



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ricardo Luís Rodrigues de Freitas da Cunha Leal

**SOBRE O PAPEL DA CONVENÇÃO MULTILATERAL DA
OCDE NO PROCESSO RECONSTRUTIVO DO DIREITO
FISCAL INTERNACIONAL**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, orientada
pelo Professor Doutor João Pedro Alves Ventura Silva Rodrigues e apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Dezembro de 2022

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
muda-se o ser, muda-se a confiança;
todo o Mundo é composto de mudança,
tomando sempre novas qualidades.*

*Continuamente vemos novidades,
diferentes em tudo da esperança;
do mal ficam as mágoas na lembrança,
e do bem (se algum houve), as saudades.*

*O tempo cobre o chão de verde manto,
que já coberto foi de neve fria,
e, enfim, converte em choro o doce canto.*

*E, afora este mudar-se cada dia,
outra mudança faz de mor espanto,
que não se muda já como soía.”*

Luís Vaz de Camões

Resumo

O nosso estudo faz uma retrospectiva do DFI, procurando compreender o fenómeno que a doutrina identifica como uma viragem do bilateralismo para o multilateralismo. Para o efeito, procurámos acompanhar as discussões desenvolvidas no século XX sobre o desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral. De seguida, estudámos a Convenção Modelo da OCDE e os seus Comentários com o objetivo de compreender a solução desenvolvida no século XX para a eliminação da dupla tributação. Ainda neste âmbito, procurámos igualmente compreender as vantagens que um tratado fiscal multilateral apresentaria face à solução estabelecida ainda no século XX: desenvolver uma rede internacional de CDT coordenadas com base em modelos de convenção consensualmente aceites e desenvolvidos no seio de organizações internacionais.

Neste contexto, depois de estudarmos as várias etapas que marcaram a evolução do DFI e das próprias relações internacionais em matéria fiscal, dedicámo-nos ao estudo da Convenção Multilateral da OCDE que representa, nos dias de hoje, um dos principais marcos desta evolução. Ao longo do nosso estudo procurámos também compreender o que aproxima e o que afasta os Estados nas suas negociações internacionais sobre matérias de fiscalidade.

Por fim, concluímos com uma apreciação crítica que se pronuncia sobre o passado, o presente e o futuro do DFI, assumindo o Projeto BEPS e a Convenção Multilateral como ponto de inflexão da transição do bilateralismo para uma forma híbrida de regime. Sobre o passado, desenvolvemos uma discussão sobre a importância da cooperação internacional. Sobre o presente, pronunciamos-nos sobre o Projeto BEPS e sobre a Convenção Multilateral. Sobre o futuro, partindo de uma perspetiva que aborda o DFI como um sistema, refletimos sobre a importância que reveste a simplicidade no seu desenvolvimento.

Palavras-chave: Direito Fiscal Internacional; Convenção Multilateral; BEPS; OCDE; Cooperação Internacional; Concorrência Fiscal; Bilateralismo; Multilateralismo.

Abstract

Our study leans over a retrospective of the International Tax Law, seeking to understand the phenomenon that the doctrine identifies as a turning point from bilateralism to multilateralism. To this end, we have sought to keep up while discussions are held in the 20th century on the development of a multilateral tax treaty. We then studied the OECD Model Convention and its Commentaries with the aim of understanding the solution developed in the 20th century for the elimination of double taxation. In this regard, what is also to be understood is how advantageous a multilateral tax treaty would present in view of the solutions established later in the 20th century: an international network of Double Tax Treaties coordinated on the basis of models of consensual convention accepted and developed within international organizations.

Therefore, after studying how several steps have marked the evolution of the International Tax Law and international relations in tax matters themselves, we dedicated ourselves to the study of the OECD Multilateral Convention, which today represents one of the main milestones of this development. Throughout our study we have also tried to understand what is coming and what drives States away in their international negotiations on taxation matters.

Finally, we conclude with a critical assessment where we pronounce ourselves about the past, present and future of the International Tax Law, assuming the BEPS Project and the Multilateral Convention as a point of transition from bilateralism to a hybrid form of regime. On the past, we have developed a discussion on the importance of international cooperation. On the present, our opinion is given on the BEPS Project and on the Multilateral Convention. On the future, from a perspective that approaches the International Tax Law as a system, we recognize the importance of simplicity as a key to development.

Keywords: International Tax Law; Multilateral Convention; BEPS; OECD; International Cooperation; Tax Competition; Bilateralism; Multilateralism.

Lista de siglas e abreviaturas

BEPS	- <i>Base Erosion Profit Shifting</i>
CDT	- Convenção sobre a Dupla Tributação
CFA	- Convenção Fiscal Abrangida
CIC	- Câmara Internacional do Comércio
CVDT	- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DFI	- Direito Fiscal Internacional
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OCEE	- Organização para a Cooperação Económica Europeia
ONU	- Organização das Nações Unidas
SDN	- Sociedade das Nações
UE (EU)	- União Europeia

Índice

Índice.....	6
Indicações sobre o modo de citar	8
1. Introdução	9
2. O Direito Fiscal Internacional em retrospectiva	17
2.1. Sobre o objeto, os objetivos e princípios clássicos do Direito Fiscal Internacional.....	17
2.2. As respostas do Direito Fiscal Internacional ao problema da dupla tributação	23
2.2.1. Sociedade das Nações	24
2.2.2. Os trabalhos da OCDE.....	29
3. A Modelização do Direito Fiscal Internacional – subsídio à compreensão da solução, das suas limitações e dos seus efeitos indiretos	32
3.1. A Convenção Modelo da OCDE e Comentários.....	33
3.2. As fragilidades da Convenção Modelo e dos Comentários.....	37
3.3. As vantagens e desvantagens dos tratados fiscais multilaterais.....	39
4. As relações internacionais e o Direito Fiscal Internacional	43
4.1. A concretização prática das teorias das relações internacionais	48
5. Dos “novos” desafios do Direito Fiscal Internacional às novas formas de cooperação internacional em matéria fiscal	55
5.1. O conceito de cooperação internacional e os obstáculos que enfrenta no Direito Fiscal Internacional.....	58
5.2. Os movimentos modernos de cooperação internacional	62
6. O Projeto BEPS.....	67
6.1. O desenvolvimento de um instrumento multilateral como <i>conditio sine qua non</i> ao sucesso do Projeto BEPS	75
7. O desenvolvimento da Convenção Multilateral – das “questões” ao Direito Internacional Público	77
7.1. O processo geral de revisão das CDT	78
7.2. As várias alternativas para o instrumento multilateral	79
7.3. A Convenção Multilateral enquanto fonte de Direito Internacional Público	82
7.4. A importância da flexibilidade na Convenção Multilateral	89
7.5. A estrutura da Convenção Multilateral - uma breve caracterização	95
7.6. O Funcionamento da Convenção Multilateral	96
8. Apreciação Crítica.....	101
8.1. Sobre a cooperação e o imperialismo no Direito Fiscal Internacional.....	102
8.2. Sobre o BEPS e a Convenção Multilateral.....	113
8.2.1. Sobre a Convenção Multilateral da OCDE	118
8.3. Sobre o futuro: a (re)construção do Direito Fiscal Internacional.....	122

9. Considerações Finais.....	124
Referências.....	126

Indicações sobre o modo de citar

1. Nas referências constam os estudos citados (livros, capítulos de livros, artigos em revistas científicas ou outras publicações), organizados segundo um modelo autor-data.
2. Os conflitos de autoridade, derivados da existência de autores com último nome igual, são resolvidos em sede de referências, através da menção das datas (ano) de publicação ou, persistindo a coincidência, através de um elemento distintivo de que estas se façam acompanhar.

1. Introdução

A célebre frase “nada é permanente exceto a mudança” atribuída ao filósofo grego Heraclito é, a cada dia, mais verdadeira. Porque se é verdade que a mudança é, em si mesma, certa quanto à ocorrência, também o é o facto do seu ritmo ser progressivamente acelerado com o avançar do tempo.

Enquanto fenómeno perspectivado pela lente da economia, a globalização, altamente promovida pelo grande desenvolvimento tecnológico e abertura das fronteiras, revela não apenas a exponencialmente crescente integração das relações económicas internacionais, como lança aos Estados e ao direito novos desafios para os quais as respostas, sob pena de obsolescência, necessitam de uma cada vez maior rapidez na sua implementação.

