



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Os desafios do planeamento fiscal das multinacionais face aos
recentes desenvolvimentos fiscais no plano internacional**

Andreza Proença Kasprzak

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Os desafios do planeamento fiscal das multinacionais face aos
recentes desenvolvimentos fiscais no plano internacional**

Andreza Proença Kasprzak

Orientador: Professor Doutor João Sérgio Feio Antunes Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Resumo

Os Estados dependem dos impostos para a boa manutenção do funcionamento dos serviços públicos. Partindo deste princípio, é de amplo conhecimento que as empresas multinacionais, impulsionadas pelo fenómeno da globalização, fragmentam suas atividades pelo globo e utilizam-se de diversos mecanismos de planeamento fiscal com o intuito de verem a sua carga fiscal diminuída.

Recentemente a OCDE e a comunidade internacional uniram esforços no combate ao planeamento fiscal, de forma a limitar a concorrência fiscal e as disparidades entre os ordenamentos tributários, tendo sido propostas diversas medidas que entrarão em vigor em breve.

Acerca dessa temática, abordarei a análise do instrumento do planeamento fiscal, recorrendo sobre os diversos conceitos existentes, e correlacionando-o com o princípio da autonomia da vontade privada e a liberdade de gestão das empresas. Posteriormente, apresentarei um breve histórico sobre o Plano BEPS da OCDE, bem como, analisarei as recentes medidas propostas no combate a evasão fiscal, nomeadamente, os Pilares 1 e 2 e o BEFIT.

Por fim, analisarei alguns pontos acerca da limitação do planeamento fiscal decorrentes das novas medidas fiscais propostas no contexto internacional, a fim de verificar se ainda há espaço para um planeamento fiscal legítimo em meio a uma tendência global em tratá-lo como sendo nocivo ao sistema fiscal.

Palavras-chave: Planeamento fiscal; OCDE; BEPS; Empresas multinacionais.

Abstract

States depend on taxes to maintain the proper functioning of public services. Based on this principle, it is widely known that multinational corporations, driven by the phenomenon of globalization, fragment their activities around the globe and use various tax planning mechanisms in order to reduce their tax burden.

Recently the OECD and the international community have joined efforts to combat tax planning, in order to limit tax competition and the disparities between tax systems and several measures have been proposed that will soon come into force.

On this topic, I will analyze the instrument of tax planning, discussing the various existing concepts, and correlating it with the principle of the autonomy of private will and the freedom of management of companies. Afterwards, I will present a brief history about the BEPS Plan of the OECD, as well as analyze the recent measures proposed to combat tax evasion, namely, Pillars 1 and 2 and the BEFIT.

Finally, I will analyze some points about the limitation of tax planning arising from the new tax measures proposed in the international tax context, in order to verify if there is still room for a legitimate tax planning amidst a global trend in treating tax planning as completely harmful to the tax system.

Keywords: OCDE; BEPS; Tax Planning; Multinational corporations.

Índice

Introdução	8
1. Sobre o planeamento fiscal	9
1.1. Breves considerações constitucionais	9
1.2. O conceito de planeamento fiscal e seus pilares	10
1.3. Compreendendo as diferenças entre o planeamento fiscal, a evasão e a fraude fiscal	14
1.4. A autonomia da vontade privada e a liberdade de gestão das empresas	16
1.5. O conceito de planeamento fiscal agressivo	22
2. Os recentes desenvolvimentos fiscais no plano internacional	24
2.1. Breve histórico sobre o plano BEPS	25
2.2. BEPS 2.0: Os pilares 1 e 2	27
2.2.1. O Pilar 1	27
2.2.2. O Pilar 2	29
2.3. BEFIT	32
3. Os limites impostos ao planeamento fiscal	33
3.1. O combate a concorrência fiscal	34
3.2. A soberania fiscal dos Estados	35
3.3. A eficácia do BEPS 2.0 no objetivo de atenuar a evasão fiscal	36
3.4. Ainda há espaço para um planeamento fiscal legítimo?	38
Conclusões	41
Bibliografia	43

Lista de siglas e abreviaturas

BEFIT	(Business in Europe: Framework for Income Taxation - (Empresas na Europa: Quadro para a Tributação de Rendimentos)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CDT	Convenções de Dupla Tributação
EMNs	Empresas Multinacionais
G20	Grupo dos 20
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

Introdução

O planeamento fiscal tem como objetivo suprimir de maneira lícita, a ocorrência do facto tributário, ou seja, visa minimizar a carga tributária suportada na obrigação fiscal. Assim, esse mecanismo anda lado a lado com o princípio da autonomia privada, que dispõe que, não sendo proibido por lei, é permitido ao gestor privado a tomada de decisões acerca da gestão do seu negócio, inclusivamente, no campo tributário.

Por outro lado, a globalização da economia e a internacionalização dos negócios, tem vindo a contribuir para o aumento da utilização do planeamento fiscal por grandes empresas, especialmente as EMNs, que fragmentam os seus negócios por diversas jurisdições, operando sobre diversos ordenamentos jurídicos e planeando suas estratégias económicas tanto em decorrência da atratividade do mercado quanto pelas oportunidades tributárias.

Deste cenário, surgiu o projeto BEPS, criado por iniciativa da OCDE, com o objetivo de adaptar a tributação internacional a nova realidade económica, com especial enfoque no combate da erosão da base tributária e da transferência de lucros.

Nos últimos anos surgiram novas medidas a serem implementadas, nomeadamente os Pilares 1 e 2 e o BEFIT, que provocarão profundas mudanças no cenário tributário internacional, e terão grande impacto na possibilidade da existência do planeamento fiscal internacional no futuro.

Deste modo, o presente trabalho pretende discorrer sobre o conceito do planeamento fiscal, identificar os seus excessos, avaliando seus atritos com a segurança jurídica e a liberdade de gestão. Em sua conclusão, busca verificar se no futuro haverá espaço para a existência do mecanismo do planeamento fiscal perante as recentes alterações fiscais no plano internacional.

1. Sobre o planeamento fiscal

1.1. Breves considerações constitucionais

No contexto económico-evolutivo, e como consequência do Estado Democrático de Direito, compete ao Estado suportar e desempenhar a função de satisfazer as necessidades coletivas da sociedade, com a manutenção da máquina pública, que cumpre o seu dever ao garantir o fornecimento de infraestrutura, transporte, saúde, educação, meio ambiente, geopolítica etc. E neste aspeto, o sistema fiscal, e, nomeadamente os impostos, são uma das fontes primordiais para a obtenção de receitas pelo Estado, possibilitando a plena satisfação das necessidades financeiras deste para o funcionamento do sistema¹.

Disto isto, é certo que o não pagamento de impostos ocasiona um grande problema para o Estado, dado que estes constituem uma grande parcela da sua fonte de rendimento, pois que já se encontram enraizados na vida social e conseguem tributar sobre diversas fontes de rendimento, tendo uma ampla base tributável, seja pela tributação direta sobre fontes de rendimento de pessoas singulares e/ou coletivas, seja por meio da tributação indireta sobre bens de consumo, prestações de serviços e outras operações financeiras. Como se pode prever, sem essa importante fonte de rendimento, o Estado encontra barreiras financeiras para exercer o compromisso com as suas funções.

O facto é que, apesar da arrecadação de impostos e o seu consecutivo pagamento ser um dever constitucionalmente instituído, não há lugar para o absolutismo. Nenhum contribuinte é obrigado a pagar um imposto se o mesmo não for previsto por lei, bem como, não será obrigado a pagar o máximo de imposto possível. Em matéria fiscal, os contribuintes estão protegidos por alguns princípios que determinam os pilares da relação entre o estes e o Estado.

No que diz respeito a importância dos princípios em matéria fiscal, em destaque temos o princípio da legalidade, o qual determina que os impostos precisam de ser criados pela via legislativa, ou seja, mediante uma lei, o qual está diretamente relacionado com o princípio da tipicidade, o qual expressa que apenas será tributável o que estiver tipificado por lei. Já o princípio da igualdade, define que todos os cidadãos se encontram sujeitos ao pagamento de impostos, de forma que o critério de sujeição seja baseado em uma

¹ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p. 2.

igualdade horizontal, pautada pela capacidade contributiva do sujeito passivo², e desta forma, a capacidade de tributação do Estado de Direito está diretamente relacionada com a capacidade contributiva dos seus sujeitos passivos³.

Outro princípio é o da segurança jurídica, que prevê a proibição de normas fiscais retroativas, garantindo uma proteção constitucional ao contribuinte relativamente a incidência onerosa ou agravante da sua situação jurídica⁴. Por fim, temos o princípio da proporcionalidade, que dispõe da não adoção de medidas desproporcionais ou excessivas para que sejam alcançados os fins pretendidos pelo Estado.

Desta forma, os princípios elencados conferem proteção jurídica aos contribuintes na mesma medida em que impõem limites a atuação do poder tributário. Do ponto de vista jurídico-tributário, é possível afirmar que o instrumento do planeamento fiscal, na qualidade de instrumento de gestão e liberdade de escolha do contribuinte em designar a sua estratégia fiscal pela via menos onerosa, quando não seja guiado por medidas fraudulentas e desproporcionais, encontra-se salvaguardado por estes valores constitucionais.

1.2. O conceito de planeamento fiscal e os seus pilares

De uma forma geral, o conceito de planeamento fiscal pode ser definido como a utilização, pelo sujeito passivo, de um ou vários mecanismos, que de forma encadeada, tem como principal objetivo obter um ganho tributário, ganho este que pode ser entendido pela redução, eliminação ou diferimento temporal do pagamento de impostos. Esse tipo de planeamento fiscal, ou *tax planning*, amplamente utilizado no campo internacional, é definido por condutas *intra legem*, pois consiste na ação ou omissão do contribuinte por atos de gestão fiscal ou poupança fiscal, que visam diminuir o imposto a pagar conforme o estipulado por uma lei em vigor⁵.

O facto é que, na realidade o entendimento sobre este tema não é assim tão simples. A fronteira que separa o campo da licitude do campo da ilicitude é ténue e complexa, sendo necessário delimitar alguns conceitos, uma vez que comumente esse

² NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 155.

³ DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 191.

⁴ JORDÃO, Telma, *O direito fundamental ao planeamento fiscal e o combate à evasão fiscal*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, Dissertação de mestrado, p. 16.

⁵ CAMPOS, Diogo Leite/CAMPOS Mónica, *Direito Tributário*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p.161.

enquadramento é realizado mediante medidas interpretativas das Autoridades Fiscais face a aplicação da lei aos casos concretos⁶.

