



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO FISCAL

**A Reforma do IRC no Contexto do BEPS**

**Conformidade da Aplicação (Potencialmente Tardia) de um  
Paradigma de Concorrência**

Dissertação de Mestrado

de

Pedro Miguel Fonseca Pires

**Orientador:** Mestre Rui Camacho Palma

Lisboa

Novembro de 2014

## Índice

<b>1 – Introdução.....</b>	<b>3</b>
1.1 – Tema, traços gerais, e sua relevância.....	3
1.2 – Âmbito do nosso trabalho.....	4
<b>2 – BEPS: Contextualização e justificação.....</b>	<b>6</b>
2.1 – BEPS, definição e figuras próximas.....	6
2.2 – Efeitos do BEPS.....	9
2.3 – Cronologia e contexto económico em que se desenvolve a discussão.....	11
2.4 – O papel da OCDE.....	14
<b>3 - O relatório BEPS.....</b>	<b>16</b>
3.1 – Estrutura e abordagem do Relatório.....	16
3.2 – Conclusões do Relatório.....	17
3.2.1 – Os princípios em crise.....	23
3.2.2 – A competição fiscal entre os Estados.....	26
3.2.3 – Envolvimento dos países não membros.....	26
<b>4 – O Action Plan.....</b>	<b>28</b>
4.1 – Função, estrutura e abordagem do Action Plan.....	28
<b>5 – O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.....</b>	<b>33</b>
5.1 – O programa do XIX Governo Constitucional.....	33
5.2 – O mandato da Comissão de Reforma do IRC.....	36
5.3 – O Anteprojecto de Reforma.....	38
5.3.1 – As principais propostas de âmbito internacional.....	39
5.3.2 – As preocupações reveladas com o BEPS.....	41
5.4 – A Proposta de Lei n.º 175-XII.....	45
5.5 – A Lei n.º 2/2014.....	45
5.5.1 – O novo regime de <i>participation exemption</i> .....	46
<b>6 – Conclusões.....</b>	<b>49</b>
<b>7 – Bibliografia.....</b>	<b>51</b>

## 1 - Introdução

### 1.1 - Tema, traços gerais, e sua relevância

Com “a reforma do IRC no contexto do *BEPS*: conformidade da aplicação (potencialmente tardia) de um paradigma de concorrência”, pretendemos fazer um enquadramento geral de uma das discussões, actualmente, mais importantes ao nível do Direito Fiscal Internacional e das suas consequências ao nível da política fiscal seguida pelos Estados, em especial, do Estado Português.

Como é sabido, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (Código do IRC) foi recentemente sujeito a uma Reforma da qual, além do mais, resultaram diversas alterações ao nível da tributação internacional. Estas alterações, foram essencialmente norteadas por imperativos de competitividade internacional das empresas portuguesas e, bem assim, de aumento da competitividade fiscal do próprio Estado Português, sendo um mecanismo de atracção do tão necessário investimento estrangeiro.

Porém, a reforma deste imposto acontece numa altura em que a tributação das empresas está sob o foco das Instituições políticas mundiais, organizações, e dos *media*.

A mais recente crise económico-financeira teve graves incidências no que respeita às contas públicas dos Estados, que se fazem ainda hoje sentir. Numa altura em que os Estados se vêm forçados a tomar medidas de equilíbrio orçamental, sobressaem os aumentos generalizados de impostos sobre os rendimentos com menor mobilidade, em especial, sobre trabalho dependente. Paralelamente, vão sendo cada vez mais difundidos pelos meios de comunicação social alguns casos de empresas multinacionais cujas taxas de imposto sobre os seus lucros se cifram, em algumas situações, apenas em um dígito. A conjugação destes factores, veio criar no seio da opinião pública uma sensação de injustiça na distribuição dos encargos tributários. Não podendo mais os Governos ignorar este mediatismo e as consequências políticas, amontoam-se os discursos e as declarações públicas dos representantes dos Estados condenando as empresas multinacionais pelas suas estruturas fiscais, reclamando das organizações internacionais que iniciem trabalhos tendo em vista a reanálise do actual sistema tributário internacional.

Neste contexto, e atendendo à incerteza do resultado desta turbulência internacional, cumpre analisar os desenvolvimentos actuais e, destes, tentar extrair as implicações e as possibilidades de vencimento de uma Reforma levada a cabo com base num determinado estado de coisas que se poderá já não verificar num futuro mais, ou menos, próximo.

### *1.2 – Âmbito do nosso trabalho*

Com o presente trabalho, pretende-se sobretudo fazer uma análise das circunstâncias que rodeiam a recente (re)construção do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), lançando a discussão sobre algumas das opções fundamentais tomadas pelo legislador nacional que, atendendo àquele contexto, possam vir a revelar-se problemáticas e no limite até inúteis.

Por essa razão, entendemos ser necessário proceder, primeiramente, a um enquadramento global – e assim, talvez, até enunciativo – dos problemas e desafios conexos com o *BEPS*, dos estudos e seus desenvolvimentos, para podermos passar à análise de alguns aspectos da Reforma do nosso Imposto sobre os rendimentos dos entes colectivos e da sua conformidade face à tendência internacional.

Para tanto, iremos analisar os dois trabalhos mais recentes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), desenvolvidos precisamente como estudos sobre o fenómeno do *BEPS*, no âmbito do chamado projecto *BEPS*: o Relatório *BEPS (BEPS Report)* e o subsequente Plano de Acção (*Action Plan*). Esta análise será efectuada de uma forma global, tendo em consideração a necessidade de extracção destes textos a orientação e objectivos futuros da Organização – e, assim, dos países que dela fazem parte – relativamente aos problemas detectados e expostos nestes textos.

Finalmente, passa-se a uma breve análise do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas português, focada essencialmente nas novidades que poderão revelar-se mais problemáticas, atendendo às possíveis modificações que venham, eventualmente, a ter lugar em consequência da discussão em torno do *BEPS*.

Trataremos, assim, de analisar em especial o novo regime de *participation exemption*, confrontando este aspecto da Reforma com o espírito e os princípios

emanantes do Relatório *BEPS* e do Plano de Acção.

## 2 - BEPS: Contextualização e justificação

### 2.1 - BEPS, definição e figuras próximas

A expressão *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* agrega tanto uma das formas como um dos efeitos provocados pelo planeamento fiscal – dito agressivo<sup>1</sup> –, quando efectuado à escala internacional.

O *BEPS*, que se denominará por erosão das bases fiscais e alocação de resultados<sup>2</sup>, representa, hoje, um verdadeiro paradoxo<sup>3</sup> para os Estados na gestão dos seus Orçamentos. Por outro lado, a existência do *BEPS* cria, efectivamente, sérias dificuldades aos Estados na construção e aplicação dos seus sistemas fiscais e na conjugação dos mesmos com os sistemas de outros Estados. Será, assim, tanto um problema orçamental, como um problema de política fiscal.

Numa tentativa – ainda que singela – de avançar uma definição de erosão das bases fiscais, assumimo-la como a diminuição do universo passível de afectação pelo tributo em causa<sup>4</sup>, podendo ser subjectiva ou objectiva, na mesma medida que a incidência. Enquanto a incidência se afere ao nível de um tributo em especial, as bases fiscais, neste sentido, reconduzem-se ao universo composto por pessoas e realidades jurídicas ou de facto, sobre as quais o Estado poderá impor a tributação (ou determinar a

---

<sup>1</sup>Sobre a “agressividade” do planeamento servirá, para já, dizer que no âmbito do projecto *BEPS* todo o planeamento fiscal é tratado com desdém e como realidade nefasta. Não concordamos com esta visão. No âmbito do *BEPS*, conforme se verá pela análise efectuada aos textos basilares sobre o tema, são tratados diversos esquemas, divergindo estes, na substância e na forma. Entendemos, e é esta a nossa premissa, que o planeamento fiscal – lícito – é uma resposta economicamente racional dos contribuintes às diferenças entre legislações, ou às oportunidades de poupança que as legislações fiscais atribuem (voluntária ou involuntariamente).

<sup>2</sup>Poderíamos traduzir a expressão *profit shifting*, para locuções semelhantes à adoptada como, por exemplo, “relocalização de rendimentos” ou “alocação de rendimentos”. Contudo, conforme veremos adiante, em língua portuguesa é esta a expressão utilizada pela Comissão de Reforma do IRC, dando-nos assim o conforto necessário à sua adopção.

<sup>3</sup>Diz-se que o *BEPS* representa um paradoxo, na medida em que, como se verá, poderá ser um problema e/ou uma solução para os Estados.

<sup>4</sup>Não se trata, pois, da diminuição da abrangência ou do campo de aplicação do Imposto, na medida em que a erosão não é determinada por uma redução da previsão normativa.

incidência de determinado tributo). Assim, a erosão das bases fiscais chamar-se-á de subjectiva, quando reportada à diminuição do universo dos sujeitos atingidos pelo imposto, e de objectiva, quando reportada à diminuição da expressão dos factos a que o imposto efectivamente se aplica.

Ao que aqui nos interessa, a erosão subjectiva ocorrerá com a diminuição dos sujeitos passivos do imposto sobre o rendimento, através da realocização ou transferência dos contribuintes – da sua residência - de umas jurisdições para outras, por motivos fiscais<sup>5</sup>. Correlativamente, a erosão objectiva ocorrerá sempre que se verifique uma diminuição da expressão quantitativa dos factos atingidos pela tributação, dentro daqueles que sejam previstos nas normas de incidência do imposto<sup>6</sup>.

Por seu turno, deverá entender-se por alocação de resultados aquela situação em que os sujeitos passivos através de actos voluntários conseguem influenciar a aplicabilidade das normas ou o resultado dessa aplicação, no sentido de determinarem, por si, qual a jurisdição competente para a tributação do rendimento em causa, ou qual a parcela do mesmo.

Assim, este não se deverá confundir com o conceito de erosão das bases tributáveis, conforme entendido *supra*, estando, contudo, intrinsecamente conexo com o mesmo, na medida em que a alocação de um determinado rendimento a uma determinada jurisdição, irá, provavelmente, reduzir a base tributável numa outra jurisdição<sup>7 8</sup>.

Por outro lado, e além do significado de cada uma das partes que compõem a expressão, *BEPS* representa, no fundo, o fenómeno da erosão – objectiva – das bases

---

<sup>5</sup>Pondo verdadeiramente em evidência a possibilidade do voto “com os pés”. Ainda que, diga-se, aqui não se trate muitas das vezes de uma movimentação física mas, antes, puramente jurídica.

<sup>6</sup>Para a análise das questões associadas ao *BEPS*, será prudente ter sempre em mente esta dualidade do conceito de erosão, considerando que, as causas, os efeitos, os possíveis remédios e, bem assim, o tratamento a dar-lhes, terá necessariamente de ser diverso.

<sup>7</sup>Isto é assim, porquanto o “jogo da tributação” é um jogo de soma zero, quando aplicados direitos de tributação exclusivos ou funcionando mecanismos de eliminação de dupla-tributação, como o método da isenção.

<sup>8</sup>Sobre a dupla tributação internacional e os métodos para a sua eliminação, v. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2.<sup>a</sup> Edição actualizada, Coimbra, Almedina, 2011; PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984, e bibliografia apontada nestas obras.

fiscais, mediante utilização de mecanismos e instrumentos que permitam a alocação de resultados às jurisdições pretendidas. Com efeito, por *BEPS*, entendemos o fenómeno criado por actos voluntários e não acidentais dos contribuintes, que tenham como objectivo a determinação da jurisdição competente para a tributação (*jurisdiction to tax*)<sup>9</sup> <sup>10</sup> de determinado rendimento, e como efeito, a redução da taxa efectiva de imposto suportada a nível global pela entidade em causa, no exercício de uma actividade.

*BEPS*, não é expressão única no que respeita ao conhecimento e estudo de algumas questões relacionadas com este fenómeno. A alocação de resultados, no tocante à provocação de situações de dupla não-tributação, tem vindo a ser tratada pelo professor Edward D. Kleinbard sob a designação *stateless income*<sup>11-12</sup> ou, em português, rendimento apátrida<sup>13</sup>. Este autor define como rendimento apátrida, o rendimento que seja alocado – mediante a utilização de certas estruturas e instrumentos – às entidades integrantes de um grupo empresarial sujeitas a um regime de tributação mais favorável.

---

<sup>9</sup>Sobre o conceito de jurisdição tributária no Direito Internacional Público v. MARTHA, Rutsel, *The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, Kluwer Law, 1989 e LAITY, Eric T., *The Competence of Nations and International Tax Law* (April 15, 2006), disponível em <http://ssrn.com/abstract=897082> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.897082>, e do ponto de vista do Direito Internacional Tributário, a sua distribuição entre os Estados, as fontes dessa ordenação e os seus limites, v. XAVIER, Alberto, *Direito Internacional Tributário*, Almedina, 2ª Edição, 2011; NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, 2004, págs. 269 e ss.; SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, 3.ª Edição, 2007, págs. 75 e ss; PEREIRA, Paula Rosado, *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, 2010, págs. 55 a 60.

<sup>10</sup>Repita-se ainda, que estas normas podem ser internas, convencionais ou mesmo puramente internacionais. SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 75 e ss e XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição actualizada, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 3 e ss para distinção entre as normas de distribuição da competência tributária.

<sup>11</sup>KLEINBARD, Edward D., *Stateless income*, *Florida Tax Review*, Vol. XI, n.º 9, 2011.

<sup>12</sup>Esta designação, invoca imediatamente a percepção da existência de situações de completa ausência de tributação. Ao contrário do conceito de *BEPS*, que compreende diversas formas e efeitos provocados pelo planeamento fiscal, o conceito de *stateless income* apresenta-se mais estrito, na medida em que traduz apenas um dos efeitos de algumas formas de planeamento.

