A CHEGADA AO ACÓRDÃO BRISAL E O REGRESSO À LEGISLAÇÃO NACIONAL

BRISAL DECISION: THERE AND BACK AGAIN

JOAQUIM PEDRO LAMPREIA[1]
RITA PEREIRA DE ABREU[2]

RESUMO

Em 2016, o Tribunal de Justiça da União Europeia proferiu uma decisão com grande impacto nos mecanismos de retenção na fonte sobre juros, no âmbito do processo n.º C-18/15 ("Caso Brisal"), considerando que os Estados-membros estão impedidos de impor retenção na fonte sobre juros pagos a instituições financeiras residentes noutros Estados-membros, exceto se for permitida a dedução dos custos, específicos e gerais, incorridos por estas.

O caminho até à referida decisão conheceu vários obstáculos, pois o mesmo Tribunal de Justiça decidiu, durante a impugnação, pela improcedência de uma outra ação intentada pela Comissão Europeia contra o Estado Português sobre a mesma questão. Neste artigo, analisamos como foi alterada a estratégia processual e argumentativa para enfrentar a improcedência da ação da Comissão, as conclusões que daí é possível retirar, bem como os efeitos do Acórdão no processo de impugnação onde foi proferido e as consequências (ou falta delas) na legislação nacional.

Palavras-chave: Brisal; liberdade de prestação de serviços; juros; retenção na fonte; despesas profissionais; despesas gerais.

ABSTRACT

In 2016, the European Court of Justice issued a decision with great impact on the withholding tax mechanisms on interest, the Brisal Case (C-18/15), deciding that Member-States are not allowed to impose withholding taxes on interest paid to non-resident financial institutions without giving them the opportunity to deduct specific or general business expenses directly related to their activity.

[1] Advogado, Vieira de Almeida & Associados. O autor pode ser contactado em: jpl@vda.pt
[2] Advogada, Vieira de Almeida & Associados. A autora pode ser contactada em: rma@vda.pt

The path towards this decision was beset by many obstacles, given that this same Court issued another decision, during the national proceedings, dismissing the action presented by the European Commission against the Portuguese State on this same very issue.
This article will address the changes on the procedural and argumentation strategy that were enacted to cope with the such dismissal, the take-aways of such changes, as well as the effects of the Brisal Decision on the Portuguese process and the consequences (or lack thereof) in the national law.

Keywords: Brisal; freedom to provide services; interest; withholding tax; professional expenses; overheads.

ÍNDICE

1. OS FACTOS DO CASO……..…3
2. O CAMINHO TRILHADO ATÉ AO TJUE: O PERCURSO PROCESSUAL E O CASO PARALELO DA COMISSÃO C. PORTUGAL……..……4
3. O REERGUER DE UM CASO QUE PARECIA PERDIDO……..……7
4. OBTER O REENVIO: UM CASO DENTRO DO PRÓPRIO CASO……...……..11
5. A DECISÃO DO TJUE……...…13
6. A APLICAÇÃO DA DECISÃO DO TJUE PELO TRIBUNAL NACIONAL……19

1. OS FACTOS DO CASO

Os factos subjacentes ao "Caso Brisal" são simples. A Brisal – Auto Estradas do Litoral, S.A. (doravante "Brisal"), sociedade de direito português, celebrou, em 2004, um contrato de financiamento com vista a garantir o desenvolvimento de todas as atividades que integravam um contrato de concessão anteriormente celebrado com o Estado português. O referido contrato foi celebrado inicialmente com um sindicato de bancos residentes e não residentes e, em 2005, foi decidido alargar o sindicato bancário a outras entidades financeiras, entre as quais o KBC Finance Ireland, uma instituição bancária com sede na Irlanda (doravante "Banco").

No âmbito do referido contrato, a Brisal pagou juros ao Banco entre setembro de 2005 e setembro de 2007. Nos termos do Código do IRC e do disposto no n.º 2 do artigo 11.º da Convenção entre a República Portuguesa e a Irlanda para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento (doravante "CDT Portugal-Irlanda"), a Brisal efetuou retenções na fonte de imposto, a título definitivo, à taxa de 15%, sobre o montante bruto dos juros pagos e entregou o respetivo imposto ao Estado português.

Com efeito, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 80.º[3], conjugado com a alínea b) do n.º 3 do artigo 88.º[4], ambos do Código do IRC, os juros auferidos por instituições financeiras não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal estavam sujeitos a IRC à taxa de 20% (taxa esta que, por força da aplicação da CDT Portugal-Irlanda, estava limitada a 15%), aplicado por retenção na fonte a título definitivo sobre o seu montante bruto. Tal significava que as instituições financeiras não residentes não tinham a possibilidade de deduzir, em Portugal, os custos por si incorridos para a obtenção dos rendimentos sujeitos a tributação em Portugal, por forma a serem tributadas pelo rendimento líquido.

Pelo contrário, os juros auferidos por instituições financeiras residentes, sendo integrados no seu rendimento tributável global (e, dessa forma, beneficiando da possibilidade de dedução das despesas inerentes à sua atividade, nos termos gerais), estavam sujeitos a tributação em IRC, pelo seu montante líquido, à taxa geral de 25%, prevista no n.º 1 do artigo 80.º do Código

[3] Na redação introduzida pela Lei n.º 109-B/2001, de 27 de dezembro, que vigorou até 31.12.2005, e na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 192/2005, de 7 de novembro, que vigorou até ao final o período em causa neste processo (setembro de 2007).
[4] Na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 80/2003, de 23 de abril.

do IRC[5], estando também dispensados de retenção na fonte, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 90.º do Código do IRC[6].

Uma vez que o contrato de financiamento celebrado entre a Brisal e o Banco incluía uma cláusula de *gross-up* (nos termos da qual ficou contratualmente estabelecido que o valor dos juros a receber pelo Banco deveria ser aumentado no exato montante retido na fonte, por forma a que este recebesse o valor acordado dos juros como se tal retenção não tivesse ocorrido), quem suportou economicamente o encargo dos montantes retidos na fonte foi a Brisal. Desta forma, a única entidade interessada na redução, dispensa ou reembolso dos montantes retidos era a Brisal, apesar de, juridicamente, tais montantes retidos pertencerem ao Banco.

Considerou a Brisal que se verificava uma dupla diferença no modo de tributação dos rendimentos (juros) quando recebidos por instituições financeiras residentes e não residentes: a tributação por retenção na fonte apenas no caso das instituições financeiras não residentes e, sobretudo, a possibilidade de dedução das despesas incorridas na atividade, que era conferida pelo Código do IRC exclusivamente às instituições financeiras residentes.