O estabelecimento dos limites normativos ao planeamento tributário, em especial, na esfera internacional, tem promovido uma grande dificuldade interpretativa à comunidade jurídica. Não há, de forma uniformizada, sob a perspetiva internacional, uma linha divisória bem definida que determine o limite para que transações ou estruturas sejam classificadas como lícitas ou ilícitas. Mas sim, é comumente uma matéria definida conforme o escopo do ordenamento jurídico de cada país, tendo em consideração os interesses políticos e económicos na esfera de cada Estado, o que outorga a existência de uma certa variabilidade em relação ao nível de permissibilidade aos planeamentos fiscais dos contribuintes pelas diversas Autoridades Fiscais e Tribunais dos diferentes países⁷.

Apesar dos consideráveis esforços entre os Estados, com o intuito de delimitar o espaço para práticas de tais planeamentos, tanto por intermédio de alterações nas legislações domésticas, quanto pela celebração de acordos internacionais, o atual paradigma de tributação internacional se apresenta insuficiente para oferecer uma proposta de solução global e consistente para lidar com tais práticas lícitas, porém indesejadas pelas Administrações Fiscais⁸.

A noção de planeamento fiscal perpassa por três pilares, pelos quais, (1) o conceito da voluntariedade, que abrange os comportamentos do sujeito passivo, sejam estes de ação ou omissão, pela celebração de determinado negócio jurídico por este ser fiscalmente mais vantajoso, ou por contraposição, a omissão de praticar certa prestação de serviços com o principal objetivo de evitar à incidência da norma tributária⁹, desde que estes sejam praticados de forma livre e voluntária pelo sujeito passivo.

Por via de regra, tais ações são praticadas antes da verificação de uma determinada hipótese de incidência fiscal, e conseguem projetar os seus efeitos tanto nos limites de um Ordenamento jurídico tributário nacional, como podem ampliar os seus efeitos em direção a Ordenamentos jurídicos de outros países, e sendo assim, o planeamento fiscal na sua

⁶ AZEVEDO, Patrícia Anjos, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso*. in *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica* (coordenação: Sónia Monteiro, Suzana Costa e Liliana Pereira), Vida Económica, Porto, 2011, p. 296.

⁷ WARD, David A, *Abuse of tax treaties*, Intertax vol. 23, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 1995, p. 176.

⁸ TAKANO, Caio Augusto, *O conceito de planeamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS*, Revista Direito Tributário Internacional Atual v. 2. São Paulo: IBDT, 2017, p. 43.

⁹ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p. 7.

forma internacional. Um bom exemplo seria a escolha da localização de uma determinada transação em um país sujeito a um regime fiscal mais favorável que o interno¹⁰.

Outro pilar que surge será a questão da licitude, sendo esta uma componente essencial da noção de planeamento fiscal, pois apenas poderá ser considerado planeamento fiscal na sua forma propriamente dita, o comportamento de ação ou omissão que seja lícito, ou seja, que esteja em conformidade com a legislação em vigor, não indo de encontro com o disposto pela lei, e assim, não sendo considerado uma evasão fiscal, tendo em vista que as estruturas jurídicas criadas atendem estritamente a legalidade da lei.

Com frequência os contribuintes optam por fazer um aproveitamento tributário de tipicidade negativa, isto é, exploram as lacunas da lei, de forma a contornar, de forma lícita, o previsto no ordenamento jurídico fiscal. É rigorosamente nesse aspeto que se situa a distinção e o distanciamento do planeamento fiscal lícito das outras formas de evitação fiscal, nomeadamente, a evasão (*tax avoidance*) e a fraude fiscal (*tax evasion*), dado que nestes casos, o comportamento do contribuinte se situa em um campo de moderada ou acentuada ilicitude.

O grau de desconformidade do comportamento do contribuinte, no planeamento fiscal lícito, é inexistente, existindo inclusive, condutas desejáveis, mesmo que indiretamente, pelo próprio Estado, e que de certa forma condiciona as escolhas de gestão do sujeito passivo em prol de que o mesmo atenda aos objetivos ocultos do Estado¹¹. E por fim, o último pilar, o resultado alcançado. Neste ponto, cumpre destacar que a ação ou omissão planificadora tem sempre como objetivo final a poupança fiscal, até mesmo quando o resultado não tenha exclusivamente natureza pecuniária.

O facto é que, do planeamento pode-se almejar tanto um afastamento ou uma evitação da tributação, agindo por meio da não incidência tributária, quanto através da diminuição ou até mesmo da isenção da tributação, e assim, optando por meios que efetivamente diminuam a carga fiscal, como também pelo diferimento fiscal, desta forma projetando a carga tributária para um momento futuro, de forma a obter uma vantagem fiscal momentânea.

Em quaisquer das situações, o objetivo final será sempre *intralegal*, admitido como juridicamente possível e válido pelo Ordenamento fiscal, pelo que, se considerará

¹⁰ Ibidem, p. 8.

¹¹ Ibidem, p. 8.

ilegítima qualquer tentativa do legislador fiscal em impedir ou sancionar que o mesmo seja alcançado.

Resumidamente, considera-se que o planeamento fiscal seja o encadeamento dos atos do contribuinte que estejam em conformidade com a lei tributária, propenso ou não ao pagamento, ao menor pagamento ou ao pagamento diferido do imposto que implique sempre no seu respeito à lei fiscal, não se verificando qualquer tipo de conduta regida pela ilegalidade, não se confundindo com as condutas de sonegação fiscal, que consistem um em procedimento fraudulento, com competência de iludir o fisco para eximir o contribuinte ao pagamento do imposto devido¹².

Desta forma, é congruente distinguir as diferentes formas de planeamento fiscal, na sua forma legítima, *intra legem*, que assumindo uma forma excessiva, abusiva ou agressiva, ao ultrapassar o limiar da legalidade temos a forma de planeamento *extra legem*, ou ainda, poderemos estar diante da existência de fraude fiscal, que vai de encontro com o previsto na lei e desta forma assume a forma de um planeamento fiscal ilegítimo, sendo definido como *contra legem*.

Podemos concluir que a noção de planeamento fiscal, intrinsecamente conexas a autonomia de vontade do contribuinte, suscita da não violação das normas do ordenamento tributário. Podemos observar que a poupança fiscal poderá ser legitimada por duas vias distintas, por meio do incentivo e sugestão do próprio Estado, que busca direcionar o comportamento do contribuinte através da própria criação de normas fiscais que concedam benefícios (deduções específicas, abatimentos à matéria coletável, isenções fiscais, benefícios fiscais etc), que conduzem a que o contribuinte atenda as intenções do Estado. Ou mesmo, quando o legislador outorga, direta ou indiretamente, opções entre regimes jurídicos diferentes e conseqüentemente que ocasionarão conseqüências fiscais distintas¹³.

Perante o elucidado, é de grande relevância reconhecermos a existência das diversas formas de atuação dos contribuintes com o intuito de eliminar ou restringir a carga fiscal. Aos contribuintes compete o direito ao exercício dos atos e negócios jurídicos que perante a lei sejam legítimos e lícitos, e assim, estamos a tratar de um

¹² SILVA, Germano Marques da, *Da Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, 2000, p. 10.

¹³ SANTOS, António Carlos dos, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto*, Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão nº 38, 2009, pp. 72-73.

autêntico planeamento fiscal. Porém, o que distingue os comportamentos de mera gestão fiscal, dos atos que ultrapassem essa fronteira, atingindo o caráter de ilicitude, nem sempre é percebido de forma explícita, dado que existe uma grande zona cinzenta que separa um planeamento abusivo ou elisivo do planeamento ilícito ou fraude.

1.3. Compreendendo os limites entre o planeamento fiscal, a evasão e a fraude fiscal

Distanciados da figura do planeamento fiscal estão a evasão e a fraude fiscal, estando no centro dessa diferenciação, o grau de ilicitude suscitado ou a carga valorativa negativa implícita. O conceito de ilicitude, é interpretado pelo grau de desconformidade entre o ato exercido pelo sujeito passivo e o Ordenamento jurídico, sendo notável que certas condutas ou comportamentos violam a lei fiscal de modo mais gravoso, atingindo bens jurídicos fundamentais e seus valores essenciais, enquanto outras violam de maneira mais moderada, ofendendo bens e valores que não revestem a característica da essencialidade¹⁴.

Quando estamos perante condutas que infringem bens jurídicos fundamentais, a lei fiscal tende a reagir por meio da criminalização da respetiva conduta, com a aplicação de penas de prisão e de multa; já quando os bens jurídicos ofendidos não tenham esse caráter, o meio de reação aplicado é mais moderado, por meio de contraordenações revestidas na forma de coimas ou correções administrativas¹⁵.

Dito isto, podemos concluir e classificar uma distinção entre os conceitos, tendo em consideração o grau de ilicitude suscitado pelos atos e condutas, no dito planeamento fiscal o grau de ilicitude é nulo, na evasão é moderado e na fraude é elevado. Por consequência, as reações do legislador serão equiparavelmente distintas, sendo nulas ou inexistentes no caso do planeamento fiscal, moderadas na evasão e agressivas na fraude fiscal¹⁶. Diante do cenário exposto, admitimos que, para a existência de um sistema fiscal

¹⁴ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p.11.

¹⁵ SOUSA, Susana Aires, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra editora, Coimbra, 2009, p. 242.

¹⁶ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p.12.

justo e igualitário, não há lugar a condutas que advenham do campo da ilicitude.

Ao analisarmos o instrumento da elisão fiscal ou *tax avoidance* verificamos que esta é entendida como o conjunto de atos e condutas voluntárias exercidas pelo sujeito passivo tributário e que, muito embora sejam praticadas na esfera da licitude – relativa ou moderada - recebem uma qualificação abusiva pela norma tributária – que considera a conduta *extra legem*, considerando o fim que pretendem alcançar – sendo este o principal traço que a distingue do planeamento fiscal.

Neste caso, podemos afirmar que, as condutas elisivas encontram-se em conformidade ao respeito da letra da lei, mas violam o seu espírito, dado que se utilizam da forma jurídica sem um específico propósito negocial que não sejam meramente os propósitos fiscais. O fim proposto é claro e objetivo, estando na fronteira limítrofe com o planeamento fiscal e a caminho da fraude fiscal, pois que, procura-se aproveitar uma forma jurídica existente para outro fim, no sentido de fazer lograr a poupança fiscal.

Ao adentrarmos na zona da evasão, é ultrapassada a fronteira da mera gestão fiscal e adentramos na zona cinzenta que separa os comportamentos lícitos e sem risco, dos comportamentos potencialmente conflitantes; a distinção entre esses dois estatutos não é de fácil entendimento, carecendo de uma análise e ponderação casuística. Por meio de leis com má redação, omissões legislativas e conceitos pouco precisos, o contribuinte segue pela via que lhe seja mais benéfica e fiscalmente menos onerosa.

