

OS BENEFÍCIOS DA HARMONIZAÇÃO FISCAL E OS RESPECTIVOS RISCOS FACE AO ACTUAL MODELO DE DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

Suzana Tavares da Silva

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Marta Vicente

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Marta Costa Santos

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I – Dificuldades na articulação entre as propostas de harmonização fiscal, o modelo de desenvolvimento económico vigente e a promoção do investimento estrangeiro

A experiência recente mostra que não é fácil articular hoje, de forma correcta, o modelo de desenvolvimento económico assente na *Inovação e no Desenvolvimento I&D* e os postulados do financiamento público gizados na modernidade e maioritariamente dependentes do Estado Fiscal e das suas diferentes acepções ou formulações¹. Dificuldade que é agravada também pelo facto de as transformações sociais das últimas décadas terem conduzido a profundas alterações na apreensão popular do conceito de bem-estar², expressão que para muitos é ainda, e apenas, um reduto de uma existência condigna da pessoa³.

E a preocupação aumenta se tomarmos em conta o facto de uma parte significativa dos países europeus ter construído no pós-guerra um modelo económico-

¹ A compreensão de um Estado Fiscal baseado na tributação do rendimento, da propriedade e do consumo como instrumento financeiro adequado para suportar um Estado Social de serviços públicos universais e tendencialmente gratuitos, tal como ele se encontra previsto na Constituição da República Portuguesa, é hoje um modelo em crise. De resto, a insistência na reabilitação deste modelo tem como resultado, a nosso ver, num agravamento das desigualdades económicas e sociais. Em sentido diferente, abordando a íntima relação entre os conceitos de Estado Fiscal e de Justiça Fiscal segundo o paradigma tradicional v. SALDANHA SANCHES, *Justiça Fiscal*, FFMS, Lisboa, 2010.

² Sobre a evolução do conceito de bem-estar e da respectiva forma de financiamento v. Suzana TAVARES DA SILVA, «Regulação económica e Estado fiscal: o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar», *Scientia Iuridica*, Tomo LXI, 2012, n.º 328, pp. 113-140.

³ Nos últimos anos da modernidade generalizou-se o discurso do *direito a uma existência condigna* e/ou o *direito fundamental a dispor de um mínimo de recursos materiais* enquanto expressões de um núcleo irredutível da igualdade e da liberdade individual, ao mesmo tempo que, a partir do conceito de justiça em RAWLS (*Uma Teoria da Justiça*, Editorial Presença, 2013), se secundarizava o discurso da *responsabilidade do indivíduo*. Uma discussão que acabaria por ser retomada por Amartya SEN (na sua obra *A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2010), autor que volta a colocar no centro do debate académico o problema da liberdade com responsabilidade e a capacitação do indivíduo. Entre nós esta questão foi tratada por VIEIRA DE ANDRADE, «O “direito ao mínimo de existência” como direito fundamental a prestações estaduais positivas - uma decisão singular do Tribunal Constitucional», *Jurisprudência Constitucional*, 2004/1, pp. 21-29.

social segundo o qual a “classe média” dependia largamente de serviços públicos (fosse como trabalhador em funções públicas, fosse como utente dos serviços⁴). Todavia, o ciclo de crescimento económico que dominou a década de 90’ – um ciclo que se veio a revelar de um crescimento económico virtual e ilusório⁵ – levou a profundas mutações no conceito de bem-estar da referida classe média, que substituiu a utilização dos tradicionais serviços públicos pela aquisição desses mesmos serviços no mercado (escola privada, saúde privada e investimento das poupanças em produtos financeiros mais complexos, em detrimento dos produtos clássicos, como os certificados da dívida pública), pondo em causa a sustentabilidade daqueles e, bem assim, a sustentabilidade do próprio Estado prestador dos mesmos⁶, que se viu, em poucos anos, proprietário de uma macroestrutura de prestação de serviços sobredimensionada, obsoleta e dificilmente reestruturável⁷.

Esta “migração” do suporte da classe média é explicada na teoria económica pela *curva de Kutznets*, segundo a qual a partir de um determinado nível de crescimento económico o mercado consegue reduzir as desigualdades de forma tão ou mais eficaz do que o Estado⁸, permitindo ainda a diferenciação do tipo de prestação recebida, o que justifica o seu atractivo. Situação que, contudo, se inverte quando

⁴ Sobre as “convulsões recentes” da “classe média” nos países europeus e, em especial, em Portugal v. Elísio ESTANQUE, *A Classe Média: ascensão e declínio*, FFMS, Lisboa, 2012.

⁵ Sobre a “ilusão do crescimento” em Portugal decorrente da facilidade no acesso ao crédito após a adesão ao Euro e as “loucuras colectivas” então cometidas v. Maria João VALENTE ROSA / Paulo CHITAS, *Portugal e a Europa: os números*, FFMS, Lisboa, 2013 e Vítor BENTO, *Economia, Moral e Política*, FFMS, Lisboa, 2012.

⁶ Para uma visão global sobre o modo como as recentes transformações económicas se repercutiram nas diversas formas de capitalismo v. Edmondo BERSELLI, *L'economia giusta*, Einaudi, Torino, 2012.

⁷ As dificuldades na reestruturação da Administração Pública em Portugal eram tradicionalmente atribuídas às conveniências políticas e à dificuldade que os principais partidos políticos sentiam em adoptar medidas que frustrassem as expectativas das respectivas bases eleitorais, mas actualmente as referidas dificuldades são ainda agravadas pela interpretação que o Tribunal Constitucional adoptou, no acórdão n.º 474/13, quanto ao âmbito e extensão do princípio da protecção da confiança legítima. Com efeito, o referido aresto constitui uma “limitação” para legislador no que respeita à adopção de medidas conducentes à cessação da relação jurídica de emprego público com fundamento em causas objectivas, designadamente falta de recursos financeiros públicos, que abranjam os trabalhadores mais antigos (que são também, em muitos casos, os mais desqualificados para o exercício das funções atendendo à sua falta de preparação de base aliada a uma negligente requalificação profissional durante os últimos anos), alegando o tribunal que é exactamente em relação a estes que a expectativa de protecção do emprego se apresenta mais densa.

⁸ Veja-se o caso da “realização de direitos sociais” pela via do mercado, onde a facilidade no acesso ao crédito funcionou como alavanca principal, seja no domínio do direito à habitação, à mobilidade através de transporte individual ou mesmo do acesso à informação através da aquisição de tecnologia, o que permitia também aumentar o rendimento das empresas que passaram a investir em inovação, sobretudo nas áreas tecnológicas. Com efeito, os próprios mercados financeiros funcionaram como instrumentos de democratização do acesso a bens e serviços através da universalização do direito ao crédito. Uma realidade que se torna bem patente com os “empréstimos tóxicos” que estão na origem da crise do *subprime* (v. Fernando ALEXANDRE *et alii*, *Crise Financeira Internacional*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009).

entramos em ciclos de recessão, tornando novamente o mercado um sistema adensador de desigualdades⁹.

Ora, a denominada “crise das dívidas soberanas”, que afectou sobretudo os países do Sul Europeu, e as políticas de ajustamento orçamental, apelidadas como “políticas de austeridade”¹⁰, levaram a uma drástica redução do poder de compra da “classe média” e a uma procura renovada de serviços públicos, que após este longo ciclo de decréscimo de procura, e consequente desinvestimento, não dispõem da capacidade de resposta que seria desejada. Por esta razão, muitos autores estudam hoje um novo suporte financeiro para a socialidade ou para o que denominam Estado Social do Séc. XXI, e apontam como solução a tributação do capital em substituição parcial do rendimento, seja na modalidade de tributação das transacções financeiras¹¹, seja na proposta de um imposto progressivo sobre o capital¹², seja ainda o contributo relevante de novos tipos de fiscalidade no âmbito da denominada “*green tax revolution*”¹³.

Independentemente das motivações que subjazem às novas propostas, neste momento ficou já bem patente o problema de desarticulação entre os institutos jurídicos concebidos no Séc. XX para financiar o Estado e os serviços públicos e promover a justa distribuição do rendimento e da riqueza a partir da tributação do rendimento e do consumo e o modelo económico em que nos movemos actualmente, baseado sobretudo na economia de mercado. Nada que seja verdadeiramente novo,

⁹ Sobre o tema v. Thomas PIKETTY, *Le capital au XXI^e Siècle*, Seuil, Paris, 2013.