<sup>13</sup>Tradução do autor, do que à letra seria “rendimento sem Estado”.

Este fenómeno – do *stateless income* –, refere-se, apenas, àquelas situações em que (tendencialmente) inexistindo uma alteração dos factos subjacentes à produção do rendimento, a alocação de resultados dentro de um grupo societário resulta na tributação por um Estado que poderá não ter uma conexão relevante com o rendimento ou os factores subjacentes à sua produção nem, tão-pouco, com a residência da sociedade dominante, tendente à ausência de tributação ou que esta venha a ocorrer a uma taxa inferior àquela a que estaria sujeito nos Estados da fonte do rendimento, ou da residência da sociedade dominante<sup>14</sup>.

## 2.2 - Efeitos do BEPS

Tendo já referido o que se entende por *BEPS*, podemos agora simplesmente referir-nos a ele enquanto fenómeno ou, pelo contrário, distinguir, pontualmente e quando necessário, se nos referimos à erosão das bases fiscais ou antes à alocação de resultados.

A este fenómeno são apontados diversos efeitos nocivos, os quais cumpre aqui expor para que se compreendam as razões subjacentes ao desenvolvimento da discussão e dos esforços empreendidos no combate ao mesmo.

Conforme se aludiu já, a locução *BEPS* representa simultaneamente causa(s) e o seu principal<sup>15</sup> efeito.

A erosão das bases fiscais (*base erosion*) resultará, imediatamente, da alocação de resultados, porquanto as bases tributáveis (quer subjectivas, quer objectivas) são, naturalmente, escassas, e todos os Estados competem pelo maior número de indivíduos, entidades e factos sobre os quais pretendem exercer a sua competência tributária. Ora, a realocação de sujeitos passivos ou de rendimentos significará uma diminuição da base na jurisdição “de origem”, representando, por isso, uma menor receita fiscal nesse Estado.

---

<sup>14</sup>“*Stateless income thus can be understood as the movement of taxable income within a multinational group from high-tax to low-tax source countries without shifting the location of externally-supplied capital or activities involving third parties*”, KLEINBARD, Edward D., *Stateless income, ...*, pág. 702.

<sup>15</sup>Pelo menos, o efeito mais mediático e politicamente mais explorável, daí decorrendo – em nossa opinião – a escolha da expressão.

Um outro efeito imputado ao *BEPS*, será o da formação junto dos contribuintes (principalmente singulares e de rendimentos mais reduzidos ou exclusivamente derivados de fontes com menor mobilidade) de uma sensação de injustiça na distribuição dos encargos tributários. A esta percepção, associa-se o risco de diminuição dos níveis de cumprimento voluntário<sup>16</sup> das suas obrigações tributárias pelos sujeitos passivos<sup>17</sup>, que virá necessariamente aumentar a pressão sobre as administrações fiscais para o controlo do cumprimento, aumentando os riscos de perda de receita fiscal em impostos como o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), do qual depende em grande medida a receita fiscal global.

Por outro lado, e como terceiro efeito, o *BEPS* manifestar-se-á através da atribuição de vantagens competitivas às empresas multinacionais sobre as empresas que exerçam a sua actividade apenas em conexão com uma jurisdição<sup>18</sup>. Este efeito, tem por base um entendimento bastante simples: uma estrutura internacional terá, provavelmente, a capacidade de organizar os seus interesses e produção de forma a aproveitar das vantagens fiscais concedidas pelos diversos Estados.

Um quarto efeito comumente atribuído ao *BEPS* – e ao planeamento fiscal

---

<sup>16</sup>Há quem afirme uma diminuição da “moral” do contribuinte comum e o aumento dos custos com as alterações legislativas necessárias a combater o crescente incumprimento, v. SCHIZER, David, *Sticks and Snakes: Derivatives and Curtailing Aggressive Tax Planning*, Southern California Law Review, Setembro de 2000. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=228248>, págs. 19 e 20.

<sup>17</sup>Cuja prova da existência caberá mais ao ramo da Psicologia que ao do Direito. Em todo o caso, parece-nos uma conclusão razoável se se partir do pressuposto que a generalidade dos contribuintes cumprem com as suas obrigações tributárias para evitar as sanções estipuladas.

<sup>18</sup>Sobre esta questão, deve-se deixar claro que estas vantagens dependem de diversos factores, não sendo sempre correcto afirmar-se da sua existência, devendo ter-se em conta a comparabilidade das empresas em causa. Neste sentido, v. OLIVEIRA, António Fernandes de, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal: As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, 2009, pág. 40 e ss, e bibliografia aí citada. Em todo o caso, as vantagens competitivas das multinacionais revelam-se, acima de tudo, no tocante aos preços de transferência. Efectivamente, as grandes empresas exercem grande parte da sua actividade através da exploração de bens intangíveis cujo valor em operações realizadas entre sociedades relacionadas é de difícil determinação, sendo possível um espectro de valores prováveis ou aceitáveis, permitindo às multinacionais alocar maior rendimento às jurisdições cuja carga tributária seja menor. Sobre a vantagem competitiva decorrente da exploração de bens intangíveis, v. BRAUNER, Yariv, *Value in the Eye of the Beholder: The valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, Virginia Tax Review, 79, pág. 161 e 162, disponível em <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/18/>.

em geral –, será a criação de ineficiências do ponto de vista económico. O *BEPS* representará, assim, uma desvirtuação da aplicabilidade das normas quer internacionais, quer nacionais, tornando a sua aplicação ineficiente<sup>19</sup>.

Finalmente, é apontado como efeito do *BEPS* o surgimento de problemas de equilíbrio<sup>20</sup> e racionalidade na distribuição das competências de tributação entre os Estados. É, assim, afirmado que o planeamento fiscal das multinacionais possa mesmo por em causa a soberania dos Estados, na medida em que resulta do planeamento uma limitação – provocada pela conduta dos contribuintes – da aplicação de direitos de tributação de determinado Estado, conforme previstos pelas normas e princípios internacionais, negando (ou limitando) a tributação no Estado que em princípio seria competente para a tributação de determinado rendimento.

### *2.3 - Cronologia e contexto económico em que se desenvolve a discussão*

Nesta secção, pretende-se aludir um pouco sobre o como e o porquê do nascimento da discussão em torno do *BEPS*, da sua dimensão, do seu mediatismo e crescente interesse público em torno dos desenvolvimentos nesta sede – que se verificam um pouco por todo o mundo, mas com especial incidência nos Estados Unidos da América<sup>21</sup>.

O *BEPS* não é, diga-se, um fenómeno novo. Nem mesmo o conhecimento da existência do problema ou o debate em torno do mesmo se apresenta como novidade. A dimensão do debate, o seu mediatismo e o recente interesse demonstrado pelo público em geral, é que se alteraram imensamente, pressionando todos os actores – quer Governos e Instituições Internacionais, quer as próprias empresas – à prestação de explicações e desenvolvimento de soluções.

Efectivamente, as referências ao *BEPS* datam já dos trabalhos da Liga das

---

<sup>19</sup>Refira-se, a este respeito, que a OCDE parece partir do pressuposto que as normas e os princípios internacionais se encontram desenhados perfeitamente, deles resultando a maior eficiência possível. Sobre a questão da eficiência económica e normativa, v. OLIVEIRA, António Fernandes de, ..., págs. 26 e 27 e nota 18.

<sup>20</sup>Pelo menos, do equilíbrio pretendido aquando da formulação dos princípios e normas internacionais.

<sup>21</sup>E, talvez, esse maior debate seja derivado da própria cultura americana. A tributação é uma constante no debate político nos Estados Unidos da América, e não apenas em alturas de dificuldades Orçamentais.

Nações<sup>22</sup>. Sendo amplamente reconhecido o papel que coube à Liga das Nações na criação das bases do actual sistema internacional<sup>23</sup>, aí se devem, desde logo, procurar as primeiras referências ao *BEPS*.

Apontam-se, assim, como cruciais as preocupações evidenciadas no Relatório preparado pelo Comité de Especialistas em Dupla Tributação e Evasão Fiscal<sup>24</sup>, datado de 1927.

Neste relatório, assumia-se a paridade de importância entre a evitação da dupla tributação – que representava um sério entrave ao desejado comércio internacional e ao desenvolvimento económico – e a evitação da dupla não-tributação. No entanto, o certo é que desde o início do desenvolvimento dos trabalhos de coordenação entre os Estados, a sua maior preocupação foi a de eliminar (ou atenuar) as situações de dupla tributação, sendo descurada a articulação de medidas e instrumentos que evitassem esse outro problema, o da dupla não-tributação. Esse facto apenas recentemente voltou a ser evidenciado e, geralmente, através de discursos mais ou menos politizados em que surgem as empresas multinacionais como foco central da crítica, sendo-lhes imputada a culpa daquele descaminho, em virtude da pressão que exercem para a implementação de soluções visando a eliminação da dupla tributação<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup>AULT, Hugh J., *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance – Working Paper 2013-03, Department of Business and Tax Law – Department of Public Economics, July 2013, Reprinted from Taxes Notes International, Vol. 70, nr. 12, June 17, 2013; pág. 1195*, disponível para consulta em <http://www.tax.mpg.de>.

<sup>23</sup>Tendo nessa sede surgindo os princípios da tributação das situações plurilocalizadas, como os princípios da primazia da tributação na residência e reduzida tributação na fonte; a relevância do estabelecimento estável e, acima de tudo, os mecanismos de eliminação da dupla tributação. V. neste sentido, AULT, Hugh J., *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles, ..., cit., pág. 119*.

<sup>24</sup>*Relatório preparado pelo Comité de Especialistas em Dupla Tributação e Evasão Fiscal*, Liga das Nações, Publicações, 1927.

<sup>25</sup>Esse tipo de discurso, parece pretender escudar os Estados de crítica à sua própria actuação. Não cremos, porém, ser possível dissociar os resultados menos satisfatórios no tocante à prevenção da dupla não-tributação de uma certa vontade dos Estados nesse mesmo resultado, na medida em que existe também por parte destes um aproveitamento dessa realidade. Conhecedores da tendência economicamente motivada das multinacionais no aproveitamento das deficiências do sistema fiscal internacional, os Estados acabam por desenhar os seus ordenamentos por forma a potenciar – do ponto de vista da sua receita interna – estas fragilidades.

Seja como for, a questão só se torna verdadeiramente incontornável – principalmente para os decisores políticos – quando, em 2011, a agência *Bloomberg* passa a dedicar um *link* permanente na internet intitulado “*The Great Corporate Tax Dodge*”<sup>26</sup>, onde se reúnem notícias e artigos sobre as estruturas fiscais utilizadas por algumas empresas multinacionais bem conhecidas do público, como a *Apple*<sup>27</sup>, *Google*<sup>28</sup> ou *Starbucks*<sup>29</sup>.

Efectivamente, e embora nos Estados Unidos da América se discutisse há muito tempo a questão do *BEPS*<sup>30</sup>, os casos como o da *Google* ou da *Starbucks*, vieram torna-lo também num problema dos países europeus, atendendo à geografia das estruturas utilizadas por estas empresas abranger também estes últimos, sendo estes muitas vezes essenciais para a sua efectivação<sup>31</sup>.

É também necessário notar que tudo isto surge numa altura em que os Estados se encontram a lutar contra sérias restrições orçamentais, derivadas da crise económica e financeira de 2005. As medidas implementadas para fazer face à crise, sobretudo na União Europeia, tiveram implicações brutais ao nível fiscal, que se materializaram

---

<sup>26</sup>Este *site* foi desenhado especificamente para agregar notícias e desenvolvimentos relativos a estas matérias, acessível através do endereço <http://topics.bloomberg.com/the-great-corporate-tax-dodge/>.

<sup>27</sup>Sobre a estrutura da *Apple*, v. TING, Antony, *iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, British Tax Review, 1, 2014, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2411297>.

<sup>28</sup>A estrutura utilizada pela *Google* foi analisada, por exemplo, em LOOMIS, Stephen C., *The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens*, St. Mary's Law Journal, 2012, disponível em [http://www.stmaryslawjournal.org/pdfs/loomis\\_recent\\_development.pdf](http://www.stmaryslawjournal.org/pdfs/loomis_recent_development.pdf).

<sup>29</sup>Sobre a estrutura da *Starbucks*, v. KLEINBARD, Edward D., *Through a Latte, Darkly: Starbucks's Stateless Income Planning*, Tax Notes, 24 de Junho, 2013, págs. 1515-1535, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2264384>.

<sup>30</sup>AULT, Hugh J.,..., *cit.*,pág. 1196. Nos Estados Unidos da América a preocupação surgiu pela afectação massiva de activos intangíveis – desenvolvidos neste país – a entidades residentes em *off-shores*. Efectivamente, este tipo de activos apresentam-se como um dos meios mais utilizados – e mais eficazes – para a alocação (que é muitas vezes legítima) de resultados. Contudo e a título paralelo, note-se que a discussão se tornou verdadeiramente séria e dela se pretendam tirar consequências, uma vez afectado um Estado que em muito beneficiou durante largos anos com este tipo de práticas.

<sup>31</sup>De facto, para além de se situarem na Europa alguns dos regimes fiscais mais competitivos a nível mundial, contribui muito a existência de um mercado único que motivou a diluição das barreiras fiscais e se criaram mecanismos de eliminação da dupla tributação atreitos à sua utilização para efeitos de planeamento fiscal.

essencialmente no aumento da receita apoiada na subida de impostos e em especial nos impostos sobre as pessoas singulares e fortunas.

Assim, no final dos trabalhos do Sétimo Encontro do G-20<sup>32</sup>, em 2012, e sob forte pressão da opinião pública, os representantes dos Estados anunciaram na sua declaração conjunta a necessidade de prevenir a erosão das bases fiscais e a alocação de resultados, e a sua intenção de acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos levados a cabo pela OCDE, neste sentido<sup>33</sup>.