Por outro modo, pode adjudicar de figuras jurídicas anómalas e construções atípicas, que contornam a essência da interpretação legislativa normal e oferece um caminho para a desoneração fiscal¹⁷. Sendo assim, cabe ao legislador determinar as situações em que, apesar de serem consideradas válidas, são perante ao espírito da lei consideradas “abusivas” e por tal, carecem de uma reação sancionatória por parte do Estado. Nesses casos, já não estamos propriamente na zona do planeamento fiscal, mas sim, de outras realidades fiscais¹⁸.

Por outro lado, temos a “*tax evasion*” ou fraude fiscal que é entendida como o

¹⁷ SANTOS, António Carlos dos, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto*, Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão nº 38, 2009, pp. 74-75.

¹⁸ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p. 11.

conjunto de atos e condutas voluntárias exercidas pelo sujeito passivo tributário que praticados na esfera da ilicitude (celebração de negócios simulados, burla tributária, frustração de créditos, abuso de confiança etc), e têm como fim alcançar um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento tributário. A utilização deste instrumento resulta em um alto grau de desconformidade da conduta com o Ordenamento jurídico - que considera a conduta *extralegem* - sendo evidentemente manifestada a intenção fraudulenta do contribuinte, pois que a sua atuação resulta em uma violação direta das normas jurídicas¹⁹. Neste caso estamos perante o que a lei tipifica como comportamentos culposos, com grande censura ética, pois que, ferem os valores fundamentais protegidos por lei penal, pondo em causa o próprio funcionamento do sistema tributário²⁰.

1.4. A autonomia da vontade privada e a liberdade de gestão das empresas

Quando pensamos acerca da decisão planificadora pelo sujeito passivo, podemos verificar que existem três institutos que devem ser tidos em consideração, sendo estes, a satisfação das necessidades financeiras coletivas do Estado, a proteção dos contribuintes e o direito à autonomia da vontade²¹; E disto, podemos concluir que nenhum destes poderá assumir primazia perante os demais, sendo apenas juridicamente admissível a solução que assuma a forma que promova a correta harmonização e conformidade interpretativa entre estas unidades.

Em estreita conexão com o instituto de proteção dos contribuintes, surge a autonomia da vontade, que estabelece particular importância ao passo que o seu reconhecimento pelos Ordenamentos jurídicos visa assegurar uma maior liberdade na condução das decisões dos contribuintes, através da escolha de forma privada que seja mais adequada para o particular, especialmente no que diz respeito aos métodos para atingir a poupança fiscal, evidentemente sempre nas linhas da legalidade da lei fiscal.

No sistema jurídico fiscal português existe uma ideia de orientação pela

¹⁹ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p. 14.

²⁰ SANTOS, António Carlos dos, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto*, Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão n.º 38, 2009, p. 71.

²¹ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 5.

neutralidade tributária, que expressa a vontade de que o contribuinte atue no âmbito das suas escolhas em um plano movido por razões económicas e não fiscais²². As opções jurídicas exercidas pelo contribuinte, com seus efeitos fiscais, são legitimadas pelo princípio da liberdade do sujeito passivo, com base na liberdade contratual, que tem estatuto de direito fundamental na nossa sociedade²³. Pelo facto de estar intrinsecamente vinculada a este princípio, não poderá a administração fiscal, limitar ou restringir as opções jurídicas exercidas pelo sujeito passivo - que antecedem as correlativas consequências fiscais – censurando as que suscitem – de forma involuntária ou até mesmo voluntária – em uma menor tributação do rendimento/negócio²⁴.

Não obstante serem admissíveis questionamentos acerca desta colocação, trata-se, ao nosso ver, de uma matéria de sede constitucional, ainda que somente pela sua materialidade, e isto porque, no caso da legislação portuguesa, a CRP dispõe que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros (...)”²⁵, e ainda devido a autonomia da vontade constituir uma densificação do princípio da dignidade da pessoa humana²⁶.

Destarte, em termos de efetividade jurídica, é absolutamente legítima a gestão fiscal, sendo esta interpretada como a inserção do fator fiscal na motivação das escolhas das sociedades e particulares. O propósito deste princípio da liberdade do sujeito passivo será a não interferência da Administração Tributária na questão da gestão das empresas e dos indivíduos, dado que, não cabe a esta a apreciação do juízo de ilegitimidade em função do resultado das opções negociais que procurem evitar os impostos, de forma *intralegem*, contanto que as mesmas sejam lícitas, nos casos em que o Estado veja por diminuída a sua receita decorrente da arrecadação por meio da tributação²⁷. O exercício desse poder de atuação materializa-se precisamente no direito ao planeamento fiscal,

²² MARTINS, António, “A Influência da Lei Fiscal nas Decisões de Reestruturar: Uma Perspetiva Financeira”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 21.

²³ CAMPOS, Diogo Leite / SOUTELINHO Susana, *Direito do Procedimento Tributário*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 29 e ss.

²⁴ COSTA, Eva Dias, *A substância económica dos factos tributários: as normas anti abuso e os limites da licitude do planeamento fiscal*, Revista eletrónica de direito nº3, 2015, p.5.

²⁵ art.º 16.º, n.º 1 da CRP.

²⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 20.

²⁷ CAMPOS, Diogo Leite / SOUTELINHO Susana, *Direito do Procedimento Tributário*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 29 e ss.

concretizado pela escolha do contribuinte em seguir pela via da estrada menos onerosa.

É de extrema importância tentar-se definir a autonomia da vontade — ou autonomia privada, sob o ponto de vista jurídico. Significa, portanto, o reconhecimento de que qualquer indivíduo legalmente capaz pode-se vincular por atos jurídicos²⁸. Trata-se, portanto, da possibilidade de o agente jurídico estabelecer os efeitos dos seus próprios atos, vinculando-se aos mesmos²⁹, ou por simplificação, a liberdade dos sujeitos em modelarem os seus atos jurídicos conforme a sua própria vontade. O fundamento basilar da autonomia privada é a liberdade, entendida esta como valor jurídico, sendo caracterizada pelo pensamento de que o indivíduo é o centro do edifício social e jurídico e a manifestação da sua vontade, o instrumento pelo qual exerce a realização da justiça. Sob o prisma jurídico, a liberdade é o direito de praticar ou não, tudo o que não seja censurado ou proibido por lei, sendo o direito dos indivíduos de escolher entre o exercer ou não os seus direitos subjetivos³⁰.

Dito isto, podemos dizer que estamos na presença de um princípio estritamente ligado as liberdades económicas fundamentais, como a liberdade de empresa, a liberdade de trabalho ou a liberdade de concorrência. Sendo assim, conforme as considerações já expostas, a autonomia deverá ser sempre exercida de forma relativa, não devendo ultrapassar os limites constitucionais e legais a que está imposta.

Do ponto de vista empresarial e mesmo profissional, a autonomia da vontade é materializada conforme o seu exercício sobre as *convicções de gestão*. Isto significa que, de forma real e efetiva, os sujeitos passivos são livres para planear, propor e atuar por todos os meios lícitos de gestão a que tenham acesso, sejam estes instrumentos de natureza personificante, contratual, laboral ou tributária e fiscal³¹. Sendo que, no campo fiscalidade, e tendo por reconhecido a existência do direito à “previsão antecipada da carga fiscal” e ao planeamento, é reconhecido aos sujeitos passivos a possibilidade de

²⁸ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p. 5.

²⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 20.

³⁰ NETO, Francisco dos Santos Amaral, “A autonomia privada como princípio fundamental da Ordem Jurídica – Perspetivas Estrutural e Funcional”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1988, pp. 15-16.

³¹ ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012, p. 6.

escolha entre todas as opções que o ordenamento jurídico viabiliza, e que não condene, de forma absolutamente lícita e possível, que seja fiscalmente favorável ao contribuinte, ocasionando uma menor despesa fiscal.

A intenção de um negócio jurídico nunca é abstrata, mas sim, tem um propósito, em que os seus meios são concretos e o seu custo bem definido, pelo qual a carga fiscal constitui muitas vezes a parte mais importante. A relação jurídica tributária dá-se por força da própria lei³², pois é a partir desta que nasce a obrigação tributária, a partir da junção entre o facto tributário e a respetiva norma de incidência legal.

Por consequência, a vontade das partes da obrigação tributária, e em particular, a vontade do contribuinte, não expressa grande relevância tanto para o nascimento da lei quanto para a sua respetiva normalização. Porém isto não quer dizer que não a vontade do contribuinte fique completamente alheia a esfera do tributo. Na prática esta tem o poder de determinar a verificação do próprio facto tributário e aquilo que o configura, e sendo assim, age de modo quase que determinante para o processo gerador da obrigação tributária. Desta forma, podemos concluir acerca da existência de uma influência da vontade do contribuinte nessa relação, apesar de o contribuinte não ter poderes para modular a relação jurídica tributária, a vontade deste manifesta-se na eleição da forma jurídica e, nessa medida, da norma aplicável.

Sendo assim, a relevância da vontade das partes, particularmente, a do contribuinte, na formação do aspeto material da relação jurídica, fica completamente excluída. Pois que, uma vez preenchidos os pressupostos para a tributação, há o nascimento da relação jurídica, sem que haja qualquer possibilidade das partes em exercer algum tipo de negociação ou mesmo a rejeitar. É estritamente da lei que surge o imposto e os seus elementos formais³³.

Não obstante, ao efetuar determinada ação económica, o contribuinte, exerce a sua opção de escolha, dentre o amplo leque de instrumentos jurídicos disponíveis, aquele que melhor atende aos seus objetivos económicos. Assim, a escolha da forma negocial é efetivamente relevante, na medida em que as diferentes realidades não são tributadas da mesma forma, realidades diferentes são tributadas de modo diferente e fica ao critério do

³² Ver Artigo 36.º, n.º 1 da LGT.

³³ PIRES, Manuel, PIRES, Rita Calçada, *Direito Fiscal*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 224.

contribuinte a opção pela via menos onerosa³⁴.

Disto isto, podemos concluir que a autonomia privada é o princípio que dita a atuação do indivíduo nas relações jurídicas, segundo o qual, a sua vontade deste decorre do princípio geral da autodeterminação do homem. Vimos anteriormente que a vontade do sujeito passivo é completamente irrelevante para o nascimento da obrigação do imposto, mas não há correlação de que essa vontade não tenha relevância para a identificação e determinação do facto tributário e seus efeitos³⁵.

Da análise dos princípios civilistas, temos o princípio da livre disponibilidade económica dos indivíduos e das empresas e a ideia de que este concretiza o Estado fiscal, definindo que seja facultada a livre decisão dos indivíduos em todos os âmbitos da sua vida, apenas admitindo-se a limitação dessa liberdade de decisão, por parte do Estado, quando o seu exercício essa traduza em danos para o coletivo. Não sendo este o caso, ao Estado compete reconhecer a livre disposição fiscal dos indivíduos em exercerem o direito de optar pelo melhor planeamento fiscal possível, de forma a não condicionarem a sua vida económica as necessidades financeiras do Estado³⁶.

