, da Convenção Portugal/França, na medida em que determinava que «[p]odem ser deduzidos como gastos para a determinação do lucro tributável os encargos gerais de administração que, de acordo com critérios de repartição aceites e dentro de limites tidos como razoáveis pela Direcção-Geral dos Impostos, sejam imputáveis ao estabelecimento estável, devendo esses critérios ser justificados na declaração de rendimentos e uniformemente seguidos nos vários períodos de tributação», pondo, por conseguinte, a tónica nos «critérios de repartição aceites e dentro de limites tidos como razoáveis pela Direcção-Geral dos Impostos», o que implicaria que nesse aspeto prevalecesse a solução que decorria do artigo 7.º, n.º 2, da convenção Portugal / França que prescrevia: «quando uma empresa de um Estado contratante exercer a sua actividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado, serão imputados, em cada Estado contratante, a esse estabelecimento estável os lucros que este obterá como se fosse uma empresa distinta e separada [nos termos do artigo 9.º da Convenção] que exercesse as mesmas actividades ou actividades similares, nas mesmas condições ou em condições similares, e tratasse com absoluta independência com a empresa de que é estabelecimento estável». Na prática, e fazendo já uma aproximação ao caso concreto, a sucursal não deixou de ser tratada como entidade independente no que respeita, concretamente, à determinação dos lucros, em particular no que se refere à determinação do montante dos juros a pagar, tal como resulta do probatório [alínea I)], na medida em que, como é afirmado no Relatório de inspeção, «[e]m

face do ante exposto o sujeito passivo conclui que as operações financeiras que celebra com entidades relacionadas cumprem o Princípio de Plena Concorrência preconizado no n.º 1 do art.º 58.º do CIRC», sem que a Autoridade Tributária o tenha, na verdade, contestado diretamente, no que se refere estritamente ao montante de juros (pois veio apenas a questionar se haveria fundamento para deduzir parte deles). A solução adotada relativamente aos juros não difere, portanto, da que resultaria da aplicação da convenção na versão que se aplicava em 2006.

O problema que se coloca não é, por conseguinte, relativo ao alinhamento dos juros com o preço comparável de mercado que, como salientámos, não é em rigor posto em causa, mas o de saber se, de acordo com esse mesmo artigo 58.º do CIRC, não se deveria, sendo a propósito deste ponto que surge o diferendo, atribuir um *capital livre* superior à Recorrida, que, consequentemente, teria um impacto na redução dos juros a deduzir e, portanto, no lucro tributável.

A questão, todavia, não é a de saber se as dotações de capital livre (*free capital*) permitem o pagamento de juros, pois é absolutamente pacífico que este não gera na esfera de quem dele beneficia quaisquer encargos financeiros. Aliás, o epíteto *livre* tem a justificação nisto mesmo, sendo, portanto, incontestável o que decorre dos vários instrumentos internacionais a esse preciso respeito. O tema da oposição entre *loan vs. equity* (empréstimo vs. capital próprio) é, aliás, uma temática clássica. O problema é outro. Vejamos:

Quando está comprovado que houve uma dotação de *capital livre* é óbvio que não pode haver lugar ao pagamento de juros com relevo para a determinação do lucro. Isto é, esses juros não podem ser considerados como um custo fiscalmente aceite. Ora, no caso *sub judice* não se deu como provado que existisse qualquer capital livre. Tendo sido, aliás, dado como assente que:

«C) No início de 2001, a casa-mãe (Banco 1... - França) solicitou junto do Banco de Portugal, a anulação e repatriamento do capital afecto à ora Impugnante - €

21.982.721,64 -, ao que o Banco de Portugal não se opôs (cfr. Doc. 2 junto com a p.i.);

o que, conjugado com o facto de, por um lado, a Recorrida não ter computado qualquer valor correspondente ao *capital livre*, e por outro, a AT ter chegado até ele através da aplicação do princípio da plena concorrência, reforça a constatação de que não estava provado que este existisse.

A controvérsia reside, por conseguinte repita-se, não na circunstância de que o *capital livre* não poder gerar juros fiscalmente dedutíveis, mas tão-só, na questão de saber se a AT poderia, com base no princípio da plena concorrência e, concretamente, com apoio no artigo 58.º do CIRC, reconstituir o que em circunstâncias normais uma empresa independente deveria ter de capital, para efeitos de correção dos juros que poderiam ser deduzidos no âmbito da sucursal, e, por conseguinte, do lucro que lhe poderia ser imputado.