2. O CAMINHO TRILHADO ATÉ AO TJUE: O PERCURSO PROCESSUAL E O CASO PARALELO DA COMISSÃO C. PORTUGAL

Por considerar que o quadro legal acima descrito se traduzia num manifesto e injustificado tratamento discriminatório no que tange ao exercício da atividade de concessão de crédito por parte de instituições financeiras não residentes em Portugal, quando comparado com as regras fiscais associadas ao exercício de idêntica atividade por instituições financeiras residentes neste território, a Brisal e o Banco (doravante conjuntamente "Impugnantes") apresentaram reclamação graciosa dos atos de retenção na fonte junto do Serviço de Finanças competente.

Nesta reclamação, os Impugnantes peticionaram a anulação daqueles atos e respetivo reembolso do imposto retido e entregue ao Estado português, com fundamento na desconformidade daquele quadro legal com a liberdade de prestação de serviços, prevista no artigo 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante "TFUE").

[5] Na redação introduzida pela Lei n.º 107-B/2003, de 31 de dezembro.
[6] Na redação original em vigor até 31.12.2006 e na redação introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro.

No seguimento do indeferimento da reclamação graciosa apresentada, os Impugnantes apresentaram, em abril de 2008, impugnação judicial junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (doravante "TAF de Sintra").

Ora, pouco antes de aquela impugnação dar entrada no TAF de Sintra, chegava ao TJUE uma ação por incumprimento contra o Estado Português[7] tendo por base, precisamente, a alegação da desconformidade daquele quadro legal com o TFUE.

Esta ação surge na sequência de, em 2005, a Comissão Europeia (doravante "Comissão") ter notificado Portugal para alterar o quadro legal referente aos pagamentos de juros *outbound*, com fundamento na discriminação entre prestadores de serviços residentes e não residentes. Argumentou a Comissão que a incidência de tributação sobre o montante bruto de juros pagos a instituições financeiras não residentes implicava uma carga fiscal superior à que resultava da incidência de tributação sobre o montante líquido de juros pagos a instituições financeiras residentes, o que se traduzia numa discriminação incompatível com o Direito da UE. Assim, tendo a legislação interna portuguesa permanecido inalterada e entendendo a Comissão que Portugal não respondeu satisfatoriamente ao pedido formulado, esta avançou com a referida ação contra o Estado Português.

O caso, no entanto, não correu bem para a Comissão. Com efeito, o TJUE decidiu, por acórdão de 17 de junho de 2010, pela improcedência da ação, considerando que, para aferir se as normas em análise do Código do IRC conduzem a uma tributação mais gravosa das instituições de crédito não residentes, era essencial atender a uma margem de lucro efetivamente obtida pelas instituições financeiras em causa, não bastando considerar margens de lucro meramente teóricas, baseadas em cálculos efetuados atendendo às taxas de retenção na fonte (aplicáveis às instituições não residentes) *versus* a taxa geral de IRC (aplicável às instituições residentes).

Note-se que a Comissão havia defendido que "[a]*o prever a retenção na fonte a uma taxa compreendida entre 10% e 20%, aplicável ao montante ilíquido dos juros obtidos em Portugal, a regulamentação em causa dissuade as instituições de crédito estrangeiras de oferecer os seus serviços em Portugal, a não ser que a sua margem de lucro, nas operações em causa, seja significativamente superior à taxa do imposto retido na fonte*". A este propósito, referiu ainda a Comissão que "(…) *tendo em conta o carácter extremamente concorrencial dos mercados*

[7] Caso C-105/08, *Comissão c. Portugal*.

financeiros internacionais, o contexto decorrente da existência de uma moeda comum na zona euro e os níveis semelhantes das taxas de juro na maioria dos Estados-Membros, é muito pouco provável que uma instituição financeira estrangeira consiga obter uma margem de lucro superior a 10%. Além disso, para restabelecer a igualdade com as instituições financeiras residentes, que estão sujeitas a uma carga fiscal de 25% sobre os seus rendimentos líquidos, seria necessário que as instituições financeiras estrangeiras conseguissem realizar margens de lucro quatro vezes superiores às obtidas pelas instituições financeiras residentes nas suas actividades respectivas realizadas em Portugal".

Assim, defendeu a Comissão, apresentando cálculos hipotéticos, que a aplicação de uma taxa de imposto retido na fonte (calculado sobre os rendimentos ilíquidos) de 10% não permite que a instituição financeira não residente fique com qualquer margem de lucro após cobrança do imposto. Não obstante, a Comissão não logrou demonstrar, com exemplos concretos, que os números em que baseou o seu cálculo tinham eco na realidade económica. Note-se também que a Comissão colocou a tónica na "tributação mais gravosa" que resultava (teoricamente) da retenção na fonte incidente sobre as instituições não residentes.

A este propósito, identificou a Advogada-Geral nesse processo, de forma cristalina, que "[a] *questão de saber se, não obstante a aplicação de taxas de imposto mais baixas, esta circunstância conduz a uma tributação mais gravosa das instituições financeiras com sede noutro Estado-Membro depende da amplitude efectiva da matéria colectável das instituições financeiras residentes, enquanto grupo de comparação. Este valor varia, ao contrário da matéria colectável dos beneficiários de juros não residentes, em função da relação entre as despesas suportadas para a obtenção dos rendimentos e os rendimentos ilíquidos. O incumprimento só estaria demonstrado se a base tributável dos residentes fosse de tal forma reduzida mediante a dedução das despesas suportadas que o imposto a pagar, não obstante a taxa do imposto ser mais elevada, fosse inferior à retenção na fonte efectuada sobre o montante ilíquido dos juros*" (cfr. § 37 das Conclusões da Advogada-Geral).

Perante o exposto, acabou o TJUE por concluir que cabia à Comissão o ónus de alegação e prova, não tendo ficado demonstrada a existência de um tratamento mais gravoso das instituições de crédito não residentes, concluindo, tal como acima referido, pela improcedência da ação.

Na sequência desta decisão, e já em maio de 2012, o TAF de Sintra julgou a ação intentada pela Brisal e pelo Banco improcedente[8], por considerar que "*a situação que levou à improcedência da ação por incumprimento movida pela Comissão contra Portugal, se repete, mutatis mutandis, in casu*", porquanto "*as razões aduzidas pelas Impugnantes para fundamentar o seu pedido são, em tudo, idênticas às que a Comissão utilizou* (…)".

A verdade é que, também no Caso Brisal se verificava um problema de base que, antecipava-se, poderia implicar o mesmo desfecho do Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*.