Desta forma, é legítimo que tanto os sujeitos passivos, sejam estas pessoas individuais ou coletivas, condicionem a ação económica em atos jurídicos e atos não jurídicos, conforme a sua autonomia privada, optando por critérios de elisão, *tax avoidance* ou de aforro fiscal. Contudo que, não venham a violar as leis fiscais, nem tão pouco façam uso do abuso de tal liberdade, de forma a provocar a evasão fiscal por meio de manobras e artifícios que distorçam a realidade jurídica e económica³⁷.

A Constituição portuguesa reconhece que a iniciativa económica privada se exerce livremente nos seus quadros³⁸ e seguramente considera-a como um direito fundamental, embora não esteja expressamente incluindo nos seus direitos, liberdades e garantias.

Se por um lado a liberdade de iniciativa privada, consiste na liberdade de se iniciar

³⁴ COSTA, Eva Dias, *A substância económica dos factos tributários: as normas anti abuso e os limites da licitude do planeamento fiscal*, Revista eletrónica de direito nº3, 2015, pp. 6-7.

³⁵ XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Volume: I, Manuais da Faculdade de Direito Lisboa, Lisboa, 1981, p. 256.

³⁶ COSTA, Eva Dias, *A substância económica dos factos tributários: as normas anti abuso e os limites da licitude do planeamento fiscal*, Revista eletrónica de direito nº3, 2015, p.7.

³⁷ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p.127.

³⁸ Ver Artigo 61.º da CRP

uma atividade económica - trata-se de um direito pessoal, por outro, comporta a liberdade de organização, gestão e atividade da empresa – trata-se de um direito institucional, um direito da empresa em si mesma³⁹, que se traduz na forma de gestão das empresas nas suas escolhas estruturais e de planeamento económico. Se fosse levado ao extremo, o princípio da liberdade de opção empresarial poderia configurar-se como um direito absoluto, o qual não seria razoável perante a esfera social, que se pretende justo e equilibrado face à óbvia constatação da existência de direitos conflitantes⁴⁰.

Não sendo absoluto, há de se fixar limites quanto da sua atuação, quando esta venha a causar danos na esfera da coletividade, devendo sempre esta limitação estar subordinada ao princípio da proporcionalidade, devendo se fazer a ponderação da mesma, de forma a não anular de forma inadequada a liberdade de gestão fiscal das empresas.

Resumidamente, em virtude dos princípios da liberdade de gestão empresarial e da autonomia contratual, aos contribuintes é facultada a escolha dos seus atos e negócios jurídicos, desde que estes não sejam expressamente censurados pelo ordenamento jurídico. Ao legislador fiscal não é permitido o exercício de qualquer tipo de impedimento quanto as escolhas contratuais do sujeito passivo, pelas quais lhes sejam mais adequadas, mesmo que destas resultem em uma poupança fiscal e sejam motivadas pela economia fiscal⁴¹.

Consequentemente, é por meio da questão do exercício de uma vantagem fiscal, advinda por meio de um comportamento de escolha do contribuinte, que se põe em causa a integralidade do ordenamento jurídico-tributário como sistema de justa repartição de encargos tributários. É por isso que ao legislador compete aplicar os princípios alicerces do sistema fiscal, de forma que haja uma justa ponderação do comportamento dos sujeitos passivos perante a lei fiscal⁴².

Quando verificamos os limites da liberdade negocial, encontramos um envolve um obstáculo de legitimidade, no sentido de que, ao individuo compete o poder de gestão

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.789.

⁴⁰ FERNANDES, Filipe João Saraiva, *A Decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, 2012, Dissertação de mestrado, p. 26.

⁴¹ SANCHES, José Luis Saldanha, *Abuso de Direito em Matéria fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 2000, p. 25-29

⁴² SANCHES, José Luis Saldanha, *Justiça Fiscal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, p. 62.

na sua esfera particular, mas não na esfera coletiva. Desta forma, ao exercerem atos com o único intuito de obter uma diminuição da sua carga fiscal, os contribuintes estão a atuar, não apenas na sua esfera particular, mas também na esfera do Estado⁴³.

A decisão planificadora poderá ser considerada instintiva e até mesmo natural — sempre a caminhar no campo na licitude — para que ao sujeito passivo, ao utilizar da sua autonomia da vontade, por meio das suas opções de escolha, possa ser beneficiado por uma poupança em matéria de impostos.

Podemos concluir que, da liberdade que emana da autonomia de vontade do contribuinte, resultará na máxima de que ninguém será obrigado a praticar condutas que se qualifiquem como factos impositivos e que obriguem ao pagamento de impostos ou mesmo que obrigue ao pagamento do máximo de imposto possível⁴⁴. É ainda, de amplo conhecimento, que da ótica das pessoas coletivas, e em particular, no caso dos administradores e estrategistas, a obrigação de poupança, principalmente a de matéria fiscal, é considerada uma verdadeira obrigação.

1.5. O conceito de planeamento fiscal agressivo

Com a corrida do Projeto BEPS e as suas 15 Ações contra a evasão fiscal, particularmente contra a figura do planeamento fiscal agressivo, entendemos que a delimitação do seu conteúdo e alcance normativo, é de extrema importância, dado que a zona cinzenta é muitas vezes confundida e tratada como sinónimo do planeamento fiscal lícito.

O dito planeamento tributário agressivo pode ser manifestado por meio de qualquer dispositivo que, não violando a lei fiscal na sua forma, provoque economia fiscal, tanto em casos em que se verifique, ou não, quaisquer abusos. Desta forma, a agressividade fiscal pode surgir em qualquer mecanismo de planeamento fiscal, sendo somente necessário que o seu procedimento desvie do padrão normal que caracterize os

⁴³ CAMPOS, Diogo Leite de / ANDRADE, João Costa, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (a Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 61-62.

⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *Planeamento tributário, elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão*, in Curso de Direito Tributário (coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva), Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 420 e 430.

negócios jurídicos que provoquem uma redução da carga tributária⁴⁵.

Ainda sob essa ótica, o conceito de planejamento fiscal agressivo é comumente associado a mecanismos dotados de técnicas muito complexas e sofisticadas, elaboradas por profissionais altamente qualificados da área fiscal, que dado ao seu sucesso de aplicabilidade, concretizam em uma legítima vantagem fiscal. Desta forma, torna-se imprescindível delinear uma clara distinção entre o planejamento fiscal agressivo lícito, que se aproxima mais da elisão fiscal, devido a característica de ter amparo em mecanismos que, apesar de irem ao encontro da vontade do legislador, são legítimos, do planejamento fiscal agressivo ilícito, caracterizado por arranjos e mecanismos mal-intencionados, que resultam em uma vantagem fiscal que não encontra amparo na lei fiscal.

Como veremos a seguir, o BEPS impulsionou a tendência global de limitar a autonomia de gestão das EMN no sentido de promoverem livremente o planejamento tributário no âmbito dos seus negócios, seja na esfera interna, mas sobretudo, no campo internacional. Na nossa concepção, em um Estado Democrático de Direito, da expressão da autonomia privada e da liberdade de gestão surge o planejamento fiscal, não sendo a justiça acerca da tributação um resultado de julgamento moral, mas sim, em conformidade com o estabelecido pela norma fiscal. Desta forma, conforme dispõe TAKANO⁴⁶ “a moralidade não deve ser aquela que subjetivamente é encontrada no juízo do aplicador do direito, mas aquela que, num regime de legalidade, objetivada na norma jurídica”.

Ao aproximar os conceitos jurídicos de “agressividade” com “imoralidade” estamos a legitimar a ação de um Estado Fiscal autoritário, apto a tributar qualquer tipo de manifestação econômica que almeje, em prol dos valores sociais, o que comprometeria a segurança jurídica do sistema fiscal.⁴⁷ Nesse aspeto, há autores que defendem que o conceito da “agressividade” revela uma vertente de política fiscal e não um conceito jurídico, visto que, estar mais ligado a ser um princípio norteador da ação legislativa dos

⁴⁵ GUIMARÃES, Luigi Terlizzi, *O planejamento tributário e os conceitos globais adotados para limitar a liberdade de planear: Ação 12 do BEPS e o cenário da agressividade fiscal*, Lisboa, 2022, Dissertação de Mestrado, pág. 51

⁴⁶ TAKANO, Caio Augusto. *O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS*. Revista Direito Tributário Internacional Atual v. 2. São Paulo: IBDT, 2017, p. 51.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 51.

países, no tocante a criação das suas regras antielisivas ou antievasivas⁴⁸.

Desta forma, o conceito de “planeamento fiscal agressivo” não poderá ser confundido com a figura da abusividade. Contudo, vimos que essas figuras ainda são confundidas porquanto que a agressividade é vista como a prática de um ato lícito do contribuinte, mas que, pela falta de um propósito extrafiscal, torna-se ilegítimo.⁴⁹ A falta de um motivo extrafiscal não deveria ser um requisito para caracterizar a elisão fiscal, pois que, a exclusiva motivação de economizar tributos é completamente lícita, já que não existe nenhum princípio constitucional ou regra legal que obrigue o sujeito passivo a estruturar os seus negócios de forma a maximizar o pagamento de impostos.

O conceito de “planeamento fiscal agressivo”, imaginado pela OCDE, abrange tanto estruturas societárias que se utilizam de lacunas legais ou aproveitam a falta de harmonia das normas tributárias entre os países, já no caso do abuso, vimos que é necessário que haja um uso excessivo da lei fiscal, que viole o espírito da norma fiscal.

Da análise dessa reflexão surge a necessidade do posicionamento a ser tomado perante os tipos de planeamento fiscal, pois que, as recentes medidas devem apenas combater para lidar com planeamentos fiscais agressivos que são simulados, mas não são efetivas para combater casos em que há uma legítima operação, que se valha de oportunidades extraídas da lei, que revelam uma vantagem fiscal que se sobrepõe à motivação econômica subjacente⁵⁰.

2. Os recentes desenvolvimentos fiscais no plano internacional

Atualmente, a grande prioridade da comunidade internacional é resolver os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia. Em consequência, o rumo a ser tomado direciona para um sistema fiscal cada vez mais global, uniformizado e universal,

⁴⁸ DOURADO, Ana Paula, *Aggressive tax planning in EU Law and in the light of BEPS: the EC recommendation on aggressive tax planning and BEPS actions 2 and 6*, Intertax vol. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 49.

⁴⁹ GUIMARÃES, Luigi Terlizzi, *O planeamento tributário e os conceitos globais adotados para limitar a liberdade de planear: Ação 12 do BEPS e o cenário da agressividade fiscal*, Lisboa, 2022, Dissertação de Mestrado, p. 46.