¹⁰ Apelido para o qual muito terá contribuído o livro de Mark BLYTH, *Austeridade - A História de uma Ideia Perigosa*, Quetzal, 2013. Para uma visão geral das diversas posições sobre o tema da “austeridade” em Portugal v. Eduardo PAZ FERREIRA (Coord.), *A Austeridade Cura...A Austeridade Mata?*, AAFD Lisboa, 2013.

¹¹ Referimo-nos à conhecida “*taxa Tobin*” sobre as transacções financeiras, proposta na década de 70’ pelo economista James Tobin, que desde essa data tem sido muito estudada e discutida no meio académico – v. Johannes KAISER *et alii*, «The Tobin Tax - A Game-Theoretical and an Experimental Approach», (July 19, 2007), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=936924> e Robert Z. ALIBER *et alii*, «Some Evidence that a Tobin Tax on Foreign Exchange Transactions may Increase Volatility», July 2002), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=311700> – embora nunca tenha tido aplicação na prática. A proposta mais recente quanto à sua implementação em concreto vem da Comissão Europeia, que pretende introduzir no espaço europeu a denominada *Financial Transaction Tax* – v. <http://ec.europa.eu/>.

¹² Neste sentido, Thomas PIKETTY, *ob. cit.*, 2013, pp. 756ss.

¹³ Sobre estas propostas v. Erkki KOSKELA *et alii*, «Green Tax Reform and Competitiveness», (December 1998), University of Munich, Center for Economic Studies Working Paper N.º 176, in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=148478>.

pois o mesmo tipo de desarticulação ou fragmentaridade existiu também em outras épocas de transição de modelos económicos e/ou políticos¹⁴.

Na verdade, o que hoje se discute é a determinação dos actuais *drivers* da economia, para que a reconstrução do modelo de organização socioeconómico se possa ajustar. Até que estes sejam identificados, não conseguiremos “fazer correr” o sistema, designadamente, o sistema jurídico tal como ele foi concebido a partir de um modelo de justiça, segurança e paz social. Senão vejamos.

Se o *driver* for a “economia dirigida ou guiada pela escolha pública”¹⁵ e o crescimento assente na dinâmica dos serviços públicos, então ao Estado pede-se que organize e preste os serviços (seja de forma directa ou em colaboração com os privados seguindo os esquemas de concessão ou outros instrumentos de parceria público-privada), assegure a sua universalidade, qualidade e acessibilidade e mantenha um nível de fiscalidade capaz de sustentar esta macroestrutura.

Já se o *driver* for a inovação e o crescimento assente na dinâmica do empreendedorismo, então ao poder público pede-se que assegure a concorrência e a boa regulação do mercado (leis *antitrust*, proibição de auxílios de Estado, regras sobre contratação pública e novos modelos económico-financeiros para infra-estruturas e serviços públicos), a garantia da igualdade de oportunidades (existência de instrumentos adequados para a qualificação e requalificação profissional constante, o acesso não discriminatório a meios de financiamento e níveis de fiscalidade mais baixa) e a garantia da igualdade na protecção da pessoa, dimensão onde o Estado actua, fundamentalmente, como agente subsidiário, *i. e.*, quando falham outras formas de solidariedade como a família e outros círculos de proximidade (a existência de um sistema de protecção para as situações de risco e incerteza como a doença, os acidentes e outras situações de vulnerabilidade, como a velhice, as diversas formas de pobreza e a exclusão social).

¹⁴ Para uma interessante perspectiva sobre esta “relativa novidade” do momento actual, considerando que aquilo que hoje se constrói para lá do Estado se aproxima, em certa medida, da organização política e económica da época medieval *v.* Saskia SASSEN, *Territory, Authority, Rights*, Princeton University Press, 2006.

¹⁵ Solução preconizada pelos cultores do *neoconstitucionalismo*, como é o caso, em Portugal, de GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Almedina, Coimbra, 2001. Para uma visão geral das distorções que um tal tipo de compreensão do sistema jurídico e económico provoca no regular funcionamento das instituições democráticas no actual contexto de economia globalizada *v.*, por todos, Manuel ATIENZA, «Constitucionalismo, globalización y Derecho», Carbonell / Jaramillo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Ed. Trotta, Madrid, 2010, pp. 264ss.

Em boa verdade, não é possível encontrar nenhum destes *drivers* na sua forma pura. O que existe na realidade, ou seja, para além dos modelos teóricos trabalhados no mundo académico e cuidadosamente desenvolvidos em diversos ensaios, é um misto a que muitos dão o nome de transição de um modelo económico de Estado social para um novo modelo económico-social de *Estado regulador de garantia*¹⁶. Uma transformação polifacetada, com inúmeras perspectivas de abordagem, mesmo sob o ponto de vista jurídico, e cujo tratamento se não compagina com a economia deste breve estudo. Por essa razão, o nosso objectivo aqui é apenas o de analisar o papel da tributação neste contexto, em especial das propostas de harmonização fiscal gizadas sob este novo modelo económico e, bem assim, dos riscos e desafios que, no contexto desse novo modelo, são inerentes à promoção do crescimento a partir do investimento privado, em especial do investimento estrangeiro, utilizando a fiscalidade como ferramenta.

No domínio da fiscalidade, as modificações a que nos referimos anteriormente adoptaram duas facetas principais: a discussão sobre a actualidade e a justiça do imposto progressivo no plano da tributação do rendimento das pessoas físicas¹⁷ e o combate ao planeamento fiscal abusivo ou agressivo no plano da tributação dos rendimentos empresariais¹⁸. Não nos sendo igualmente possível pela natureza deste texto analisar de forma desenvolvida os dois pontos mencionados, trataremos apenas de enunciar as principais questões que foram colocadas sobre a mesa e que ainda estão em aberto.

No que respeita à *tributação dos rendimentos das pessoas físicas*, o modelo de Estado Social prestador demandava um imposto pessoal, único e progressivo como instrumento, simultaneamente, de financiamento e de justiça social. Ora, para que um tal modelo de tributação pudesse cumprir efectivamente aqueles objectivos era necessário que todos contribuíssem na medida da respectiva capacidade contributiva e independentemente da origem dos respectivos rendimentos, ou seja, sem distinções, o que desde cedo se revelou impossível de cumprir em razão do tratamento fiscal mais

¹⁶ Sobre este tema v. Suzana TAVARES DA SILVA, *O Sector Eléctrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*, Dissertação de doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

¹⁷ Sobre este tema v. CALVO ORTEGA, *Hay un Principio de Justicia Tributária?*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2012; FRANCO GALLO, *Las Razones del Fisco. Ética y Justicia en los Tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

¹⁸ Sobre este tema v. António FERNANDES DE OLIVEIRA, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, 2009; Gustavo COURINHA, *A Cláusula Geral Anti-abuso*, Almedina, Coimbra, 2009.

favorável dado aos rendimentos de capitais e a certas mais-valias. Quer isto dizer que o modelo constitucional da tributação das pessoas físicas assente nos princípios da igualdade e da universalidade, neutro relativamente a quaisquer interferências da economia, nunca existiu verdadeiramente, redundando numa penalização da tributação do trabalho face ao capital e, conseqüentemente, numa acumulação de rendimento nas classes mais favorecidas, penalizando as classes média e baixa.

Situação que se haveria de tornar ainda mais alarmante quando o modelo económico do Estado Social prestador se transmuta em Estado regulador e este passa de produtor e fornecedor de serviços a adquirente dos mesmos em regime de mercado, levando a profundas alterações no mercado de trabalho, assistindo-se a uma empresarialização do factor trabalho, com ela, a uma transmutação do trabalho em empresa, e, conseqüentemente, a uma redução ainda maior da base tributável deste imposto. É neste contexto que se pode e deve questionar a actualidade da regra do imposto progressivo sobre o rendimento das pessoas físicas, que, em boa verdade, é sobretudo um imposto progressivo sobre os rendimentos do trabalho.

Do lado da *tributação das empresas ou dos rendimentos empresariais*, assiste-se a uma transformação paralela entre o pequeno tecido empresarial que nasce da transmutação do trabalho dependente em empresas e os grandes grupos empresariais que se internacionalizam com o beneplácito e o apoio estatal. Neste caso, a “justiça relativa” parece resultar da criação de um regime simplificado de tributação para os primeiros, que lhes permita reduzir os custos de cumprimento das obrigações fiscais, e de instrumentos jurídicos mais enérgicos para combater as “fugas à tributação” por parte dos segundos. É sobre esta segunda realidade que se debruça o recente relatório publicado pela OCDE, em 12 de Fevereiro de 2013, intitulado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*¹⁹ e que iremos analisar mais em pormenor na parte II deste texto. Mas esta é apenas uma pequena parte do problema com que actualmente se debatem os Estados na tentativa de, simultaneamente, conservar a sua base de receita tributável e remodelar o respectivo modelo económico em busca de novas formas de financiamento.