Com efeito, e tal como acima se referiu, quem suportava economicamente o encargo dos montantes retidos na fonte era a Brisal, por força da cláusula de *gross-up*, o que significava que o Banco nada tinha, na realidade, a ganhar com a ação. Esta falta de incentivo económico, aliada à relutância em disponibilizar elementos que diziam respeito ao cerne do seu negócio, nomeadamente, referentes aos custos de financiamento que suportava e aos restantes custos da sua atividade, significava que, também neste processo, os cálculos tendentes a demonstrar o tratamento discriminatório eram teóricos, já que não estava evidenciada a "*relação entre as despesas suportadas* [pelo Banco] *para a obtenção dos rendimentos e os rendimentos ilíquidos* [sujeitos a retenção em Portugal]", tal como havia identificado a Advogada-Geral no Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*, acima relatado.

3. O REERGUER DE UM CASO QUE PARECIA PERDIDO

Reconhecendo que o processo que havia sido, entretanto, intentado junto do TAF de Sintra padecia das mesmas fragilidades que haviam sido apontadas à Comissão pelo TJUE, (como bem referiu aquele tribunal nacional na sua sentença), era necessário inverter a estratégia processual em sede de recurso, sob pena de este ser indeferido com fundamento na recente jurisprudência do TJUE. A dificuldade da tarefa era assinalável, tendo sobretudo em conta que o cerne da questão era um défice de elementos de prova nos autos sobre os gastos incorridos pelo Banco, elementos esses que a Brisal não dispunha e que, de qualquer forma, nunca poderiam ser apresentados em sede de recurso.

[8] Por sentença proferida no Processo n.º 479/08.2BESNT, em 24.04.2012, não publicada.

O objetivo tornou-se, então, o de suscitar no tribunal de recurso – no caso, o Supremo Tribunal Administrativo (doravante, "STA") – uma dúvida razoável quanto à correta aplicação do Direito da UE[9] e a subsequente necessidade de suscitar nova intervenção do TJUE, a título prejudicial, para esclarecimento das questões em causa.

Para o efeito, foi particularmente importante uma frase que constava do Acórdão do TJUE no caso acima referido. Com efeito, o TJUE, na apreciação crítica que efetuou, havia referido que "(…) *a Comissão poderia ter apresentado, por exemplo, dados estatísticos ou dados referentes ao nível dos juros pagos em relação aos créditos bancários e às condições de refinanciamento, para sustentar que os seus cálculos eram plausíveis*"[10].

Foi assim que, tendo identificado a dificuldade de demonstrar a margem de lucro do Banco – questão que tinha sido assinalada como determinante no caso *Comissão c. Portugal* – e aproveitando as pistas que foram deixadas pelo TJUE (e também pela Advogada-Geral) naquele outro processo, os Impugnantes interpuseram recurso para o STA, no qual requereram o reenvio prejudicial das seguintes três questões:

"1º O artigo 56º do TFUE opõe-se à legislação fiscal interna segundo a qual as instituições financeiras não residentes em território português estão sujeitas a imposto sobre o rendimento de juros auferidos nesse território e retido na fonte à taxa definitiva de 20% (ou a taxa menor caso exista convenção para evitar dupla tributação), taxa que incide sobre o rendimento ilíquido, sem possibilidade de dedução das despesas profissionais directamente relacionadas com a actividade financeira exercida, ao passo que os juros auferidos por instituições financeiras residentes são incorporados no rendimento global tributável, procedendo-se à dedução das despesas associadas à actividade exercida quando se determina o lucro para efeitos de tributação em IRC, incidindo, assim, a taxa geral de 25% sobre o rendimento de juros líquido?

2º Essa oposição ocorre ainda que se apure que a base tributável das instituições financeiras residentes fica ou pode ficar sujeita, após a dedução dos custos de financiamento associados aos rendimentos de juros ou à dedução das despesas com relação económica

[9] Sobre a imposição de reenvio quando se suscite uma dúvida razoável, veja-se o considerando 16 do Caso C-283/81, *Cilfit*, processo (sem tradução oficial) que versa nos seguintes termos: "*the correct appplication of community law may be so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved*".

[10] Cfr. § 29 do Acórdão proferido no Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*.

directa com esses rendimentos, a imposto mais elevado do que aquele que é retido na fonte às instituições não residentes e que incide sobre o rendimento ilíquido?

3º Para esse efeito, os custos de financiamento associados aos empréstimos concedidos ou as despesas com relação económica directa com os rendimentos de juros auferidos, podem ser comprovados através dos dados fornecidos pela EURIBOR ("Euro Interbank Offered Rate") e pela LIBOR ("London Interbank Offered Rate") – entidades que representam as taxas de juro médias praticadas nos financiamentos interbancários a que os bancos recorrem para levar a cabo a sua actividade?".

A primeira pergunta, de caráter mais geral, corresponde essencialmente à questão central que havia sido colocada pela Comissão ao TJUE no Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*.

Não obstante, com a sua segunda pergunta, os Impugnantes extravasam aquele que tinha sido o âmbito de apreciação desse caso anterior, retirando o foco que a Comissão deu à (suposta mas não demonstrada) tributação "mais gravosa" que era originada pela retenção na fonte.

Efetivamente, os Impugnantes desafiaram aquele que parecia ser um pressuposto no caso anterior, questionando se, afinal, para efeitos de determinar a (des)conformidade do quadro normativo interno com o Direito da UE era determinante aferir se o montante retido na fonte era, na realidade, uma tributação "mais gravosa" do que o imposto suportado, a final, pelas instituições financeiras residentes. Esta era uma questão que, no entendimento dos Impugnantes, não se encontrava respondida no Acórdão do TJUE, devido à centralidade que o tema da "tributação mais gravosa", resultante da retenção na fonte, tinha na tese suscitada pela Comissão.

Pretendia-se, com esta segunda questão, fazer um *by-pass* ao que havia sido decidido pelo TJUE, na medida em que o tribunal de reenvio (STA) não poderia decidir pela improcedência da ação com fundamento na ausência de prova quanto à existência de um tratamento mais gravoso das instituições de crédito não residentes, sem primeiramente responder se este tratamento mais gravoso era, na realidade, essencial ou não. Pergunta que não tinha sido endereçada e, portanto, não havia sido respondida pelo TJUE no Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*.

Adicionalmente, o raciocínio subjacente a esta questão – de acordo com o qual a desconformidade com o Direito da UE podia resultar exclusivamente da forma de tributação por retenção na fonte aplicável apenas a entidades não residentes, sem necessidade de apurar a situação económica, a final, das entidades residentes e não residentes – estava alinhado com o

entendimento, que vinha ganhando força no contexto europeu, de acordo com o qual a desvantagem de tesouraria que resulta de uma retenção na fonte no momento do pagamento do rendimento face a uma tributação que ocorra em momento posterior, por si só, já poderá ser suscetível de desincentivar o desenvolvimento da atividade financeira em território nacional e traduzir-se numa restrição injustificada das liberdades previstas nos tratados[11].