O direito fiscal, nacional e internacional, confrontado com novas mudanças e com novos desafios, não é nem poderia ser alheio a todo este percurso de globalização e, naquele que tem sido o seu processo reconstrutivo, tem vindo recentemente a apresentar novas soluções que são reveladoras de uma nova tendência, o multilateralismo, do qual a Convenção Multilateral da OCDE, que assumimos como centro de gravidade do nosso estudo, é o mais recente e melhor exemplo.

Contudo, compreender a Convenção Multilateral e o seu significado enquanto marco histórico no DFI exige uma visão retrospectiva com o intuito último de perceber a importância do multilateralismo como forma de cooperação internacional alargada e, bem assim, entender os vários obstáculos que este modelo de solução enfrentou no passado séc. XX, e que em grande medida continua a enfrentar no âmbito dos desafios atuais.

Sem entrarmos em detalhes mais específicos, algo que oportunamente faremos com o desenvolver da nossa exposição, o DFI (tal como a exposição, na verdade) encontra-se dividido em dois grandes momentos que, coincidentemente, correspondem ao séc. XX e ao ainda em curso séc. XXI.

No primeiro momento, que em boa verdade se inicia ainda no séc. XIX e dura até ao final do séc. XX, a grande preocupação e objetivo fundamental do DFI foi desenvolver métodos que permitissem eliminar ou pelo menos minorar a dupla tributação internacional, indesejável ao desenvolvimento e à integração económica internacional.

Neste contexto, no decorrer do séc. XX, extensos estudos levados a cabo por organizações internacionais, como a SDN, a ONU, a OEEC (que deu lugar à OCDE), foram

realizados no sentido de desenvolver uma solução internacional de compromisso entre os Estados para eliminar a dupla tributação.

A soberania e a heterogeneidade (tanto dos interesses como dos sistemas fiscais nacionais) dos Estados inviabilizaram aquela que foi sempre considerada a solução ideal para o direito fiscal internacional: um tratado fiscal multilateral que disciplinasse substantivamente a repartição de competências de tributação entre Estados sobre factos tributários que apresentassem, pelas suas características objetivas e subjetivas, elementos de conexão com duas ou mais jurisdições dotadas de poder tributário¹.

Ao invés daquela solução que teoricamente apresentava diversas vantagens para a uniformização do DFI – um tratado fiscal multilateral – desenvolveu-se aquela que podemos apelidar de “solução de segundo ótimo²” e que se consubstancia no desenvolvimento de uma rede internacional de CDT, tipicamente bilaterais (isto é, celebradas em combinações de dois Estados), uniformizadas (ou mais adequadamente, modelizadas, atendendo à discricionariedade dos Estados, para unilateral ou bilateralmente se desvincularem dos modelos consensualmente acordados) em concordância com modelos de convenção sobre a dupla tributação, sendo estes adequados a relações bilaterais e desenvolvidos no seio das organizações internacionais não-governamentais. Dentro destes modelos, pela transversalidade global da influência, quer enquanto modelo de base quer como auxiliar de interpretação, destacamos a Convenção Modelo da OCDE, que utilizaremos no nosso estudo, por estas razões, como exemplo escola de análise, não obstante reconhecermos enorme importância a outros modelos de convenção, como é o caso do Modelo da ONU.

A solução adotada para a edificação (ou governação) do DFI enquanto sistema – a modelização sem poder de vinculação para os Estados (por outras palavras, via *soft law*) da rede de CDT – e que muito meritariamente funcionou eficientemente até ao final do séc. XX sem levantar grandes problemas, pode ser interpretada como uma solução que reflete não o consenso internacional desejável, mas sim o consenso internacional possível, atendendo à divergência e assimetria de interesses entre os Estados quando confrontados com o problema da eliminação da dupla tributação.

Com a chegada do final séc. XX e o início do novo século, o DFI encontrou a “oportunidade” de se confrontar com novos desafios e, bem assim, de iniciar uma nova etapa,

¹ Cf. XAVIER (2016).

² Numa formulação parecida com a de BROEKHUIJSEN (2017:9) que se refere à “*second-best solution*”.

que tem necessariamente de ser conduzida tendo por base os conhecimentos adquiridos no séc. XX. Mas, afinal, o que caracteriza esta nova etapa e qual a importância do seu estudo atual? Qual o significado da Convenção Multilateral no rumo do DFI?

A primeira questão – o que caracteriza esta nova etapa e qual a importância do seu estudo atual? – pode explicar-se partindo de uma frase da autoria da OCDE, redigida no ano de 2013, em que esta afirma que “há poucos domínios em que os Estados são mais ciumentos da sua soberania do que o domínio fiscal”. Contudo, e como sabemos, se por um lado os poderes de jurisdição dos Estados continuam confinados territorialmente (como o espaço administrativo e tributário), por outro o espaço económico já extravasou largamente estas fronteiras.

Esta realidade, incontestável nos dias de hoje, não é naturalmente negligenciável aos Estados no processo de determinação e condução da política fiscal interna e externa. As políticas financeiras nacionais (da quais direito fiscal é parte integrante) são condicionadas por fatores externos, internacionais, que constroem o livre arbítrio dos Estados e, neste sentido, mitigam a sua real soberania em matéria fiscal. Distingue-se, assim, a soberania de direito e a soberania de facto.

Ademais, assistimos desde o final do século passado a uma reconfiguração da dialética sistema–problema (ou, concretamente, DFI–finalidades). Neste sentido, à intemporal finalidade “eliminação da dupla tributação internacional” juntaram-se outras finalidades, como a da eliminação da concorrência fiscal prejudicial (na conhecida formulação inglesa “*Tax Competition*”), o combate à evasão fiscal e, mais recentemente, o combate ao à erosão das bases tributárias e transferência de lucros que esteve na origem do Projeto BEPS da OCDE, da qual a Convenção Multilateral é um dos produtos finais.

Estas novas questões criaram as condições para uma alteração substancial do macroclima global concernente às relações entre Estados, o que permitiu o reforço e alargamento subjetivo da cooperação internacional em matérias tributárias. Esta alteração assenta em duas justificações essenciais, a saber: o alinhamento dos interesses dos Estados no combate à erosão das bases tributárias, e o reconhecimento das limitações que resultam da governação fiscal *soft law*.

Sobre a primeira justificação – o alinhamento dos interesses dos Estados no combate à erosão das bases tributárias – pretendemos com este capítulo introdutório apenas evidenciar que, distintamente da questão da eliminação da dupla tributação, a qual motivou

os Estados a negociar tendo por base interesses assimétricos (o que justificou a proliferação do bilateralismo na celebração de CDT), no âmbito das novas questões, especialmente as que motivaram o Projeto BEPS, estes confrontam-se com problemas globais que afetam transversalmente economias desenvolvidas e menos desenvolvidas, o que abriu portas ao multilateralismo e, mais do que isso, para a cooperação internacional. Afinal, como muito claramente coloca DAGAN, “*Cooperation, whether formal or informal, is commonly recommended as a strategy for countries given less-than-optimal results rendered by unilateral policies*”³.

Sobre a segunda justificação – o reconhecimento das limitações que resultam da governação fiscal *soft law* – os Estados reconheceram, aceite-se o pleonasmo, que estas questões-problema (como a concorrência fiscal prejudicial e a erosão das bases tributárias) resultam, em grande medida, de uma reação do sistema (DFI) contra si próprio, como se de uma doença autoimune se tratasse. Com efeito, a estrutura “*house of cards*” do DFI tem vindo, desde o final do séc. XX, a revelar-se insuficiente face à complexidade e integração da economia internacional, o que exigiu com urgência o reforço da cooperação interestadual em matéria de fiscalidade. Porquê? Essencialmente, porque se identificou que a inadequação das regras de DFI resulta em grande medida das fragilidades normais apresentadas por um sistema composto por regras e princípios de *soft law*. Esta realidade permitiu que, com o tempo, os vários intervenientes do DFI (Estados e sujeitos passivos) cometessem abusos quer dentro, quer fora de critérios formais de licitude.

Cronologicamente, conforme a OCDE identificou ainda no ano de 1991 na publicação “Tributação dos Lucros numa Economia Global”, a concorrência fiscal (entre Estados), consubstanciada na “coexistência de diferentes regimes fiscais empresariais num mundo em que a globalização das atividades e comerciais aumentou e onde a maioria dos obstáculos não fiscais aos movimentos de capitais internacionais, de serviços e tecnologias foram abolidas” representou o primeiro grande desafio a exigir soluções de cooperação internacional. Em 1998, a mesma OCDE apresentou uma publicação intitulada “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”, dando-se por iniciada a luta contra os regimes fiscais preferenciais.