Esta declaração terá sido entendida como um quase-mandato conferido pelo G-20 à OCDE, e esta não tardou a publicar o seu Relatório intitulado “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*” (Relatório *BEPS*)<sup>34</sup>, que viria a ser posteriormente apresentado ao G-20, em Fevereiro de 2013. Finalmente, e na decorrência do Relatório *BEPS*, foi desenvolvido e apresentado ao G20, em Julho de 2013, o anunciado e necessário “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*” (Plano de Acção).

#### 2.4 – O papel da OCDE

Conforme é sabido, a OCDE tem vindo a ser a organização que nos anos recentes, vem exercendo uma maior influência e destaque no que tange ao desenvolvimento de estudos e políticas de natureza económica e social. De facto, esta Organização tem vindo a assumir com particular relevância a dianteira da concertação internacional de políticas económicas, entre elas, as de índole tributária, principalmente com todo o trabalho que tem vindo a produzir no âmbito da tributação internacional<sup>35</sup>.

Se por um lado é inegável a importância e influência de que goza a nível mundial, verdade é, contudo, que a OCDE não é uma Instituição supra-nacional com

---

<sup>32</sup>Que decorreu em Los Cabos, México, entre os dias 18 e 19 de Junho.

<sup>33</sup>Neste sentido, v. AULT, Hugh J., *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles,...*, cit., pág. 1196. Sobre a Declaração do G20, v. *G20 Leaders Declaration*, em particular, quanto ao nosso tema, pág. 8. Este documento encontra-se disponível para consulta em [https://www.g20.org/official\\_resources/los\\_cabos\\_g20\\_leaders\\_declaration](https://www.g20.org/official_resources/los_cabos_g20_leaders_declaration).

<sup>34</sup>Publicado em Janeiro, cerca de meio ano após o Encontro do G20 em Los Cabos.

<sup>35</sup>Do qual se destaca, desde logo, a elaboração e promoção da Convenção Modelo sobre a tributação do rendimento e do património. Datando a sua primeira versão de 1958, já alterada diversas vezes, sendo a mais recente alteração de 2010.

poderes vinculativos e cujas decisões tenham de ser acatadas pelos Estados membros (e, muito menos, por Estados não membros). É, antes, um fórum<sup>36</sup> de cooperação entre Estados (como o próprio nome indica) que dessa forma coordenam entre si políticas nas mais variadas áreas tendentes ao bem-estar geral, mas cuja implementação sempre será voluntária para cada Estado membro<sup>37</sup>. Porém, considerando o extenso número de países membros da OCDE e, acima de tudo, o peso político, militar e económico<sup>38</sup>, que alguns destes países apresentam, acaba a própria OCDE por sair reforçada, permitindo que os seus relatórios, estudos e “decisões” assumam muitas vezes uma relevância de quase-obrigatoriedade.

Além das descritas circunstâncias e características, acresce a sua estrutura e capacidade técnica como factores que permitiram à OCDE assumir a dianteira dos trabalhos a realizar no âmbito do *BEPS*.

Antes de mais, merece ainda referência neste ponto, a existências de vários trabalhos levados a cabo pela OCDE, sobre temas específicos e parcelares conexos com o *BEPS*, mas anteriores ao início do actual projecto (*BEPS Project*). Relativamente ao tema que aqui nos ocupa, importa sobretudo destacar um em especial, relativo à concorrência fiscal prejudicial. Este texto, intitulado de *Harmful tax competition: An Emerging Global Issue*<sup>39</sup>, onde, além da análise de dezenas de regimes fiscais – muitos foram considerados prejudiciais e, em consequência, abolidos pelos Estados –, resulta fundamentalmente uma sensibilidade por parte dos Estados quanto à necessidade de estabelecimento de regras no tocante à concorrência leal e não auto-destrutiva.

Contudo, centraremos o nosso estudo apenas no Relatório e Plano de Acção *BEPS*, em virtude da sua directa incidência e, também, por nestes se ter em conta muitos dos outros trabalhos já produzidos – quer seja como forma de reafirmação dos mesmos, quer seja de preparação para sua revisão.

---

<sup>36</sup>Um “clube” de países ricos, como muitas vezes é apelidada.

<sup>37</sup>Para maior detalhe acerca da OCDE e suas áreas de trabalho, consultar o *site* oficial: [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>38</sup>Ainda que este peso não seja, nem de perto, nem de longe, comparável ao que detinham há poucos anos. Basta lembrar que países como a China, África do Sul, Brasil e Angola, não são membros da OCDE.

<sup>39</sup>OECD (1998), *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, disponível em <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>.

### 3 – O Relatório *BEPS*

#### 3.1 – *Estrutura e abordagem do Relatório*

Neste ponto, iremos fazer uma incursão pelo Relatório *BEPS*<sup>40</sup> com o intuito de compreender o âmbito da análise da OCDE, quais os seus objectivos e conclusões.

O Relatório *BEPS*, e grande parte da discussão em torno do tema surge, conforme já se referiu, num concreto contexto. E foi esse contexto que forçou a OCDE<sup>41</sup> a iniciar trabalhos mais visíveis e a passo mais acelerado, tendentes à identificação das fragilidades do sistema tributário internacional e, bem assim, ao desenvolvimento de soluções concretas para aquelas debilidades. Talvez por essa razão, o Relatório pareça redigido e orientado no sentido da culpabilização das empresas multinacionais, pelo seu aproveitamento da permissividade das legislações dos Estados.

O Relatório está ordenado em cinco capítulos, e quatro anexos.

Num primeiro capítulo<sup>42</sup>, é feita uma introdução ao *BEPS* e correspondente discussão.

Num segundo capítulo<sup>43</sup>, pretende-se avaliar qual a expressão do fenómeno na receita dos Estados, através de alguns dados e estudos disponíveis ao público em geral.

Por sua vez, no terceiro capítulo<sup>44</sup>, evidenciam-se algumas das consequências da globalização e da adopção de novos modelos de negócio e, ainda, a importância da tributação nesses modelos de negócio, nomeadamente ao nível da competitividade das empresas. Tratam-se, também, questões relacionadas com a competitividade, não já das empresas, mas antes dos Estados, fazendo apelo a princípios e estudos já desenvolvidos

---

<sup>40</sup>OECD(2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/8789264192744-en>.

<sup>41</sup>Muito pela sua posição privilegiada mas, talvez, também por necessidade da própria Organização. Não nos podemos deixar de perguntar, em que medida a OCDE não pretende assegurar a sua relevância em matérias como a tributação, como forma de garantia de influência dos seus membros nos desenvolvimentos nesta sede.

<sup>42</sup>OECD(2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ..., págs. 13 e 14.

<sup>43</sup>Intitulado “*How big a problem is BEPS? An Overview of the available data*”, ..., *cit.* págs. 15 a 23.

<sup>44</sup>Com o título “*Global business models, competitiveness, corporate governance and taxation*”, ..., *cit.* págs. 25 a 31.

anteriormente<sup>45</sup>. Finalmente, neste capítulo, a OCDE expressa a sua posição relativa aos deveres de boa governação dos administradores das sociedades e à bondade do recurso a mecanismos de planeamento fiscal.

No quarto capítulo<sup>46</sup>, começa-se por recordar os princípios-chave subjacentes à tributação das operações transfronteiriças, após o que se refere quais desses princípios geram as maiores oportunidades para o planeamento.

No quinto capítulo<sup>47</sup>, apresentam-se as conclusões da OCDE relativamente às “áreas de pressão” detectadas e os passos seguintes a tomar no sentido do estudo e desenvolvimento de soluções, nessas áreas. Trata-se, também, de apontar a necessidade do desenvolvimento de um plano de acções para o combate ao *BEPS*. Isto é, desenham-se as bases e conferem-se “mandatos” necessários para o desenvolvimento do Plano de Acção<sup>48</sup>. Finalmente, apela-se à coordenação entre as Administrações Fiscais das acções por si levadas a cabo no que concerne aos esquemas de planeamento fiscal detectados.

Pensamos, assim, ser justo afirmar que o verdadeiro impacto deste Relatório advirá da implementação do consequente Plano de Acção, direccionado ao desenvolvimento de diversos relatórios parcelares, relativos a sectores ou áreas de pressão, tendente a uma efectiva reforma do sistema internacional de tributação das empresas.

### 3.2 – Conclusões do Relatório

A OCDE declara como objectivos deste Relatório a apresentação dos problemas derivados ou relacionados com o *BEPS*.

Assim, pretende-se com o Relatório uma consciencialização de todos os actores<sup>49</sup> para os problemas relacionados com o *BEPS* e a forma como a sua existência

---

<sup>45</sup>O que não deixa de ser um reconhecimento, ainda que singelo, da culpabilidade dos Estados relativamente às situações identificadas.

<sup>46</sup>Intitulado “*Key Tax principles and opportunities for Base erosion and profit shifting*”, ..., *cit.*, págs. 30 a 46.

<sup>47</sup>“*Addressing concerns related to base erosion and profit shifting*”, ..., *cit.*, págs. 47 a 53.

<sup>48</sup>O *Action Plan*, do qual se falará adiante.

<sup>49</sup>Mesmo empresas, e sobretudo aquelas que exerçam exclusivamente a sua actividade dentro de fronteiras, pela influência que podem exercer junto dos seus representantes políticos.

afecta cada um deles e a comunidade.

Em segundo lugar, pretende lançar-se as bases de discussão sobre os pontos principais, ou de pressão<sup>50</sup>. Isto é, trata-se de um Relatório que pretende abordar os temas e questões consideradas fulcrais no combate ao *BEPS*, sem deixar de reconhecer que este âmbito da análise é o mais geral possível, ainda que existam outras áreas que deveriam ser objecto de estudo e desenvolvimento. Por outro lado, o Relatório deverá servir também como forma de demonstração da importância do problema – aqui falhando redondamente por não apresentar números, reconhecendo-se que os dados coligidos nesta sede são insuficientes e muitas vezes contraditórios<sup>51</sup>; Além disso, porque não se debruçar sobre a prova sequer da existência do *BEPS*, aceitando-o como dado adquirido<sup>52</sup>.

Neste Relatório, a Organização pretendeu abordar a questão da alocação de resultados, como causa da erosão das (já insuficientes) bases fiscais, de forma holística, pretendendo tratar de, virtualmente, todos os pontos de pressão ou, por outras palavras, todas as questões subjacentes às possibilidades oferecidas ou fragilidades exploráveis do sistema tributário internacional.

Neste texto, a OCDE assume como os principais problemas provocados pelo planeamento fiscal agressivo, sentidos tanto pelos seus membros como por países não membros – por ordem de importância, a diminuição das receitas fiscais colectadas pelos Estados, o risco que as práticas representam para a soberania fiscal dos Estados e, sublinha ainda, as injustiças criadas pelo planeamento na distribuição dos encargos tributários. Parece-nos estranha esta ordenação que relega para segundo plano as questões relacionadas com a injustiça que ocorre pela necessidade de sobrecarga dos

---

<sup>50</sup>As “*pressure areas*”, v. OECD(2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit., pág. 47.

<sup>51</sup>A este respeito, v. *infra* o nosso 4.1 *Action Plan*, parágrafo h..

<sup>52</sup>BRAUNER, Yariv, *What the BEPS?*, 2014, pág. 6, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2408034> . Este autor, defende a importância do projecto, e admite a crítica relativamente à falta de dados e estudo sobre o fenómeno, “*although the empirical research of BEPS is not as extensive and comprehensive as one would expect and the relevant data available clearly leaves something to be desired, they are significant enough to trigger action*”

contribuintes que não recorrem ao planeamento fiscal<sup>53</sup>.

Por outro lado, e ainda que não pareça, teoricamente<sup>54</sup>, uma primeira preocupação da Organização na elaboração do documento e na procura de soluções para o *BEPS*, refere-se também a generalização da sensação de impunibilidade das multinacionais, o que poderá conduzir a uma redução dos níveis de cumprimento voluntário, por parte de outros contribuintes<sup>55</sup>. Ora, atendendo às dificuldades das administrações fiscais em controlar o cumprimento das obrigações fiscais dos contribuintes derivadas da pura e simples ausência de meios e da impossibilidade de financiar o aumento dos mesmos, o próprio funcionamento dos impostos sobre a renda fica posto em crise. Como é sabido, o Estado depende, cada vez mais, da actuação dos contribuintes para o apuramento e pagamento dos impostos sobre o rendimento. Falhando estes, de forma generalizada, com as suas obrigações tributárias, a colecta e o controlo do imposto (e do cumprimento dos contribuintes) torna-se absolutamente impraticável ou excessivamente oneroso para o Estado.

É também referido pela Organização que o *BEPS* põe em causa a própria soberania fiscal dos Estados<sup>56</sup>, sem, contudo, especificar de que modo. Por outro lado, admite-se que as normas internacionais e os princípios a elas subjacentes se encontram desajustados face à chamada “nova economia”, permitindo um aproveitamento deste

---

<sup>53</sup>Com isto, não é por nós pretendido tirar consequências ao nível da legitimidade do recurso ao planeamento fiscal, que assumimos como um direito dos contribuintes. Contudo, trata-se de uma evidência: havendo contribuintes capazes de reduzir o imposto devido através do exercício da sua actividade, todos os outros contribuintes independentemente da sua natureza ou actividade, terão que suportar o encargo (adicional) dos bens públicos produzidos por esse Estado através do aumento da sua carga fiscal. Isto acontece, porquanto estes bens públicos não são reduzidos em proporção, mantendo-se inalteradas as necessidades do seu financiamento. Quanto a esta questão, v. ainda, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting, ..., cit*, pág. 5.