⁵⁰ GUIMARÃES, Luigi Terlizzi, *O planeamento tributário e os conceitos globais adotados para limitar a liberdade de planear: Ação 12 do BEPS e o cenário da agressividade fiscal*, Lisboa, 2022, Dissertação de Mestrado, p.48.

orientado não mais para o direito interno de cada País, mas para uma realidade internacional⁵¹.

Com o intuito de frear a concorrência fiscal internacional, advinda da globalização e digitalização da economia, os Estados foram pressionados a procurar por respostas, e em conjunto com a OCDE, novas medidas foram sendo discutidas e acabaram por ser impostas aos Estados, por pressão do mercado internacional, não esquecendo que estas levantam questões de perda de soberania fiscal dos Estados, uma vez que este se vê impelido a adaptar os seus ordenamentos internos por meio de *soft law* oriundas de disposições da OCDE.

2.1. Breve histórico sobre o plano BEPS

No ano de 2013, a OCDE apresentou um conjunto de 15 ações, com o intuito de implementar medidas que harmonizassem a legislação tributária internacional perante o problema da erosão das bases tributárias e da transferência de lucros. Esse projeto de ações, mais conhecido como Plano de Ação BEPS⁵², teve como principal objetivo combater o planejamento fiscal dito “agressivo”, aquele ao qual, diferentemente do abusivo ou “*contra legem*” se situa na zona cinzenta entre a licitude e a ilicitude, sendo identificado em operações que envolvam uma posição tributária que legítima, mas com efeitos tributários não pretendidos pelo legislador ou pelo uso de uma posição fiscal favorável ao sujeito passivo, sem revelar abertamente que há incertezas em torno de questões tributárias relevantes⁵³, sendo um mecanismo complexo, real e não artificial.

Diante da análise da OCDE⁵⁴, foram identificados os principais pontos de preocupação à tributação internacional:

- i. Estabelecer a coerência internacional em relação ao imposto sobre as pessoas jurídicas;
- ii. Restaurar plenamente os efeitos e benefícios dos padrões internacionais;
- iii. Assegurar a transparência promovendo simultaneamente maior segurança

⁵¹ NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 486.

⁵² Do inglês “Erosão de base e transferência de lucros”.

⁵³ TAKANO, Caio Augusto, *O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS*, Revista Direito Tributário Internacional Atual v. 2. São Paulo: IBDT, 2017, p. 53.

⁵⁴ OCDE, Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros. OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>, 2003.

e previsibilidade;

- iv. A necessidade de uma rápida implementação das medidas.

Foi apontado pelo Projeto que os grandes culpados pela perda de receitas fiscais são as EMN, dado que, o avanço da globalização e digitalização da economia permitiram a mobilidade das atividades e a fragmentação dos rendimentos das EMN, o que facilitou a opção pela estruturação dos seus negócios em países fiscalmente mais favoráveis, utilizando das disparidades e lacunas legislativas para obter benefícios na esfera fiscal⁵⁵.

É certo que o sistema tributário internacional não estava em conformidade com a nova realidade e dinâmica económica e comercial do século XXI, visto que sistemas fiscais ainda projetados para a antiga economia, baseada em uma tributação local e pautada pela presença física, onde os negócios operavam por meio de tijolos e argamassa⁵⁶.

Para além dos fatores económicos, financeiros e fiscais, a pressão dos aspetos políticos e sociais teve forte impacto no apoio e motivação do G20⁵⁷ no apoio ao Projeto BEPS da OCDE. Após a divulgação de notícias em todo o mundo que indicavam a baixa tributação de gigantes multinacionais, em casos que podemos citar Cadbury, Starbucks, Apple, Google e General Electric⁵⁸, a pressão e pública sobre os governos nacionais sucumbiram em uma tomada de decisão por parte dos Estados. Estimou-se que a perda de receita fiscal sobre o rendimento das empresas ascendia a valores correspondentes de 4% a 10% das receitas globais do imposto⁵⁹.

As 15 ações propostas pela OCDE preveem medidas que possam ser adotadas pelos governos de forma a combater a erosão de bases e a transferência de lucros. Tal perda de receita fiscal é descrita como advinda de táticas de planeamento fiscal, sendo este considerado na modalidade da fraude fiscal, que como já vimos, possui um alto grau de

⁵⁵ MARTINS, João Miguel Vidreiro, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspectivas futuras*, Aveiro, 2018, Dissertação de mestrado, pp. 17-18.

⁵⁶ SPINOSA, Lisa & CHAND, Vikram, *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?*, Intertax, Volume 46, 6ª e 7ª Edição, 2018, p. 477.

⁵⁷ Grupo formado pelos ministros das Finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia.

⁵⁸ MARTINS, João Miguel Vidreiro, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspectivas futuras*, Aveiro, 2018, Dissertação de mestrado, p. 19.

⁵⁹ OECD, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement. OECD, 2015, Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>.

desconformidade da conduta com o Ordenamento jurídico, sendo considerado ilícito e por tanto, a ser combatido; mas também, visam as estratégias de planeamento fiscal ditas abusivas, que operam na zona cinzenta, que como também já vimos, operam no âmbito da licitude, porém, infringem o dito espírito da lei fiscal.

Após estar em discussão por alguns anos, em 2015 finalmente foi lançado o relatório final sobre as recomendações do BEPS, tendo a adesão e a participação de mais de 128 países, tendo sido então criado pela OCDE um fórum chamado de Quadro Inclusivo (Inclusive Framework), para a implementação das medidas⁶⁰. A partir daí, apesar dos esforços e avanços, foi só nos últimos anos que de facto medidas amplas e concretas foram postas à mesa dos países aderentes.

No final de 2021, a OCDE apresentou uma nova versão do Projeto BEPS⁶¹, com a inclusão de dois pilares fundamentais, com o intuito de harmonizar a tributação das gigantes tecnológicas e das EMN. Foi proposto a incidência de uma taxa mínima de 15% na tributação dos rendimentos das grandes empresas, independentemente de que haja um elemento de conexão, sendo propondo um novo elemento de conexão, o local onde os utilizadores estejam localizados. Para além disto, propõe que sejam verificados critérios de incidência, tendo as empresas que ter um volume de negócio acima dos 20 mil milhões de euros e uma rentabilidade superior a 10%⁶².

2.2. BEPS 2.0: Os pilares 1 e 2

2.2.1. O Pilar 1

Aliado a expansão do fenómeno da globalização, novos modelos de negócios foram implementados, particularmente pela via digital, onde a presença física das empresas, essencialmente das EMN, deixaram de ter grande relevância, o que ocasionou um forte impacto na forma de tributação – ou pela falta desta, o que levou a uma preocupação pelos Estados e abriu portas para uma discussão de reforma do sistema

⁶⁰ REIGOTO, Inês, *Global Tax Deal As regras GloBE, evasão fiscal e o impacto na União Europeia*, Porto, 2022, Dissertação de mestrado, p. 12.

⁶¹ Comumente chamado de BEPS 2.0.

⁶² OECD (2021), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*, OECD, Paris, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>.

tributário internacional.

Como já vimos, o plano de ação BEPS foi o primeiro passo dado pela comunidade internacional para abrir um debate crítico em busca de soluções para o futuro do sistema de tributação internacional, tendo em vista que da digitalização decorreu imensas dificuldades no âmbito da sustentabilidade económica e financeira dos países, na medida em que, especialmente os ditos países desenvolvidos, sofreram com a transferência dos negócios e de capital para países de baixa tributação, os ditos países em desenvolvimentos ou subdesenvolvidos, uma vez que mais do que uma estratégia económica, mas sim, uma política para a sobrevivência da sua própria economia, utilizam da baixa tributação como estratégia de captação de capital e investimento, tendo atraído diversas EMN a se instalarem nos seus territórios.

Contudo, essa situação ocasionou um desconforto aos Estados que reivindicavam a sua soberania perante o direito à tributação do rendimento, aquando que, uma EMN poderia se instalar em um país com um sistema fiscal mais favorável, com baixa tributação de rendimentos, instalando nele a sua presença física, mas operar em diversas outras jurisdições, sem que existisse tal elemento de conexão, concentrando o seu lucro tributável em um território de baixa tributação, e obtendo assim, vantagens fiscais.

Conforme referido, com o estabelecimento do Quadro Inclusivo (Inclusive Framework) e posteriormente com o desenvolvimento dos dois pilares, o objetivo da OCDE/G20 foi de enfrentar os desafios decorrentes da digitalização da economia, a partir do qual, o Pilar 1 teve como escopo e principal objetivo a criação de um novo nexo de conexão e alocação dos lucros.

De acordo com o Relatório desenvolvido no Plano BEPS⁶³, no ano 2020, o Pilar 1 tem como principal propósito adequar o sistema fiscal internacional a nova realidade económica, através da alocação dos lucros das EMN as jurisdições onde estão situados os consumidores, criando um nexo de tributação e ampliando os direitos de tributação⁶⁴, advindo da capacidade das empresas em desenvolverem a sua atividade sem uma

⁶³ OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation- Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. OECD Publishing: 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/sites/eba0634-en/index.html?itemId=/content/publication/eba0634-en>.

⁶⁴ TORRES, Ana Rita, *Plano BEPS: A influência do Pilar 1 no contexto tributário internacional*, Braga, 2022, Dissertação de mestrado, p. 24.

presença física⁶⁵.

Sendo assim, estabeleceu-se a base para o Pilar 1, a criação de um novo direito de tributação para as jurisdições em que há a existência de um mercado e este define um parcela do lucro ao nível do Grupo, sendo este definido como Montante A; como também, a constituição de mecanismos que contribuam para as regras de preços de, sendo definido de Montante B).

Quanto ao âmbito de aplicação do Pilar 1, este estará voltado para os grandes Grupos ou entidades de um Grupo sujeito, que cumulativamente satisfaçam dois requisitos: (i) atinjam o limiar de receitas totais do Grupo superiores a € 20 mil milhões, sendo que, se o período for maior ou menor a 12 meses o montante de € 20 mil milhões será ajustado proporcionalmente (teste da receita global)⁶⁶ e (ii) o Grupo obtenha uma margem de lucro, antes de impostos, superior a 10% no período (teste da rentabilidade) no período⁶⁷.

Resumidamente, para estar no escopo do Montante A, o Grupo terá de obter, no período em causa, rendimentos que cheguem aos € 20 mil milhões, com uma margem de lucro, antes de impostos, superior a 10%. Caso a margem não alcance os 10% no período atual, poderão ser efetuados dois testes adicionais, em dois ou mais dos quatro períodos imediatamente anteriores ao período em causa (teste do período anterior) ou a média ao longo do período e dos quatro imediatamente anteriores (teste médio), e caso não obtenha receitas que atinjam os € 20 mil milhões, não estará sujeito ao Montante A⁶⁸.