O artigo 58.º do CIRC tem como epígrafe *Preços de Transferência* e situa-se numa subsecção referente às *Correções para efeitos da determinação da matéria coletável*. Estas duas notas são importantes e merecem algum desenvolvimento, para perceber, não só a teleologia do preceito, como o seu enquadramento sistemático.

Começamos pelos fundamentos e teleologia. Neste contexto é de salientar que a expressão “preço de transferência” traduz-se no preço fixado por um determinado sujeito passivo quando vende ou compra bens, ou partilha recursos com uma pessoa com quem tenha relações especiais. Nessas situações, os preços utilizados podem não corresponder aos preços de mercado, ou seja, aos preços negociados livremente. Ora, esse afastamento do preço que normalmente seria praticado numa transação equivalente pode ter como objetivo a manipulação dos preços com o intuito de transferir rendimentos (sob a forma de lucro, por exemplo) de um sujeito passivo para outro, obtendo vantagens fiscais. Estas situações verificam-se tipicamente no plano internacional quando se tenta, através da manipulação de preços, transferir o lucro

para o país onde a tributação é mais favorável, embora também sejam relevantes no plano interno. A resposta dos países a esta situação é a correção desses preços de transferência, no sentido de evitar que outros países obtenham uma parte do rendimento que foi gerado no seu território. Este ajustamento tem como referência os preços que teriam sido fixados por empresas sem uma relação especial, atuando de forma independente. Este método, designado por *arm's length method* (princípio da plena concorrência), é partilhado pela maioria dos países, embora haja frequentemente dissonâncias quanto à forma como deve ser posto em prática. O mecanismo dos preços de transferência, não obstante ser, em grande medida, identificado como método de combate à transferência artificial de lucros, adquirindo, por conseguinte, as disposições que o incorporam frequentemente a designação de cláusulas específicas antiabuso, tem outras funções. Concretamente, a redução do risco da dupla tributação económica e contribuir para um equilíbrio na repartição dos lucros a tributar nos vários países onde atuam as multinacionais. Importa, portanto, ter presente que ainda que as entidades com relações especiais não tenham qualquer intenção abusiva, podem, ainda assim, ver ser-lhes aplicados os preços de transferência. O ponto 1.2. dos princípios da OCDE aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais, na versão à data relevante, (“OCDE - Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais”, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 189, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002, p. 35) é bastante elucidativo a esse respeito nos excertos que de seguida se transcrevem. “As Administrações Fiscais não devem presumir, sistematicamente, que as empresas associadas tentam manipular os respectivos lucros. (...) Com efeito, um ajustamento fiscal, a título do princípio da plena concorrência, não afeta as obrigações contratuais que vinculam as empresas associadas a todos os níveis, com a exceção do fiscal, podendo revelar-se necessário, mesmo que não haja a intenção de reduzir ou de iludir o imposto. Não se deve confundir a análise de um preço de transferência com as análises que

incidem sobre casos de fraude ou de evasão fiscal, ainda que as medidas de ação adotadas em matéria de preços de transferência prossigam tais objetivos.” Tudo que se referiu é suscetível de ser aplicado à relação das sucursais (estabelecimentos estáveis) com a sociedade que os detêm pela equiparação que é feita entre aqueles (quer pela legislação nacional quer pela o artigo 7.º, n.º 2 da Convenção de que cuidamos Portugal / França) e sociedades independentes.

Decorre do exposto que as regras sobre preços de transferência não se aplicam unicamente a situações de abuso, ocorrendo muitas vezes que os preços a corrigir são reais, até pelas sinergias que se criam entre sociedade relacionadas. Na verdade, o pagamento dos juros por parte de uma sucursal à sociedade que a detêm, em rigor, em termos económicos, nem sequer existe, contudo, mesmo assim, sem que se verifique qualquer abuso, impõe-se a sua correção, para manutenção do equilíbrio fiscal entre os vários sistemas fiscais. Foi isso precisamente que aconteceu quando a Recorrida calculou os juros a pagar pela Sucursal portuguesa.