Subsequentemente o foco alterou-se (e não surpreendentemente, diga-se!) do comportamento dos Estados para as empresas, fundamentalmente as grandes multinacionais,

³ Cf. DAGAN (2018).

que encontraram no próprio DFI as portas abertas (lacunas jurídicas resultantes da interseção dos vários sistemas fiscais domésticos e das próprias CDT) para licitamente, mas de forma imoral, reduzirem ou mesmo eliminarem a carga fiscal suportada.

Depois de longos e frutíferos trabalhos produzidos pela OCDE na promoção da transparência no DFI, dos quais a “Convenção [multilateral] sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal” é, sem dúvida, um dos mais relevantes resultados, um novo e ambicioso projeto surgiu. A OCDE, na sequência da grave crise de 2008 e por solicitação do G20, em 2012, que reconheceu a existência de um fenómeno identificado como “erosão das bases tributárias e transferência de lucros”, iniciou o Projeto BEPS em 2013.

Este projeto partiu de um Plano de Ação composto por 15 ações distintas – a Convenção Multilateral é o resultado final da Ação 15 – e procurou atualizar o DFI, dotando-o de coerência, substância e transparência, por forma a combater cooperativamente as práticas fiscais que resultam na erosão das bases tributárias dos Estados, comumente designadas por estratégias de planeamento fiscal agressivo, e que colocam em risco a sustentabilidade do Estado Fiscal que se vê privado da sua principal fonte de financiamento: a receita tributária.

Neste contexto, e como produto da Ação 15 do Projeto BEPS, a Convenção Multilateral da OCDE apresenta-se no DFI como uma pioneira “convenção internacional, multilateral, aberta, flexível, cujo desígnio é a integração rápida e coordenada das medidas fiscais desenvolvidas no âmbito do Projeto BEPS relativas às CDT, modificando, conseqüentemente, a forma como estas últimas são aplicadas”. A complexidade da definição que propomos, que em tudo se assemelha à complexidade com o qual o Grupo *ad hoc* se deparou na sua elaboração, permite antever e dar início à resposta à segunda questão que identificámos – qual o significado da Convenção Multilateral no rumo do DFI?

Feita esta breve introdução ao problema geral que vamos analisar, cumpre-nos identificar e sistematizar os tópicos que abordaremos no contexto do presente estudo, tarefa à qual dedicaremos os nossos próximos parágrafos.

O nosso estudo terá o seu começo com um capítulo intitulado “O Direito Fiscal Internacional em retrospectiva”. Neste capítulo, fundamentalmente procuraremos dar cumprimento a dois objetivos fundamentais: o contexto e a retrospectiva. Referimo-nos ao “contexto”, trabalhado no ponto 2.1., porque compreender um qualquer estudo sobre o DFI

requer, incontornavelmente, perceber os traços gerais – o objeto, as finalidades e os princípios – que o caracterizam este ramo do direito. A “retrospectiva”, que se consubstancia numa análise inevitavelmente mais histórica, porque, como já referimos, os desafios do DFI modernos – designadamente a concorrência fiscal, a evasão fiscal e o BEPS – resultam, em grande medida do seu processo edificativo. Desta forma, no ponto 2.2., percorreremos a história do DFI perspectivada pelos trabalhos desenvolvidos pela SDN e pela OECC (e, posteriormente, OCDE) sobre a eliminação da dupla tributação. Com esta abordagem, pretendemos, por um lado, introduzir algumas das discussões que inviabilizaram no passado o desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral e, por outro, de conhecer os contornos do percurso que deu lugar à “vitória” do bilateralismo sobre o multilateralismo na eliminação da dupla tributação internacional.

O terceiro capítulo do nosso estudo “A Modelização do DFI – subsídio à compreensão da solução, das suas limitações e dos seus efeitos indiretos”, parte da retrospectiva realizada no capítulo precedente para analisar com maior profundidade a solução adotada – o desenvolvimento de uma rede internacional de CDT uniformizada por recurso a modelos de convenção adequados a relações bilaterais – e, bem assim, compreender detalhadamente quais as suas limitações e efeitos indiretos. Neste capítulo, a nossa análise terá por base a Convenção Modelo da OCDE, por reconhecermos neste modelo aquele que apresenta uma maior expressão a nível internacional, refletida na transversalidade da sua influência sobre as CDT pertencentes a Estados membros e não membros da OCDE. Quando se revelar oportuno, fruto das diferenças principiológicas significativas, abordaremos também o Modelo de Convenção da ONU. Paralelamente ao objetivo mais imediato deste terceiro capítulo, propomo-nos igualmente a iniciar a construção da ponte que nos permitirá (a nós e ao DFI) ultrapassar (se for essa a intenção!) as barreiras que até aos dias de hoje inviabilizaram uma absoluta transição da “coordenação fiscal internacional” para uma real “cooperação internacional em matéria fiscal”, algo que será detalhadamente analisado com o capítulo subsequente ao presente. Ainda no decorrer do capítulo 3., faremos uma síntese das vantagens e desvantagens que um tratado fiscal multilateral como idealizado no séc. XX apresentaria face à rede internacional de CDT.

A chegada do capítulo 4., intitulado “As Relações Internacionais e o Direito Fiscal Internacional”, traz consigo uma nova abordagem dos problemas internacionais sobre questões de direito fiscal. Neste sentido, partindo do estudo das teorias das relações

internacionais em matéria fiscal, procuraremos justificar o posicionamento dos Estados sobre as questões concernentes à eliminação da dupla tributação e, adicionalmente, procuraremos ainda compreender as circunstâncias e os formatos que podem (e têm) progressivamente justificado a adoção de instrumentos internacionais de cooperação alargada, preludiando uma progressiva viragem do rumo do DFI do bilateralismo para multilateralismo ou, pelo menos, para uma forma híbrida de *regime*. O estudo realizado no capítulo 4. permitirá compreender o difícil processo de negociação e algumas das soluções concretas que conformaram o Projeto BEPS e, fundamentalmente, a Convenção Multilateral da OCDE.

O capítulo 5., ao qual atribuímos a designação “Dos «novos» desafios do Direito Fiscal Internacional às novas formas de cooperação em matéria fiscal” apresenta-se no nosso estudo como um capítulo de transição. Assumidamente vocacionado para assinalar a mudança do paradigma no plano das finalidades do DFI, este capítulo desdobra-se em três momentos fundamentais. Num primeiro momento, propomo-nos a identificar os ditos “novos” desafios do DFI, pretendendo com esta primeira parte compreender a transição de um problema fundamental que passava pela eliminação da dupla tributação para um problema de sentido oposto causado pela concorrência fiscal prejudicial, pela evasão fiscal e, finalmente, pelo BEPS. Subsequentemente, procuraremos definir cooperação internacional e, bem assim, identificar os obstáculos que esta enfrenta no âmbito do DFI. Por último, procuraremos destacar, sem grande profundidade analítica, os principais movimentos de cooperação internacional em matéria fiscal que se vêm apresentando desde o final do séc. XX.

O capítulo 6., intitulado como “O Projeto BEPS”, que na sua essência corresponde a um dos movimentos de cooperação internacional do séc. XX., sem dúvida o mais ambicioso, insere-se no nosso estudo isoladamente dos restantes movimentos não apenas pela sua importância, mas porque a Convenção Multilateral que estudamos é um dos seus produtos finais. Nesse contexto, iniciaremos este capítulo com uma análise das razões históricas que presidiram ao surgimento do Projeto BEPS e, nesta primeira fase da análise, abordaremos também os seus traços fundamentais, que o caracterizam transversalmente. Posteriormente, dedicaremos os nossos esforços ao enquadramento histórico e funcional da Convenção Multilateral no Projeto BEPS, procurando, com este enquadramento, formar o

quadro conceptual necessário a um cabal entendimento das opções assumidas no seu desenvolvimento.

O capítulo 7. é inteiramente dedicado à Convenção Multilateral. Neste capítulo, procuraremos analisar as questões fundamentais que conformaram o desenho da Convenção Multilateral e, bem assim, compreender os seus traços fundamentais à luz do direito internacional público, caracterizando este instrumento enquanto convenção internacional. Subsequentemente, debruçaremos a nossa atenção sobre a compreensão da Convenção Multilateral enquanto instrumento flexível, procurando, por um lado, perceber a importância que esta característica reveste para o seu potencial sucesso e, por outro, analisar os seus vários afloramentos. Por último, tendo por base o percurso até aí realizado, a nossa preocupação recairá sobre a análise da *articulação funcional* estabelecida entre a Convenção Multilateral e as CDT por si modificadas. Para o efeito propomo-nos, por um lado, a compreender o processo relativo à sua *i*) entrada em vigor e produção de efeitos e, por outro, a analisar *ii*) a interação estabelecida entre as disposições substantivas da Convenção Multilateral e das CDT.