2.2.2. O Pilar 2

De forma complementar ao Pilar 1, foi desenvolvido o Pilar 2, que tem como objetivo estabelecer regras de anti erosão da base tributária, ao garantir um mínimo de eficácia na tributação, e assim, visa impedir a transferência de lucros para sistemas fiscais com baixa ou nula tributação e assegurar que as EMNs paguem os seus impostos onde efetivamente devem ser pagos, onde os lucros são de facto obtidos, através da tributação

⁶⁵ RIBEIRO, João Sérgio, A tributação das multinacionais na União Europeia, A Publicar, p. 8.

⁶⁶ Com o limite de volume de negócios a ser reduzido para 10 bilhões de euros, no prazo de 7 anos, caso a implementação venha a ser bem-sucedida.

⁶⁷ OCDE, Tax Challenges Arising From Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint, OECD, 2020, pp. 124 e ss.

⁶⁸ TORRES, Ana Rita, *Plano BEPS: A influência do Pilar 1 no contexto tributário internacional*, Braga, 2022, Dissertação de mestrado, p. 29.

à uma taxa mínima global⁶⁹.

Desta forma, objetiva também limitar a concorrência fiscal, ao garantir que as EMN estarão anualmente sujeitas a um nível mínimo de imposto sobre todos os seus rendimentos. Neste sentido, permitirá o aumento da tributação mínima efetivo das EMN nos sistemas fiscais dos Estados, independentemente da localização da sociedade mãe ou dos sistemas onde esta atua. Tal tributação mínima efetiva do lucro das empresas limitará de facto as possibilidades de elisão fiscal⁷⁰.

A solução visada por meio deste Pilar, passa pela tributação a uma taxa mínima efetiva sobre o rendimento das pessoas coletivas, fixada em 15%, aplicável às EMN que obtenham receitas brutas que ultrapassem o limiar de 750 milhões de euros. Desta forma, a soberania dos Estados encontra-se ressalvada quando a taxa seja igual ou superior a 15%, havendo, porém, uma limitação desta quando a taxa seja inferior a estipulada pelo Pilar 2⁷¹.

O principal objetivo é evitar a erosão da base tributária, mas, para além deste, objetiva ainda outras medidas: Impedir a transferência de lucros para sistemas com baixo ou nula tributação, advinda das novas tecnologias; assegurar um nível mínimo de imposto pago pelas empresas multinacionais e equiparar as empresas com presença física “tradicionais” às empresas digitais.

O propósito da tributação à taxa mínima efetiva tem seu início através da Regra de Inclusão de Rendimento (RIR), no prisma da residência do beneficiário, juntamente com a Regra dos Pagamentos Subtributados (RPS), no prisma da fonte. A operação da RIR segue alguns aspetos das regras das *Controlled Foreign Company*⁷², na qual ocorre a inclusão do rendimento ao nível do acionista aquando dos rendimentos de uma entidade controlada estrangeira sejam tributados abaixo da taxa de tributação mínima efetiva⁷³. Aliada este mecanismo, é aplicada uma regra de supressão de tratados tributários ou *switch-over* (RSO) a qual afasta os obstáculos de uma Convenção de Dupla Tributação

⁶⁹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Economic Impact Assessment, INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS, OECD 2020, p. 13.

⁷⁰ RIBEIRO, João Sérgio, A tributação das multinacionais na União Europeia, A Publicar, p. 9.

⁷¹ REIGOTO, Inês, *Global Tax Deal As regras GloBE, evasão fiscal e o impacto na União Europeia*, Porto, 2022, Dissertação de mestrado, p. 18.

⁷² Tradução do inglês: Sociedades Estrangeiras Controladas.

⁷³ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS, OECD 2020, p. 14.

da sua aplicação a certas estruturas de estabelecimentos estáveis e aplica-se quando um Tratado fiscal obrigue um Estado contratante a utilizar o método da isenção⁷⁴. Assim, cada entidade pertencente a um grupo de uma EMN, terá a sua parcela dos rendimentos tributada no Estado onde atuam.

Por outro lado, temos a Regra dos Pagamentos Subtributados (RPS), uma regra secundária, aplicável quando uma entidade constituinte não estiver sujeita à RIR. Funciona como forma de suporte a esta, e estabelece uma tributação complementar no Estado de origem dos rendimentos, de forma a compensar a menor tributação no outro Estado, recaindo sobre um sujeito passivo do mesmo grupo da EMN da entidade sujeita a baixa tributação⁷⁵.

E finalmente temos a última regra que engloba o Pilar 2, a Regra de Sujeição a Tributação (RST), e por meio desta há o reconhecimento, na esfera do Estado da fonte, de que há vantagens em anular os benefícios advindos das CDTs, em prol de alguns pagamentos dedutíveis no âmbito Intra grupo, efetuados em Estados onde esses rendimentos estão sujeitos a uma baixa ou nula tributação⁷⁶.

Para além da delimitação do limiar financeiro, o Pilar 2 prevê ainda exclusões que restringem a sua aplicabilidade e possibilitam compreender os principais alvos deste instrumento. As exclusões englobam algumas entidades controladoras, incluindo fundos de investimento e de pensão; entidades governamentais, como fundos soberanos e organismos internacionais e sem fins lucrativos, que comumente possuem benefício de exclusão ou isenção de impostos conforme legislação fiscal interna aplicável⁷⁷.

A da taxa de imposto efetiva de 15% incidirá sobre a base tributária calculada mediante as regras das ordens jurídicas internas, o que poderá ocasionar em distorções da base tributável entre os países. Se a taxa de imposto efetiva interna de um Estado no qual se encontra estabelecida a EMN, estiver abaixo da taxa mínima estipulada, esta será incumbida de pagar o valor adicional de imposto, na medida em que seja suficiente para

⁷⁴ Ibidem, pp. 121 e 122.

⁷⁵ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS, OECD 2020, p. 14.

⁷⁶ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS, OECD 2020, p. 14 e 15.

⁷⁷ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS, OECD 2020, p. 15.

complementar o valor total do imposto sobre os lucros excedentes até à taxa mínima.

Por enquanto, ambos os pilares são apenas *soft law* - embora já esteja em discussão interna em diversos países, dada a influência que a OCDE perfaz perante os países, e estão no cerco das negociações atuais para uma rápida implementação, expectável para ocorrer no começo de 2024.

2.3. BEFIT

Em 2021, a nível da UE, foi apresentada uma proposta que se apresenta como um novo quadro para a tributação do rendimento das empresas na Europa - BEFIT (*Business in Europe: Framework for Income Taxation* – Empresas na Europa: Quadro para a Tributação de Rendimentos) e surge em consequência dos Pilares da OCDE. A recente proposta é sucessora de um antigo projeto da tributação da base comum consolidada – CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*), tendo pouca novidade, uma vez que as regras em que assenta são muito idênticas às daquele⁷⁸.

Essa proposta de Diretiva surge em consequência dos trabalhos da OCDE e vem mais uma vez propor medidas que foram iniciadas em 2011, mas que não chegaram a ir para frente, tendo agora maior amparo para implementação dado o avanço dos Pilares.

O principal objetivo do BEFIT será estabelecer um conjunto único de regras de tributação das sociedades para a UE, de forma que o valor tributável de um Grupo MNE seja comum, havendo a justa repartição dos lucros entre os EM por meio de uma fórmula de repartição específica, a ser tributada pela taxa doméstica do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas⁷⁹. Sendo assim, vem de forma a complementar as regras instituídas pelo Pilares da OCDE, através da utilização de uma fórmula para a reafectação parcial dos lucros, no âmbito do Pilar 1 e de regras comuns de cálculo do valor tributável para efeitos de aplicação do Pilar 2⁸⁰.

Desta forma, o BEFIT se propõe a alcançar com as suas medidas, os seguintes objetivos:

⁷⁸ RIBEIRO, João Sérgio, A tributação das multinacionais na União Europeia, A Publicar, p. 17.

⁷⁹ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL, Business Taxation for the 21st Century, COM (2021) 251 final, 18.5.2021, pp. 12-14.

⁸⁰ RIBEIRO, João Sérgio, A tributação das multinacionais na União Europeia, A Publicar, p. 17.

- i. Criar um conjunto de regras comum para grupos EMN que operam no mercado único europeu, em mais de um EM, reduzindo assim, as barreiras ao investimento transfronteiriço;
- ii. Reduzir a burocracia e os custos de conformidade no mercado único, diminuindo a carga administrativa sobre as autoridades fiscais e contribuintes;
- iii. Combater a evasão fiscal e apoiar a criação de emprego, crescimento e investimento;
- iv. Oferecer uma forma eficaz e justa de repartir os direitos fiscais entre os EM;
- v. Garantir receitas fiscais fiáveis e previsíveis para os EM.⁸¹

No que diz respeito ao objetivo de combater a evasão fiscal, com o BEFIT, a disparidade existente entre os sistemas de tributação do rendimento das pessoas coletivas dos países da UE deixará de existir, tendo em vista que as regras comuns para determinar o valor tributável do imposto sobre as sociedades se sobreporão sobre os 27 conjuntos diferentes de regras de tributação das sociedades dos EM, e assim, um grupo EMN calculará q matéria tributável, em cada país, por meio do mesmo conjunto de regras, uniformizando e harmonizando as regras de tributação dos países da UE, com a possibilidade de futuramente da existência de um obrigação de declaração fiscal única das empresas na UE⁸².

3. Os limites impostos ao planeamento fiscal

No ano de 1991, a ONU chegou a recomendar que fosse criada uma organização fiscal de carácter internacional⁸³ que coordenasse e promovesse o progresso global em matéria fiscal. Essa ideia foi vista por alguns autores como inalcançável⁸⁴, dada a complexidade do nível de cooperação política e administrativa entre os Países para a sua implementação.

⁸¹ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL, Business Taxation for the 21st Century, COM (2021) 251 final, 18.5.2021, p. 13.

⁸² RIBEIRO, João Sérgio, A tributação das multinacionais na União Europeia, A Publicar, p. 17-18.

⁸³ No seu relatório “*High-level international intergovernmental consideration of financing for development*”.

⁸⁴ AVI-YONAH, Reuven S., *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*. Harvard Law Review, 113(7), 2000, pp. 93-97.

Aliada a essa dificuldade de apoio entre os governos, ressaltamos ainda que os sistemas fiscais dos países atuam como uma forte componente política, económica e social, que impacta de forma vertical todas as esferas, sendo o cerco de um sistema político de uma democracia, pois que, sem receitas, não há campo para a implementação de medidas políticas. Desta forma, um organismo global suprimiria a manutenção da autonomia política e a governança dos Estados.