Quanto à terceira questão, os Impugnantes fizeram uso da frase acima transcrita, que consta do parágrafo 29 do Acórdão do TJUE no Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*, apresentando perante o STA as taxas EURIBOR e LIBOR, com o argumento que as taxas destes indexantes eram do conhecimento geral e, por isso, não necessitavam de ser alegados na petição inicial[12]. Mais alegaram que a decisão do TJUE no referido Caso *Comissão c. Portugal* se baseou num argumento formal – a falta de prova – e não num argumento material, pelo que o TAF de Sintra, em obediência ao princípio do inquisitório, previsto no artigo 99.º da Lei Geral Tributária, deveria ter realizado oficiosamente todas as diligências que se lhe afigurassem úteis para conhecer a verdade dos factos alegados ou de que oficiosamente pode conhecer (procura ativa da verdade material).

Por conseguinte, os Impugnantes alegaram que a demonstração pretendida pelo TJUE, mas que não havia sido efetuada pela Comissão (ou seja, que a retenção na fonte se afigurava como mais gravosa), estava na realidade efetuada, devendo o STA, em caso de dúvida, requerer o reenvio da questão de saber se seria possível comprovar os custos de financiamento associados aos empréstimos concedidos pelo Banco através dos valores dos mencionados indexantes.

Notando que o tema da determinação dos custos de financiamento já tinha sido identificado pela Advogada-Geral no Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal* como um tema "*difícil"* e "*em aberto"*», esta última questão, não sendo assumidamente crucial para a solução do caso, foi suscitada com o propósito essencial de criar uma dúvida razoável e, assim, conseguir o reenvio para o TJUE.

[11] Entendimento este que, mais tarde, foi vertido no Acórdão proferido no processo C-252/14, em 2 de junho de 2016 (Pensioenfonds Metaal en Techniek), cujo parágrafo 21, refere: "(…) *enquanto a retenção do imposto tem lugar no momento da distribuição dos dividendos, o imposto sobre os rendimentos de capitais é, por seu turno, calculado e cobrado no ano seguinte à distribuição dos dividendos, o que acarreta uma desvantagem de tesouraria para os fundos de pensões não residentes"*

[12] Os factos notórios não carecem de prova nem de alegação (cfr. artigo 514.º do Código de Processo Civil, atual artigo 412.º).

Com efeito, sendo a recente jurisprudência do TJUE claramente desfavorável à sua pretensão, os Impugnantes necessitavam de "forçar a mão" para que fosse efetuado um novo pedido prejudicial, pois só uma nova apreciação das normas em causa por parte daquele TJUE poderia ditar um desfecho favorável. Tal como, de resto, veio a suceder.

4. Obter o reenvio: um caso dentro do próprio caso

É possível extrair do acima exposto uma observação que se poderá revelar essencial nos casos em que se colocam questões de conformidade do Direito interno com o Direito da UE. É que, nestes casos, não sendo garantido que o tribunal nacional concorde existir a aludida dúvida razoável sobre a correta aplicação do Direito da UE, é muitas vezes fundamental encarar o processo em duas etapas distintas, reconhecendo que existem, na verdade, dois momentos autónomos em qualquer processo em que se suscite a conformidade de legislação interna com o Direito da UE, e igualmente cruciais, já que o segundo não existe sem o primeiro. Efetivamente, antes da apreciação das questões da perspetiva do Direito Europeu pelo TJUE, é necessário que o tribunal nacional decida o reenvio das questões colocadas (i.e., entenda que existe uma dúvida razoável quanto à interpretação do Direito da UE que impacta na decisão do caso), reenvio este que é obrigatório mas cujo incumprimento não conhece sanção ou meio de reação claro[13].

Assim, paradoxalmente, para que seja possível obter uma decisão em sede de reenvio prejudicial poderá ser necessário suscitar questões que, mesmo que se antecipe que poderão não lograr aceitação junto do TJUE, poderão ser reputadas de cruciais e verdadeiramente decisivas pelo tribunal de reenvio nacional. Em concreto, observa-se que o TJUE tem uma abordagem muito própria das questões, sendo que os temas de Direito Europeu, que se colocam na perspetiva do TJUE, nem sempre coincidem com os problemas que os tribunais nacionais consideram relevantes e que podem justificar o reenvio. O Caso Brisal, sobretudo quanto à terceira questão colocada, é disso exemplo.

[13] Não se desconhecem as várias construções jurídicas avançadas para colmatar a ausência ilícita de reenvio, por parte dos tribunais nacionais, naquele que é um perene problema de Direito Europeu. No entanto, a sua análise extravasa em muito o âmbito do presente artigo.

Perante as alegações dos Impugnantes, o STA entendeu que a jurisprudência do TJUE não permitia esclarecer "(…) *qual a medida ou dimensão da diferença necessária para se poder concluir que as instituições não residentes estão, de facto, numa situação desvantajosa face às instituições residentes*". Adicionalmente, referindo-se ao Acórdão proferido no caso *Comissão c. Portugal*, concluiu o STA que, apesar de esse caso "(…) *ter tido por objecto a apreciação da conformidade das normas fiscais em causa nestes autos com o direito comunitário, centrando-se precisamente na dicotomia entre regras de tributação sobre o rendimento líquido e regras de tributação sobre o rendimento bruto no tocante a juros recebidos por instituições financeiras, o certo é que o Tribunal acabou por não se pronunciar sobre a questão central, julgando a acção improcedente por questões formais*". Assim, o STA entendeu ser necessário esclarecer se, como alegaram os Impugnantes, "(…) *a legislação portuguesa faz incidir sobre as instituições não residentes um imposto mais gravoso, na medida em que a base tributável das instituições residentes fica de tal forma reduzida mediante a dedução das despesas suportadas, que o imposto a pagar, não obstante a taxa ser mais elevada, é inferior à retenção na fonte efectuada sobre o montante ilíquido dos juros*", determinando o reenvio das questões acima transcritas.

Esta necessidade de encarar o processo como duas etapas distintas pode também ser vislumbrada no processo n.º C-90/17 – *Caso Turbogás*.

Nesse caso, estava em causa exclusivamente a questão de saber se a Requerente era qualificável como distribuidor para efeitos do Código dos Impostos Especiais de Consumo e, nesse sentido, se seria considerada sujeito passivo não isento desse imposto.