Com efeito, há um elo de ligação inquestionável entre os instrumentos utilizados pelos Estados para captar investimento estrangeiro – a celebração dos denominados *Bilateral Investment Treaties* – e aqueles de que lançam mão para tornar

¹⁹ V. <http://oecdinsights.org/2013/02/13/beps-why-youre-taxed-more-than-a-multinational/>.

a sua economia mais competitiva no contexto da globalização – os *acordos para eliminação da dupla tributação internacional*. Uns e outros redundam, muitas vezes, em verdadeiras “ratoeiras” em que os Estados se vêm aprisionados quando tentam lançar mão das prerrogativas tradicionais da sua soberania ou quando simplesmente procuram obter pela via fiscal a parcela de receita a que julgam ter direito em função da produção ou do rendimento gerado no respectivo território²⁰. Remetendo para o ponto III deste trabalho a questão do investimento e da qualificação como frustração ilegítima dos mesmos por parte dos Estados em decorrência do mero exercício do poder tributário, importa dedicar agora alguma atenção aos problemas da dupla tributação e dos instrumentos adoptados para a respectiva eliminação.

A internacionalização das empresas só é efectivamente possível se os Estados garantirem a eliminação da dupla tributação. Nenhuma empresa estará disposta a investir em outro país se os rendimentos que aí vier a obter forem tributados nesse país em razão do critério da territorialidade ou da fonte e depois novamente tributados no país onde se encontra a respectiva sede ou onde a empresa tem a sua direcção efectiva. Para garantir que esta situação não ocorre, os Estados celebram entre si tratados para eliminar esta dupla tributação e, nesse caso, a empresa, consoante o que vier a ser estipulado, pagará imposto apenas num dos Estados ou pagará imposto nos dois e em um deles poderá beneficiar de um crédito fiscal correspondente ao valor do imposto pago ou parte dele.

Estamos perante regimes jurídicos negociados pelos Estados no domínio do direito internacional – os tratados para eliminação da dupla tributação – que servem dois objectivos comuns: um económico, a competitividade do país (algo que interessa aos agentes económicos) e outro político, as relações internacionais no domínio da “diplomacia económica”²¹.

Ora, é exactamente esta segunda faceta, quase sempre desconsiderada pelos juristas que tratam o tema²², que está, em nosso entender, na origem do sucesso

²⁰ Sobre alguns destes problemas v. Suzana TAVARES DA SILVA, «Razão de Estado e princípio da razoabilidade», em *Trajectórias de Sustentabilidade – Tributação e Investimento* (coord. por Suzana TAVARES DA SILVA/Maria de Fátima RIBEIRO), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 115-151.

²¹ Sobre o que significa a diplomacia económica e como é que a mesma tem sido utilizada por Portugal v. Catarina MENDES LEAL, «A diplomacia económica em Portugal no século XXI: que papel no investimento directo português no exterior?», *Negócios Estrangeiros*, 11.1, Biblioteca InfoEuropa Julho de 2007 pp. 207-310 (recurso on-line).

²² Por todos, Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, Coimbra, 2011 e José CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 112ss.

judicial que as entidades públicas alcançam quando accionam as respectivas medidas antiabuso contra as denominadas práticas de “planeamento fiscal agressivo”, em especial os fenómenos de *treaty shopping*²³. É igualmente o interesse político que subjaz à celebração deste tipo de tratados que torna a nosso ver duvidosa a possibilidade de sucesso quanto a um futuro acordo ou tratado multilateral sobre a eliminação da dupla tributação previsto no plano de acção do BEPS, como aconteceu, de resto, no seio na OMC, com as várias proposta de um tratado multilateral sobre protecção de investimento. Para além disso, o actual modelo de desenvolvimento económico, baseado na inovação, também não aconselha a redução de competitividade que um tal instrumento de harmonização fiscal necessariamente implicaria.

II – Novos rumos para a política fiscal transestatal: um olhar crítico sobre as orientações do BEPS

Analisado o contexto geral dos problemas, veremos agora que a erosão da base tributável decorrente da transferência de lucros pelos grupos de sociedades para países ou territórios de menor tributação é hoje um dos principais problemas ameaçadores da soberania financeira dos Estados e que preocupam a comunidade internacional. Reflexo claro disso é o já mencionado relatório BEPS publicado pela OCDE, em 2013.

²³ O *treaty shopping* é a designação dada à utilização imprópria ou abusiva de tratados para eliminação de dupla tributação internacional, em que os agentes económicos estabelecem a respectiva sede, celebram negócios jurídicos ou desenvolvem esquemas empresariais com o principal propósito de obter vantagens fiscais, elidindo não só a aplicação das regras de tributação de um Estado (o que causa a erosão da base tributável), mas também defraudando os objectivos económicos e políticos que presidiram à celebração dos referidos tratados – para uma visão geral do problema v. David G. DUFF, «Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation», (June 30, 2010), in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1688689>. Vejamos um exemplo. Os Estados Unidos da América celebram um acordo para eliminação de dupla tributação com o Luxemburgo e não o fazem com Singapura por razões estratégicas. Uma empresa com sede em Singapura que pretenda financiar uma sucursal nos EUA tem duas opções, ou financia directamente, mas neste caso terá que pagar uma taxa de imposto sobre os juros no valor de 30% (taxa normal), ou opta por efectuar aquele financiamento através de uma sucursal sediada no Luxemburgo e, neste caso, pagará apenas 15%, contornando os interesses americanos que não pretendiam “facilitar” o financiamento com origem em Singapura. A questão torna-se ainda mais complicada quando esteja em causa um país com o qual os EUA tenham celebrado um Tratado ainda mais incentivador do “investimento directo”, como a Alemanha, caso em que a taxa aplicável à tributação dos juros seria nula – v. Jonathan BURKIN, *Tax Havens. International Avoidance and Evasion*, Nova Science Publishers, New York, 2011, pp. 57. Os serviços tributários norte-americanos têm já um largo historial de sucesso em litigação com fundamento em *treaty shopping*, como atesta o *leading case Aiken Industries v. Commissioner*, de 1971.

De acordo com o Fundo Monetário Internacional, em 2010, os Barbados, as Bermudas e as Ilhas Virgens Britânicas receberam mais investimento estrangeiro directo do que a Alemanha ou o Japão e fizeram, cumulativamente, mais investimento estrangeiro (4,54% combinado) do que aquele país (4,28%)²⁴. É inevitável questionar como é que estas três pequenas jurisdições conseguem alcançar tais números.

A resposta à questão passa, necessariamente, pela compreensão do “*profit shifting*”, ou seja, da transferência de resultados levada a cabo pelos grupos de sociedades, que ultrapassam as fronteiras territoriais, procurando taxas de impostos mais baixas do que as existentes no país onde obtiveram, efectivamente, os rendimentos que procuram furta à tributação.

Claro que esta não é uma realidade nova. Já em 1961, uma declaração do Presidente Kennedy chamava a atenção para o número crescente de empresas internacionalizadas que formatavam as suas estruturas corporativas auxiliadas pelos preços de transferência com vista à redução drástica ou mesmo à eliminação completa das respectivas obrigações fiscais, tanto interna como internacionalmente²⁵.

Todavia, tais palavras nunca soaram tão nítidas como na actualidade. Os Estados e as Instituições Internacionais começam a sentir os efeitos destas práticas de transferência de lucros nos seus sistemas fiscais, a compreender que as regras de tributação das actividades transfronteiriças são regularmente quebradas e que os impostos são pagos apenas por quem não tem dimensão para se internacionalizar.

O grande problema e as dificuldades no combate a estes planos, que passam sobretudo por esquemas de eliminação da dupla tributação²⁶, prende-se com o facto de os mesmos, em teoria, serem lícitos, ou, pelo menos, não serem proibidos, explorando as oportunidades concedidas por sistemas fiscais projetados para a “velha” economia, desalinhados entre si, dando aso a situações de dupla ou ausência de tributação.

O Relatório BEPS visa, precisamente, dar resposta a situações de planeamento fiscal por parte de empresas multinacionais que, actuando de acordo com os modelos de organização matricial, atribuem rendimentos relativos a partes da sua cadeia de valor e/ou a unidades situadas em países cuja tributação é mais reduzida.