Nesse cenário, surge em alternativa a intervenção da OCDE, a fim de conduzir o debate tributário internacional e definir medidas futuras para as questões fiscais no contexto global, isto porque, fazem parte dessa organização os países com as maiores economias mundiais. Apesar das medidas e recomendações da OCDE não serem vinculativas aos Estados, ou seja, não são consideradas leis, mas apenas *soft law*, é certo que isto apesar de não obrigar os Estados ao cumprimento, não exclui o facto da influência dessas decisões no campo internacional.

3.1. O combate a concorrência fiscal

Atualmente, facilitado pela globalização, a concorrência fiscal domina o plano internacional, em que os países se utilizam, especialmente dos seus regimes e benefícios fiscais, para atrair investimento e receita fiscal aos seus territórios. Se por um lado vemos que demasiada concorrência fiscal é prejudicial aos cofres públicos, se tal concorrência for equilibrada é benéfica, especialmente para países em desenvolvimento, que carecem de recursos financeiros e dependem de investimento externo.

No tocante as EMN, é facto que a fragmentação do modelo de negócio implica em procurar territórios que satisfaçam elementos pertinentes a boa economia empresarial, sejam, menores custos com mão de obra e matéria-prima, uma geolocalização favorável ao tipo de atividade desenvolvida, os benefícios fiscais e financeiros associados a atividade, bem como, os custos com a despesa fiscal. Vejamos, uma empresa que busca expandir o seu negócio para outros países o faz a procurar de obter vantagens de negócio e financeiras, nunca o faria se impactasse a ter mais custos a longo prazo.

O facto é que nesta ótica, o sistema fiscal de um país se torna extremamente atrativo ou desinteressante para empresas de grande dimensão e nesse aspeto as assimetrias fiscais existentes entre os diversos países acarretam nesta possibilidade de escolha e gestão do negócio em que é possível direccionar o negócio – em que se leva

recursos financeiros, abre portas para o trabalho local, investimentos e dinamização da economia, para um território que tenha condições fiscais mais favoráveis.

Assim, uma vez que as medidas propostas pela OCDE visam a harmonização da tributação internacional, os Estados terão de procurar novos mecanismos, por meio de novas isenções e benefícios fiscais, que possam diferenciar o seu território perante os demais, de forma a atrair o investimento externo, especialmente para a tomada de decisão das EMNs no seu território.

De certa forma, uma tributação única e harmonizada, poderá não traduzir em uma maior tributação e arrecadação de receitas, ou mesmo, em uma diminuição da concorrência fiscal entre os Estados, mas sim, poderá vir a ser uma forma sanção, em que certos Estados – mais desenvolvidos, passam a impor uma pressão sobre a política fiscal de outros Estados, que não estejam alinhados a aplicar as medidas acordadas no plano internacional na sua legislação doméstica⁸⁵.

Conforme dito, tendo um sistema fiscal mais uniforme, no que diz respeito ao cálculo da matéria tributável e da taxa efetiva de imposto, os países procurarão, por outras vias, formas de diferenciar o seu sistema fiscal perante as EMNs, o que irá aumentar a fomentação de benefícios fiscais e financeiros, o que, da mesma forma, não aumentará a receita fiscal dos Estados, e que, se vier a se transformar em algo extremo, poderá inclusive, prejudicar a receita fiscal dos Estados que procurem atrair investimento, e no caso, os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos poderão vir a sofrer mais quebras de receitas fiscais.

3.2. A soberania fiscal dos Estados

O controlo das contas públicas e as alterações no sistema da estrutura política que rege o sistema fiscal, resulta inevitavelmente da liberdade dos Estados em organizar e gerir efetivamente o seu sistema fiscal⁸⁶. O poder de tributar é uma das grandes características da soberania de um Estado, que termina no limite da soberania tributária e

⁸⁵ PARADA, Leopoldo, El Acuerdo Fiscal Internacional: Impacto en Economías Emergentes (The Global Tax Agreement: Impact on Emerging Economies) (December 14, 2021). in: Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior—Memorias: 46 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior (Instituto Colombiano de Derecho Tributario– ICDT 2022), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3984969> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3984969>, p. 18 e 19.

⁸⁶ PIRES, Rita Calçada, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, 2019, p. 23.

encontra justificativa no nexo de conexão entre o Estado e os seus nacionais. Logo, a ideia de soberania tributária consiste em traçar os limites da competência tributária de um Estado, concedendo a este a possibilidade de exercer o seu poder de tributar.

Para Paula Rosado, a soberania tributária pode ser definida como “manifestação específica da soberania do Estado que lhe permite criar e implementar a sua própria política fiscal”⁸⁷, e é baseado nessa soberania que os Estados atuam de forma unilateral para versar sob as normas fiscais e adotar os critérios de tributação que pretendam, ainda que não de forma ilimitada, no tocante aos limites fixados pelo Direito Internacional Público⁸⁸.

É certo que a globalização já não permite que os Estados possam manter a sua soberania fiscal na sua integridade, dado o motivo que já citamos - a pressão sofrida para refletirem nos seus sistemas fiscais internos as pelas decisões no plano internacional. Pressão maior para os países da UE, dado o regime em que se encontram, mas também os países terceiros, que se veem indiretamente forçados a seguir as recomendações da OCDE para que sejam “bem vistos” internacionalmente, um bom exemplo dessa limitação da soberania fiscal são as CDTs, que limitam a soberania fiscal de um Estado em tributar certa transação em prol da tributação do outro Estado.

3.3. A eficácia do BEPS 2.0 no objetivo de atenuar a evasão fiscal

Alguns autores como Dagan⁸⁹, criticam que a OCDE controla o sistema fiscal internacional através do seu poder, por meio Convenção Modelo, que serve de base para as CDTs existentes, o que a potencializa traçar uma agenda de acordo com os seus interesses, neste caso, ao beneficiar os seus países-membros, ou seja, as grandes potenciais económicas. Conclui ainda que o *competition framework* supre as necessidades das economias mais pobres, já que estas não competem em condições equitativas com as economias mais desenvolvidas.

Ao nosso ver, em certa medida, as medidas propostas pela OCDE tanto no Plano

⁸⁷ PEREIRA, Paula Rosado, *Princípios do Direito Fiscal Internacional: do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 21.

⁸⁸ TAVARES, Chamir Mané, *O Projeto BEPS da OCDE: A Coerência do Direito Internacional Fiscal*, Lisboa, 2020, Dissertação de mestrado, p. 6.

⁸⁹ DAGAN, Tsilly, *The Tax Treaties Myth*, Journal of International Law and Politics, Vol. 32, 2000, pp. 13-17.

BEPS e quanto no BEPS 2.0, não escondem o propósito maior por detrás das suas medidas, satisfazer a sede de arrecadação de receitas fiscais dos países-membros, apoiados pelas economias do G-20, após as sucessivas crises na economia mundial. E desta forma, no seguimento das 15 ações do Plano BEPS, foi fortalecida e consolidada a tendência de limitar a liberdade dos planeamentos fiscais no âmbito interno e nos negócios internacionais⁹⁰ com o intuito de garantir o enriquecimento das grandes potências.

É de grande importância destacar que a implementação dos Pilares a nível mundial, e do BEFIT a nível europeu, terão um grande impacto nos custos de cumprimento, não só do lado do contribuintes, mas especialmente do lado das Autoridades Fiscais, que precisarão aprimorar os seus processos, por meio da digitalização e da troca de informações, o que causará imensos custos administrativos, especialmente em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde os sistemas fiscais são pouco complexos e exigentes, e que possivelmente não terão recursos necessários para a boa implementação e fiscalização das medidas impostas por estas mudanças.

Para esses países que assinaram o compromisso da implementação das medidas, possivelmente os recursos gastos com o dinheiro público diante de tamanha complexidade das medidas para a boa aplicação no sistema nacional, não terá tanto resultado financeiro para os cofres públicos. E por outro lado, a atratividade que atualmente possuem por motivos fiscais, na ótica das EMNs deixará de existir, perdendo o investimento externo tão importante para a economia nacional. Pois que, não existindo ligações fortes com esses países onde estão estabelecidas atualmente, as empresas não terão motivos para permanecer aí estabelecidas e continuar a desenvolver as suas atividades, sendo assim, esses Estados serão prejudicados.

Pelo lado do contribuinte, independentemente do nível de desenvolvimento do país em que as empresas estejam estabelecidas, haverá um alto grau de complexidade para adequar ao processo de implementação, no âmbito contabilístico e jurídico, tendo

⁹⁰ GUIMARÃES, Luigi Terlizzi, *O planeamento tributário e os conceitos globais adotados para limitar a liberdade de planear: Ação 12 do BEPS e o cenário da agressividade fiscal*, Lisboa, 2022, Dissertação de Mestrado, p. 29.

grandes custos com a contratação de serviços altamente especializados para adequar e preparar as empresas para as novas medidas, o que acarretará não só em altos custos financeiros, mas também na reestruturação dos seus modelos de negócio.

No panorama dos Estados que implementarem as medidas, nomeadamente das suas Autoridades Tributárias, em contrapartida da possibilidade de arrecadarem mais receitas fiscais com a implementação das medidas, haverá uma sobrecarga da máquina fiscal, no que diz respeito ao aumento de despesas financeiras, devido a várias reformas necessárias para o bom funcionamento das medidas, no âmbito legislativo, das auditorias, fiscalizações e administrativos⁹¹. O controlo e a fiscalização homogénea por todos os países aderentes também serão um desafio para os Estados, dado as particularidades e recursos de cada país.

3.4. Ainda há espaço para um planeamento fiscal legítimo?

Nos dias de hoje as relações económicas encontram-se cada vez mais dinâmicas e internacionais, especialmente com o surgimento das EMNs ou transnacionais, nas quais essas relações dispõem de elementos de conexão com diversas jurisdições fiscais. É certo que a coexistência de diversos ordenamentos jurídicos fiscais ao abrigo de legislações internas ocasionam um desequilíbrio fiscal e facilitam as opções de escolha dos contribuintes acerca da suas estratégias e gestão fiscal⁹².

Tal internacionalização propiciada pelo livre movimento de capitais é favorável para a livre escolha de estabelecimento e deslocalização de empresas e investimentos, sendo motivada pela procura por regimes fiscais mais favoráveis. Contrariamente a ideia da neutralidade fiscal, os movimentos económicos não decorrem unicamente motivados por razões económicas e produtivas, mas também, através das diferenças entre ordenamentos jurídicos fiscais. É certo que os fundamentos que pairam o combate do planeamento fiscal internacional são mais de natureza política do que jurídica⁹³.

No plano de discussão temos a tensão entre dois operadores, o Estado e o contribuinte. Por um lado, a justificativa do Estado em dimensionar o seu próprio

⁹¹ REIGOTO, Inês, *Global Tax Deal As regras GloBE, evasão fiscal e o impacto na União Europeia*, Porto, 2022, Dissertação de mestrado, pp. 46-47.