A questão que determinou o reenvio, pelo tribunal nacional, para o TJUE, foi uma questão de interpretação face às diferentes versões linguísticas do segundo parágrafo do artigo 21.º, n.º 5, da Diretiva 2003/96/CE. Assim, no despacho em que o tribunal de reenvio entendeu verificar-se a "*necessidade de reenvio prejudicial para o TJUE*", o tribunal centra a sua questão nas diferentes traduções do texto da diretiva em português e espanhol, por um lado, e em inglês, francês, italiano e alemão, por outro.

No subsequente Acórdão, o TJUE começa mesmo por assinalar que "(…) *no âmbito do processo de cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça (…) cabe a este dar ao juiz nacional uma resposta útil que lhe permita decidir o litígio que lhe foi submetido*". Mais adiantando o TJUE que "(…) *incumbe ao Tribunal, se necessário, reformular as questões que lhe são submetidas"*. Nesse Acórdão, o TJUE alude ao "*plano formal*" em que

assentaram as questões objeto do pedido de decisão prejudicial, acabando por reformular as questões submetidas no sentido daquele que entendeu ser, "*em substância*" o seu propósito. Ou seja, das questões suscitadas pela impugnante nesse processo, o tribunal de reenvio considerou essencial uma delas (a divergência entre as diferentes versões linguísticas), tendo o TJUE entendido que a questão relevante era outra (a ausência da apresentação de um pedido de isenção não poderia ditar a não aplicação da referida isenção), tendo sido a resposta a esta última que ditou a procedência da impugnação.

A experiência tem, assim, vindo a demonstrar que as questões que são consideradas estruturantes pelo tribunal de reenvio nem sempre são as questões sobre as quais o TJUE centra a sua decisão. Esta diferente perspetiva é muito influenciada pela cultura jurídica e pelas vicissitudes socioculturais de cada país (sendo alguns mais formalistas e outros mais garantísticos, por exemplo), enquanto que o TJUE se rege por uma lógica própria, tendente a uma interpretação mais "finalística" do sentido das normas de Direito Europeu.

Ora, estando o reenvio dependente de uma decisão do tribunal nacional (i.e., estando dependente do reconhecimento da existência de uma dúvida razoável sobre a interpretação do Direito da UE por esse tribunal), este reenvio terá uma maior probabilidade se a questão for colocada numa perspetiva mais consentânea à cultura jurídica nacional. Após o reenvio, a mesma questão poderá ser reformulada – ou até outra questão poderá, no limite, ser colocada – agora na perspetiva mais consentânea com a "visão" do TJUE.

5. A DECISÃO DO TJUE

O TJUE estruturou a análise das questões colocadas em três estádios.

Em primeiro lugar, o TJUE analisou a questão de saber se a aplicação de métodos diferentes de tributação – i.e., a tributação através de retenção dos rendimentos de juros auferidos por entidades não residentes, enquanto os rendimentos auferidos por entidades residentes não estão sujeitos a essa retenção – implica uma violação do Direito da UE.

Em segundo lugar, o TJUE endereçou a questão de saber se a circunstância de apenas as instituições financeiras residentes poderem deduzir as despesas profissionais incorridas na sua atividade constitui uma restrição não justificada à liberdade de prestação de serviços.

Por último, o TJUE apreciou separadamente a terceira questão prejudicial que foi colocada: a de saber se os indexantes de taxas de juro podem ser considerados despesas profissionais diretamente relacionados com a atividade financeira em causa.

No que concerne ao primeiro estádio, o TJUE confirmou (seguindo jurisprudência anterior[14]) que a utilização de diferentes técnicas de cobrança de imposto (aplicação de retenção na fonte *versus* não aplicação de retenção na fonte), mesmo que possa constituir uma restrição à liberdade de prestação de serviços, pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral, como a necessidade de assegurar a eficácia da cobrança do imposto, desde que não ultrapasse o necessário para alcançar o objetivo prosseguido.

Quanto ao segundo (e principal) estádio, o TJUE começou por apreciar aquele que é o primeiro critério a considerar na análise da (des)conformidade de qualquer legislação com o Direito da UE: a comparabilidade. Quanto a este aspeto, recordamos que, embora residentes e não residentes não estejam sempre numa situação comparável, são colocados nessa posição a partir do momento em que um Estado-membro opte por exercer o seu poder de tributação sobre ambos os casos. Assim, o TJUE não se deteve longamente nesta questão, remetendo para jurisprudência anterior[15], concluindo que instituições financeiras residentes e não residentes se encontram em situação comparável.

A inovação principal do Caso Brisal surge precisamente na apreciação desta segunda questão.

Sobre este aspeto, começou o TJUE por referir que "(…) *em princípio, as prestações de serviços efetuadas por instituições financeiras não podem, à luz do princípio da livre prestação de serviços consagrado no artigo 49.º do CE* [atual artigo 56.º do TFUE], *ser tratadas de maneira diferente das prestações de serviços noutros domínios de atividade*".

Face ao exposto, concluiu o TJUE que a impossibilidade de dedução das despesas profissionais incorridas pelas instituições financeiras não residentes constitui uma restrição à liberdade de prestação de serviços, a qual apenas poderia ser admitida se se justificasse por razões imperiosas de interesse geral e sempre dentro dos limites da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, o TJUE asseverou que a circunstância de a taxa de tributação aplicável às entidades não residentes (por retenção na fonte) ser inferior à aplicável às entidades residentes não legitima a restrição identificada no caso. Adicionalmente, entendeu igualmente

[14] *Vide* Caso C-290/04, *Scorpio* e Caso C-498/10, *X*.
[15] *Vide* § 23 do Acórdão Brisal.

o TJUE que não existe qualquer elemento razoável que permita explicar que a medida é necessária para a repartição dos poderes de tributação. Ainda, defendeu o TJUE que a restrição em causa não é necessária para garantir a eficácia da cobrança do IRC.

Ultrapassados estes primeiros aspetos, o TJUE mergulha naquele que foi verdadeiramente o aspeto crucial e inovador desta decisão. Com efeito o TJUE decidiu que a possibilidade de dedução das despesas profissionais (quer específicas, quer gerais) tinha de ser aplicada nos mesmos termos às instituições financeiras não residentes, não podendo ser argumentado, contra isso, o encargo administrativo suplementar que poderá recair sobre o destinatário do serviço ou a dificuldade de prova acrescida aplicável às instituições não residentes.

A este propósito, e em linha com outras decisões anteriores, o TJUE reforçou o entendimento de acordo com o qual consideram-se despesas profissionais aquelas que estejam diretamente relacionadas com as receitas obtidas no Estado-membro onde é exercida a atividade, sendo atendíveis as despesas que sejam necessárias a esse exercício.