²⁴ Resultados apresentados pelo FMI no âmbito do *Coordinated Direct Investment Survey (CDIS)* <http://cdis.imf.org>.

²⁵ Disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=8074>

²⁶ Neste sentido v. PATRICK LOVE, «How to pay less tax», *OECD INSIGHTS SERIES*, 11 de Maio de 2012 (disponível em <http://oecdinsights.org/2012/05/11/how-to-pay-less-tax/>).

Os preços de transferência constituem um dos pontos fulcrais daquele Relatório, principalmente no que se prende com a transferência de riscos e de intangíveis, com a repartição artificial da propriedade de activos entre entidades relacionadas, com as operações vinculadas atípicas entre entidades independentes e com o tratamento fiscal de operações financeiras entre entidades relacionadas²⁷.

De acordo com o BEPS, a inexistência de um modelo harmonizado de tributação internacional permite que as empresas multinacionais concretizem situações de dupla não tributação ou de reduzida tributação efectiva, possibilitando a deslocalização de lucros para outras jurisdições que não a da fonte efectiva dos mesmos. Esta realidade é especialmente premente no sector da economia digital, onde os activos incorpóreos e os efeitos económicos decorrentes da presença de externalidade de rede impossibilitam uma definição precisa do Estado competente para exercer o efectivo poder tributário.

Com vista à operacionalização do BEPS, o Secretário Geral da OCDE apresentou, a 19 de Julho de 2013, o *Plano de Acção* relativo à *Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros*²⁸. Este plano, na nossa perspectiva, parece determinar a queda final e definitiva do modelo tradicional de soberania fiscal, através da implementação de um conjunto de medidas tendentes à fixação de padrões internacionais transparentes, abrangentes e uniformizados de cobrança de impostos, com vista a evitar a fraude e a evasão fiscais²⁹, bem como qualquer forma de planeamento fiscal agressivo.

²⁷ Não podemos esquecer que o BEPS deriva de um pedido do G20 à OCDE após ter sido conhecido que algumas das mais importantes multinacionais em matéria tecnológica, como a *Google*, a *Apple* e a *Yahoo*, tinham montadas verdadeiras máquinas de sonegação fiscal, cujo principal *modus operandi* passava pela atribuição dos seus lucros a subsidiárias localizadas em territórios estrangeiros, como as Bermudas ou as Ilhas Caimão. A título de exemplo, relativamente à *Apple*, a polémica teve origem num artigo publicado pela Revista *The New York Times* intitulado “*How Apple Sidesteps Billions in Taxes*” (disponível em <http://www.netinternacional.org>). Ainda a este respeito, v. *O caso Apple: Um convite à reflexão sobre o sistema de tributação e a carga tributária?*, artigo publicado a 22/07/2013 pelo Núcleo de Estudos da Tributação Internacional (disponível em <http://www.netinternacional.org>).

²⁸ Disponível em <http://www.keepeek.com>.

²⁹ Sobre as temáticas da fraude e evasão fiscais, v. MENEZES LEITÃO, «A evasão e a fraude fiscais face à teoria da interpretação da lei fiscal», *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 35 e 36; SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 21 e ss e «Abuso de direito em matéria fiscal: natureza, alcance e limites», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 398, 2000, pp. 13 e 14; CASALTA NABAIS, *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2008, vol. II, pp. 104-107; José AMORM, «Responsabilidade dos promotores do planeamento fiscal», *Planeamento e Evasão Fiscal. Jornadas de contabilidade e fiscalidade*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Vida Económica, Porto, 2010, pp. 221-223; Suzana TAVARES DA SILVA, *Direito Fiscal. Teoria Geral*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp.13; Jane G. GRAVELLE, *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congressional Research Service, 7-5700, 23 de Janeiro de 2013.

A análise das 15 estratégias avançadas pelo *Plano de Acção* permite-nos vislumbrar profundas mudanças na orientação da OCDE, sobretudo em matéria de preços de transferência³⁰⁻³¹, bem como um conjunto significativo de recomendações para apoiar os governos nacionais em reformas multilaterais.

Não se pense que este Plano tem um carácter totalmente inovador. De facto, muitos dos temas nele abordados são uma reafirmação de estudos anteriores da OCDE³². É, contudo, inegável o mérito do mesmo em sintetizar, num único documento, os temas que maiores preocupações têm suscitado na comunidade internacional em matéria fiscal.

De forma metafórica, mas muito significativa, o Primeiro Ministro britânico, no Fórum Económico Mundial, apelou para a necessidade de travar situações de ausência de tributação aproveitadas pelas grandes multinacionais. Em palavras

³⁰ Destacam-se como principais áreas e objectivos deste plano: a economia digital (designadamente a identificação dos principais desafios proporcionados por esta economia na aplicação das regras fiscais vigentes); os chamados instrumentos e entidades fiscais híbridos (*hybrid mismatches*); as práticas fiscais prejudiciais e o já referido “*treaty shopping*”; as regras das *controlled foreign companies* (sociedades não residentes controladas); a limitação do uso de juros e de outras espécies de financiamento, entre partes relacionadas, com vista a minimizar a erosão da base tributável; a adopção de medidas efectivas contra as práticas fiscais prejudiciais, com foco na transparência e no critério da substância; a prevenção do uso abusivo de tratados; a superação da artificialidade gerada em torno dos estabelecimentos permanentes; a necessidade de assegurar que as regras dos preços de transferência evitam a erosão da base tributável dos intangíveis; a coordenação entre as regras dos preços de transferência e o conjunto de acções que aumentam o valor de produtos, serviços e negócios, através da deslocação dos riscos ou da desmedida alocação de capital para partes relacionadas; a harmonia entre as regras dos preços de transferência e o conjunto de acções que aumentam o valor de produtos, serviços e negócios através de outras operações de alto risco; a fixação de métodos de colecta e a análise de dados do BEPS; a exigência feita aos contribuintes para que comuniquem os esquemas de planeamento fiscal agressivo por si levados a cabo; o reexame da documentação dos *preços de transferência*, com o propósito de fortalecer a transparência fiscal entre as autoridades fiscais, levando em consideração os custos empresariais de *compliance*; a necessidade de tornar os mecanismos de solução de conflitos mais eficientes e o desenvolvimento de um instrumento multilateral, que auxilie as jurisdições interessadas em integrar ou alterar as suas Convenções em conformidade com as orientações do grupo de trabalho do BEPS.

³¹ Para uma melhor compreensão das áreas chave do plano de acção da OCDE relativo à Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros, v., no que toca à economia digital, a decisão da Comissão de 22/10/2013, que promoveu a criação de um grupo de especialistas no domínio da tributação da economia digital, no intuito de encontrar os melhores meios para proceder à tributação destas actividade económica na UE. (Disponível em <http://ec.europa.eu>).

Quanto aos esquemas e entidades híbridos, v., OCDE, *Híbrid Mismatch Arrangements; Tax Policy and Compliance Issues*, Março de 2012, Disponível em <http://www.oecd.org>.

Relativamente às *Controlled Foreign Companies* v. Rui DUARTE MORAIS, *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado: Controlled Foreign Companies: O art.º 60.º do C.I.R.C.*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005.

No que toca ao uso abusivo dos Tratados, veja-se, Richard L. REINHOLD, «What is Tax Treaty Abuse? (Is Treaty Shopping An Outdated Concept?)», *The Tax Lawyer*, Vol. 53, n.º 3, (Spring 2000), pp. 663-702.

³² A título de exemplo, OCDE, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, 1979, pp. 183–191; *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2010; *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, 2012.

próprias: «(companies) need to wake up and smell the coffee, because the public who buy from them have had enough». David Cameron referia-se à cadeia de café *Starbucks*, que, nos últimos três anos, não pagou qualquer montante de imposto sobre as pessoas colectivas no Reino Unido, apesar de ter realizado vendas de £ 1.2 bilhões por ano³³⁻³⁴ naquele país.

Importa também atender aos prováveis impactos do *Plano de Acção* no âmbito da UE, cujos desafios em matéria de planeamento fiscal agressivo são particularmente significativos, dado a mesma ter de encontrar um ponto de equilíbrio entre três vértices: a (hoje muito enfraquecida) soberania fiscal dos Estados-membros, a construção de um mercado único para pessoas, mercadorias e capitais e a concorrência fiscal entre países.