Por último, com chegada do nosso capítulo final, despreziosamente, dedicaremos os nossos esforços à realização de uma apreciação crítica sobre os vários temas que trabalhámos. Neste sentido, reconhecendo que o nosso percurso realizou, fundamentalmente, uma retrospectiva sobre o DFI e, nesse sentido, abordou cronologicamente as várias etapas que determinaram o seu processo reconstrutivo – do qual a recente Convenção Multilateral da OCDE é um dos *highlights* –, procuraremos que esta fase adote, na medida do possível, o mesmo percurso metodológico. Para o efeito, subdividiremos a nossa análise em três momentos distintos que, abstratamente, podemos afirmar reportarem-se ao passado (“Entre a cooperação e o imperialismo no DFI”), ao presente (“Sobre o Projeto BEPS e a Convenção Multilateral”) e ao futuro (“Sobre a (re)construção do DFI”).

São estes, em suma, os vários pontos sobre os quais iremos discorrer. Cientes, em simultâneo, da complexidade, da amplitude e da relevância – que já não é nova, mas ainda é atual – do tema, assumimos como responsabilidade e finalidade do nosso estudo uma reflexão aprofundada sobre o passado, o presente e o futuro do DFI no que a matérias de cooperação internacional em matéria fiscal concerne, recorrendo para isso à Convenção Multilateral que, no nosso entender, reflete estes mesmos desafios.

2. O Direito Fiscal Internacional em retrospectiva

Atribuímos o título “Direito Fiscal Internacional em retrospectiva” ao presente capítulo do nosso estudo, porque, com o mesmo, pretendemos analisar de uma forma objetiva e cronologicamente orientada o desenvolvimento do pensamento jurídico-económico no âmbito do DFI, procurando compreender os problemas e circunstâncias que conformaram em cada momento o processo (re)construtivo deste ramo do direito. Com a análise a que nos propomos procuraremos, no essencial e sem pretensões de exaustividade, definir alguns conceitos-chave do presente estudo e, bem assim, tecer algumas considerações que consideramos oportunas para o início da nossa viagem.

2.1. Sobre o objeto, os objetivos e princípios clássicos do Direito Fiscal Internacional

Tal como sucede com o ser humano dotado de características objetivas e subjetivas que o individualizam e conjuntamente lhe formam a identidade – vive num determinado lugar, tem determinadas preocupações e atua de acordo com um determinado código de conduta que o identifica e marca a sua personalidade – também o DFI tem a sua própria identidade, o que o torna suscetível de ser conhecido e compreendido.

Sobre as suas características objetivas, isto é, o lugar onde vive e o que o move (as suas preocupações), respondem-nos o objeto e os objetivos (ou finalidades, se preferirmos) do DFI. Sobre o seu código de conduta próprio que o identifica (a sua “personalidade”) respondem-nos os princípios estruturais e operativos que conformam em cada momento as respostas que este ramo do direito oferece às solicitações que o progresso internacional lhe vai demandando.

Neste contexto, principiamos o nosso estudo e dedicamos os próximos parágrafos a uma breve caracterização do DFI, que cremos ser útil para uma completa compreensão do objeto do nosso estudo: o significado da Convenção Multilateral da OCDE no processo reconstrutivo do DFI.

Principiando pelo *objeto*, o DFI⁴ trata “situações internacionais (*cross-border situations*), ou seja, situações da vida que têm contacto, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar”⁵. Neste sentido, fazem parte deste ramo do direito todas as normas jurídicas que, independentemente da sua fonte – nacional ou internacional – projetam os seus efeitos sobre factos tributários que apresentam elementos específicos que os connexionam com mais do que um Estado, desencadeando múltiplas e legítimas pretensões tributárias.

Por seu turno, quanto aos objetivos ou finalidades, conforme por nós alertado no capítulo introdutório, a análise revela-se consideravelmente mais complexa, desde logo porque os objetivos se encontram inexoravelmente ligados ao tempo e às circunstâncias em que são definidos.

Como afirma DOURADO⁶ entre outros⁷, nos seus primórdios (que justificaram o surgimento deste ramo do direito) o DFI surge com vista a eliminar ou, pelo menos, minorar a dupla tributação internacional, genericamente caracterizável como uma situação na qual um mesmo facto tributário⁸ integra a previsão de duas normas de incidência distintas, aplicáveis a um caso concreto e pertencentes a dois ou mais Estados (por isso internacional), dando origem a um cúmulo de pretensões tributárias, conformando aquilo que podemos designar como uma “colisão entre sistemas fiscais”⁹. Por outras palavras, a interação (e interseção) de dois ou mais sistemas tributários estaduais pode, na prática, resultar num cumular de pretensões de tributação sobre um só facto tributário que apresenta elementos de conexão com cada um deles.

Ao histórico objetivo do DFI – a eliminação da dupla tributação – juntaram-se novos desafios recentemente, especialmente desde o final do séc. XX até aos dias de hoje. Neste sentido, com o início do séc. XXI, juntou-se o combate às práticas concorrenciais

⁴ Como nota pertinentemente NABAIS (2016:109) a propósito da relação do “Direito Fiscal” com o “Direito Internacional”, importa para a tentativa de definir o DFI diferenciar duas realidades que se integram, mas não se confundem, a saber: “o direito fiscal internacional” e o “direito internacional fiscal”. Para o autor, Direito Internacional Fiscal compreende as normas direito fiscal de *fonte internacional* e que, por isso, da sua hipotética violação resulta um problema de direito internacional público de que serve exemplo a responsabilidade internacional dos Estados. Por outro lado, o Direito Fiscal Internacional assume uma natureza mais ampla, compreendendo as normas de fonte interna, comunitária ou internacional que regulam situações fiscais internacionais.

⁵ Cf. XAVIER (2016: 3-4).

⁶ Cf. DOURADO (2016: 17).

⁷Veja-se, entre os exemplos de doutrina nacional, XAVIER (2016) e PEREIRA (2020).

⁸ Sobre o conceito “facto tributário” ver, por todos, XAVIER (2016: 32-37).

⁹ Cf. XAVIER (2016: 37).

prejudiciais, à evasão fiscal e à erosão das bases tributárias. Dentro destes mais recentes objetivos, encontramos aquele que podemos adjetivar como o problema antagónico à dupla tributação internacional: a comumente designada dupla não-tributação internacional¹⁰. Na verdade, nos dias de hoje, os desafios colocados ao DFI são em grande medida a procura de soluções que promovam a concordância prática entre estes dois objetivos centrais, tarefa que não se revela nada fácil tendo em conta os inúmeros obstáculos que enfrenta, do qual a heterogeneidade em sentido amplo dos Estados se tem vindo a revelar a como a principal.

Antes de entrarmos nas específicas respostas aos seus objetivos que têm vindo a ser avançadas pelo DFI ao longo dos tempos, importa, como referimos, compreender o “código de conduta” que define a identidade deste ramo do direito. No fundo, importa compreender os seus princípios orientadores, na medida em que estes conformam em cada momento as várias soluções apresentadas.

Ora, sobre estes mesmos princípios, a sistematização de PEREIRA¹¹ revelou-se especialmente importante para o desenvolvimento do nosso estudo, pelo que seguiremos de perto a sua linha de raciocínio. A autora subdivide os princípios do DFI em dois grandes grupos: os princípios estruturais e os princípios operativos.

Nas palavras da autora, os princípios estruturais “correspondem às grandezas de orientação que definem a estrutura, as características nucleares e os valores fundamentais da ordem jurídico-tributária internacional”, identificando neste grupo o princípio da soberania, o princípio da equidade e o princípio da neutralidade. Neste contexto, sem termos pretensões reais de fazer uma análise exaustiva dos mesmos, tentaremos fazer uma breve abordagem ao seu significado.