Concretamente sobre a atividade de concessão de empréstimos financeiros, o TJUE exemplificou dois tipos de despesas profissionais que devem ser consideradas: as despesas ditas específicas, passíveis de ser alocadas a um financiamento específico, como despesas de viagem, de alojamento, aconselhamento jurídico ou fiscal e, de forma surpreendente, as despesas gerais ou custos de financiamento (*overheads*) que, apesar de não serem passíveis de ser especificamente alocados a um único empréstimo financeiro, devem, em princípio, ser considerados necessários ao exercício da atividade. Este reconhecimento da importância das despesas gerais é, talvez, o elemento mais inovador do caso.

É digno de nota que o TJUE antecipou a dificuldade de as entidades não residentes provarem que incorreram em determinadas despesas e que essas despesas se encontram diretamente relacionadas com as receitas obtidas no outro Estado-membro. Contudo, apesar desta reconhecida dificuldade, o TJUE expressamente rejeitou a possibilidade de, *a priori,* negar a possibilidade de dedução.

Por último, a este respeito, o TJUE expressamente rejeitou a possibilidade de deduzir custos tendo por referência os dados gerais (não reais e relativos à situação concreta) fornecidos pela EURIBOR e pela LIBOR, demonstrando assim que a terceira questão, relevante para efeitos de reenvio e de demarcação face ao anterior Caso C-105/08 *Comissão c. Portugal*, não teve qualquer acolhimento junto do TJUE.

6. A APLICAÇÃO DA DECISÃO DO TJUE PELO TRIBUNAL NACIONAL

Após a decisão do TJUE, coube ao STA decidir o caso concreto. E este Alto Tribunal tinha três possíveis decisões alternativas.

Como primeira opção, podia o STA determinar simplesmente a anulação dos atos de retenção na fonte (como fez, tal como se verá adiante), porque praticados ao abrigo da alínea c) do n.º 2 do artigo 80.º do Código do IRC, norma esta que foi julgada incompatível com o Direito da UE e que, por força do princípio do primado consagrado no artigo 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, não poderia ser aplicada.

Como segunda opção, o STA poderia procurar determinar, analisando quais as despesas apresentadas nos autos pelo Banco que poderiam ser consideradas despesas profissionais relacionadas com a sua atividade financeira e que poderiam ser deduzidas ao valor de imposto que foi pago através de retenção na fonte, qual a parcela de imposto pago que foi pago em excesso em virtude da desconsideração das despesas incorridas. Neste caso, a impugnação seria improcedente, pois, tal como já referido, o Banco não apresentou nos autos quaisquer despesas.

Por último, podia o STA entender que os autos deveriam baixar à primeira instância para apuramento nessa sede, à luz do princípio do inquisitório, das despesas profissionais efetivamente incorridas pelo Banco, para que fosse efetuada a sua dedução ao montante retido na fonte. Posteriormente, fazendo apelo à natureza divisível do ato tributário, o tribunal deveria proceder à anulação meramente parcial dos atos em causa, na parte da tributação em excesso, face ao rendimento líquido auferido pelo Banco.

Esta última alternativa poderia parecer uma decisão legítima, tendo em conta que o TJUE pareceu aludir a essa possibilidade no Acórdão que proferiu, em resposta à terceira questão, ao referir que "*cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, com base no seu direito nacional, quais as despesas profissionais que podem ser diretamente relacionadas com a atividade financeira em questão*".

Ora, como é sabido, o princípio da investigação no contencioso tributário traduz-se no "*poder/dever que o Tribunal tem de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições das partes, os factos sujeitos a julgamento, criando assim as bases para decidir*" (*vide* Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido em 06.11.2012, no processo n.º 05529/12).

Mas, pergunta-se: que margem de investigação foi deixada pelo TJUE ao tribunal de reenvio no caso?

É que, na verdade, o veredito do TJUE foi, quanto à impossibilidade de dedução das despesas profissionais pelas entidades não residentes, cristalino: "[o] *artigo 49.° CE opõe-se a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que, regra geral, tributa as instituições financeiras não residentes pelos rendimentos de juros obtidos no interior do Estado-Membro em causa, sem lhes dar a possibilidade de deduzir as despesas profissionais diretamente relacionadas com a atividade em questão, ao passo que essa possibilidade é reconhecida às instituições financeiras residentes*".

Dito por outras palavras, o TJUE concluiu que o tratamento desfavorável que resulta de não ser possível deduzir as despesas incorridas pelas instituições financeiras não residentes no âmbito da sua atividade consubstancia uma violação do Direito da UE, independentemente de quaisquer outras considerações sobre a taxa efetiva de tributação.

Face ao exposto, a única conclusão que se afigurava possível é a de que, no caso, não existiam quaisquer factos que implicassem qualquer investigação pelo tribunal, uma vez que a aferição do montante efetivo das despesas incorridas nunca teria o condão de salvar a norma do Código do IRC do vício apontado pelo TJUE. Neste sentido, a decisão do TJUE apenas poderia determinar (como determinou) a anulação dos atos tributários impugnados naquela ação.

Ainda de acordo com outra linha de argumentação, poder-se-ia defender que a investigação sobre as despesas efetivamente incorridas permitiria ao Tribunal efetuar, ele próprio, o cálculo da sua respetiva dedução, anulando depois o ato tributário na parte em que excedesse o juro líquido dessas despesas.

Embora esta pudesse parecer uma alternativa pragmática, a mesma traduzir-se-ia numa interpretação errada e, inclusivamente, inconstitucional.

Efetivamente, os tribunais podem determinar a anulação parcial de atos tributários. Sucede que, no presente caso, não existia, pura e simplesmente, no ordenamento jurídico português, qualquer norma que permitisse efetuar a dedução das despesas no caso de retenções na fonte sobre juros pagos a entidades financeiras não residentes. Com efeito, tendo o disposto na alínea c) do n.º 2 do artigo 80.º do Código do IRC sido considerado incompatível com o Direito da UE, e sendo o mesmo afastado por força do princípio do primado, inexistia, à data dos factos, qualquer norma que legitimasse a atuação de qualquer tribunal no sentido de selecionar as despesas dedutíveis e efetuar essa dedução ao montante sujeito a retenção na fonte.

A admitir-se tal opção, estar-se-ia a admitir que o tribunal se substituísse, não apenas à administração tributária, violando o núcleo fundamental da função administrativa, mas mesmo

ao próprio legislador, o que, naturalmente, seria inadmissível e inconstitucional, por violação do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade.

Ao acima exposto acresce que os comandos oferecidos pelo TJUE impunham, como vimos, que fosse permitida a dedução não apenas dos custos específicos mas também dos custos gerais (*overheads*) incorridos pela entidade não residente, o que consubstancia – ainda hoje – uma inovação a nível europeu, de reconhecida dificuldade de implementação.