Claro que em matéria de soberania fiscal, por exemplo, há muito que, na Europa, a política tributária europeia permitiu tornar patente o enfraquecimento do poder soberano dos Estados, resultante do aumento das decisões concertadas a nível das instituições europeias, concertação que é justificada pela necessidade de ampliar os recursos comunitários e evitar que as leis fiscais dos Estados-membros anulem a construção do mercado único³⁵. Torna-se, assim, visível uma tendência crescente da UE (ou mais concretamente, de um pequeno conjunto de países no seio desta) de orientar estrategicamente (em comum) a condução das políticas económicas e fiscais nacionais, suplantando as decisões unilaterais dos Estados-membros.

É neste contexto que se inscreve a aprovação, em 1997, do *Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas*³⁶ e, subsequentemente, a constituição, pelo Conselho ECOFIN, em 9 de Março de 1998, do *Grupo do Código de Conduta* (“Grupo

³³ Veja-se uma das muitas notícias publicadas sobre esta matéria, Terry MACALISTER, «Starbucks pays corporation tax in UK for first time in five years», *The Guardian*, 23 de Junho de 2013. (disponível em <http://www.theguardian.com>).

Ainda sobre este assunto, Jonathan WATSON, «Time to Wake Up», *IBA Global Insight*, n.º 2, Abril/Maio 2013.

O caso *Starbucks* tem originado vários protestos contra esta companhia, trazendo-se à discussão princípios com a ética e a moral para o campo da evasão fiscal. Sobre esta temática, v. Judith FREEDMAN, «Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle», *British Tax Review*, pp. 332-357, 2004, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=900043>.

³⁴ No leque dos casos mais polémicos de elisão fiscal, como o da *Starbucks* ou o da *Apple*, encontramos também o da banda *U2*, que deslocalizou a sua editora da Irlanda para a Holanda, poupando quantias substanciais, graças ao tratamento favorável das receitas de *royalties* feita por este país.

³⁵ Neste sentido, SALDANHA SANCHES, «Soberania Fiscal e Constrangimentos Externos», *Fisco*, Ano 2, n.º 27, pp. 19 a 22; José CASALTA NABAIS, «A Soberania Fiscal no Quadro da Integração Europeia», *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra Editora, 2007, pp. 1026 a 1056.

³⁶ Disponível em <http://ec.europa.eu>.

Primarolo”). O Código visa, em traços gerais, criar uma acção coordenada a nível europeu para lutar contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal, contribuir para a redução das distorções no mercado único e evitar perdas demasiado importantes de receitas fiscais³⁷. Por sua vez, este Grupo avaliava as medidas fiscais susceptíveis de serem abrangidas pelo campo de aplicação daquele Código³⁸.

Cumulativamente, e tendo em vista assegurar que os pagamentos de juros e *royalties* ficavam sujeitos a uma única tributação, num Estado-Membro, foi aprovada a Directiva 2003/49/EC, e reformulada a Directiva Mães-Filhas (2011/96/UE), desta feita com o objectivo de isentar de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respectivas sociedades-mãe, bem como eliminar a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade-mãe.

Mas a realização em concreto destas soluções normativas não é fácil e o TJUE tem vindo a ser confrontado com diversos litígios em que se questiona a conformidade de normas anti-abuso do direito interno dos Estados-Membros com as liberdades fundamentais consagradas nos Tratados. Um exemplo recente do que acaba de ser dito é o caso *Itelcar*, no qual este Tribunal decidiu que o artigo 56.º do TCE (actualmente artigo 63.º do TFUE) «deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que, para efeitos da determinação do lucro tributável, não permite deduzir como custo os juros suportados relativamente à parte do endividamento qualificada de excessiva, pagos por uma sociedade residente a uma sociedade mutuante com sede num país terceiro, com a qual mantenha relações especiais, mas permite a dedução desses juros pagos a uma sociedade mutuante residente, com a qual a sociedade mutuária mantenha esse tipo de relações, quando, em caso de não participação da sociedade mutuante com sede num país terceiro no capital da sociedade mutuária residente, esta legislação presume, contudo, que qualquer endividamento desta última tem a natureza de um expediente cujo objectivo

³⁷ Um dos grandes problemas fiscais a nível europeu é o dos *empréstimos híbridos*. Estes empréstimos são instrumentos financeiros que apresentam, simultaneamente, características de dívida e de capital próprio. Devido ao tratamento fiscal diferente dado pelos Estados-Membros aos empréstimos híbridos (dívida ou capital próprio), os pagamentos a título de um empréstimo híbrido transfronteiras podiam ser tratados como despesa fiscalmente dedutível num Estado-Membro (Estado-Membro do pagador) e como uma distribuição de lucros isenta de imposto no outro Estado-Membro (o Estado-Membro do beneficiário), resultando assim numa dupla não tributação indesejável.

³⁸ Para resolver o problema exposto na nota anterior, o mencionado Grupo do Código, num relatório de 25 de Maio de 2010 (doc. 10033/10, FISC 47), n.º 31), adoptou orientações segundo as quais o Estado-Membro do beneficiário deve seguir o tratamento fiscal dado aos pagamentos a título de empréstimos híbridos pelo Estado de origem do rendimento (ou seja, não deve ser concedida qualquer isenção fiscal aos pagamentos a título de empréstimos híbridos que sejam dedutíveis no Estado-Membro de origem).

é eludir o imposto normalmente devido ou quando a referida legislação não permite determinar previamente e com precisão suficiente o seu âmbito de aplicação»³⁹.

A verdade é que os trabalhos da OCDE no domínio da erosão da matéria colectável e da transferência dos lucros vieram reavivar estes problemas na agenda política da UE, nomeadamente no que diz respeito à compatibilização entre a solução avançada pelo *Grupo do Código de Conduta* relativamente aos empréstimos híbridos e a Directiva 2011/96/UE (alterada devido à adesão da República da Croácia), relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (directiva «sociedades-mães e afiliadas»)⁴⁰.

O impacto imediato e mais visível das diversas iniciativas encetadas a nível internacional (designadamente pelo Conselho Europeu e pela OCDE) e na UE foi o de acelerar a alteração legislativa da Directiva 2011/96/UE, influenciando a proposta de alteração da mesma, apresentada pela Comissão Europeia a 25 de Novembro de 2013⁴¹. O objectivo desta proposta legislativa é combater a dupla não tributação e o planeamento fiscal abusivo, reduzindo, em particular, as disparidades de tratamento dos denominados instrumentos financeiros híbridos, através, sobretudo, da introdução de uma cláusula geral anti-abuso.

Apesar de estas questões ocuparem actualmente um lugar privilegiado na ordem de trabalhos das recentes reuniões do G20 e do G8, assim como na UE, ainda subsistem os que apelam à necessidade de olhar para os benefícios decorrentes dos mercados de bens e serviços, afirmando que estes poderão ficar largamente prejudicados em decorrência das modificações regulatórias da fiscalidade que estão em curso⁴².

³⁹ Referimo-nos ao acórdão do Tribunal de Justiça no proc. C-282/12, de 3 de Outubro de 2013, (*Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda v. Fazenda Pública*). Em causa estava o artigo 61.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, que, segundo o Governo português, tem por objectivo «o combate à fraude e evasão fiscais, ao impedir a prática da “subcapitalização” que consiste em reduzir a base tributável do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas em Portugal através do pagamento de juros dedutíveis em vez de lucros não dedutíveis. Esta prática tem por objectivo transferir arbitrariamente rendimentos tributáveis deste Estado-Membro para um país terceiro, tendo por consequência que o lucro de uma sociedade não seja tributado no Estado onde foi gerado».

⁴⁰ De acordo com esta alteração legislativa, sob reserva de várias condições de elegibilidade, os Estados-Membros são obrigados a isentar de tributação (ou a conceder um crédito de imposto pela tributação ocorrida no estrangeiro) os lucros recebidos pelas sociedades-mães distribuídos pelas afiliadas de outro Estado-Membro. Aplica-se às situações em que distribuição de lucros tenha sido considerada como um pagamento fiscalmente dedutível no Estado-Membro onde está estabelecida a sociedade afiliada que efectua o pagamento.

⁴¹ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴² Richard GORDON/ Andrew P. MORRISS, «Moving Money: International Financial Flows, Taxes, and Money Laundering», *Hastings International and Comparative Law Review*, Winter 2014.