No que concerne à integração sistemática do artigo 58.º do CIRC, tal como dissemos, esta reporta-se às *Correções para efeitos da determinação da matéria coletável* que tem na sua base o resultado líquido do período (artigo 17.º do CIRC) e, conseqüentemente, os rendimentos e ganhos (artigo 20.º do CIRC), os gastos e perdas (artigo 23.º do CIRC) e as variações patrimoniais positivas e negativas (artigos 21.º e 24.º do CIRC). Significando isto que o que normalmente é corrigido no âmbito dos preços de transferências são os preços relativos às operações que implicam ganhos ou gastos e variações positivas e negativas, devendo necessariamente existir uma operação subjacente à correção, tal como decorre da redação (à época) do artigo 58.º, n.º 1, do CIRC:

«1 - Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a **IRC**,

com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades».

Ora, a única operação que existiu com relevo para o n.º 1, do artigo 58.º, do CIRC, foi o pagamento de juros, sendo apenas esta que poderia estar sujeita a correções pelos preços de transferência.

Mesmo num cenário hipotético em que tivesse havido uma dotação de *capital livre*, esta, ao não ser relevante para a determinação da matéria coletável, ficaria de fora do âmbito do artigo, pois não tem relevância no âmbito de qualquer um dos elementos que estão na base da determinação da matéria tributável. Por outras palavras, só poderão em princípio ser corrigidos com base no artigo 58.º do CIRC, ganhos, gastos, ou variações patrimoniais previstas, pelo que, não tendo o capital livre repercussão no âmbito de qualquer um desses elementos, não poderia ser corrigido por aplicação daquela disposição.

A Recorrente implicitamente demonstrou ter consciência das limitações inerentes ao uso do artigo 58.º do CIRC, na medida em que se socorreu da CMOCD, do seu comentário e das *Guidelines* da OCDE para estender o seu âmbito de aplicação para além do que a suas dimensões literal, teleológica, histórica e sistemática permitiriam. Esses instrumentos internacionais, todavia, não obstante ser verdade (tal como salientou a Recorrente) que têm vindo crescentemente a reconhecer relevância ao facto de a diferença de tratamento fiscal entre o crédito e o capital, poder, não só potenciar situações de aproveitamento fiscal, mas igualmente comprometer a e exigida necessária equiparação entre estabelecimentos estáveis e a entidades entidade independentes para efeitos de determinação do lucro - sobretudo num contexto em que, por regra, não existe, nos vários sistemas, uma obrigação de capital mínimo / fundos próprios suficientes para o desenvolvimento da atividade - não

podem ser aplicadas diretamente e sem mais ao caso concreto.

Estamos, com efeito, em presença, sem prejuízo da sua valia para efeitos de orientação da atuação dos Estados no que respeita ao delinear da sua política fiscal e direito positivo, de um verdadeiro *soft law*, que não pode substituir-se ao direito positivo, sobrepondo-se a ele ou, como parece ser o que decorre do que sustenta a Recorrente, antecipar-se à criação de normas que eventualmente viessem a plasmar as soluções que deles decorrem. Especialmente quando têm particulares repercussões na determinação de uma componente do lucro que, como se sabe, corresponde à dimensão objetiva do facto tributário com todas as implicações que a nível da sua harmonização com o princípio da legalidade se colocam. Em síntese, esses instrumentos e as soluções que deles decorrem, só podem ter impacto nas situações concretas se forem implementados através de normas de direito positivo, sendo somente num cenário de proximidade entre o direito positivo e as soluções propugnadas que estes instrumentos podem ganhar relevo enquanto recurso interpretativo. É, portanto, irrelevante a questão, referida pela Recorrente, da não sujeição do *soft law* ao princípio da não retroatividade, dado esse «direito» não ser suscetível de aplicação direta ao caso concreto.

Confrontando o que acabámos de enunciar num plano mais genérico com a especificidade dos factos do caso *sub judice*, constatamos, por um lado, que o artigo 58.º do CIRC, na versão aplicável à data, é uma norma clássica de preços de transferência com um escopo de aplicação circunscrito e perfeitamente delimitado que não cuida de situações como a que está subjacente à atuação da AT, no âmbito da qual considera que o sujeito passivo, apesar de ter assentado a sua operação num crédito e no conseqüente pagamento de juros, em boa verdade estar-se-ia a desviar do que seria o normal em termos de detenção de capital livre, condicionando, assim, aquela que seria a determinação de lucros em termos normais. Não há qualquer norma no direito português ou da convenção Portugal / França da versão aplicável na altura que, no quadro dos preços de transferência, ou subcapitalização, tenha em vista essa