⁹² SANTOS, António Carlos dos, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto*, Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão nº 38, 2009, pp. 65-66.

⁹³ *Ibidem*, p. 66.

planeamento fiscal, que visa atingir os patamares de receita supostamente necessários para atender ao orçamento estatal, e de outro lado, o interesse do contribuinte, e neste caso, a gestão empresarial, que igualmente visa atingir os seus próprios interesses económicos desejáveis e expectáveis pelo setor.

Nos últimos anos temos visto os desenvolvimentos fiscais internacionais de combate a elisão fiscal, que tem impacto nos ordenamentos internos, cada vez mais no sentido de restringir o uso do planeamento fiscal, seja por meio de normas anti abusivas, seja por meio de cláusulas gerais anti abuso, que servem como verdadeiros “conceito guarda-chuva”⁹⁴, pois que, por meio de uma interpretação ampla e extensiva, visam atingir os instrumentos de planeamento fiscal que sob o ponto de vista formal seriam legítimos e lícitos, classificando-os como verdadeiros instrumentos abusivos.

Sendo direito do contribuinte exercer a livre escolha dos seus atos jurídicos, dentro do âmbito da legalidade, salvaguardado ainda pelo direito de não obrigatoriedade de pagar o máximo de imposto, temos o pensamento de que vai de encontro com o princípio da segurança jurídica a forma como a temática do planeamento fiscal lícito tem sido tratado, por meio de interpretações extensivas e normas de ampla aplicação, pois que, em diversas vezes esquemas reais e completamente legítimos recaem no âmbito da evasão fiscal, diminuindo cada vez mais o espaço para que o sujeito passivo possa exercer a sua liberdade de gestão fiscal.

Desta forma, cremos que o planeamento fiscal, no campo da licitude, deve ser considerado um aliado do Estado, e não um inimigo a ser combatido a todo o custo, uma vez que, especialmente pois que os investimentos transnacionais das empresas, mesmo que de forma indireta (tributação do rendimento dos salários, tributação de bens e serviços), geram grande receita aos cofres dos Estados. O fato é que, o combate aos instrumentos de planeamento utilizados pelos contribuintes, acabará por restringir de forma excessiva, recaindo de sob a forma de discricionariedade por parte dos Estados.

Desta forma, e diante do discorrido ao longo deste trabalho, somos da ideia de que a excessiva busca pela eliminação da concorrência fiscal acabará possivelmente por reconduzir no caminho da extinção do instituto do planeamento fiscal na forma como que

⁹⁴DOURADO, Ana Paula. *The EU anti tax avoidance package: moving ahead of BEPS?* Intertax v. 44, n. 6. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016, pp. 256-258.

conhecemos hoje, não existindo tanta margem do exercício da autonomia do contribuinte para a sua utilização. Porém, é certo que da mesma forma como o Fisco busca limitar a atuação do contribuinte, este também estará atento as mudanças e buscará alternativas para que essa limitação na sua gestão empresarial não venha a reconduzir em perdas expressivas e na supressão da expansão dos seus negócios.

Creemos que o futuro do conceito do planeamento fiscal terá de ser repensado e possivelmente encontrará espaço não apenas sendo considerada a sua forma quantitativa, ou seja, de economia fiscal, mas também na sua forma qualitativa, ou seja, na medida em que a preocupação com a responsabilidade social e a sustentabilidade se tornam cada vez mais importantes no plano económico, poderão ser esses aspetos transformados em formas de planeamento fiscal legítimos e desejáveis pelos Estados, surgindo assim, novas formas de planeamento fiscal baseados em outros pesos e medidas relevantes para o momento em que a sociedade se encontra.

Conclusões

Ao decorrer deste trabalho, verificamos que a figura do planeamento fiscal há tempos vem sendo combatido pela OCDE, principalmente pela introdução do conceito da agressividade fiscal, que veio a expandir o conceito de planeamento fiscal lícito, quando na sua forma não abusiva, o que revelou uma certa insegurança jurídica e fomentou a criação de medidas cada vez mais restritivas no plano fiscal internacional.

Verificamos que desde a criação do Plano BEPS, o planeamento fiscal internacional encontra-se em relevo nos debates entre os Estados, particularmente nos Estados-Membros da OCDE, visto a sede de tributar dos países mais desenvolvidos face a fuga do capital das EMNs para países terceiros.

Compreendemos que as razões que fomentam essa constante busca dos Estados-Membros da OCDE em restringir a autonomia privada e a liberdade de gestão das empresas, possuem não só razões económicas, mas também, razões políticas, pautadas por uma agenda global. As recentes medidas propostas pelo BEPS 2.0 procuram aniquilar a chance das EMNs em estabelecer os seus negócios conforme estratégias pautadas na oportunidade de investir em países com menores cargas fiscais, uma vez que a busca pela harmonização do sistema fiscal internacional parece constante.

Perante este cenário, não só os contribuintes terão de arcar com os árduos custos financeiros e de cumprimento para adequar os seus negócios aos novos modelos, mas também as Autoridades Fiscais irão despender de recursos financeiros e humanos para o controlo e a fiscalização da adequação das empresas as novas medidas, o que, devido ao seu alto grau de complexidade, não será uma tarefa fácil.

Atentamos para o facto de que os países menos desenvolvidos sofreram maior impacto pela imposição das medidas, uma vez possivelmente a estruturação e manutenção das EMNs em seus territórios deixará de fazer sentido na forma de planeamento fiscal, uma vez que a carga tributária que hoje, propiciada pela concorrência fiscal, é menor devido a desarmonização, passará a ser mais homogénea.

Desta forma, reconhecemos que o tratamento do planeamento fiscal como um direito nocivo ao sistema tributário é uma tendência global, o que limita e poderá até vir a extinguir a sua existência. Questionamos se esse direcionamento do sistema fiscal

internacional de facto resultará em benefícios ou se apenas tornará o sistema tributário ainda mais complexo, de difícil cumprimento e terá impactos negativos na economia global, aprofundando ainda mais as crises económicas que tem vindo a surgir.

Bibliografia

AVI-YONAH, Reuven S., *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*. Harvard Law Review, 113(7), 2000.

AZEVEDO, Patrícia Anjos, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso*. in *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica* (coordenação: Sónia Monteiro, Suzana Costa e Liliana Pereira), Vida Económica, Porto, 2011.

CAMPOS, Diogo Leite de / ANDRADE, João Costa, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (a Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, Coimbra, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite/CAMPOS Mónica, *Direito Tributário*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite / SOUTELINHO Susana, *Direito do Procedimento Tributário*, Almedina, Coimbra, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes / MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

COSTA, Eva Dias, *A substância económica dos factos tributários: as normas anti abuso e os limites da licitude do planeamento fiscal*, Revista eletrónica de direito nº3, 2015.

DAGAN, Tsilly, *The Tax Treaties Myth*, Journal of International Law and Politics, Vol. 32, 2000.

DOURADO, Ana Paula, *Aggressive tax planning in EU Law and in the light of BEPS: the EC recommendation on aggressive tax planning and BEPS actions 2 and 6*, Intertax vol. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

DOURADO, Ana Paula, *The EU anti-tax avoidance package: moving ahead of BEPS?* Intertax v. 44, nº 6, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

FERNANDES, Filipe João Saraiva, *A Decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, 2012, Dissertação de mestrado.

GUIMARÃES, Luigi Terlizzi, *O planeamento tributário e os conceitos globais adotados para limitar a liberdade de planear: Ação 12 do BEPS e o cenário da agressividade fiscal*, Lisboa, 2022, Dissertação de mestrado.

JORDÃO, Telma, *O direito fundamental ao planeamento fiscal e o combate à evasão fiscal*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, Dissertação de mestrado.

MARTINS, António, “*A Influência da Lei Fiscal nas Decisões de Reestruturar: Uma Perspetiva Financeira*”, in *Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

MARTINS, João Miguel Vidreiro, *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: evolução, impacto e perspetivas futuras*, Aveiro, 2018, Dissertação de mestrado.

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

NETO, Francisco dos Santos Amaral, “*A autonomia privada como princípio fundamental da Ordem Jurídica – Perspetivas Estrutural e Funcional*”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1988.

OCDE, Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros. OECD 2023, Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>.

OECD, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement, OECD, 2015, Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>.

OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation- Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. OECD Publishing: 2020. Disponível em: <https://www.oecdilibrary.org/sites/beba0634en/index.html?itemId=/content/publication/beba0634-en>.

OECD, Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris,

2021, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz, *Planejamento tributário, elisão e evasão fiscal, norma antielisão e norma antievasão*, in Curso de Direito Tributário (coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva), Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

PARADA, Leopoldo, *El Acuerdo Fiscal Internacional: Impacto en Economías Emergentes (The Global Tax Agreement: Impact on Emerging Economies)* (December 14, 2021). in: Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior–Memorias: 46 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior (Instituto Colombiano de Derecho Tributario– ICDT 2022), Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3984969> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3984969>.

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

PIRES, Manuel, PIRES, Rita Calçada, *Direito Fiscal*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.

PIRES, Rita Calçada, *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Almedina, 2019.

REIGOTO, Inês, *Global Tax Deal As regras GloBE, evasão fiscal e o impacto na União Europeia*, Porto, 2022, Dissertação de mestrado.

RIBEIRO, João Sérgio, *A tributação das multinacionais na União Europeia*, A Publicar.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

ROCHA, Joaquim Freitas, *Direito Fiscal e autonomia da vontade. Do Direito Fiscal à livre planificação fiscal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hoster, Almedina, Coimbra, 2012.

SANCHES, José Luis Saldanha, *Abuso de Direito em Matéria fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 2000.

SANCHES, José Luis Saldanha, *Justiça Fiscal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SANTOS, António Carlos dos, *Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto*, Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão nº 38, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Da Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, 2000.

SOUSA, Susana Aires, *Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*, Coimbra editora, Coimbra, 2009.

SPINOSA, Lisa & CHAND, Vikram, *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?*, Intertax, Volume 46, 6ª e 7ª Edição, 2018.

TAKANO, Caio Augusto, *O conceito de planeamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS*, Revista Direito Tributário Internacional Atual v. 2. São Paulo: IBDT, 2017.

TAVARES, Chamir Mané, *O Projeto BEPS da OCDE: A Coerência do Direito Internacional Fiscal*, Lisboa, 2020, Dissertação de mestrado.

TORRES, Ana Rita, *Plano BEPS: A influência do Pilar 1 no contexto tributário internacional*, Braga, 2022, Dissertação de mestrado.

WARD, David A, *Abuse of tax treaties*. Intertax vol. 23, n. 4. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 1995.

XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Volume: I, Manuais da Faculdade de Direito Lisboa, Lisboa, 1981.