III – O conceito de investimento e o “lugar da soberania fiscal” na arbitragem do investimento

Longas são as raízes da imbricação entre as questões fiscais e o direito do investimento estrangeiro – ou, em termos menos substantivos, a arbitragem do investimento estrangeiro⁴³. Ora, o moderno sistema de protecção do investimento⁴⁴, erguido em torno dos tratados (multilaterais⁴⁵ e bilaterais) de investimento e do recurso directo à arbitragem, assenta sobretudo na necessidade de garantir a estabilidade das condições de investimento, constituindo o sistema tributário um dos elementos de maior relevância neste quadro funcional⁴⁶. O conflito avulta na medida em que, por outro lado, a tributação é uma prerrogativa da soberania estadual, circunstância que não é ignorada pela arbitragem no momento de apreciar a validade das medidas tributárias à luz dos *standards* de protecção do investimento.

Como veremos, as disputas fiscais dirimidas pela jurisprudência arbitral prendem-se fundamentalmente com o regime jurídico dos *impostos gerais e especiais sobre o consumo de bens e serviços* e com as *subvenções públicas*, à semelhança, aliás, do que sucede no âmbito da jurisprudência do TJUE e dos painéis

⁴³ Tradicionalmente, a tributação dos estrangeiros, disciplinada quer pelo costume internacional, quer pelo direito convencional, surgia limitada por um conjunto de *standards* cuja importância se mantém: o princípio do tratamento nacional, a cláusula da nação mais favorecida e a proibição da tributação confiscatória. Neste sentido, v. A. R. ALBRECHT, «The taxation of aliens under international law», *The British Yearbook of International Law*, vol. XXIX, 1952, pp. 145-185.

⁴⁴ Sobre a evolução do sistema de protecção do investimento, concretamente no que toca às mudanças imprimidas pela proliferação dos tratados bilaterais de investimento (BITs), v. Gus VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007, pp. 13ss., Andrea KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, 2012, pp. 11ss., e Roland KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, 2011, pp. 61ss.

⁴⁵ Apesar do falhanço em que culminaram as negociações, no quadro da OCDE, de um tratado multilateral de investimento, as últimas décadas vêm assistindo à conclusão de inúmeros tratados multilaterais (sobretudo de âmbito regional), entre os quais se destaca o NAFTA, o Tratado da Carta da Energia, o tratado de investimento da COMESA (*Common Market for Eastern and Southern Africa*), o tratado ASEAN (*Association of the Southeast Asian Nations*), e o Protocolo sobre finanças e investimento da SADC (*Southern African Development Community*). A história de insucesso do tratado multilateral de investimento teve o seu mais recente capítulo em 2003, na conferência ministerial da OMC que teve lugar em Cancun, onde países exportadores e importadores de capital revelaram, uma vez mais, incapacidade para chegar a um acordo relativamente ao texto preliminar das negociações.

⁴⁶ Neste sentido, v. Thomas WÄLDE/Abba KOLO, «Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 819. É esta circunstância que explica que muitas das cláusulas de estabilização contidas em contratos de investimento visem, precisamente, “congelar” um dado enquadramento fiscal – v. Peter CAMERON, «Stability of Contract in the International Energy Industry», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 27, n.º 3, 2009, pp. 314, e Antony CROCKETT, «Stabilization Clauses and Sustainable Development», *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (ed. Chester Brown/Kate Miles), Cambridge, 2011, pp. 516ss.

GATT/OMC⁴⁷. Com efeito, embora com nuances, estas disputas têm um “selo” comum, pois surgem no contexto da liberalização do comércio internacional, ou, no caso europeu, do aprofundamento do mercado interno, ambições que não se compaginam com a mobilização de instrumentos tributários com intuítos proteccionistas e discriminatórios.

Porém, um dos aspectos idiossincráticos do consentimento dos Estados à arbitragem do investimento é o seu carácter *genérico*, o que significa que *toda* – ou praticamente toda – a actividade estadual está *potencialmente* subordinada ao escrutínio arbitral, inclusivamente medidas (tributárias) não discriminatórias, leia-se, que afectam indiscriminadamente todos os operadores económicos, sejam eles nacionais ou estrangeiros⁴⁸.

Seguidamente, tentaremos fazer um levantamento de alguns particularismos dos assuntos fiscais no quadro do direito do investimento, dando conta das principais decisões arbitrais sobre o tema.

1. As especificidades das questões fiscais no quadro do investimento estrangeiro

O poder de tributar, enquanto último reduto da soberania, tem não raras vezes um tratamento privilegiado no quadro dos tratados de investimento.

Em primeiro lugar, alguns tratados de investimento excluem do âmbito de aplicação do princípio da nação mais favorecida⁴⁹ as convenções internacionais destinadas a eliminar a dupla tributação, ou mesmo, genericamente, quaisquer assuntos ligados à tributação⁵⁰. O mesmo é dizer, portanto, que um investidor não poderá reclamar do Estado de acolhimento o tratamento de benefício em matéria de dupla tributação (ou de tributação em geral) que este concede a investidores de

⁴⁷ Sobre o tema, v. Sérgio VASQUES, ob. cit., pp. 83ss.

⁴⁸ Para uma posição crítica, v. Suzy H. NIKIËMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Puf, 2012, pp. 229.

⁴⁹ A cláusula do tratamento da *nação mais favorecida* é uma disposição que, quando incluída em tratados de investimento, implica a obrigação, para o *host state*, de outorgar aos investidores da parte contratante um tratamento *não menos favorável* do que aquele conferido aos investidores de Estados terceiros *em igualdade de circunstâncias*. Sobre o tema, v. Rudolf DOLZER / Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 186ss.

⁵⁰ Veja-se, por exemplo, o artigo 3.º, n.º 4, do Modelo BIT alemão (2008) ou o artigo 4.º do Modelo BIT francês (2006). Estes modelos, bem como outros a que seguidamente se fará referência, podem ser consultados em <http://www.italaw.com/investment-treaties>.

Estados terceiros. Tal exclusão explica-se por força da especificidade dos tratados para evitação da dupla tributação, cujo conteúdo procura, as mais das vezes, moldar-se às características dos fluxos de pessoas, bens, serviços e capitais que se processam entre as duas partes contratantes.

No entanto, alguns tratados de investimento vão mais longe no isolamento do poder de tributar, separando da protecção conferida pelo tratado de investimento quaisquer medidas tributárias (*taxation measures*). É o caso do artigo 21.º do Modelo BIT norte-americano (2012) e do artigo 16.º do Modelo BIT canadiano (2004). Trata-se de cláusulas que, sem prejuízo de efeitos práticos não negligenciáveis, têm sobretudo o efeito simbólico de subtrair a tributação ao leque de matérias em que os Estados admitem transaccionar a sua *soberania* em busca de *credibilidade*⁵¹. A extensão da exclusão das medidas fiscais já se colocou na jurisprudência arbitral, no âmbito do caso *Nations Energy v. Panamá* (2010)⁵².

O caso opôs a *Nations Energy*, empresa norte-americana, ao Panamá, e teve por objecto a transmissibilidade a terceiros, pela primeira, dos benefícios fiscais atribuídos por uma lei panamense de 1995, e estabilizados por uma lei de 1998. Visto que o artigo XI.2 do BIT concluído entre Estados- Unidos e Panamá excluía as matérias relativas à tributação, levantaram-se dúvidas sobre a jurisdição do tribunal no caso em apreço. Uma vez que a *Nations Energy* alegara que o seu investimento havia sido objecto de uma expropriação indirecta – uma das matérias fiscais que os Estados contratantes quiseram (excepcionalmente) submeter a arbitragem – o tribunal admitiria jurisdição sobre o caso, argumentando que “*el Tribunal arbitral no necesita decidir si dichas alegaciones son fundadas. Decidir si hubo o no expropiación indirecta en el presente caso es un asunto de fondo*”⁵³.

Finalmente, a matéria fiscal assume relevo específico no domínio das cláusulas de estabilização, das cláusulas de intangibilidade e das cláusulas de reequilíbrio económico do contrato⁵⁴. Apesar de relativamente pouco comuns na prática contratual hodierna⁵⁵, estas cláusulas têm uma incidência particularmente

⁵¹ Importamos a expressão proposta por Santiago MONTT, de acordo com a qual “in joining the BIT system, capital-importing countries traded sovereignty and democracy for credibility” – *State Liability in Investment Treaty Arbitration – Global Constitutionalism and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, pp. 128.

⁵² Todas as decisões arbitrais a que doravante se fará referência estão disponíveis em www.italaw.com.

⁵³ V. par. 490.