situação particular. Sendo certo que o artigo 58.º do CIRC não a cobre decididamente, pois tem em vista a correção de operações realizadas e não a requalificação de operações para depois as corrigir. Essa operação de requalificação teria de ser feita previamente, eventualmente com recurso a uma norma específica antiabuso que tivesse em vista essa situação, ou quiçá, caso os requisitos e os procedimentos fossem respeitados, lançar mão da simulação (artigo 39.º da LGT) ou cláusula geral antiabuso (artigo 63.º do CPPT e artigo 38.º, n.º 2, da LGT), o que claramente não ocorreu. Ora, não tendo sido iniciado o único procedimento que permitisse uma requalificação da operação financeira praticada em termos fiscais, não há margem para o fazer aplicando o artigo 58.º do CIRC a uma operação que com ele não quadra, ainda que invocando políticas fiscais nesse sentido, decorrentes de instrumentos internacionais. Em substância foi, todavia, o que levou a cabo a AT ao desconsiderar parte do crédito concedido, requalificando parte dele como dotação de *capital livre*. Partiu, portanto, do que, de acordo com o princípio da plena concorrência, seria normal existir como capital livre com base nas regras subjacentes aos preços de transferência, para (de acordo com essas mesmas regras) chegar a um valor médio, justificando depois a bondade da correção, por um lado com a aplicação do artigo 58.º do CIRC e, por outro, com uma série de instrumentos internacionais, comentários e relatórios.

Aqui sim, na medida em que o artigo 58.º do CIRC, como demonstrámos anteriormente, está perfeitamente alinhado com os instrumentos previstos nos Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais, faz sentido recorrer aos instrumentos internacionais que a elas se referem inequivocamente (caso em tudo diferente das situações em que ainda não há reflexo no direito positivo). Justificando-se, portanto, o destacar de um excerto do ponto 1.36., que é suficientemente expressivo para dispensar qualquer comentário: «a verificação pela Administração Fiscal de uma operação vinculada deve basear-se na operação efetivamente ocorrida entre as partes e no modo como foi estruturada pelas partes (...)

Salvo em casos excepcionais, a Administração Fiscal não deve abstrair das operações efetivas, nem as substituir por outras operações. A reestruturação de operações comerciais legítimas relevaria de um procedimento totalmente arbitrário...» Entendimento que ainda hoje persiste, mesmo num contexto em que a consideração de um volume mínimo de fundos próprios começa a fazer caminho. Cfr. §1.141 de OCDE - Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais, versão de 2022. [OCDE - Princípios aplicáveis em matéria de preços de transferência destinados às empresas multinacionais e às Administrações Fiscais” (versão de 1995), Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 189, Ministério das Finanças, Lisboa, 2002, pp. 51 e 52]. Os casos excepcionais em que é possível não atender à estrutura adotada pelo contribuinte referem-se precisamente às situações em que há uma discordância entre a forma da operação e a sua substância e económica, e aos casos em que estrutura adotada impede a Administração Fiscal de determinar um preço adequado. Isto acontecerá quando, subentende-se, a estrutura originária teve na sua base razões eminentemente fiscais, independentemente de existirem outras. Concluimos, portanto, a este propósito que o artigo 58.º do CIRC, por ele mesmo, ou em conjugação com os instrumentos de direito internacional fiscal, não permitiria assegurar o que a AT pretende. Razão pelo que perde relevância aferir se o método utilizado, concretamente o preço comparável de mercado, ou outro qualquer, seria ou não o adequado.

Impõe-se, ainda, colocar uma especial atenção na Convenção Portugal / França, e de um modo geral na Convenção Modelo da OCDE, suas evoluções e comentários, até pela ênfase que lhe é dada quer pela Recorrente quer na sentença recorrida, para determinar se por via da sua aplicação poderia ser sustentada a posição da Recorrente.