<sup>54</sup>Ainda que de forma quase despreocupada, a verdade é que, conforme já se referiu (v. *supra* ponto 2.3), o próprio Relatório é precedido de declarações políticas dos representantes dos Estados que compõem o G20, impulsionadas pela mediatização dos esquemas tributários das multinacionais e das poucas justificações que ainda restam aos Governos para o aumento da carga fiscal sobre o contribuinte comum.

<sup>55</sup>Uma vez que se se apresenta como vantajosa a situação criada pelo planeamento, significará, portanto, que as punições, quando aplicadas, não se apresentam severas o suficiente por forma a dissuadir as multinacionais do emprego de estratégias de planeamento fiscal.

<sup>56</sup>A este propósito v. OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting, ..., cit*. págs. 5 e 47.

facto por parte das multinacionais.<sup>57</sup>

Acresce, em nosso entendimento, que a soberania fiscal dos Estados não é posta em crise, simplesmente, por efeito do planeamento das empresas, como se este procedesse única e exclusivamente de uma espécie de falta de “civismo fiscal” destas. Em grande parte, o planeamento é potenciado pelos Estados através da introdução regimes que aliciam as multinacionais ao planeamento<sup>58</sup>, como forma de angariarem investimento, tendendo a promover o emprego, pretendendo, sobre aquele e sobre este, obter receitas fiscais adicionais<sup>59</sup>.

No Relatório expressa-se ainda a ideia da existência de um abuso por parte das multinacionais que, por um lado reivindicam e incentivam os Estados a cooperarem no sentido de desenvolverem normas e mecanismos de evitação da dupla tributação internacional, vindo, depois, aproveitar as fragilidades dessas normas e princípios para retirar dividendos anormais através de formas de planeamento e da consequente poupança fiscal<sup>60-61</sup>.

Finalmente, apresenta como culpados prováveis alguns princípios subjacentes ao ordenamento internacional tributário, que da sua desactualização e desajustamento à realidade económica, permitem - ou provocam mesmo - uma actuação das empresas tendente à alocação de resultados.

De modo geral, e desde logo, são avançadas no Relatório uma série de conclusões preliminares. A saber: necessidade de mais transparência no tocante à taxa

---

<sup>57</sup>Quanto a esta questão v. OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit, págs.7, 27, 28, 35, e, especificamente quanto às oportunidades para o BEPS, págs. 39 e ss.

<sup>58</sup>Jogando com princípios de racionalidade económica subjacentes à poupança fiscal.

<sup>59</sup>v. OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ...,cit, pág. 28, com os problemas daí decorrentes e com os limites de competição fiscal aí, também, explanados. Sobre os regimes prejudiciais v. OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ...,cit, págs. 28 e 29, e OECD (1998), *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*.

<sup>60</sup>OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ...,cit, pág. 34.

<sup>61</sup>Sobre este argumento, através do qual se pretende atribuir a responsabilidade unicamente às empresas de disfunção de alguns aspectos do sistema actual. v. *supra* o nosso ponto 2.2.

efectiva de imposto suportado pelas empresas multinacionais<sup>62</sup>; existência de discrepâncias tanto na qualificação de entidades, como de determinados instrumentos jurídicos, principalmente financeiros; em especial, apresenta-se como uma “área de pressão” os preços de transferência, relacionados com gestão de risco intra-grupo, bens intangíveis, divisões de propriedade de bens e transacções improváveis entre entidades não relacionadas; ineficácia das cláusulas anti-abuso e das normas CFC<sup>63</sup>; existência de regimes preferências prejudiciais.

Assim, admite-se no Relatório que estes problemas (pelo menos em parte) provêm de assimetrias entre as legislações dos Estados, de assimetrias entre as legislações internas dos Estados e as Convenções por eles celebrados, e mesmo entre aquelas e os Princípios internacionais.

Relativamente aos preços de transferência, de facto, o trabalho da OCDE tem vindo a ser determinante. As “normas” de preços de transferência, hoje aceites e aplicadas um pouco por todo o mundo e de uma forma muito uniforme, foram construídas segundo as orientações da OCDE através das suas *guidelines*<sup>64</sup>, e documentos paralelos sobre situações pontuais, às quais a aplicação das regras gerais se mostrou ineficiente<sup>65</sup>. Contudo, nesta sede, a Organização insiste nos princípios desenvolvidos, demonstrando uma clara intenção de adaptação – quanto muito. Com efeito, as soluções previstas passam pela oneração dos contribuintes com pesados custos de cumprimento relativos a preços de transferência, como seja o “aumento da transparência” das operações intra-grupo, através da imposição de requisitos de documentação mais apertados, e de maior revelação de informação, muitas vezes

---

<sup>62</sup>Ao nível do grupo e não ao nível de cada uma das sociedades que integram esse grupo. Esta necessidade revela-se, quando se atende ao facto de que o imposto a pagar por cada uma das sociedades, em virtude do planeamento efectuado ao nível do grupo e pela sua organização jurídica e económica, a taxa aplicável é, do ponto de vista do Estado da residência, perfeitamente ajustado.

<sup>63</sup> *Controlled Foreign Companies*.

<sup>64</sup>OECD (2010), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing.

<sup>65</sup>Por exemplo, OECD (2012), *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing. disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>.

sensível, relativa à forma de organização e condução dos negócios pelo grupo<sup>66</sup>. Mas mais, refere-se a necessidade das Autoridades tributárias disporem “a todo o tempo” de informação suficiente quanto a preços de transferência, podendo tanto significar um controlo absoluto da administração, provocando uma invasão da esfera das empresas muito dificilmente compatível com os seus direitos constitucionais<sup>67</sup>.

Entende a Organização, que apenas poderá ser possível travar a alocação de resultados se entendermos o fenómeno como um todo, ainda que através de um estudo compartimentado, mas sem descurar que todos os problemas se encontram interligados, que dependem uns dos outros intrinsecamente.

Terá de ser um trabalho, quer de investigação e desenvolvimento de soluções, quer na sua aplicação, global, que compreenda quer os Estados membros, quer Estados não membros da Organização, dizendo-se expressamente que a “coordenação será a chave”<sup>68</sup> do seu sucesso. Falhando isso, os problemas causados poderiam ser de toda a ordem, nomeadamente, a múltipla tributação das multinacionais – o que por si só, representaria um enorme retrocesso na tributação internacional e, conseqüentemente, no comércio internacional. Por outro lado, uma actuação descoordenada entre os estados poderá levar também ao inverso. Isto é, as acções levadas a cabo individualmente pelos Estados, se contrárias ao espírito do Relatório, poderão criar novas fontes de discrepâncias (*mismatches*) entre as várias legislações, aprofundando um dos problemas que se pretende corrigir.

Contudo, a Organização não tem ilusões: a coordenação necessária entre os Estados e, principalmente tendo em conta o vasto número de Estados que se pretendem envolvidos nesta mudança, encontra diversos problemas, uns mais evidentes que outros.

---

<sup>66</sup>Podendo estar em causa matérias protegidas por patentes que, de facto, garantem a vantagem competitiva de certos grupos – alheias a qualquer motivação fiscal. Como é exemplo a fórmula da Coca-Cola. Sobre este exemplo v. BRAUNER, Yavir, *Value in the Eye of the Beholder*, ... cit, pág. 88 e 89, em especial nota rodapé 30.

<sup>67</sup>Note-se que, não é de todo possível, assegurar-se aos cidadãos o sigilo sobre as informações obtidas, quanto à estrutura negocial, investimentos, ou, até mesmo, sobre a sua situação tributária quando, no caso português, contamos com dezenas de milhares de funcionários com acesso a essas informações.

<sup>68</sup>OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, ... cit. pág. 8.

Além de questões políticas difíceis de tornear<sup>69</sup>, existe também o problema da vastíssima rede de tratados já assinados e em vigor para evitar a dupla tributação – ascendendo a um número perto de 3.000<sup>70</sup>.

Um ponto importante a assinalar, relativamente aos efeitos do *BEPS*, além da erosão das bases fiscais e consequente perda de receita para os Estados, é o facto de ser expressamente referida a deslealdade da concorrência. Além da tantas vezes utilizada como pronto fulcral e central na discussão em torno do planeamento fiscal internacional vantagem competitiva das multinacionais, é também referida uma certa deslealdade existente na concorrência entre os próprios Estados<sup>71</sup>. De facto, e conforme se disse já, o planeamento fiscal internacional posto em prática pelas empresas evidencia também, a falta de civismo entre os Estados e, acima de tudo, que mesmo considerando os trabalhos já desenvolvidos sobre esta matéria e as legislações dentro dos Estados Federados e mesmo dentro da UE, os Estados continuam a exercer políticas de concorrência fiscal entre eles, levando à redução das suas taxas e aumento de regimes preferenciais, diminuindo a receita fiscal de todos os países à esfera global – pois todos eles terão tendência a seguir os passos de outros.

Doutra sorte, o *BEPS* é também apontado como fonte de ineficiências do ponto de vista económico. Assim, o planeamento fiscal provocaria uma utilização pouco racional de recursos, uma vez que os esquemas e mecanismos implementados acarretam custos que de outra maneira poderiam ser reinvestidos na actividade produtora.

Finalmente, refere-se também que o planeamento fiscal mina o cumprimento voluntário, pois cria a sensação nos outros contribuintes de que as multinacionais não pagam os impostos que deviam, isto é, de uma injustiça na distribuição dos encargos tributários.

### 3.2.1 – *Os princípios em crise*

---

<sup>69</sup>Por exemplo, e como já sucedeu no passado, será difícil vencer argumentos relacionados com a integridade e manutenção da soberania fiscal dos Estados. São, muitas vezes, tais argumentos a fechar portas à harmonização no âmbito da União Europeia. Tendo em conta a própria natureza da OCDE, o confronto com essa mesma argumentação levantará ainda mais dificuldades na participação e impulsionamento de uma certa harmonização.

<sup>70</sup>BRAUNER, Yariv, *What the BEPS?, ..., cit.* pág. 7.

<sup>71</sup>OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting, ..., cit.* págs. 50, 83 e 85.

Ainda que este título pareça enganoso, a verdade é que cumpre dizer desde já, que um dos princípios que seguramente não está em crise é o chamado princípio da independência (*arm's length principle*)<sup>72</sup>. De acordo com o Relatório, um dos “perigos” da discussão em torno do *BEPS*, centra-se precisamente no facto das multinacionais e mesmo os Estados atribuírem ao Princípio culpas, no que tange à facilidade de manipulação dos preços praticados nas operações inter-grupo.

Revela-se uma enorme incapacidade por parte da OCDE em considerar alterações fundamentais ao sistema de determinação do valor das “operações condicionadas” por si desenvolvido e defendido. Mantém-se assim, sumariamente, a validade e desnecessidade de aplicação de sistemas complementares ou alternativos ao princípio da independência. Mas mais, não só não se considera a pura e simples substituição do princípio, como não se considera a aplicação de outros (como o *formulary apportionment*)<sup>73</sup> àquelas situações que, declaradamente, o princípio da independência tem produzido resultados insatisfatórios ou mesmo ilógicos<sup>74</sup>, procedendo-se a “actualizações” ou “adaptações” pontuais deste princípio. Essa mesma orientação futura resulta, claramente, do Relatório.

Dito isto, passemos então aos princípios que – em nosso entendimento – é equacionada a sua revisão, ainda que, talvez não abertamente<sup>75</sup>, como forma a obviar a movimentos de resistência por parte dos Estados.

Através do que atrás se expôs, parece poder concluir-se pela tentativa por parte

---

<sup>72</sup>Este princípio, utilizado para aferir da correcção do valor estipulado nas operações entre empresas relacionadas, para efeitos tributários, significa que estas devem ser avaliadas como seriam caso não existissem essas relações especiais entre as partes, ou seja, numa situação de plena concorrência. Sobre o princípio v. OECD (2010), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ..., cit. Na doutrina, João Félix Nogueira, em TEIXEIRA, Gloria, BARROS, Duarte, (coord.), *Preços de Transferência e o Caso Português*, Vida Económica, 2004, págs. 307 e ss., PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica, 2006, págs. 33 e ss.

<sup>73</sup>Sobre as diferenças e conjugação entre estes dois sistemas, v. AVI-YONAH, Reuven S., *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, Law & Economics Working Papers, disponível no repositório online da Universidade de Michigan, [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_archive/art102](http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art102).

<sup>74</sup>Como o caso de alguns bens intangíveis.

<sup>75</sup>Como de resto, por motivos de transparência, seria benéfico para efeitos de discussão.

da OCDE, de limitar, em certa medida, a própria soberania dos Estados. Referimo-nos mais que uma vez ao longo do presente texto relativamente a este argumento. De facto, entendemos que existe uma pretensão por parte da Organização, de tomar as rédeas no que aos limites da soberania dos Estados respeita, evidenciada pelo sentido da reformulação do actual regime internacional de tributação das empresas. A título de exemplo, considere-se o objectivo de limitação das situações em que se verificam discrepâncias entre as legislações dos Estados, que permitirão o aproveitamento por parte das empresas. Assim, através de iniciativas de coordenação e harmonização das legislações entre os Estados<sup>76</sup>, naturalmente se limita o âmbito da actuação destes, no que respeita ao desenho e aplicação dos seus sistemas fiscais. Por outra via – indirecta – , também esse objectivo poderá ser alcançado. Basta que se considere a importância das recomendações da Organização aos Estados, ou a influência que aquela tem directamente sobre outras instituições internacionais.

Paradoxalmente, esta limitação, a ocorrer, será de facto uma das formas de obstar aos problemas atrás expostos, de “violação” ou comprometimento da soberania fiscal dos Estados através das condutas de planeamento postas em prática pelas empresas multinacionais<sup>77</sup>.