⁵⁴ Sobre a distinção entre elas, v., entre outros, José Carlos VIEIRA DE ANDRADE / Rui FIGUEIREDO MARCOS (Org.), *Direito do Petróleo*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 161ss; Antony CROCKETT, ob. cit., p. 516 e ss., e Pierre MAYER, “La neutralization du pouvoir normatif de l’État en matière de contrats d’État”, *Journal du Droit International*, 1986, pp. 5ss.

⁵⁵ Segundo alguma doutrina, este relativo apagamento fica a dever-se, não só às dúvidas quanto à legitimidade destas cláusulas e à proliferação de tratados de investimento contendo o standard FET, mas também ao facto de os contratos de investimento não terem hoje, como parte contratante, o Estado, mas antes desdobramentos funcionais deste – v. Antony CROCKETT, ob. cit., pp. 520.

importante nos assuntos fiscais, visto que – e aqui referimo-nos às cláusulas de estabilização – o que o investidor pretende ver “congelado” é, as mais das vezes, o regime jurídico fiscal vigente à época em que adoptou a decisão de investir, com a inerente *neutralização* da álea legislativa em matéria fiscal. Paradigmático é, neste contexto, o caso *Duke Energy v. Perú* (2008)⁵⁶, que opôs a *Duke Energy International*, uma empresa com sede nas Bermudas, à República do Perú, a propósito de um investimento feito pela primeira na aquisição de uma empresa peruana do sector eléctrico, a *Egenor*.

A tal aquisição veio anexado um acordo de estabilização em matéria fiscal, com a duração de dez anos. Tal acordo viria, no entender da *Duke Energy*, a ser posto em causa pela administração tributária peruana, quando esta efectuou uma interpretação da legislação fiscal radicalmente distinta daquela que valia ao tempo da conclusão do acordo. Ora, apesar de o Peru não ter alterado a sua legislação fiscal, o tribunal arbitral concluiria que o acordo de estabilização continha também uma garantia de que as interpretações que gozavam de acolhimento ao tempo da sua celebração não seriam alteradas em prejuízo do investidor⁵⁷, conclusão, aliás, também reforçada pelo princípio da boa fé.

Dois pontos adicionais merecem devido destaque. Dada a não muito expressiva relevância das cláusulas de estabilização (e das suas congéneres) no quadro da arbitragem do investimento, alguma doutrina conclui que a sua principal valia é, sobretudo, a de “forçar” os governos a renegociar o contrato de investimento nas situações de alteração do quadro normativo em termos prejudiciais para o investidor. Como é bom de ver, porém, isso só acontece porque a presença de uma cláusula de estabilização reforça – e muito – a posição do investidor em sede de arbitragem, quando comparada com a hipótese em que este beneficia apenas da protecção fornecida pelo standard “*Fair and Equitable treatment*”⁵⁸, e pelas exigências de protecção das legítimas expectativas e de estabilidade e previsibilidade do quadro normativo do investimento em que este se desdobra⁵⁹.

⁵⁶ Para uma análise da jurisprudência arbitral em matéria de cláusulas de estabilização, v. Peter CAMERON, ob. cit., pp. 305ss.

⁵⁷ V. par. 227 da decisão final.

⁵⁸ Excepção feita, porventura, aos casos da crise argentina, já aqui mencionados, em que, apesar de inexistirem cláusulas de estabilização, a mobilização, pela arbitragem, da doutrina da confiança por indução acabou por conduzir a resultados semelhantes. Sobre o tema, v. Marta VICENTE, «O princípio da protecção da confiança como garantia dinâmica», *Trajectórias de Sustentabilidade – Tributação e Investimento* (coord. por Suzana TAVARES DA SILVA/Maria de Fátima RIBEIRO), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, pp. 153-207.

⁵⁹ Sobre o conteúdo do standard FET, v., entre outros, Roland KLÄGER, ob. cit., pp. 164ss., Iona TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 163 e ss., Fulvio Maria PALOMBINO, *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, Il Mulino, 2012, pp. 101ss., e Martins PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2013, pp. 251ss.

Isso mesmo foi desvelado, entre outros, no caso *Paushok v. Mongólia*, que opôs a GEM, empresa detida pelo Senhor Paushok e concessionária de um contrato de exploração de minas de ouro, à Mongólia, a propósito do impacto do aumento do imposto sobre as transacções de ouro sobre o investimento da primeira. Na apreciação da alegada violação das legítimas expectativas do investidor, sublinharia o tribunal o seguinte:

«This being said, foreign investors are acutely aware that significant modification of taxation levels represents a serious risk, especially when investing in a country at an early stage of economic and institutional development. In many instances, they will obtain the appropriate guarantees in that regard in form of, for example, stability agreements which limit or prohibit the possibility of tax increases (...). In the absence of such a stability agreement in favor of GEM, Claimants have not succeeded in establishing that they had legitimate expectations that they would not be exposed to significant tax increases in the future».

2. Tributação e standards de protecção do investimento: algumas decisões arbitrais

O conceito de expropriação indirecta ou de “*regulatory taking*” ocupa um lugar central no direito do investimento estrangeiro. Nele incluímos as actuações estaduais que, não se confundindo com a expropriação directa – por lhe faltar uma intenção estadual expressa e o acto formal de transferência da propriedade – produzem sobre o investidor um efeito semelhante ou equivalente⁶⁰. A simplicidade desta definição é apenas aparente. Na medida em que qualquer regulação estadual pode implicar prejuízos graves para os cidadãos ou investidores – se quisermos, é susceptível de gerar “perdedores e vencedores” – tudo está em traçar, com a precisão necessária, a diferença entre a regulação e a expropriação, ou entre a regulação indemnizável e a regulação não indemnizável (*regulatory powers v. regulatory takings*)⁶¹.

Trata-se de uma tarefa particularmente complexa, especialmente quando a análise recaia sobre os “poderes de polícia” do Estado, ou seja, sobre medidas

⁶⁰ Sobre o tema, v., entre outros, Suzy NIKIÈMA, ob. cit., pp. 1ss., Santiago MONTT, ob. cit., p. 231, e Yves NOUVEL, «Les mesures equivalent a une expropriation dans la pratique recente des tribunaux arbitraux», *Révue Générale de Droit International Public*, vol. 106, 2002, pp. 79-101.

⁶¹ Esta necessidade é regularmente actualizada pela arbitragem do investimento: v., por exemplo, o caso *Feldman v. México* (par. 100), ou o caso *Saluka v. República Checa* (par. 264).

estaduais que visam interesses públicos fundamentais (“*essential to the efficient functioning of the State*”) – tais como a tributação, a ordem pública, o ambiente, os direitos dos trabalhadores, a política cambial – com carácter não discriminatório e emanadas de boa-fé⁶². Os tratados de investimento mais recentes contêm um conjunto de novas cláusulas cujo objectivo é responder à tensão existente entre a expropriação indirecta e o direito de regular, reafirmando o poder normativo de Estados que, outrora fundamentalmente exportadores de capitais, estão hoje expostos – enquanto importadores – “*aux dérives extensives de règles qu’ils ont eux-mêmes contribué à façonner dans le passé*”⁶³. Se em alguns daqueles tratados as medidas de polícia passam a beneficiar de uma *presunção* de “não compensação”⁶⁴, noutros estão *peremptoriamente* excluídas⁶⁵ do dever de indemnizar⁶⁶.

Estas considerações assumem especial relevo uma vez que, à luz da jurisprudência arbitral, secundada pela doutrina⁶⁷, as medidas tributárias beneficiam de uma “presunção reforçada” de não compensação. Visa-se com este reforço obstar a que a protecção do investimento degenera na legitimação de uma “*special class of privileged persons who are immune from the legitimate exercise of the tax power*”⁶⁸.

O caso *EnCana v. Equador*⁶⁹ opôs uma empresa canadiana, que investira no sector petrolífero, ao Equador, tendo por base um litígio relativamente à interpretação da lei fiscal em matéria de dedução do imposto sobre o consumo pago nas aquisições de bens e serviços pelas empresas daquele sector. Confrontado com a alegação de que a alteração da interpretação consubstanciaria uma expropriação indirecta, o tribunal esclareceu o seguinte:

«*Desde una perspectiva de expropiación, la fiscalidad se encuentra en una categoría especial. En principio, una ley tributaria crea una nueva responsabilidad fiscal sobre una determinada categoría de personas para que paguen dinero al Estado con respecto a una serie de categorías de transacciones definidas, cuyo producto estit previsto para uso publico. Per se, tal ley no equivale a tomar una*

⁶² Suzy NIKIÈMA, ob. cit., pp. 165.