Como de forma completa e elucidativa foi apontado na sentença recorrida, a partir do Relatório sobre a Atribuição de Lucros aos Estabelecimentos Estáveis (“Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments”), versão de 17 de Julho de 2008, não

obstante o afloramento em relatórios anteriores [designadamente no Relatório sobre a Atribuição de Lucros aos Estabelecimentos Estáveis (“Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments”), versão de 1994] veio instalar-se um novo paradigma, quanto à imputação de lucros aos estabelecimentos estáveis, sendo afirmado o entendimento no sentido de afetar “free capital” a uma sucursal, para efeitos fiscais, por forma a garantir a plena concorrência. Este relatório, contudo, não é mais do que uma recomendação (tendo sido aliás aprovado sob essa forma pelo Comité de Assuntos Fiscais e pelo Conselho da OCDE), não tendo, por conseguinte, carácter vinculativo e jamais podendo ser aplicado diretamente. Relevância diferente têm os comentários à Convenção Modelo da OCDE em 2008 e em 2010, que resultam da implementação desse relatório. Sobretudo em convenções celebradas a partir dessa data e que sigam a redação que a CMOCDE adquiriu a partir daí. No que respeita à redação que assumiu o artigo 7.º, n.º 2, da CMOCDE, salienta-se que, diferentemente do que acontecia na versão anterior, passou a fazer alusão aos *ativos utilizados e os riscos assumidos pela empresa através do estabelecimento estável*, o que em devida articulação com os novos comentários, parece apontar para a necessidade de afetar um montante de *capital livre ao estabelecimento estável*. Acontece, porém, que esta nova redação não era a da convenção que em 2006 regulava a situação, havendo uma diferença não negligenciável não só no que respeita à sua letra, mas sobretudo no que concerne ao seu contexto de aplicação, devidamente refletido no comentário, tal como foi demonstrado, com especial detalhe na sentença recorrida, e para onde remetemos. Daí se infere, por um lado que, tendo como objeto um preceito alterado, o comentário não pode implicar uma leitura atualista do preceito, pois o que está em causa não é estender o seu âmbito de aplicação a situações novas que estão dentro do seu espírito, mas de o reportar a situações que antes, declaradamente, não estavam incluídas. Já para não falar de, como vimos a propósito da análise do artigo 58.º do CIRC, não existirem na altura da liquidação impugnada instrumentos legais que permitissem efetivar o que decorre do novo

entendimento. Aliás, mesmo que assim não se entendesse, continuaria a não ser líquida a possibilidade de impor as evoluções que, entretanto, ocorreram a situações datadas e que tiveram como enquadramento uma convenção que foi celebrada com uma determinada letra e contexto específico (que como se viu não era o que acabou por se afirmar). Em primeiro lugar, pelo facto de se reconhecer que, sem prejuízo da valia do comentário, ele não é parte integrante da convenção concreta celebrada pelo Estados, não assumindo, por consequência, carácter vinculativo para os tribunais. Em segundo lugar, por não ser pacífica a conciliação do Comentário com a noção de contexto ou acordo resultante da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, especialmente se a versão do comentário que estiver em causa for subsequente à da celebração do tratado.

Concluimos, por conseguinte, que a posição da Recorrente também não poderia ser sustentada através a aplicação da CMOCDE e respetivos comentários nos termos em que propugna. Remetemos, a este respeito, pela forma como condensa a resposta a esta questão, o seguinte excerto da fundamentação do tribunal *a quo*:

«Independentemente da falta de pressupostos para a sua concretização (que, de forma clarividente, se reconhece), acresce, em todo o caso, e do que fica exposto supra, que esta nova interpretação que inclui a afectação de free capital aos EPs, apenas começou a ser integrada na versão dos Comentários à CMOCDE de 2008, pelo que a mesma só poderá aplicar-se no âmbito de CDTs que a estabeleçam expressamente no seu Artigo 7º (portanto, celebradas ou protocoladas a partir de 2008), ou mesmo defendendo uma “interpretação dinâmica” das CDTs, nunca poderia ser considerada a nova interpretação em exercícios anteriores a 2008 (sendo que, no caso sub judice, está em causa o exercício de 2006)».

Por tudo o que foi exposto, consideramos, em sintonia com a sentença recorrida, que é ilegal a correção efetuada pela AT ao lucro tributável da Recorrida, referente ao exercício de 2006, ao abrigo do artigo 58.º

do CIRC, sendo, por conseguinte, de manter o que foi decidido pelo tribunal *a quo*.

3. Decisão

Nos termos e com os fundamentos expostos, acordam em conferência os juízes da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo em negar provimento ao recurso, confirmar a sentença recorrida e anular o ato de liquidação impugnado e juros compensatórios.

Custas pela Recorrente.

Lisboa, 6 de maio de 2026. - João Sérgio Feio Antunes Ribeiro (relator) - Nuno Filipe Morgado Teixeira Bastos - Catarina Almeida e Sousa.