Finalmente, uma última nota relativa à possibilidade de se reconsiderarem, ainda que reflexamente, os conceitos (princípios) da residência e da fonte. Através das alterações que se venham a verificar relativamente ao conceito de estabelecimento estável e, por outra parte, ao nível dos preços de transferência<sup>78</sup>, poderão resultar, em determinadas situações, na alteração da verificação de determinados factos, correspondendo, nessa medida, uma potencial mudança na localização jurídica da sede

---

<sup>76</sup>Ou através de alteração da CMOCDE que, como sabemos, muitas vezes influencia a forma como são interpretadas as normas constantes das Convenções celebradas em data anterior a aquelas alterações.

<sup>77</sup> Sendo preferível o caminho da harmonização. Primeiro, porque uma auto-limitação por parte dos Estados será sempre mais legítima que a sua submissão à vontade dos sujeitos passivos dos tributos legalmente fixados. Por outro lado, a vinculação recíproca dos Estados a um conjunto de regras, tenderá a ter efeitos positivos no que à segurança jurídica concerne, evitando que, individualmente, os Estados assumam posturas agressivas no combate ao planeamento fiscal – que muitas vezes é tomado como uma única realidade, independentemente das razões económicas ou circunstâncias de facto subjacentes.

<sup>78</sup>Nomeadamente através da adaptação dos critérios de mensuração utilizados para determinados tipos de bens ou direitos.

do sujeito ou da produção do rendimento.

### 3.2.2 – *A competição fiscal entre os Estados*

Desde sempre os Estados concorrem entre si. Os Estados são no plano internacional concorrentes a vários níveis, nomeadamente, político, militar e, como não poderia deixar de ser, económico.

Não nos podemos esquecer que um qualquer Estado é antes de mais uma organização, composta por um povo, um território e um (qualquer) poder político, que regule e governe esse povo e esse território.

Por essa razão, estas “organizações”, com o intuito de aumentarem o bem-estar do seu povo, competem pelos recursos necessários para financiamento de uma (hoje) vasta lista de bens públicos que disponibilizam.

Nestes termos, e numa altura em que o capital é tão móvel quanto a humanidade alguma vez conheceu, não será de estranhar que os Estados implementem todas as medidas necessárias à atracção desses recursos, nomeadamente concedendo benefícios e regimes fiscais (cada vez mais) favoráveis ao investimento estrangeiro.

Não podia, assim, ficar de fora das considerações da OCDE no âmbito da reforma do sistema tributário internacional a questão da concorrência fiscal entre os Estados, sob pena destes - e principalmente dos mais afectados com as alterações que se venham a propor – inutilizarem todas as propostas ou medidas implementadas, através da revisão dos seus sistemas fiscais, tornando-os mais competitivos, isto é, levando os Estados a encontrarem soluções que venham a explorar, novamente, as fragilidades do resultado destes novos esforços.

Finalmente, note-se que não estamos aqui perante uma tentativa de mudança de paradigma. Na realidade, o que se pode extrair deste Relatório é tão-somente a possibilidade de revisão dos trabalhos já elaborados e, possivelmente, um aprofundamento e actualização dos padrões desejáveis de concorrência<sup>79</sup>.

### 3.2.3 – *Envolvimento dos países não membros*

---

<sup>79</sup>Sobre o actual paradigma de concorrência que baseia o sistema tributário internacional e os problemas daí advenientes, v. BRAUNER, Yariv, *What the BEPS?...*, *cit.*, em especial, págs. 7 a 11.

De todo o texto do Relatório, resulta a importância da participação dos países não membros da OCDE neste projecto *BEPS*.

Nem seria de esperar atitude diferente. De facto, muitas das actuais potências (económicas e militares) mundiais não são membros da Organização. Por outro lado, conscientes da sua importância, estes países reclamam alterações no sistema tributário internacional, que venham a torna-lo mais coincidente com os seus interesses.

A oposição à participação destes países não membros<sup>80</sup> nesta iniciativa representaria a sua morte à nascença<sup>81</sup>, pelo que todo este processo necessitará ser conduzido conjuntamente com estes países.

---

<sup>80</sup>Os chamados *BRICS*.

<sup>81</sup>Desde logo pela impossibilidade prática que hoje se verificaria na imposição de novas fórmulas e normas àqueles por parte dos países membros da OCDE, definidas unilateralmente por estes.

## 4. Action Plan

### 4.1 – Função, estrutura e abordagem do Action Plan

O Plano de Acção *BEPS* (abreviadamente, Plano de Acção) ou (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*<sup>82</sup>), é o resultado mais visível e imediato do Relatório *BEPS* a que nos temos vindo a referir. É apontado como objectivo do Plano de Acção o desenvolvimento no estudo das questões parcelares identificadas como fragilidades no sistema tributário internacional, que permitem a alocação de resultados.

Aliás, é expressamente referido que “são necessárias alterações fundamentais para, de forma eficaz, prevenir situações de dupla não tributação, assim como, casos de não, ou baixa, tributação associada a práticas de segregação artificial do rendimento tributável das actividades económicas que o geram<sup>83</sup>”. Pretende-se assim o desenvolvimento de “novos padrões internacionais para assegurar a coerência da tributação das empresas a nível internacional<sup>84</sup>”; o reajustamento dos princípios e normas existentes, por forma “a alinhar a tributação com os efeitos e benefícios pretendidos dos padrões internacionais que não acompanharam as alterações nos modelos de negócio e os desenvolvimentos tecnológicos”<sup>85</sup>. Mais uma vez, também neste plano de acção se reafirma que “as acções implementadas para evitar o BEPS não podem ter sucesso sem o aumento na transparência, nem certeza e previsibilidade para as empresas” necessária à condução da sua actividade e na tomada de decisões de investimento<sup>86</sup>.

Assim, a função do Plano de Acção *BEPS*, no âmbito do projecto em curso, foi o de definir um programa composto por quinze acções cronologicamente determinadas, incidentes sobre quinze áreas identificadas que necessitam – no entendimento da Organização – de actualização e desenvolvimento de soluções, de diversa natureza, por forma a limitar as possibilidades de alocação de resultados. A saber:

---

<sup>82</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

<sup>83</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit. pág. 13.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> *Idem*.

<sup>86</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*,..., cit., pág. 14.

- a. Acção 1. Como primeira Acção, pretende a OCDE criar um grupo de trabalho dedicado especificamente para lidar com os problemas da economia digital. Com esta acção, é esperado apenas a simples identificação de problemas e o desenvolvimento de opções cuja eventual aplicação estará, necessariamente, dependente de trabalhos e/ou acções futuras.
- b. Na Acção 2, contudo, pretende avançar-se já, e em concreto, com o desenvolvimento de normas a adicionar à CMOCDE, com o objectivo de neutralizar os efeitos da utilização de instrumentos e entidades híbridas. Ao contrário da Acção 1, em sede dos chamados *hybrid mismatch arrangements* pretende a OCDE ir mais longe do que a simples identificação de problemas<sup>87</sup>. Pretende-se mesmo que o trabalho a desenvolver sirva já os propósitos de alteração das normas constantes da Convenção Modelo. É pretendido, também, uma coordenação entre os trabalhos nesta sede e os já desenvolvidos – e em desenvolvimento – relativos a normas anti-abuso, como CFC, subcapitalização e *treaty shopping*.<sup>88</sup>
- c. Acção 3 e 4. Com a acção três e quatro pretende-se o fortalecimento das normas CFC e a redução da erosão das bases fiscais através da utilização de instrumentos financeiros, principalmente dentro dos grupos empresariais. Contudo, ambas as acções estão limitadas ao desenvolvimento de meras recomendações relativas à construção de normas para o efeito.
- d. Acção 5. Preocupada com o ressurgimento e o aumento da importância

---

<sup>87</sup>Provavelmente, derivado deste ser um tema tratado previamente pela Organização em OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, disponível em [http://www.oecd.org/tax/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](http://www.oecd.org/tax/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf).

<sup>88</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit., págs. 15 e 16.

de regimes preferenciais prejudiciais, a Organização pretende relançar os trabalhos que têm vindo a ser desenvolvidos pela OCDE, nesta sede<sup>89</sup>.

- e. Acção 6. Com esta acção pretendem-se desenvolver regras a adicionar à CMOCDE e, bem assim, recomendações para o desenvolvimento de regras internas dos Estados que neguem os benefícios dos Tratados celebrados por esse Estado, em situações abusivas<sup>90 91</sup>
- f. Acção 7. Esta acção envolve a alteração da CMOCDE, através de uma actualização da definição de estabelecimento estável para prevenir situações que são qualificadas no Plano de Acção como abusivas<sup>92</sup>.
- g. Acções 8, 9 e 10. Nesta tripla acção, a OCDE pretende solucionar alguns problemas relacionados com a aplicação do princípio da independência em operações relacionadas com bens intangíveis, alocação de risco e outras situações de ocorrência improvável entre entidades desvinculadas<sup>93</sup>.
- h. Acção 11. Nesta acção em particular, a OCDE pretende desenvolver recomendações, apenas, relativas à necessidade de se estabelecerem formas de controlo e medição do impacto económico das medidas aplicadas para prevenir a ocorrência do *BEPS*, à medida vão sendo

---

<sup>89</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit., pág. 18.

<sup>90</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit., pág. 19.

<sup>91</sup>O resultado desta acção terá influência directa e importante ao nível dos Estados-Membros da União Europeia, na medida em que estas cláusulas têm vindo a ter pouca aceitação por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia, por violadoras das liberdades fundamentais. Para uma análise sobre esta questão, v. GUERRA, José Calejo, *Limitation on Benefits Clauses and EU Law*, European Taxation, Fevereiro/Março, 2011, págs. 85 e ss.

<sup>92</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit., pág. 19.

<sup>93</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., cit., pág. 20.

implementadas<sup>94</sup>.

- i. Acção 12. Mais uma vez, pretende-se elaborar meras recomendações, desta feita relativas à elaboração de legislação que estipule a obrigatoriedade de reporte às Administrações tributárias de transacções, contratos e estruturas de planeamento agressivo ou abusivo<sup>95 96</sup>.
- j. Acção 13. Prevê-se com esta acção a revisão da documentação relativa aos preços de transferência<sup>97</sup>, por forma a munir as administrações fiscais de todos os Estados<sup>98</sup>.
- k. Acção 14. Nesta acção a OCDE pretende tornar efectiva a possibilidade de recurso ao procedimento amigável, mediante o estudo e desenvolvimento de soluções para a remoção dos obstáculos que têm vindo a verificar-se e que têm impedido os Estados de recorrer a este mecanismo<sup>99</sup>. Mas mais, prevê-se mesmo a discussão e projecção de normas de arbitragem obrigatória, que poderão ser incluídas nos tratados.
- l. Acção 15. Finalmente, com esta acção pretende-se vir a elaborar um instrumento multilateral, que implemente as medidas desenvolvidas no seguimento do Projecto *BEPS*, por forma a complementar ou corrigir os

---

<sup>94</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., *cit.*, pág. 21.

<sup>95</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., *cit.*, pág. 22.

<sup>96</sup> Refira-se que relativamente a Portugal, esta acção trará poucas implicações, na medida em que o ordenamento nacional está já dotado destas medidas, estabelecidas pelo Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro.

<sup>97</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., *cit.*, pág. 23.

<sup>98</sup>Nesta acção, ainda que se declare a necessidade de consideração dos custos de cumprimento para as empresas – o que por si só, parece difícil de ignorar mas, em todo o caso, de se situar num patamar não distorcivo. De facto, se os custos de cumprimento são uma das questões mais importantes para as empresas, não menos importantes se apresentam considerações relacionadas com o sigilo.

<sup>99</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., *cit.*, pág. 23.

tratados bilaterais assinados entre os Estados. Para o efeito, propõe-se a OCDE a estudar as implicações de um tal instrumento ao nível do direito internacional tributário e, bem assim, do direito internacional público<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup>OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, ..., *cit.*, pág. 20.

## 5 – O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas

Conforme já tivemos oportunidade de referir, o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas português foi recentemente objecto de uma reforma. Nesta reforma, bandeira de campanha do actual Executivo, importou especialmente criar condições para o desenvolvimento das empresas portuguesas e promover o investimento estrangeiro no nosso País. Por essa razão, as alterações legislativas verificadas, merecem ser analisadas à luz dos desenvolvimentos e tendências criadas recentemente ao nível internacional, relativas à tributação das empresas, considerando que hoje, num estágio de grande comunicação entre as várias economias mundiais, o exercício por cada Estado do seu poder de fixar impostos, poderá ter, também, consequências para os demais.

Assim, neste capítulo, iremos descrever um pouco o caminho trilhado até chegarmos à efectivação da reforma do IRC, detendo-nos aí mais um pouco, para análise de um dos (novos) regimes fundamentais daquela reforma, do ponto de vista da sua conformidade com os princípios do chamado Projecto *BEPS*<sup>101</sup>, da OCDE.

### *5.1 – O programa do XIX Governo Constitucional*

O programa de governo, como é natural, apresenta-se como um documento genérico, querendo abarcar todas as áreas de administração, propriamente dita. O programa do XIX Governo da República Portuguesa não fugiu à regra, exceptuando o discurso relativo aos impedimentos, limitações e, por outro lado, oportunidades criadas pela circunstância de ajuda externa em que o País se encontrava. Por essa razão, a densificação de medidas propostas para cada área temática, será feito posteriormente, mediante os diversos recursos de que o Governo dispõe e mesmo pela sua actuação diária.

Relativamente à tributação, são expostas as linhas norteadoras e alguns objectivos concretos a prosseguir pelo Executivo. Nestes termos, e com relevância no presente estudo, cabe referir, em primeiro lugar, o Título III relativo a Finanças Públicas

---

<sup>101</sup>Sobre o projecto em si, a OCDE dedica uma área no seu *website*, em <http://www.oecd.org/tax/beps.htm> onde poderão ser consultados os trabalhos, comunicados e outros desenvolvimentos relativos ao tema.

e Crescimento, que a tributação servirá como meio para o cumprimento dos objectivos e das medidas previstas no Programa de Assistência Financeira, através da revogação de benefícios, isenções e outro tipo de apoios, pelo tempo necessário para assegurar o equilíbrio orçamental<sup>102</sup>.