⁶³ V. Suzy H. NIKIÈMA, ob. cit., p. 76. Alguma dessa “deriva” verteu-se indubitavelmente nas decisões arbitrais emanadas no quadro do NAFTA e no contexto da “crise argentina” – v., sobre o tema, Roland KLÄGER, ob. cit., pp. 61ss., e Fernando LORENZO CONTRERAS, «El Estado de Necesidad y las clausulas de emergencia contempladas en los APPRI: los casos argentinos ante el CIADI», *Revista española de derecho internacional*, vol. LXV, 2013, pp. 101-129.

⁶⁴ V. o anexo B.4.c) do modelo BIT norte-americano actual, e o anexo B.13 do modelo BIT canadiano.

⁶⁵ V. o artigo 20.º, n.º 8 do acordo COMESA-CIA.

⁶⁶ Também a jurisprudência dá como assente o carácter costumeiro desta proposição – v., por ex., o caso *Saluka v. República Checa* (par. 262).

⁶⁷ V. Suzy H. NIKIÈMA, ob. cit., p. 176.

⁶⁸ V. A. R. ALBRECHT, ob. cit., p. 173.

⁶⁹ Sobre questões idênticas, v. também os casos *Occidental v. Equador* e *Oxy v. Equador*.

propriedad. Si así fuese, una prerrogativa fiscal universal estaría denegada por una garantía contra expropiación, cual no es el caso. Solo si una ley tributaria es extraordinaria, si su cuantía es punitiva ou su incidencia tributaria, podría alegarse expropiación indirecta⁷⁰».

Depois, o facto de estar em causa legislação fiscal tem influência na *intensidade* do escrutínio judicial exercido, porquanto os tribunais arbitrais tendem a mostrar um nível acrescido de *deferência* para com as opções estaduais. No caso *Paushok v. Mongólia*, em que, como se disse *supra*, se discutiu a validade de um imposto de 68% sobre as transacções de ouro que excedessem um certo montante por onça, a reserva do tribunal é evidente:

«Many will argue that this is not wise economic policy but this does not mean it would constitute a breach of a BIT, particularly in the area of taxation, in respect of which States jealously guard their sovereign powers (...). It is not the role of the Tribunal to weigh the wisdom of legislation, but merely to assess whether such legislation breaches the treaty⁷¹».

Igualmente pertinente em matéria tributária é o princípio do tratamento nacional e da proibição da discriminação entre nacionais e estrangeiros. Aqui, o caso *GAMI v. México* sugere que este *standard* não visa sancionar uma qualquer actuação *arbitrária* por parte dos Estados de acolhimento, que poderá ser escrutinada ao abrigo de outros parâmetros de controlo (v.g., arbitrariedade e razoabilidade da medida, apreciadas no quadro do FET), mas apenas aquela actuação que estabeleça, *sem fundamento razoável*, uma diferenciação de tratamento assente na categoria da nacionalidade dos investidores em *igualdade de circunstâncias*⁷². As semelhanças com o artigo 3.º do GATT são evidentes, circunstância que explica o *judicial dialogue* com as decisões dos painéis de resolução de conflitos da OMC⁷³.

No entanto, algumas decisões arbitrais mais recentes vêm relevando um afastamento relativamente à jurisprudência da OMC, assente na convicção de que “*like products*” e “*like circumstances*” reclamam análises distintas, e as que as

⁷⁰ Par. 177 (o itálico é nosso).

⁷¹ V. o par. 310 e 321 da decisão final (o itálico é nosso).

⁷² V., por exemplo, o artigo 4.º, n.º 1 do Modelo BIT da SADC, o qual dispõe: “(...) *Each state party shall accord to Investors and their investments treatment no less favourable than the treatment it accords, in like circumstances, to its own investors and their investments* (...)”.

⁷³ Com efeito, são muitas as decisões dos painéis da OMC no que concerne a questão de saber o que se deve entender por “*like products*” para efeitos do artigo 3.º, n.º 4 do GATT. Destacamos, por exemplo, o caso das *Bananas (European Communities – Regime for the importation, Sale and distribution of Bananas)*, o caso *Asbestos (European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products containing Asbestos)*, o caso *Japan – Alcoholic Beverages* ou o caso *Mexico – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*. O *judicial dialogue* a que nos referimos *supra* revelou-se, entre outros, nos casos *SD Myers v. Canadá* e *Pope & Talbot v. Canadá*, nos quais os árbitros concluíram que o conceito indeterminado “iguais circunstâncias” pede um exame tendente a apurar se o investidor estrangeiro que reclama do tratamento que lhe foi aplicado está ou opera no “*mesmo sector*” do investidor nacional.

conclusões formuladas a partir de um dos conceitos não podem ser automaticamente transpostas para a análise do outro. A par do caso *Occidental v. Equador*, objecto de algumas críticas na doutrina⁷⁴, esse afastamento concretizou-se no caso *Cargill v. México*, que opôs uma empresa norte-americana produtora de um substituto do açúcar (o JMAF), ao México, em virtude de este ter introduzido um imposto sobre bebidas açucaradas que usassem aquele substituto (o IEPS). Tendo a *Cargill* alegado que se tratava de um imposto discriminatório, visto que os produtores mexicanos de bebidas açucaradas não usavam a substância onerada, tribunal concluiria o seguinte:

«Así pues, es preciso de mostrar algo más que la similitud de los productos producidos a fin de establecer que el inversionista y los productores nacionales se encuentran en “circunstancias similares” (...). *La interrogante en este caso es si la diferencia en las circunstancias económicas de la industria azucarera y la industria del JMAF en México es pertinente a la medida adoptada, el IEPS aplicado a los refrescos endulzados con JMAF* (...). No se trata de una medida que proporciona a una industria en circunstancias económicas extremas una ventaja que no está a disposición de una industria en mejores circunstancias económicas. *Es una medida adoptada en desmedro de una industria cuyas circunstancias económicas eran saludables, y que tuvo el efecto de expulsarla del mercado.*»⁷⁵

Na avaliação da pertinência do critério de diferenciação mobilizado relativamente ao fim da medida, os tribunais arbitrais não desconsideraram justificações ligadas à fraude e elisão fiscais. Por exemplo, no caso *Feldman v. México*, a propósito do condicionamento da dedução do imposto sobre o consumo pago (a montante) à apresentação de factura, obrigação acessória que apenas onerava os revendedores de tabaco e não os produtores do mesmo, o tribunal arbitral consideraria que “*there are at least some rational bases for treating producers and re-sellers differently, e.g., better control over tax revenues*”⁷⁶. Também no caso *Paushok v. Mongólia* (v. *supra*), e uma vez que o imposto extraordinário sobre transacções apenas incidia sobre a indústria do ouro, e não sobre outros minérios, os árbitros foram sensíveis ao facto de aquela revelar “*greater opportunities for tax evasion*”, circunstância susceptível de amparar a diferenciação de tratamento produzida⁷⁷.

Não restam dúvidas, portanto, de que, mesmo condicionado pela “sombra” da soberania, o “cheque em branco” arbitral também abrange a tributação pelos Estados

⁷⁴ Jürgen KURTZ, «Use and abuse of WTO Law in Investor-State arbitration: Competition and its discontents: A rejoinder to Robert Howse and Efrain Calamish», *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4, 2009, pp. 1095-1098.

⁷⁵ V. o par. 185 e ss. da decisão final (o itálico é nosso).

⁷⁶ V. par. 170 da decisão final.

⁷⁷ V. o par. 316 da decisão final.

de acolhimento. Mais do que isso: enquanto mecanismo de *governance global*, como sugere alguma doutrina⁷⁸, a arbitragem do investimento condiciona o modo como os Estados exercerão, no futuro, o seu poder tributário. Assim, no domínio fiscal, sector que garante a própria existência do Estado e a realização de outras tantas políticas internacionais – sobretudo nas áreas do ambiente e da luta contra a corrupção, e a evasão e elisão fiscais – o desafio é o de que aquela *governance* se não converta, afinal, num *driver* do “medo” de regular em prejuízo do investidor⁷⁹.

⁷⁸ Neste sentido, v. Benedict KINGSBURY/Stephan SCHILL, «Investor-State Arbitration as governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law», *New York University School of Law*, 2009, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1466980>.

⁷⁹ Recordamos, a título de exemplo, a carta escrita pelos investidores da *China Three Gorges* ao governo português após se tornar público o possível lançamento de uma contribuição extraordinária sobre o sector eléctrico.