O princípio da soberania (tributária) manifesta-se no DFI com um papel particularmente relevante e é amplamente caracterizável como o poder dos Estados na definição da sua política fiscal sobre situações puramente internas (o facto tributário não apresenta conexões com mais nenhum Estado) e sobre situações internacionais, nas quais o facto tributário concreto apresenta, por qualquer dos seus elementos conexões com esse

¹⁰ A dupla não-tributação internacional distingue-se da evasão fiscal e da elisão fiscal na medida em que o conceito se projeta sobre uma realidade de facto. Neste sentido, se nas expressões “evasão fiscal” e “elisão fiscal” estamos perante conceitos que dependem de uma atuação ponderada do sujeito passivo de imposto, na dupla não-tributação deve ser observada enquanto fenómeno independente da conduta do sujeito passivo de imposto. Sobre as diferenças entre os vários conceitos - evasão fiscal, elisão fiscal e dupla não-tributação – ver XAVIER (2016: 44-45).

¹¹ Cf. PEREIRA (2015: 203-249).

Estado e com outro(s) Estado(s). Como nota PEREIRA¹², uma segunda manifestação da soberania dos Estados é o poder de definir a sua política fiscal externa, consubstanciada na possibilidade de negociar e celebrar tratados (CDT) com outros sujeitos de direito internacional, dimensão que assume particular importância para o nosso objeto global de análise.

O princípio da equidade apresenta-se no DFI como “a ponte que liga o universo moral ao universo jurídico”, e traz consigo para a equação as questões concernentes à justiça material para a equação. Note-se que, pela projeção internacional deste ramo do direito, este princípio apresenta nesta instância duas dimensões específicas: a equidade entre sujeitos passivos e a equidade entre estados. A equidade entre sujeitos passivos, como menciona PEREIRA¹³, está intimamente ligada com o princípio da neutralidade (que abordaremos de seguida) e no fundo, nesta dimensão o que importa acautelar é a justeza das soluções perspectivadas pelos interesses dos sujeitos passivos que estabelecem relações económicas com diversos Estados terceiros ao da sua residência. Por seu turno, a equidade entre estados – muitas vezes negligenciada em concreto nas relações que se estabelecem entre Estados no momento da celebração de CDT – está intimamente relacionada com o problema de ordem substantiva que se coloca relativamente à repartição entre Estados do poder de tributar, e recupera a problemática da “tributação no Estado da fonte *versus* a tributação no Estado da residência”. Recuperaremos esta discussão oportunamente com a análise dos princípios operativos do DFI.

Por último, no âmbito dos princípios estruturais, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre o princípio da neutralidade. A neutralidade no DFI é um princípio estrutural mas, acima de tudo, um ideal tendencialmente inalcançável. Porquê? Porque ser neutro, como conceito abstratamente definido, significa na prática ser imparcial face a uma questão de terceiros e, por isso, não relevante para efeitos de ponderação num qualquer processo alheio de tomada de decisão. Assim, no DFI a neutralidade significaria, em última instância, que a fiscalidade não poderia exercer qualquer peso na decisão dos agentes económicos no processo de decisão de internacionalização das suas atividades. Por outras palavras, o DFI não poderia ser tido em consideração para decisão de afetação ótima de

¹² Cf. PEREIRA (2015: 203-249).

¹³ Cf. PEREIRA (2015: 203-249).

recursos económicos isto é, não poderia causar distorções económicas alterando as decisões dos investidores.

Como avança PEREIRA¹⁴, este objetivo singelamente determinado é, na verdade, um objetivo utópico, desde logo porque cada Estado é soberano na definição da sua política fiscal e, nessa medida, não existe harmonia entre os sistemas fiscais internacionais, sendo por isso inevitável para os agentes económicos considerar os aspetos fiscais envolvidos em cada decisão de investimento (na verdade, quer o investimento seja interno quer seja internacional!). Contudo, e não obstante as dificuldade que identificámos, cumpre ao DFI na medida do possível minorar estas distorções.

Como referido, aos princípios estruturais juntam-se os princípios operativos, que dotados de um menor grau de abstração por comparação com os princípios estruturais, apresentam projeções concretas e identificáveis nas soluções positivadas nas várias fontes de DFI, sejam elas de direito interno dos Estados ou de direito internacional (essencialmente, as CDT).

No âmbito dos princípios operativos, PEREIRA¹⁵ identifica três diferentes ordens de princípios, a saber: os princípios relativos à *repartição* entre Estados do poder de tributar – os princípios da fonte, da residência e do estabelecimento estável; os princípios relativos à *amplitude* do poder de tributar – os princípio da universalidade e da territorialidade; e, por fim, identifica outros princípios relativos a aspetos substanciais da tributação – os princípios da eliminação da dupla tributação no Estado da residência, da tributação como entidades independentes, da tributação distinta e sucessiva de sociedades e sócios e, por fim, da não-discriminação tributária. Limitaremos a nossa análise aos princípios relativos à *repartição* entre Estados e à *amplitude* do poder de tributar, devido à influência direta que exercem sobre o nosso tema fundamental de análise.

Sobre os princípios relativos à *repartição* do poder de tributar destacam-se por se assumirem como pilares do DFI o princípio da fonte e o princípio da residência. Como nota PEREIRA¹⁶, uma decisão abstrata de elementos de conexão que permitisse associar um determinado facto tributário a um Estado teria em qualquer caso de “relacionar-se com os aspetos constitutivos desse Estado, determinantes da sua soberania política”.

¹⁴ Cf. PEREIRA (2015: 203-249).

¹⁵ Cf. PEREIRA (2015: 203-249).

¹⁶ Cf. PEREIRA (2015: 203-249).

O critério “fonte do rendimento” (de índole objetiva, por referência ao facto tributário) e o critério residência (de índole subjetiva, por referência ao titular do rendimento), pelo consenso internacional gerado, o qual já leva mais de um século, elevaram-se ao estatuto de princípios de DFI. Neste contexto, perante uma situação tributária internacional, o que importa numa primeira fase da análise é determinar qual o “Estado da residência” do titular dos rendimentos e qual o “Estado da fonte” onde se localiza a atividade ou o investimento. Regra geral, o DFI tem nas suas opções dado prevalência à tributação no Estado da residência.

Ora, esta regra geral estabelecida é excepcionada pelo terceiro princípio identificado sobre a *repartição* do poder de tributar: o princípio do estabelecimento estável. Regressaremos a este princípio após a análise dos princípios de DFI relativos à *amplitude* do poder de tributar.

Sobre a *amplitude* do poder de tributar, PEREIRA¹⁷ identifica como princípios de DFI o princípio da universalidade e o princípio da territorialidade, que respeitam (aceite-se o pleonasma) a extensão do poder de tributar dos Estados envolvidos numa determinada situação tributária internacional e que se associam, respetivamente, ao Estado da residência e ao Estado da fonte.

Neste sentido, no Estado da residência vigora o princípio da universalidade (igualmente conhecido como princípio da tributação universal). Como o nome atribuído indica, no Estado da residência os sujeitos passivos são sujeitos a tributação pela totalidade dos seus rendimentos, quer sejam obtidos no estrangeiro, quer resultem de fonte interna, isto é, coincidente com o Estado da sua residência. Por seu turno, para o Estado da fonte, prevalece internacionalmente o designado princípio da territorialidade, segundo o qual ao Estado da fonte compete a tributação dos rendimentos obtidos no seu território (regra geral cumulativamente com o Estado da residência, procedendo-se posteriormente internamente à eliminação da dupla tributação).

Por fim, recuperamos novamente o princípio do estabelecimento estável que, como referimos, consubstancia uma exceção à regra geral do DFI. Como esclarece ROSADO PEREIRA, “o princípio de estabelecimento estável constitui uma concessão ao princípio da

¹⁷ Cf. PEREIRA (2015: 231).

fonte, evitando o reconhecimento da competência exclusiva para tributação dos lucros aos Estado do qual as empresas são residentes”¹⁸

Chegados a esta fase cumpre-nos, conforme nos propusemos no capítulo introdutório, analisar de forma cronologicamente orientada as várias respostas que o DFI vem oferecendo na prossecução dos seus objetivos.

2.2. As respostas do Direito Fiscal Internacional ao problema da dupla tributação

Conforme mencionámos, o problema da dupla tributação internacional e as suas consequências nefastas para o desenvolvimento da economia internacional representaram, nos seus primórdios, a principal força motriz para o surgimento e desenvolvimento do DFI.

A importância do estudo das soluções do DFI para a eliminação da dupla tributação é (aceite-se a hipérbole) quase equiparável à sua eliminação concreta. Como se compreenderá melhor com o desenvolver do presente capítulo, a história das soluções para a dupla tributação, que é no fundo a história do DFI até ao final do séc. XX, é também a história das ineficiências que o sistema fiscal internacional apresentava no início do séc. XXI e, em certa medida, apresenta ainda nos dias de hoje.