Quanto aos assuntos fiscais, o programa apresentado pelo actual Governo aponta, em primeiro lugar, o foco à receita fiscal. Esta, cujo aumento é incontornável para o cumprimento das metas orçamentais acordadas com a *Troika*<sup>103</sup>, deveria assentar, essencialmente, na “*simplificação dos impostos e [no] alargamento da base tributável (...) e no reforço do combate à economia informal e à fraude e evasão fiscal...*”<sup>104</sup> prevendo, para o efeito, como medidas concretas a “*redução das deduções fiscais e dos regimes especiais em sede de IRC*”<sup>105</sup>. Sobre a fraude e evasão fiscal podemos apontar que todas as medidas elencadas – que, naturalmente, são-no a título meramente exemplificativo – são de cariz repressivo para as infracções cometidas pelos contribuintes mas, também, sancionatório para o Estado relativamente aos incumprimentos deste<sup>106</sup>.

Salientamos, também, o subtítulo Desvalorização e Competitividade Fiscal, desde logo pela assunção do objectivo de dotar o sistema tributário nacional de mecanismos que lhe permitam concorrer a nível internacional. Assim, prevê-se<sup>107</sup> a revisão do sistema fiscal, principalmente, do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e do IRC, tendo como objectivos primordiais a promoção da internacionalização e competitividade (presumivelmente das empresas e da economia, mas também, do próprio País enquanto jurisdição-veículo de investimento estrangeiro)<sup>108</sup>.

São também muito importantes para a análise do produto da Reforma, outros

---

<sup>102</sup>Programa do XIX Governo Constitucional, pág. 21.

<sup>103</sup>Termo comumente utilizado para se referir conjuntamente à Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional, entidades a quem o Estado português formulou o pedido de ajuda financeira.

<sup>104</sup>Programa do XIX Governo Constitucional, pág. 27.

<sup>105</sup>Programa do XIX Governo Constitucional, pág. 27.

<sup>106</sup>Programa do XIX Governo Constitucional, pág. 28 e 29.

<sup>107</sup>Com recurso a uma redacção confusa, diga-se.

<sup>108</sup>Programa do XIX Governo Constitucional, pág. 28.

subtítulos do Programa de Governo como o relativo à inovação, empreendedorismo e internacionalização, aposta na indústria transformadora e ainda, o subtítulo relativo ao investimento directo estrangeiro<sup>109</sup>.

Todos estes subtítulos se relacionam com o nosso tema, no sentido em que as medidas propostas são tendentes ao acréscimo do desenvolvimento de propriedade intelectual, promoção de centros de gestão deste tipo de activos, atracção de investimento estrangeiro - em especial, de capital de risco, direccionado ao seu desenvolvimento -, facilitados por uma maior harmonia e abrangência do regime (pretendido) de neutralidade fiscal e das reorganizações societárias.

Concluimos<sup>110</sup>, do que ficou dito, que o Governo assumiu como missão – ainda que meramente auxiliar aos desígnios de consolidação orçamental – a reorientação do imposto sobre os entes colectivos para um paradigma de concorrência, pretendendo equipará-lo a outros que têm, por essa via, sido determinantes na angariação de investimento externo<sup>111</sup>, com consequências muito positivas do ponto de vista económico.

De facto, e deixe-se clara esta nota, o Governo definiu a sua actuação<sup>112</sup> no sentido do aumento da competitividade do sistema tributário português, em conjugação com pretensões de tornar o País num centro de investigação e desenvolvimento tecnológico, associado à produção e importação de propriedade intelectual, transparecendo uma forte consciência da relação existente entre estas duas áreas nos dias de hoje.

Contudo, e por outro lado, as preocupações demonstradas neste programa, no que à fraude e evasão fiscal respeitam, limitam-se, a nosso ver, ao combate da fraude

---

<sup>109</sup>*Programa do XIX Governo Constitucional*, pág. 37 a 43.

<sup>110</sup>Com as limitações ao nível de consequências que podemos retirar, inerentes à natureza do documento analisado.

<sup>111</sup>Como o holandês ou o luxemburguês, pretendendo-se obter efeitos semelhantes aos verificados nestes países, onde o investimento directo estrangeiro relacionado com os seus sistemas tributários assume uma grande fatia do total desse investimento.

<sup>112</sup>A questão do cumprimento e do sucesso das medidas, não interessa aqui, e muito menos para já, avaliar. Por enquanto impõe-se apenas evidenciar os objectivos e a bondade das – algumas – medidas propostas.

fiscal e não tanto à evasão ou elisão<sup>113</sup>. Isto porque, as alterações pretendidas pelo Executivo nesta sede, situaram-se sobretudo na repressão de condutas dolosas com prejuízo para o Estado, naquelas situações em que os contribuintes faltem, ignorando os comandos expressos da lei, para com as suas obrigações tributárias, e não tanto das questões relacionadas com a evitação da oneração proveniente da tributação, mediante o cumprimento da letra da lei – mas que em muitos casos a ela escapem no espírito.

### 5.2 – O mandato da comissão de Reforma do IRC

A Comissão de Reforma do IRC, foi constituída pelo Despacho n.º 66-A/2013, de 2 de Janeiro, do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais<sup>114</sup>, composta por dez membros das áreas da Economia, Contabilidade e Direito, presidindo Lobo Xavier. Atento o ensejo de “realização de uma reforma profunda do IRC”, julgamos que talvez tivesse sido proveitosa a criação de uma comissão especial da Autoridade Tributária e Aduaneira no acompanhamento da Reforma, actor determinante em áreas fundamentais como o da simplificação pretendida e, bem assim, da diminuição da litigiosidade<sup>115</sup>. De todo o modo, foi a Comissão assim constituída, dispondo do curtíssimo prazo de seis meses para apresentar um Anteprojecto de Reforma, a ser submetido a consulta pública entre 1 de Julho e 31 de Agosto<sup>116</sup>.

O mandato conferido à Comissão impunha a prossecução dos seguintes objectivos: aumento da competitividade das empresas e do sistema tributário português,

---

<sup>113</sup>Entendemos ser necessário fazer esta distinção, pois, como sabemos, muitas vezes as condutas lesivas das bases fiscais resultam, precisamente, de técnicas de planeamento fiscal perfeitamente de acordo com o texto das normas vigentes. Por essa razão, não vemos como os remédios apontados pelo Governo (por exemplo, aumento da sanção penal em casos de crime de fraude fiscal) possam lidar eficazmente com situações de alocação de resultados. Mas, e como se disse, o objecto primacial da actuação governativa era, de facto, a fraude, e não a elisão fiscais. Sobre a distinção e as razões subjacentes, v. SALDANHA SANCHES, J.L., *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2006, págs. 21 a 25.

<sup>114</sup>Publicado no *Diário da República*, 2ª Série – n.º 1 – 2 de Janeiro de 2013.

<sup>115</sup>Conforme se verá adiante, quanto ao *Anteprojecto de Reforma*.

<sup>116</sup>Consulta essa, que embora o seu período não tenha sido tão longo quanto desejável – em virtude do prazo, também ele curto, para a própria Reforma –, teve uma participação pública bastante extensa, nomeadamente por parte do tecido empresarial.

criando-se, em consequência, condições<sup>117</sup> para o crescimento dos níveis de emprego<sup>118</sup> e dotar Portugal de taxas crescimento económico consistentes e independentes de intervenção pública. Para o efeito, foram indicadas como fundamentais, uma redefinição da base tributável e a simplificação do Imposto, tendente à redução de custos de contexto, uma redução da taxa nominal do Imposto e, bem assim, uma reestruturação da política fiscal internacional.

Relativamente à reestruturação da política fiscal internacional do Estado português – a questão que mais nos interessa –, citam-se as orientações constantes do Despacho:

“Reestruturação da política fiscal internacional do Estado português, com especial enfoque na sua adequação aos desenvolvimentos em sede de direito europeu”, pretendendo-se dizer com isto, fundamentalmente, a revisão de algumas questões específicas com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e dos litígios que têm surgido junto da Comissão Europeia (CE). Quanto à “redefinição da posição de Portugal na negociação das Convenções para Eliminar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento”, pensamos ter interesse referir que, as convenções assinadas por Portugal, por baseadas na CMOCDE, o seu objectivo principal – inicial, pelo menos – não ser o da prevenção da evasão fiscal, mas antes o da simples eliminação, ou atenuação, da dupla tributação internacional. Tanto assim é, que os comentários àquele modelo de convenção apenas de há uns anos a esta parte tenham vindo a ser alterados no sentido de preverem (pretendendo evitar) o uso das convenções com propósitos de evasão.

Adicionalmente, pretende-se que as alterações ao nível da tributação internacional contribuam “eficazmente para a internacionalização das empresas portuguesas” e “para a atração de investimento estrangeiro, privilegiando um reposicionamento de Portugal como país exportador de capitais, designadamente em mercados internacionais considerados prioritários para o investimento português”. Pretende-se assim, que Portugal se assuma, no contexto global, como uma jurisdição-

---

<sup>117</sup> Numa lógica de aumento da rendibilidade e expansão empresarial.

<sup>118</sup> Cujos níveis, sobretudo nas camadas mais jovens e qualificadas, são, ainda, dramáticos.

veículo de investimento estrangeiro<sup>119</sup>.

### 5.3 – O Anteprojecto de Reforma

De acordo com o calendário estipulado no referido Despacho n.º 66-A/2013, a Comissão de Reforma apresentou o Anteprojecto de Reforma, datado de 30 de Junho de 2014, em tempo para a consulta e discussão pública<sup>120</sup>.

O Anteprojecto de Reforma, trata-se de um documento extenso, com quase 300 páginas, principalmente se tomarmos em consideração o curto prazo concedido à Comissão para articulação entre os seus membros, discussão e a tomada de decisões na elaboração de um documento com os objectivos a alcançar com a Reforma. Por outro lado, o Anteprojecto afigura-se, também, complexo, na medida em que implica algumas explicações – resumidas – dos critérios utilizados, provenientes dos estudos levados em consideração na escolha entre as opções possíveis. Assim, e atendendo em especial à extensão pretendida para a Reforma, deveriam, talvez, ter sido definidos períodos mais longos, quer para a elaboração do Anteprojecto, quer para a sua discussão pública.

De todo o modo, a verdade é que foi cumprido o proposto, e apresentado um Anteprojecto de Reforma do IRC dividido em três capítulos e três anexos.

Num primeiro capítulo, apresenta-se a Comissão<sup>121</sup>; num segundo, faz-se o enquadramento internacional e interno face às orientações gerais da Reforma<sup>122</sup> e, finalmente, no terceiro capítulo<sup>123</sup>, desenvolvem-se os principais temas da Reforma.

As alterações legislativas propostas são apresentadas no primeiro anexo<sup>124</sup>,

---

<sup>119</sup>E de facto, vénia se faça quanto à oportunidade da Reforma nesta sede, atento que Portugal se encontra presentemente a negociar a Convenção com a República de Angola, país em forte desenvolvimento, grande importador de capitais estrangeiros mas, também, hoje um relevante exportador de capitais para o nosso País.

<sup>120</sup>O texto apresentado encontra-se ainda disponível para *download* no *site* do Governo em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-das-financas/documentos-oficiais/20130730-seaf-reforma-irc.aspx>.

<sup>121</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 11 e ss.

<sup>122</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 16 e ss.

<sup>123</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 57 e ss.

<sup>124</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 200 e ss.

servindo os segundo e terceiro anexos para, respectivamente, se expor a metodologia de cálculo das taxas média e marginal efectivas de Imposto (*EATR* e *EMTR*)<sup>125</sup> e quais os pontos em que se propôs a simplificação das obrigações declarativas dos contribuintes<sup>126</sup>.

A nossa principal preocupação na análise deste Anteprojecto será a de destacar se, e quais, as preocupações reveladas quanto ao BEPS pela Comissão no estudo e desenho das suas propostas referentes à tributação internacional.

### *5.3.1 – As principais propostas de âmbito internacional*

Com relevância para o nosso trabalho, destacamos o segundo capítulo do Anteprojecto.

Chama-nos desde logo à atenção, e como seria de esperar, o primeiro ponto, o ponto A), em que se descrevem as tendências internacionais recentes da política fiscal e da tributação directa sobre as empresas<sup>127</sup>, uma vez que se faz uma comparação abrangente entre a evolução das taxas nominais de Imposto, ao longo do tempo, para daí se retirar a tendência decrescente destas, só amparada pela crise que, entretanto se veio a verificar. Como causas para essa descida, apontam-se a concorrência entre os países derivada da globalização, associada, no âmbito da união europeia, à perda de outros instrumentos de concorrência – como o monetário. Note-se também, o facto de ser referido<sup>128</sup> o aplauso que mereceram, por parte da OCDE, estas descidas das taxas nominais, por serem promotoras do aumento do investimento<sup>129</sup><sup>130</sup>.

No ponto F) do Anteprojecto, é feita a necessária comparação entre o Imposto português – especificando-se diversos regimes do mesmo -, com os impostos do mesmo género a nível europeu, concretamente, o Holandês e Espanhol. E dessa análise

---

<sup>125</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 288 e ss.

<sup>126</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 293 e ss.

<sup>127</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 17 a 20.

<sup>128</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 19.

<sup>129</sup> *OECD Economic Outlook*, n.º 81, OCDE, 2007.

<sup>130</sup> Seria interessante que se tivesse também confrontado estas descidas das taxas nominais de Imposto, com as taxas relativas de crescimento económico dos países em análise nos mesmos períodos, por forma a determinar se alguma relação existe, e qual a sua extensão.

comparativa a Comissão de Reforma retira, devidamente, a apontada falta de competitividade do sistema tributário nacional.