Ora, o que é certo é que não podem ser os tribunais a, sem qualquer lei habilitante, estabelecer por via jurisprudencial o quando, o como, o quanto e quais as despesas que as entidades não residentes podem deduzir aos juros auferidos em Portugal, por forma a tornar a retenção na fonte prevista no direito interno compatível com o princípio da liberdade de prestação de serviços, tal como exigiu o TJUE. Esta dedução tem, necessariamente, de ser legalmente disciplinada.

Este entendimento foi o seguido, de forma exemplar, pelo STA na sequência do Acórdão Brisal. Perante a decisão do TJUE, o STA concluiu ser "(…) *indiscutível que as instituições financeiras não-residentes devem ser tratados da mesma maneira que as instituições residentes, tendo o direito de ver reconhecidas, perante a administração tributária portuguesa, os encargos e as despesas relacionadas com os rendimentos em causa, e o direito de as deduzir antes da tributação, isto é, de serem tributadas em Portugal apenas pelo rendimento líquido*".

Perante o exposto, e uma vez que a alínea c) do n.º 2 do artigo 80.º do Código do IRC, que fundamentou os atos de retenção na fonte impugnados, não era compatível com o princípio da livre prestação de serviços, o STA determinou a anulação total daqueles atos de retenção na fonte.

Assim, nas palavras daquele Alto Tribunal, "(…) *encontra-se decisivamente inquinada a quantificação da matéria tributável que suporta os actos de retenção de imposto na fonte. Quantificação que exige a prática de novo acto tributário, sendo impraticável a reforma dos actos impugnados porque o tribunal não pode substituir-se à administração na fixação de outra matéria tributável, sob pena de estar a invadir o núcleo essencial da função administrativa-tributária, substituindo-se à administração na tarefa de determinar e fixar as despesas que as entidades financeiras não-residentes podem deduzir aos rendimentos auferidos em Portugal por forma a tornar a retenção na fonte compatível com o artigo 49º do TCE*" (*vide*, Acórdão do STA, proferido em 08.03.2017, no processo n.º 0298/13).

7. O PÓS CASO BRISAL NO CONTEXTO NACIONAL

Como o próprio TJUE reconheceu, a possibilitação de dedução das despesas – incluindo despesas gerais – pelas entidades não residentes acarreta dificuldades de concretização assinaláveis. Não obstante, tal não serviu – nem poderia servir – para legitimar uma restrição não justificada do princípio da liberdade de prestação de serviços cuja observância o TJUE, enquanto "*guardião dos tratados"*, tem por missão garantir.

A tarefa mais complicada foi mesmo, no presente caso, deixada para o legislador do Estado do reenvio. Como é que Portugal acomodou esta jurisprudência e harmonizou o seu direito interno com o veredito que resultou do Caso Brisal?

Em primeiro lugar, refira-se que o Acórdão do TJUE não teve o condão de alterar, de forma expressa, a legislação interna. Com efeito, não se introduziram novas normas nem se alterou a redação das normas existentes, na sequência daquela decisão. Contudo, o Código do IRC havia sido alterado em 2008, ou seja, após os factos que estiveram na origem do Caso Brisal, através da introdução, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro. Esta norma introduziu o então n.º 8 do artigo 88.º (atual n.º 8 do artigo 94.º) do Código do IRC, que passou a estabelecer uma remissão para o disposto nos n.ºs 8, 9, 10 e 11 do artigo 71.º do Código do IRS.

A introdução destes n.ºs 8, 9, 10 e 11 no artigo 71.º do Código do IRS foi igualmente operada pela mesma Lei, tendo uma redação que transcrevemos *infra* por facilidade de exposição e de raciocínio:

"8. Os titulares de rendimentos referidos nas alíneas f) [atividades profissionais e outras prestações de serviços], *m)* [atos isolados] *e o)* [profissionais de espetáculo ou desportistas] *do n.º 1 do artigo 18.º, sujeitos a retenção na fonte nos termos do presente artigo, que sejam residentes noutro Estado membro da União Europeia ou do espaço económico europeu, neste último caso, desde que exista intercâmbio de informações em matéria fiscal, podem solicitar a devolução, total ou parcial, do imposto retido e pago na parte em que seja superior ao que resultaria da aplicação da tabela de taxas prevista no n.º 1 do artigo 68.º, tendo em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes.*

9. Para os efeitos do número anterior, são dedutíveis os encargos, devidamente comprovados, necessários para a sua obtenção que estejam directa e exclusivamente relacionados com os rendimentos obtidos em território português, até à respectiva concorrência.

10. A devolução do imposto retido e pago deve ser requerida aos serviços competentes da Direcção-Geral dos Impostos, no prazo de dois anos contados do final do ano civil seguinte em que se verificou o facto tributário, devendo a restituição ser efectuada até ao fim do 3.º mês seguinte ao da apresentação dos elementos e informações indispensáveis à comprovação das condições e requisitos legalmente exigidos, acrescendo, em caso de incumprimento deste prazo, juros indemnizatórios a taxa idêntica à aplicável aos juros compensatórios a favor do Estado.

11. A apresentação do requerimento referido no número anterior implica a comunicação espontânea ao Estado de residência do contribuinte do teor do pedido de devolução formulado e do respectivo montante".

Os n.ºs 8 e 9 acima transcritos foram ligeiramente alterados pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que alargou a possibilidade prevista no n.º 8, igualmente transcrito, aos titulares dos rendimentos referidos nas alíneas a) a d) do artigo 18.º do Código do IRS.

À data, como se escreveu no Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal, Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal, emitido em outubro de 2009, "*sobre a tributação pelo rendimento líquido de sujeitos passivos não residentes sem estabelecimento estável, entende-se que não existe fundamento jurisprudencial inequívoco para, salvo nos casos já previstos, estender a todos os casos a tributação pelo rendimento líquido, permitindo a dedução de todos os custos relacionados com a actividade desenvolvida. Note-se, pois, que não se trata aqui de desconformidade, e sim de reafirmar, face a dúvidas que se têm suscitado, que não existe na jurisprudência comunitária uma linha clara para fundamentar essa eventual alteração*".

Estas normas do Código do IRS passaram a permitir aos sujeitos passivos de IRS, não residentes, que solicitassem a devolução de parte do imposto retido na fonte, caso demonstrassem que, da aplicação das taxas gerais de imposto, resultaria um montante inferior ao retido.