Desde logo se diga que as mencionadas respostas do DFI ao problema da dupla tributação têm apresentado vários formatos (ou “vias”, na expressão de PIRES¹⁹), algo perfeitamente justificável tendo em consideração, por um lado, a soberania dos Estados na definição da sua política fiscal e, por outro, a sua heterogeneidade. Com efeito, os métodos para a eliminação da dupla tributação são categorizáveis em razão da sua fonte jurídica e, bem assim, do número de Estados envolvidos. Neste sentido, a eliminação da dupla tributação internacional pode decorrer diretamente da legislação interna dos Estados²⁰,

¹⁸ Cf. PEREIRA (2015: 231).

¹⁹ Cf. PIRES (2018: 130).

²⁰ Tipicamente pelo Estado da residência, tendo em conta que este tributa de acordo com o princípio da universalidade.

unilateralmente, ou por via convencional, bilateralmente – por intermédio de CDT (na larga maioria e, por isso, principal fonte do DFI) – ou multilateralmente^{21,22}.

Chegados a este momento do nosso estudo, cumpre-nos redirecionar (ou, por outras palavras, restringir) o objeto imediato em análise. Até aqui, procurámos compreender o funcionamento geral do DFI, o seu objeto, objetivos e princípios conformadores, quer estruturais, quer operativos, sem pretensões de desenvolver exaustivamente qualquer um. De ora em diante, dedicaremos os nossos esforços à compreensão dos temas do DFI que mais intimamente se relacionam com a Convenção Multilateral da OCDE, cujos efeitos se projetam diretamente sobre a rede internacional de CDT.

Neste contexto, importa-nos particularmente analisar as razões subjacentes à proliferação internacional das CDT e, bem assim, as elevaram ao estatuto de principal fonte de DFI, determinando a “vitória” do bilateralismo sobre o multilateralismo (até aos dias de hoje no que concerne à negociação de CDT) e, nesse sentido sobre uma “real” cooperação entre Estados no DFI.

2.2.1. Sociedade das Nações

Historicamente, a origem das CDT remonta ao séc. XIX, que ficou marcado pelo crescimento exponencial das relações económicas internacionais e, nesse sentido, justificou a celebração dos primeiros acordos bilaterais em matéria de impostos entre Estados política e economicamente relacionados²³. Contudo, só após a primeira guerra mundial, nos “loucos anos 20”, surge a história moderna do DFI e, bem assim, das CDT.

²¹ A eliminação da dupla tributação internacional por via multilateral apresenta-se, nos dias de hoje, como o método mais raro. Serve de exemplo ao recurso a este método a conhecida Convenção Nórdica, que tem como Estados signatários a Dinamarca, a Finlândia, a Islândia, a Noruega e, finalmente, a Suécia. As razões que têm vindo a comprometer a adoção desta solução serão mais detalhadamente exploradas no **capítulo 2**. do nosso estudo, dedicado à teoria das relações internacionais entre Estados em matéria de impostos.

²² Cf. FUCHI (2016).

²³ Como identifica PEREIRA (2021: 23), destacam-se a convenção relativa a impostos diretos celebrada entre a Prússia e a Saxónia, em 16 de abril de 1869, as convenções relativas à tributação das empresas comerciais e industriais, celebrada entre a Áustria e a Hungria, celebradas respetivamente em 18 de dezembro 1869 e 7 de janeiro de 1870, e a convenção relativa à eliminação da dupla tributação, celebrada entre a Áustria e a Prússia, em 21 de junho de 1899.

Instituída a 28 de junho de 1919, pelo Tratado de Versalhes, a SDN²⁴ foi a primeira organização internacional a dedicar esforços concretos sobre o estudo dos efeitos económicos da dupla tributação internacional e dos métodos que poderiam promover a sua eliminação. Numa fase inicial, com princípio em 1921, o Comité Fiscal da SDN procurou, entre outras questões²⁵, compreender a exequibilidade de desenvolver um tratado fiscal multilateral – que regulasse entre todas as partes a repartição das competências de tributação – ou, alternativamente, compreender se as soluções bilaterais (que até já vinham a ser promovidas entre alguns Estados, essencialmente europeus) correspondiam à melhor solução para a eliminação da dupla tributação.

Neste contexto, depois de um inicial Relatório apresentado em 1923²⁶ (o conhecido “Relatório dos Quatro Economistas”, em 1925²⁷ é apresentado um segundo Relatório onde fica pela primeira vez explicitado o entendimento de que um tratado fiscal multilateral não seria de concretização viável e, nesse sentido, que a única solução exequível tendo em conta a disparidades de interesses e políticas fiscais dos Estados seria por via da negociação bilateral.

Na sequência do Relatório de 1925, foi criado um novo comité para continuar a abordagem ao problema da dupla tributação e da evasão fiscal, com o objetivo específico de desenvolver modelos de convenção fiscal baseados nas conclusões apresentadas no Relatório de 1925. Como enfatiza BRAVO²⁸, na preparação destes modelos de convenção fiscal uma das principais questões com as quais o Comité de 1925 se deparou terá sido sobre a estrutura a atribuir a estes modelos, isto é, se deveria à data desenvolver modelos adaptados a negociações bilaterais ou, alternativamente, se deveria desenvolver modelos que já tinham por base uma estrutura multilateral. A conclusão parecia inevitável, à data.

Respeitando e reiterando as conclusões já apresentadas no Relatório de 1925 – fundamentadas na heterogeneidade dos Estados e dos seus sistemas fiscais – no Relatório de 1927 são apresentados quatro modelos de convenção adaptados à bilateralidade das relações

²⁴ Utilizamos, por opção, a expressão “Sociedade das Nações” derivando para o português a expressão francesa “*Société des Nations*”. Não obstante, note-se que a literatura internacional utiliza igualmente a fórmula inglesa (ou derivações) “*League of Nations*”, tendo por referência e mesma organização internacional.

²⁵ Cf. SDN (1923).

²⁶ Cf. SDN (1923).

²⁷ Cf. SDN (1923).

²⁸ Cf. BRAVO (2020: 15).

internacionais²⁹. Contudo, o Relatório de 1927 revela-se mais ambicioso do que os até então apresentados. Com efeito, a opção pela adoção de modelos de convenção adequados a relações bilaterais entre Estados é, na verdade, entendida como uma solução adequadas ao “presente”, com os olhos postos no futuro. Isto porque, na esperança de que os modelos então desenvolvidos fossem utilizados pelo Estados nas suas negociações bilaterais e que dessa mesma utilização resultasse uma certa uniformidade no DFI, no médio prazo o desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral poderia ser mais facilmente concebido. Neste sentido, leia-se no Relatório de 1927 o seguinte: “o Comité optou elaborar modelos de convenção bilaterais. Se estes textos forem utilizados pelos governos na conclusão dessas convenções, será introduzido um certo nível de uniformidade no direito fiscal internacional e, numa fase posterior da evolução dessa lei, pode ser estabelecido um sistema de convenções gerais que possibilite a unificação e codificação das regras anteriormente estabelecidas”³⁰. Naquele momento, na linha de pensamento de BROEKUIJSEN³¹, o Comité de 1927 seguiu aquela que se apresentava “como a segunda melhor solução”, isto é, a solução com hipóteses credíveis de vir a gerar consenso global no médio prazo³². Um ano depois, em 1928, foram aprovados em Assembleia Geral, na qual 27 Estados estiveram representados, os primeiros modelos de convenção fiscal para negociação bilateral entre Estados (os “Modelos de 1928”).

Não obstante o consenso na decisão de levar a cabo negociações bilaterais orientadas por aqueles modelos “aprovados” na Assembleia Geral de 1928, a verdade é que a sedutora hipótese de desenvolver um tratado fiscal multilateral não foi colocada de lado. Nesse sentido, logo no ano de 1929, a CIC solicitou à SDN uma reanálise deste assunto.

Uma vez mais, nesta tentativa, foram reconhecidas as virtudes teóricas que um tratado fiscal multilateral apresentaria e, bem assim, chegou mesmo a ser criado um subcomité cujo desígnio seria desenvolver uma convenção fiscal multilateral que eliminasse

²⁹ Cf. SDN (1927).

³⁰ Cf. SDN (1927).

³¹ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 9).