Assim, de todas as propostas apresentadas pela Comissão, considerando o âmbito do nosso estudo, apenas faremos nota das seguintes:

1. O novo regime de *participation exemption*: O regime proposto pela Comissão assenta numa eliminação da dupla tributação económica, através da isenção de tributação da distribuição de dividendos e reservas, bem como, da realização de mais-valias, quando produzidas fora do território nacional e distribuídas a entidades residentes, que detenham uma participação qualificada.
2. Dedutibilidade do valor de aquisição de activos intangíveis não amortizáveis: Propôs-se a dedutibilidade do custo de aquisição de activos intangíveis sem período de vida útil definido, em partes iguais durante os vinte períodos de tributação subsequentes ao reconhecimento inicial na contabilidade da entidade.
3. Regime próprio para propriedade industrial<sup>131</sup> ou *Patent Box*: foi proposta a tributação de apenas 50% do valor dos rendimentos provenientes de contratos de cessão ou utilização temporária de patentes, desenhos ou modelos. Este regime não será aplicável sempre que os rendimentos sejam provenientes de paraísos fiscais, e sempre que entre cedente e cessionário existam relações especiais, o rendimento seja proveniente da entrega de bens ou prestação de serviços que originem gastos dedutíveis naquele ou no grupo de sociedades a que pertença.
4. Preços de transferência<sup>132</sup>: Relativamente ao regime dos preços de transferência, a Comissão foi mais restrita nas suas propostas do que

---

<sup>131</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 142 e ss.

<sup>132</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, págs. 154 e ss.

seria porventura de esperar<sup>133</sup>. Propôs-se, assim, a elevação da percentagem mínima para que as entidades se considerem relacionadas para efeitos de aplicação do regime, para detenção mínima de 20% do capital social ou direitos de voto. Por outro lado, previu a redução das situações das quais derivaria a existência de relações especiais. Finalmente, propôs a passagem da bilateralidade nos acordos prévios a um regime opcional.

### 5.3.2 – As preocupações reveladas com o BEPS

Percorrendo o documento em busca das questões mais relevantes no contexto do *BEPS* salientamos, antes de mais, no ponto I) a expressa referência que é feita à alocação de resultados. Neste ponto, a Comissão de Reforma descreve as características essenciais das reformas levadas a cabo em outras duas jurisdições europeias - a irlandesa e eslovaca – e apresenta os resultados pelas mesmas obtidos.

Contudo, e ainda que as reformas efectuadas nestes países tenham tido resultados francamente positivos, a Comissão não deixa de referir que as particularidades do caso irlandês o tornam num caso especial e sujeito a alguma contestação por parte de outros Estados. Tem vindo a ser apontado ao sistema irlandês a existência de situações em que este possa ser utilizado como um meio de produção “potencial de erosão da base e da alocação de resultados (*profit shifting*), à qual muitas vezes não corresponde atividade económica real”<sup>134</sup>.

Reconhece-se, em nosso entender, que a reforma efectuada na Irlanda padece de algum cuidado<sup>135</sup> relativamente à forma como os seus objectivos foram prosseguidos. A simples possibilidade – mediante a exploração de fragilidades do

---

<sup>133</sup>Atendendo às restantes alterações legislativas de âmbito internacional, seria proveitoso que a Comissão tivesse ao nível de preços de transferência dedicado uma maior atenção. Diz-se isto porque, de acordo com o referido pela própria Comissão, os preços de transferência representam-se como uma área em que são necessárias alterações – só não o fazendo por considerar tal demanda fora do seu mandato. Contudo, e considerando os trabalhos em curso no âmbito do Projecto *BEPS* relativamente a esta questão, talvez a escolha pela não actualização da legislação seja efectivamente a mais prudente, es

<sup>134</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 46.

<sup>135</sup>Assumindo que de falta de cuidado se trata.

sistema – para a alocação de resultados desconexa de uma qualquer realidade económica subjacente, passa a ser um problema de todas as jurisdições que com esta entram em contacto.

Contudo, e embora se revelem preocupações quanto aos problemas criados pela alocação de resultados, é positivamente reafirmado que isso não deverá obstar a que Portugal procure alterar o seu sistema tributário no sentido de uma “melhoria da nossa posição”<sup>136</sup> internacional em termos de competitividade fiscal<sup>137</sup>.

Na sua exposição das “opções para uma reforma do IRC pro-competitividade, pro-crescimento e pro-emprego” a Comissão de Reforma faz, neste ponto K)<sup>138</sup>, uma importante referência ao *BEPS*, que iremos abordar.

Do texto resulta desde logo evidente a essencialidade da redução da taxa de imposto<sup>139</sup> como meio de aumento da atractividade do País para o investimento directo estrangeiro. De facto, ao nível do *BEPS*, esta é provavelmente uma das medidas menos problemáticas<sup>140</sup>. O especial interesse deste ponto do Anteprojecto de Reforma surge quando, após o excuro que é feito pela Comissão de Reforma relativamente à taxa ideal e a posição que esta deve ocupar no seio das medidas a adoptar, é feita referência à interacção entre os sistemas fiscais mundiais. Diz-se, a esse propósito, que “fruto da crescente integração da economia mundial, os sistemas fiscais apresentam hoje um profundo nível de interacção”<sup>141</sup> e que “desta interacção do sistema fiscal português com os sistemas fiscais congéneres, exige-se ainda, e cada vez mais, uma articulação apropriada com outras jurisdições, que minimize as chamadas zonas de não-tributação

---

<sup>136</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 46.

<sup>137</sup> Atendendo a que os objectivos pretendidos pela Reforma do IRC português são declaradamente os mesmos que na reforma irlandesa, entendemos ser necessário assegurar que foram tomadas as devidas precauções para que relativamente ao nosso sistema não se venham a insurgir outros Estados, as próprias Instituições europeias ou mesmo a OCDE. Isto porque, em caso negativo, é provável que no contexto actual essa contestação e oposição se revelem mais fortes, podendo, por questões pontuais, ser posta em causa toda a Reforma.

<sup>138</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 49.

<sup>139</sup> Acompanhado do alargamento da base do imposto, como forma de minimização dos possíveis impactos negativos ao nível da receita.

<sup>140</sup> Claro está, isto se a taxa de imposto se mantiver dentro de intervalos razoáveis e, acima de tudo, se não for conjugada com outras alterações legislativas directamente potenciadoras do *BEPS*.

<sup>141</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 50.

do rendimento”<sup>142</sup>.

Sem ilusões, porém, reconhece-se a “ausência de suficiente cooperação internacional para harmonizar os diversos sistemas fiscais de tributação do rendimento, de modo a maximizar o bem-estar global”<sup>143</sup>, defendendo-se a necessidade de que cada Estado individualmente trate de “implementar soluções legislativas que promovam a competitividade e eficiência do seu sistema fiscal” como forma de “atrair investimento e albergar um ambiente favorável aos negócios e à criação de riqueza e de emprego”<sup>144</sup>. Isto traduz um entendimento, a nosso ver, logicamente correcto. Efectivamente, cabe ao Estado assegurar os maiores níveis de bem-estar possível dos seus cidadãos, devendo empreender todas as políticas e todos os esforços no sentido de promover o investimento, por forma a dinamizar a sua economia em benefício dos (seus) administrados – sem que, com isso, ponha em causa certos níveis de justiça tributária.

Por outro lado, a Comissão de Reforma apresenta um modelo territorial de tributação, como modelo que julga mais ajustado a uma economia aberta e de pequena dimensão como a portuguesa<sup>145</sup>. Neste considerando, propõe um “aprofundamento do princípio da territorialidade, fundado na criação de um regime de isenção dos dividendos e mais-valias relativos a participações qualificadas (*participation exemption*)”<sup>146</sup>, mas propõe também a revisão de outros comandos legais, por forma a mitigar “a pretensão tributária do Estado português relativamente a rendimentos obtidos fora do território nacional (...) desde que assegurados adequados níveis de articulação

---

<sup>142</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 51.

<sup>143</sup>Relativamente à questão do bem-estar global, operada presumivelmente através da redistribuição da riqueza – argumento principal para a manutenção dos impostos sobre o rendimento – a nível internacional, v. DAGAN, Tsilly, *Just Harmonization*, 42 *University of British Columbia Law Review*, 331 (2010), disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1681444>. Neste artigo, são evidenciadas duas questões que aqui nos interessam: o paradigma existente de concorrência fiscal entre os Estados dificulta a harmonização entre os mesmos, no sentido de efectivar uma redistribuição da riqueza ao nível internacional; em segundo lugar, mesmo que se conseguisse alcançar um patamar de harmonização suficiente, esta harmonização poderia ser facilmente fonte de diminuição do bem-estar global, pelo incremento nuns Estados em detrimento dos outros, derivado das existentes assimetrias entre os Estados (por exemplo, poder de negociação).

<sup>144</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 51.

<sup>145</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 52.

<sup>146</sup>*Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 52.

internacional preventivos de situações de dupla não-tributação”<sup>147</sup>. É proposto, no fundo, que sejam revistas futuramente as situações previstas no artigo 4.º do Código do IRC (extensão da obrigação de imposto).

Esta recomendação será sempre de aplaudir, uma vez que, em alguns casos – diríamos nós – não se tratará apenas de um aprofundamento do princípio da territorialidade, mas uma efectiva revisão das pretensões tributárias do Estado português relativamente a rendimentos que não apresentam uma conexão relevante que fundem essa mesma pretensão – numa palavra, a revisão de situações de verdadeiro abuso de jurisdição<sup>148</sup>.

Finalmente, no ponto L) são descritas as últimas “considerações sobre competitividade fiscal”, das quais cumpre salientar a necessidade de “incremento da competitividade do sistema fiscal nacional” através das medidas elencadas<sup>149</sup>, sem descuidar da “compatibilidade do novo sistema nacional de tributação dos rendimentos das empresas com os compromissos assumidos por Portugal a nível internacional na criação de um *level playing field*”<sup>150</sup>. Assim devendo o legislador nacional assegurar que o novo sistema “observe os padrões internacionais em termos de concorrência fiscal prejudicial”<sup>151</sup>, através da criação de cláusulas anti-abuso específicas dos regimes ora propostos.

Em jeito de conclusão, diremos que o Anteprojecto de Reforma consubstancia uma profunda alteração da estratégia que tem vindo a ser implementada pelo Estado Português. A Comissão de reforma propôs as alterações ao Imposto que, em linha com

---

<sup>147</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 53.

<sup>148</sup> Revisão essa que deverá ser, conforme alerta a Comissão de Reforma, muito cuidada para evitar situações que poderão vir a escapar a qualquer tributação a nível internacional. Contudo, naquelas situações em que de facto não exista uma conexão suficiente com o território nacional, a redução da abrangência normativa corresponderá apenas ao reconhecimento do Estado português do exercício pretérito do poder tributário em violação do direito internacional público, não devendo obstar a essa correcção considerações sobre a potencial dupla não-tributação. Sobre o conceito de abuso de jurisdição v. XAVIER, Alberto, *Direito Internacional Tributário*, ..., cit., pág. 16. MARTHA, Rutsel, *The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, ..., ob. cit. e LAITY, Eric T., *The Competence of Nations and International*, ..., ob. cit..

<sup>149</sup> v. ponto 5.3.1.

<sup>150</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 53.

<sup>151</sup> *Anteprojecto de Reforma*, 2013, pág. 53.

as práticas de outras jurisdições estrangeiras, tendentes à promoção do investimento estrangeiro em Portugal mas, sobretudo, como forma de retenção dos grupos económicos nacionais em Portugal, através de uma estratégia e política fiscal especialmente assentes no paradigma de competição fiscal internacional existente.

Contudo, é visível por todo o documento que a Comissão de Reforma não tendo limitadas as suas propostas por questões orçamentais e temporais, teria ido mais longe. Provavelmente, propondo uma descida superior e mais célere da taxa nominal de IRC e da eliminação das Derramas e, bem assim, a implementação de um regime de cariz territorial quase puro.

#### *5.4 – A Proposta de Lei n.º 175-XII*

A proposta de Reforma do IRC foi apresentada, a 14 de Outubro de 2013, na Assembleia da República, através da Proposta de Lei n.º 175-XII.

O texto da Proposta de Lei veio, em virtude talvez da “revisão” que terá sido objecto por parte da Administração tributária, a afastar-se em alguns pontos do Anteprojecto de Reforma, mas que, não tiveram especial importância no tocante às propostas de âmbito internacional<sup>152</sup>.

Por outro lado, e com relevância para a presente análise, denota-se que a exposição de motivos desta proposta se cingiu a um resumo das ideias-chaves expandidas nos trabalhos que a antecederam, não transparecendo quaisquer novas preocupações relativas ao *BEPS* nas alterações efectuadas. Disto se poderá retirar que aquelas alterações terão sido levadas a cabo por motivos alheios ao impacto que o novo Código do IRC possa eventualmente ter no seio da tributação internacional e da posição que Portugal pretende assumir neste âmbito.

#### *5.5 – A Lei n.º 2/2014*

---

<sup>152</sup> Não ignoramos, nomeadamente, o aumento dos limites para consideração de uma participação como qualificada para efeitos da aplicação do regime de *participation exemption*. Contudo, e ainda que o aumento da participação mínima de 2% para 5 % possa, em muitos casos, ser de monta, não parece que ponha em causa a aplicabilidade prática do regime.

A Reforma do IRC dá-se por terminada com a publicação da lei n.º 2/2014 em Diário da República de 16 de Janeiro de 2014, tendo como data de produção da generalidade dos seus efeitos a partir do dia 1 de Janeiro de 2014.