Com a criação deste mecanismo, segundo o qual os não residentes, que foram sujeitos a retenção na fonte, poderiam pedir o reembolso do imposto retido em excesso, o legislador

parece ter antecipado a decisão do TJUE no Caso Brisal, que admitiu a possibilidade de os não residentes serem objeto de retenção na fonte, desde que lhes seja conferida a possibilidade de solicitar, depois, o reembolso do imposto retido em excesso[16].

No entanto, tal mecanismo não abrange os juros objeto de retenção na fonte, pois este tipo de rendimento está previsto na alínea g) do n.º 1 do artigo 18.º do Código do IRS, a qual não é abrangida pelo n.º 8 do artigo 71.º do mesmo Código.

Não obstante, para efeitos de IRC, seria possível interpretar a remissão operada pelo atual n.º 8 do artigo 94.º do respetivo Código de forma algo diferente, defendendo que esta remissão não abrange os "tipos de rendimento" mencionados no n.º 8 do artigo 71.º do Código do IRS, mas apenas o "mecanismo de reembolso" do imposto retido na fonte previsto neste Código do IRS. Ou seja, segundo esta interpretação, os sujeitos passivos de IRS não residentes não podem pedir o reembolso do imposto retido sobre juros (pois este rendimento não consta do elenco de rendimentos previsto no n.º 8 do artigo 71.º do Código do IRS), mas os sujeitos passivos de IRC não residentes já o poderiam fazer, uma vez que a aplicação da remissão prevista no n.º 8 do artigo 94.º do Código do IRC não especifica quais os tipos de rendimentos em causa, sendo estes os que constam do n.º 1 do próprio artigo 94.º do Código do IRC (entre os quais estão previstos, na alínea c), os juros).

Embora esta interpretação seja razoável, a mesma não mereceu a concordância do STA que, perante saber se um sujeito passivo de IRC, não residente, poderia pedir o reembolso do imposto retido na fonte sobre juros em excesso, precisamente por força da remissão acima referida para o Código do IRS, entendeu, por Acórdão proferido em 28.11.2012, no processo 0694/12, que "(…) *só em relação às categorias de rendimentos mencionados está prevista a tributação pelo rendimento líquido, termos em que a situação da recorrida não tem guarida neste preceito, uma vez que os rendimentos provenientes de juros não cabem nos rendimentos mencionados nas alíneas a) a d), f), m) e o) do nº 1 do art. 18º do CIRS*". Ou seja, o STA entendeu que a remissão constante do n.º 8 do artigo 94.º do Código do IRC abrange também o

[16] Cfr. § 42 do Acórdão do TJUE, onde se refere que os custos administrativos necessários a uma tributação de não residentes que preveja a dedução de encargos "*só existe num sistema que prevê que esta dedução deve ser efetuada antes da aplicação da retenção na fonte, podendo, portanto, ser evitado quando o prestador é autorizado a invocar o seu direito a dedução diretamente perante a Administração, uma vez o IRC cobrado. Nesse caso, o direito a dedução materializar-se-á num reembolso de uma parte do imposto retido na fonte*".

tipo de rendimentos em causa, sendo que, para efeitos de IRS, dúvidas não há que os juros não estão incluídos[17].

Face ao exposto, consideramos que o artigo 94.º do Código do IRC deveria ter sido alterado, após o Acórdão do TJUE no Caso Brisal, por forma a que o mecanismo previsto nos n.ºs 10, 11 e 12 do artigo 71.º do Código do IRS passasse a abranger também os juros objeto de retenção na fonte em sede de IRC.

Estendendo este mecanismo aos juros, e conforme resulta do disposto no n.º 10 daquele preceito legal, os titulares desses rendimentos "(…) *podem* [poderiam então] *solicitar a devolução, total ou parcial, do imposto retido e pago na parte em que seja superior ao que resultaria da aplicação* [das taxas progressivas], *tendo em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora deste território, nas mesmas condições que são aplicáveis aos residentes"*. Por último, nos termos do n.º 11 do mesmo preceito legal, seria permitida a dedução dos *"encargos devidamente comprovados necessários para a sua obtenção que estejam direta e exclusivamente relacionados com os rendimentos obtidos em território português* (…)".

Só a aplicação conjugada destas normas, com a alteração legislativa acima proposta, permitira que as entidades residentes em outros Estados-membros da União Europeia, que sejam sujeitas a uma retenção na fonte em Portugal sobre o montante bruto dos juros aqui auferidos, solicitassem o reembolso do montante de imposto retido que exceda o imposto que seria devido caso se qualificassem como entidades residentes em território português.

Mas tal não seria suficiente, pois suscita-se um outro problema.

Com efeito, o n.º 11 do artigo 71.º do Código do IRS é demasiado restritivo, pois apenas permite a dedução dos encargos comprovados necessários para a obtenção dos rendimentos que "*estejam direta e exclusivamente relacionados com os rendimentos obtidos em território português"*. Desta formulação resulta que as entidades não residentes apenas podem deduzir os custos específicos e já não as despesas gerais (ou *overheads*), que não são passíveis de ser especificamente alocados a um concreto empréstimo financeiro.

[17] Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, procedeu-se a uma renumeração do artigo 71.º do Código do IRS, sem ter sido atualizada, sem dúvida por lapso, a norma de remissão contante do n.º 8 do artigo 94.º Código do IRC. Assim, quando esta norma remete para os n.ºs 8, 9, 10 e 11 do artigo 71.º do Código do IRS, a remissão deve considerar-se efetuada, por interpretação corretiva, para os n.ºs 10, 11 e 12 (a quarta norma foi já revogada) do artigo 71.º do Código do IRS.

Sucede que o comando do TJUE no Acórdão foi bastante claro: deveria ser permitida a dedução dos custos gerais ou custos de financiamento (*overheads*) que, apesar de não serem passíveis de ser especificamente alocados a um específico empréstimo financeiro, devem ser considerados necessários ao exercício da atividade.

Resulta do exposto que a legislação nacional não está ainda conforme ao Direito Europeu, quer porque o mecanismo de reembolso de imposto retido em excesso, previsto no Código de IRS (e no Código de IRC, por remissão) não inclui o imposto retido sobre juros, quer porque a dedução de encargos prevista nesse mecanismo não inclui as despesas gerais ou *overheads*.

Acresce que esta jurisprudência do TJUE poderá ser aplicada também a qualquer entidade que receba juros como parte da sua atividade económica (e não apenas a instituições financeiras) e, ainda, também a outro tipo de rendimentos (como *royalties*), e não apenas a juros (neste sentido, NOGUEIRA, JOÃO, "Opinion statement ECJ-TF 2/2016 on the decision of the Court of Justice of the European Union of 13 July 2016 in Brisal and KBC Finance Ireland (Case C-18/15), on the admissibility of gross withholding tax of interest", European Taxation, 2017: 30-34).