³² Cf. SDN (1927). Lê-se no Relatório de 1927 o seguinte: “Seria certamente desejável que os Estados concluíssem convenções coletivas, ou mesmo uma convenção única que incorporasse todas as outras. No entanto, o Comité não encontrou justificação para recomendar a adoção deste método. Em matéria de dupla tributação, em particular, os sistemas fiscais dos diferentes países são tão fundamentalmente diferentes que parece, atualmente, praticamente impossível elaborar uma convenção coletiva, a menos que esta fosse formulada de uma forma tão genérica que acabaria por não representar qualquer valor prático”.

a dupla tributação no âmbito das categorias de rendimento ,cujo consenso já tinha sido à data encontrado.

No entanto, como nota BRAVO³³, a conclusão deste subcomité não difere em muito das anteriores reconhecendo, com efeito, que não obstante a fazibilidade teórica de um tratado fiscal multilateral, não seria expectável a adesão por parte dos Estados, uma vez que as obrigações resultantes deste tratado teriam necessariamente impacto não só nos “não residentes” dos eventuais Estados signatários, mas também nos seus próprios residentes, algo que colocaria, desde logo, muitos obstáculos à aceitação³⁴.

A ideia de desenvolver um tratado fiscal multilateral acabou por ser abandonada inicialmente em 1935. Nesta altura, para os padrões da época, o sucesso dos Modelos de 1928 estava a ser muito considerável tendo em conta as muitas CDT que foram celebradas neste período com base naqueles modelos, algo que deve ser percecionado como um grande avanço no processo de construção do DFI.

Como identificam BRAVO³⁵ e BROEKUIJSEN³⁶ (entre outros), na década de 1940 foram realizados estudos com vista à adequação dos Modelos de 1928 aos novos desafios com os quais o DFI se ia deparando, muitos deles emergentes da Segunda Guerra Mundial que, naturalmente, teve grande impacto nas relações económicas entre os Estados. Estes estudos tiveram como resultados o Modelo de Convenção do México, de 1943, e o Modelo de Convenção de Londres, de 1946.

Estes modelos, que tiveram por base os Modelos de 1928, foram também eles desenhados com a finalidade de orientar negociações bilaterais entre Estados com vista à celebração de CDT e também eles se revelaram particularmente importantes para o DFI contemporâneo. É que, não obstante o conceito de “convenção modelo sobre a dupla tributação” já estar solidamente enraizado no DFI, a verdade é que tanto o processo de conceção como as soluções adotadas por cada um dos modelos em análise permitiram evidenciar as diferenças que existiam (e existem) entre os Estados com economias desenvolvidas e os Estados com economias não desenvolvidas, independentemente das circunstâncias que motivam estas disparidades.

³³ Cf. BRAVO (2020: 17).

³⁴ Para uma análise mais detalhada consultar BRAVO (2020: 18-19).

³⁵ Cf. BRAVO (2020: 19).

³⁶ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 15-20).

Como observado *supra*, se por um lado os Estados com economias desenvolvidas são, regra geral, Estados exportadores de capital e investimento e, neste sentido, privilegiam o princípio da tributação na residência de acordo com o princípio da universalidade, os Estados com economias menos desenvolvidas (em termos absolutos ou relativos) e, nesse sentido, Estados importadores de capital e investimento, privilegiam (ou deveriam privilegiar³⁷) o princípio da tributação na fonte, de acordo com o princípio da territorialidade e do estabelecimento estável.

Colocando o problema de forma simples, com os Modelos de Convenção do México e de Londres, a heterogeneidade dos Estados – não só dos seus sistemas fiscais como também das suas economias, perspectivadas de uma forma mais global – ficou bem patente. Naturalmente, esta heterogeneidade interestadual manifesta-se das mais variadas formas e pode resultar tanto de fatores absolutos (intrínsecos, se preferirmos), como de fatores relativos (ou extrínsecos). Por um lado, os fatores absolutos representam características tendencialmente imutáveis dos Estados, de que é exemplo a área do seu território. Por outro lado, os fatores relativos podem ser objetivos e resultam quer das relações interestaduais que um determinado Estado estabelece com aqueles com quem se relaciona economicamente (como fator objetivo, ainda que mutável no tempo), quer das decisões (fator subjetivo) em matéria de política financeira (da qual a política fiscal é parte integrante³⁸) que conformam as decisões de atuação dos órgãos executivos estaduais nas respetivas economias internas e, bem assim, na suas decisões em matéria de política económica (e, por isso, também fiscal) externa.

Desta forma, facilmente se compreende a falta de consenso internacional. Afinal de contas, perante as disparidades de interesses e níveis de desenvolvimento económico – que dividem, desde logo, o mundo entre Estados importadores e Estados exportadores de capital – a definição de um princípio geral para repartição de competências tributárias interestaduais sobre as várias categorias de rendimentos revelou-se até aos dias de hoje de realização impossível. Mais do que isso, ainda que oportunamente regressemos a este ponto, a verdade é que a realidade internacional se apresenta consideravelmente mais complexa do que a refletida no binómio composto por Estados importadores e Estados exportadores de capital,

³⁷ A utilização da expressão “deveriam privilegiar” a tributação na fonte assume uma perspetiva exclusivamente fiscal, algo que, por razões óbvias, os Estados não podem prosseguir no momento da definição da política fiscal externa. Regressaremos a este ponto mais à frente no nosso estudo, quando nos pronunciarmos sobre as “práticas fiscais prejudiciais” e abordarmos, ainda que com brevidade, a questão dos paraísos fiscais.

³⁸ Sobre a relação estabelecida entre o direito fiscal e o direito financeiro ver NABAIS (2016:27-33).

o que nos permitiu ilustrar o problema de forma simplificada. Com efeito, como identificam RIXEN³⁹ e posteriormente BROEKUIJSEN⁴⁰, o mesmo “Estado A” pode estabelecer com um “Estado B” uma relação na qual se apresente como Estado exportador de capital, e com um Estado terceiro, um “Estado C”, pode estabelecer uma relação na qual figure como Estado importador de capital⁴¹.

Contudo – regressando à análise concreta dos Modelos de Convenção do México e de Londres – cumpre-nos, por último, notar que o Modelo do México privilegiou o princípio da tributação na fonte, subsidiando principiologicamente o atual Modelo da ONU, ao passo que o Modelo de Londres deu primazia ao princípio da tributação na residência, semelhantemente ao que faz nos dias de hoje o Modelo da OCDE⁴². Como sintetiza muito detalhadamente BROEKUIJSEN⁴³, no âmbito das categorias fundamentais de rendimento passivo – juros, dividendos e *royalties* – o Modelo de Convenção do México opta por privilegiar o princípio da fonte, atribuindo ao Estado da fonte competência exclusiva de tributação, ao passo que o Modelo de Convenção de Londres (para as mesmas categorias de rendimento), opta por atribuir competência de tributação ao Estado da residência, ressalvando situações como “participação dominante” no caso de dividendos ou de “entidades afiliadas”, no caso o dos *royalties*.

2.2.2. Os trabalhos da OCDE

A segunda guerra mundial terminou com a Europa económica e socialmente destruída e, como se veio a revelar, carente de auxílio externo para a sua recuperação. Do outro lado do oceano atlântico, os EUA não ficaram indiferentes a esta realidade, que poderia motivar a emergência de um novo grande conflito à escala mundial e, nesse sentido, na sequência do discurso proferido em 5 de junho de 1947 pelo General Marshall, aprovaram, em 2 de abril de 1948, a lei conhecida como “*European Recovery Plan*”.

³⁹ Cf. RIXEN (2010: 602-603).

⁴⁰ Cf. BROEKUIJSEN (2016: 46).

⁴¹ Regressaremos a este ponto quando nos debruçarmos no **capítulo 4.**, onde dedicamos os nossos esforços ao estudo das teorias das relações internacionais com aplicação ao DFI.

⁴² Voltaremos a este tópico no **capítulo 2.**

⁴³ Cf. BROEKUIJSEN (2016: 46).

Nesta lei, que mais não era senão a formalização do conhecido “Plano Marshall”, os EUA dispunham-se a disponibilizar fundos destinados à recuperação económica da Europa, desde que os Estados da Europa chegassem a entendimento quanto à forma de repartir e utilizar eficazmente o auxílio económico-financeiro norte-americano, no sentido de construir um sistema económico de cooperação mútua a instituir entre eles. Neste contexto, a 16 de abril de 1948, pela Convenção de Paris, foi criada a Organização para a Cooperação Económica Europeia (doravante “OCEE”), que deu lugar à atual OCDE^{44,45}.