Esta lei veio dar corpo, no essencial, às propostas da Comissão de Reforma a que nos referimos já.

Nestes termos, iremos passar a expor o novo regime que, em nosso entender, marca a Reforma, apresentando-se como o grande trunfo do legislador português na tentativa de tornar Portugal uma jurisdição plataforma para o investimento no estrangeiro.

#### 5.5.1 – *O novo regime de Participation Exemption*

Portugal, em busca de se afirmar como uma jurisdição-veículo para investimento no estrangeiro (quer por entidades já sediadas, quer por entidades que aqui poderão fixar-se), dotou-se – no seguimento das propostas da Comissão de Reforma – de um regime de eliminação da dupla tributação económica<sup>153</sup> sobre dividendos e mais-valias, como medida fundamental para o acompanhamento das jurisdições mais competitivas a nível internacional.

De facto, os regimes deste género são comuns em toda a Europa, pelo que, desse ponto de vista, nenhuma novidade oferece. Contudo, no ordenamento tributário nacional representa uma enorme mudança em face do anterior regime<sup>154</sup>, sendo o seu campo de aplicação (quer subjectivo, quer objectivo) muito mais amplo e lógico.

A aplicação deste mecanismo significa, no essencial, que o Estado português se abstém de tributar dividendos, reservas e mais-valias, quer sejam *outbound* ou *inbound*<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup>Sobre a definição de dupla tributação económica e a sua diferenciação da dupla tributação jurídica v. XAVIER, Alberto, *Direito Internacional Tributário*, ..., cit., págs. 35 e 36.

<sup>154</sup>Sobre as diferenças entre o regime, então, proposto e o anterior regime vigente v. ERNST & YOUNG, AAVV, *O Novo IRC*, Almedina, 2013, págs. 175 e ss., e GUERRA, José Calejo e PIRES, José Mègre, *International Aspects of the New Portuguese Corporate Income Tax Regime: Enhancing Tax Competition in the European Market*, European Taxation, vol. 54, 2-3, IBFD, 2014, pág. 101.

<sup>155</sup>Isto é, quer sejam distribuídos por entidades não residentes a entidades residentes, ou por estas distribuídos a entidades não residentes.

Assim, nos termos do artigo 51.º, do Código do IRC, estão isentos de tributação em Portugal os dividendos distribuídos, as reservas e bem, assim, as mais-valias realizadas, sempre que a entidade<sup>156</sup> que distribui os dividendos ou reservas, ou cujas participações sociais são alienadas não seja residente fiscal em território com regime fiscal mais favorável. Adicionalmente, a participação detida pela entidade que auferir os rendimentos tem de cumprir os seguintes requisitos cumulativos:

- I. Participação directa ou indirecta de pelo menos 5% do capital social ou dos direitos de voto;
- II. A participação tenha sido mantida durante os 24 meses anteriores à distribuição ou, se detida há menos tempo, seja mantida até completar esse prazo;
- III. A entidade que auferir o rendimento, não esteja abrangida pelo regime de transparência fiscal;
- IV. A entidade cuja participação é detida seja sujeita e não isenta de imposto semelhante ao IRC no país da residência, e a taxa desse imposto não seja inferior a 13.8%;

A previsão de semelhante regime levantará, desde logo, a dúvida sobre as possibilidades criadas ao nível da sua utilização para efeitos de planeamento fiscal internacional. E, efectivamente, tal pensamento não é desprovido de sentido, na medida em que este regime é avançado como bandeira da atractividade do sistema fiscal português pelo próprio legislador nacional.

Ora, isto só poderá querer significar que mesmo o legislador, aquando da formulação deste regime, previu e pretendeu<sup>157</sup> que este regime servisse também o propósito de atracção de entidades estrangeiras (multinacionais), para que no território português decidam fixar os seus centros de decisão, de desenvolvimento e exploração de bens conexos com propriedade intelectual e que utilizem Portugal como plataforma dos seus investimentos internacionais.

A questão que, para nós e após a exposição efectuada, mais releva, é a de saber

---

<sup>156</sup>Seja uma pessoa colectiva, dotada de personalidade jurídica ou um mero estabelecimento estável, desprovido daquela.

<sup>157</sup>Além da capacidade inerente para potenciar a exportação e o investimento estrangeiro das empresas portuguesas.

se esta postura de concorrência (aberta) agora empregue pelo Estado Português se encontra conforme com o sentido e os objectivos do Projecto *BEPS*, no âmbito da discussão internacional que se vem desenrolando.

Em primeiro lugar, cumpre referir que o regime aqui analisado não implica, sem mais, a criação de novas formas ou possibilidades para o planeamento fiscal. Quanto muito, a existência de um regime de *participation exemption* pode tornar mais atractivas algumas formas de planeamento já possíveis anteriormente, no sentido em que, na distribuição dos resultados empresariais (que agora poderá ser isenta), a rendibilidade de determinada estrutura possa aumentar.

Neste considerando, cumpre referir que Portugal, de facto, implementou medidas anti-abuso por forma a obstar àquelas situações de aproveitamento do regime absolutamente desprovidas de substancialidade económica<sup>158</sup> ou, pelo menos, de frontal utilização dos benefícios previstos, para alocação de rendimentos a entidades sediadas em territórios de baixa ou nula tributação<sup>159</sup>.

Finalmente, cumpre salientar outra questão de maior: a concorrência fiscal implementada.

Conforme já referimos anteriormente, uma das questões que se pretende abordar no âmbito do Projecto *BEPS* é a existência de regimes fiscais concorrenciais, na medida em que torna o sistema tributário internacional num campo de batalha entre Estados, na tentativa de angariação de investimento directo estrangeiro.

Neste considerando, o regime ora em análise em nada vem piorar, por assim dizer, o estado de coisas internacional. Isto porque, de facto, a tributação territorial dos rendimentos empresariais é cada vez mais comum, assumindo especial relevância para esta situação, a previsão por diversas jurisdições de regimes semelhantes ao regime português (sendo, inclusivamente e em muitos casos, bastante mais atractivos).

---

<sup>158</sup> Às quais, independentemente das regras e precauções tomadas aquando da construção do regime, sempre será possível a aplicação da Cláusula Geral Anti-Abuso (CGAA), prevista no artigo 38.º da Lei Geral Tributária. Ora, esta norma assume uma relevância preponderante no combate a qualquer tipo de planeamento fiscal. Como é sabido, para além das normas específicas já previstas para blindagem do regime ora instituído, sempre restará à Autoridade Tributária e Aduaneira alçar mão da CGAA, para coarctar aquelas situações em que o planeamento possa ser considerado abusivo, mesmo que a estrutura ou negócio usados respeitem, formalmente, a lei.

<sup>159</sup> Artigo 51.º, n.º 1, alíneas d) e e), do Código do IRC.

## 6 – Conclusões

1. O *BEPS* é um fenómeno que abarca em si diversas realidades. No seu âmbito, são estudados diversos problemas subjacentes ao sistema tributário internacional, relacionados com a permeabilidade deste aos comportamentos dos contribuintes;
2. Atenta a capacidade que as empresas multinacionais, motivadas por princípios de racionalidade económica, têm de optar pela jurisdição fiscal que ofereça os regimes e ambientes mais favoráveis, através de técnicas e estruturas de planeamento e organização das suas actividades, parece haver agora por parte dos Estados uma tentativa de repressão do planeamento fiscal;
3. Certo é, contudo, que nem todos os casos se apresentam como casos de planeamento fiscal abusivo, ao contrário do que transparece dos trabalhos desenvolvidos no seio da OCDE;
4. Em muitos casos, as estruturas montadas pelas multinacionais, têm em vista e como resultado não uma manipulação puramente jurídica dos factos, mas antes uma alteração efectiva dos elementos de conexão – perfeitamente conformes com a letra da lei e, em muitos casos, até com o espírito desta.
5. Com efeito, a postura de combate e culpabilização das condutas das empresas multinacionais, tem servido como escape à admissão, por parte dos Estados, da sua própria culpa na ocorrência do fenómeno do *BEPS*.
6. A reforma pretendida do sistema tributário internacional, passa essencialmente por três pontos: coordenação entre Estados por forma a limitar o planeamento fiscal ancorado nas possibilidades criadas pelas discrepâncias legislativas; fortalecimento das normas internacionais e alinhamento dos princípios basilares às novas formas de organização económica; e, por último mas não menos importante, a diminuição dos regimes fiscais que potenciam essas discrepâncias e que acabam por incentivar as empresas ao planeamento;
7. A reforma do IRC, foi levada a cabo com o rigor que se exigia de um Estado que até há bem pouco tempo não usufruía de uma imagem positiva no que ao seu sistema fiscal concerne.
8. De facto, diremos que o novo regime da *participation exemption* português

apresenta-se em contraciclo com os desenvolvimentos ao nível do Plano *BEPS* sem que, com isso, potencie novas formas de planeamento fiscal.

9. O contraciclo verificado, prende-se com a necessidade de alinhamento do sistema tributário nacional com os outros sistemas mundiais, isto é, no aprofundamento da concorrência fiscal – na manutenção e perpetuação do paradigma.
10. Nesta medida, é de saudar a implementação deste regime, ainda que implementando um paradigma de concorrência provavelmente contrário aos recentes desenvolvimentos ao nível do Projecto *BEPS*, serve como forma de angariação de investimento e actividade económica para o país.
11. Finalmente e como nota para investigação numa outra sede, será de referir que, outros aspectos da Reforma possam apresentar problemas mais profundos, como será o caso do regime de *Patent Box*.

## 7 – Bibliografia

AULT, Hugh J., *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance – Working Paper 2013-03*, - *Department of Business and Tax Law – Department of Public Economics*, July 2013, *Reprinted from Taxes Notes International*, Vol. 70, nr. 12, June 17, 2013; disponível para consulta em <http://www.tax.mpg.de>,

AVI-YONAH, Reuven S., *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, *Law & Economics Working Papers*, disponível no repositório online da Universidade de Michigan, [http://repository.law.umich.edu/law\\_econ\\_archive/art102](http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art102).

BRAUNER, Yariv, *Value in the Eye of the Beholder: The valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, *Virginia Tax Review*, 79, pág. 161-162, disponível em <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/18/>.

BRAUNER, Yariv, *What the BEPS?*, 2014. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2408034>.

ERNST & YOUNG, AAVV, *O Novo IRC*, Almedina, 2013.

*G20 Leaders Declaration*, disponível em [https://www.g20.org/official\\_resources/los\\_cabos\\_g20\\_leaders\\_declaration](https://www.g20.org/official_resources/los_cabos_g20_leaders_declaration).

GUERRA, José Calejo e PIRES, José Mègre, *International Aspects of the New Portuguese Corporate Income Tax Regime: Enhancing Tax Competition in the European Market*, *European Taxation*, vol. 54, 2-3, IBFD, 2014.

GUERRA, José Calejo, *Limitation on Benefits Clauses and EU Law*, *European Taxation*, Fevereiro/Março, 2011.

<http://topics.bloomberg.com/the-great-corporate-tax-dodge/> .

KLEINBARD, Edward D., *Stateless income*, in: Florida Tax Review, Vol. XI, n.º 9, 2011.

KLEINBARD, Edward D., *Through a Latte, Darkly: Starbucks's Stateless Income Planning* . Tax Notes, 24 de Junho, 2013, pág. 1515-1535, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2264384> .

LAITY, Eric T., *The Competence of Nations and International Tax Law* (April 15, 2006). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897082> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.897082> .

LOOMIS, Stephen C., *The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens*, St. Mary's Law Journal, 2012, disponível em [http://www.stmaryslawjournal.org/pdfs/loomis\\_recent\\_development.pdf](http://www.stmaryslawjournal.org/pdfs/loomis_recent_development.pdf) .

MARTHA, Rutsel, *The Jurisdiction to Tax in International Law: Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, Kluwer Law, 1989.

NABAIS, José Casalta, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Almedina, 2004.

OECD (1998), *Harmful Tax Competition – An Emerging Global issue*, OECD Publishing, disponível em <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>.

OECD (2000), *Towards Global Tax Co-operation - Report To The 2000 Ministerial Council Meeting And Recommendations By The Committee On Fiscal Affairs*, OECD Publishing, disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf>.

OECD (2010), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing.

OECD (2012), *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en> .

OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, disponível em [http://www.oecd.org/tax/aggressive/HYBRIDS\\_ENG\\_Final\\_October2012.pdf](http://www.oecd.org/tax/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf) .

OECD (2013), *Adressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/8789264192744-en>.

*OECD Economic Outlook*, n.º 81, OCDE, 2007.

OLIVEIRA, António Fernandes de, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal: As Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, 2009.

PASCAL SAINT-AMANS/ RUSSO, Raffaele; *What the BEPS are we talking about?*, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/tax/what-the-beps-are-we-talking-about.htm> .

PEREIRA, Paula Rosado, *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, 2010.

PIRES, Joaquim António R., *Os Preços de Transferência*, Vida Económica, 2006.

PIRES, Manuel, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*, Centro de Estudos Fiscais, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1984.

*Programa do XIX Governo Constitucional*.

*Relatório preparado pelo Comité de Especialistas em Dupla Tributação e Evasão Fiscal*, Liga das Nações Publicações, 1927.

SALDANHA SANCHES, J.L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

SALDANHA SANCHES, J.L., *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2006.

SCHIZER, David, *Sticks and Snakes: Derivatives and Curtailing Aggressive Tax Planning*, Southern California Law Review, Setembro de 2000. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=228248>.

TEIXEIRA, Gloria, BARROS, Duarte, (coord.), *Preços de Transferência e o Caso Português*, Vida Económica, 2004.

TING, Antony, *iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*. British Tax Review, 1, 2014, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2411297>.

XAVIER, Alberto, *Direito Internacional Tributário*, Almedina, 2.<sup>a</sup> Edição, 2011.