A OCEE tinha como objetivo geral, como organização, promover uma “estreita cooperação” económica dos seus Estados-membros⁴⁶, partindo do reconhecimento de que os seus sistemas económicos estão “inter-relacionados e que a prosperidade de cada um deles depende da prosperidade de todos” e, nesse sentido, “só por uma cooperação estreita e duradoura entre as partes contratantes pode ser restaurada e mantida”, visando o “rápido estabelecimento de condições económicas sólidas que permitam às partes contratantes alcançar e manter um nível de atividade económica satisfatório sem uma assistência externa extraordinária e dar o seu contributo total para a estabilidade económica mundial”⁴⁷.

Particularmente em matéria de fiscalidade internacional, numa fase inicial, em 1954, novamente por estímulo da CIC, os trabalhos realizados pela OCEE voltaram a ser norteados pela intenção de concretizar um tratado fiscal multilateral para os seus Estados-membros. Contudo, não obstante as vantagens (novamente) identificadas pela CIC – a estabilidade e uniformidade dos princípios e métodos para a eliminação da dupla tributação numa área de grande integração económica –, uma vez mais foi reconhecida a impraticabilidade prática dessa solução, designadamente pelo facto dos interesses económicos e respetivas políticas fiscais não se encontrarem alinhadas⁴⁸.

Desta forma, em 1958, o Comité Fiscal da OCEE comunica ao Conselho da OCEE esta mesma conclusão, recomendando a implementação de um modelo de convenção a ser

⁴⁴ Cf. CAMPOS; RIBEIRO (2022: 615-622).

⁴⁵ O Comité Fiscal das Nações Unidas foi dissolvido em 1954 sem a transferência das suas tarefas para um órgão diferente. Deste modo, a OCEE criou um Comité Fiscal que assumiu esta responsabilidade a 16 de março de 1956. Apesar de atualmente as Nações Unidas também apresentarem um órgão responsável pelo estudo de problemas relacionados com a dupla tributação, a OCDE mantém a responsabilidade principal por esta tarefa entre os Estados membros e não membros.

⁴⁶ À data da sua criação foram signatários da Convenção de Paris, de 16 de abril de 1948, os seguintes países: Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países-Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia.

⁴⁷ Cf. CAMPOS; RIBEIRO (2022: 615-622).

⁴⁸ Cf. BRAVO (2020: 20-24).

usado nas suas negociações bilaterais pelos membros da OCEE. A esperança de desenvolver um tratado fiscal multilateral ficou, desta forma, novamente adiada para um futuro incerto, e depositada na expectativa da uniformização dos sistemas fiscais decorrente da utilização sistemática e sincronizada do modelo de convenção a implementar⁴⁹.

Entre 1958 e 1961, o Comité Fiscal da OCEE apresentou quatro relatórios provisórios que precederam o Relatório “*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*”, e que deu origem à primeira versão da Convenção Modelo da OCDE de 1963. Neste relatório ficou recomendado pelo Conselho da OCDE que todos os Estados membros da OCDE concluíssem as CDT em consonância com a Convenção Modelo da OCDE e, concordantemente, atualizassem as CDT anteriormente por si celebradas a este novo modelo. Paralelamente, foi ainda recomendado que os Estados juridicamente vinculados a organizações regionais moldassem as suas futuras convenções multilaterais a este novo modelo. Contudo, este Relatório de 1963 não abandona por completo a ideia de desenvolver um tratado fiscal multilateral entre os Estado membros da OCDE e, nesse sentido, reforça a importância da revisão sistemática dos sistemas fiscais dos seus membros.

Com efeito, esta pretensão – desenvolver um tratado fiscal multilateral – acabou mesmo por ser abandonada com a revisão da Convenção Modelo da OCDE em 1992, onde se afirmou não haver “razões para crer que a celebração de uma convenção fiscal multilateral aplicável a todos os países Membros seja, neste momento, [1992] uma solução exequível”⁵⁰. A mais recente revisão realizada à Convenção Modelo da OCDE, que data de 2017, mantém essa mesma afirmação e, nesse sentido, reitera o entendimento de que desenvolver um tratado fiscal multilateral entre os Estado-membros da OCDE é, ainda, uma solução impraticável⁵¹.

⁴⁹ Cf. BRAVO (2020: 24).

⁵⁰ Cf. OCDE (2019: 14-15).

⁵¹ A história das CDT perspetivada por referência às discussões que confrontaram o bilateralismo e o multilateralismo no DFI encontra-se detalhadamente descrita nas obras realizadas por CARROLL (1939) ainda que apenas até 1939 e, mais recentemente, em BROEKUIJSEN (2017:9-21) e BRAVO (2020:14-25).

3. A Modelização do Direito Fiscal Internacional – subsídio à compreensão da solução, das suas limitações e dos seus efeitos indiretos

A retrospectiva que procurámos fazer no capítulo precedente permitiu-nos, de uma forma objetiva, compreender o caminho que o DFI percorreu até aos dias de hoje para enfrentar o problema da dupla tributação internacional.

Como vimos, ao longo do séc. XX, paralelamente às medidas unilaterais de fonte interna, internacionalmente (inicialmente pela SDN e posteriormente pela ONU, OCEE e OCDE) foram por diversas vezes realizados estudos com vista ao desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral que regulasse substantivamente as regras de repartição entre Estados de competências de tributação, algo que nunca chegou a acontecer. Neste contexto, procurou-se desenvolver e aperfeiçoar aquilo que podemos identificar como solução sucedânea (“*the second-best solution*”, nas palavras de BROEKUIJSEN⁵²): o desenvolvimento de modelos de convenção, adequados a relações bilaterais, que permitissem garantir um nível mínimo de uniformidade no DFI que, eventualmente, permitisse vir a desenvolver o “sonhado” tratado fiscal multilateral.

Muitas (se não todas) as questões a que nos propomos responder aguardam ainda oportuna resposta. Com o presente capítulo, composto por três etapas distintas, o nosso objetivo fundamental passará por analisar com maior profundidade a solução adotada – o desenvolvimento de modelos de convenção, adequados a relações bilaterais – e, bem assim, compreender detalhadamente quais as suas limitações e efeitos indiretos. Paralelamente ao objetivo mais imediato do capítulo, propomo-nos igualmente a iniciar a construção da ponte que nos permitirá (a nós e ao DFI) ultrapassar (se for essa a intenção!) as barreiras que até aos dias de hoje inviabilizaram uma absoluta transição da “coordenação fiscal internacional” para uma real “cooperação internacional em matéria fiscal”, algo que será detalhadamente analisado com o capítulo subsequente ao presente.

Dito isto, cumpre-nos, no imediato, dedicar a nossa atenção à análise da Convenção Modelo da OCDE e dos seus Comentários, como exemplo máximo e atual da solução (de coordenação) encontrada no séc. XX para o DFI.

⁵² Cf. BROEKUIJSEN (2017: 10).

3.1. A Convenção Modelo da OCDE e Comentários

A Convenção Modelo da OCDE tem sido desde a sua primeira versão apresentada em 1963, o principal instrumento promotor de coordenação e uniformização no DFI ao nível das CDT. A projeção dos efeitos sobre as CDT extravasou largamente o círculo dos Estados membros da OCDE (a rede internacional conta já com mais de 3.000 CDT, sendo a maior parte delas baseadas neste Modelo) e, nesse sentido, como é reconhecido pela generalidade da doutrina nacional e internacional, os seus méritos são indiscutíveis. Nas expressivas palavras de ARNOLD, por referência ao sucesso da Convenção Modelo e à transversalidade dos seus efeitos, “*virtually all bilateral tax treaties are based on it*”⁵³.

Cumprindo o(s) propósito(s) para o qual foi concebida – a eliminação da dupla tributação e, mais recentemente, o combate à dupla não-tributação – a Convenção Modelo da OCDE seguiu proximamente os modelos desenvolvidos pela SDN, em especial o Modelo de Londres de 1946.

Como observa PEREIRA⁵⁴, o método “*classification and assignment*” proposto, no ano de 1923, pelo Relatório dos Quatro Economistas à SDN⁵⁵, foi genericamente adotado na conceção da Convenção Modelo da OCDE. De acordo com este método (hoje utilizado numa versão mitigada), o rendimento (nacional ou internacional) é suscetível de ser categorizado tendo em consideração a sua origem ou forma de obtenção. Em função desta categorização, para os rendimentos internacionais será possível determinar qual o Estado cuja conexão económica ao rendimento concretamente analisado é mais próxima e, nesse sentido, atribuir-lhe competência exclusiva de tributação. Explica PEREIRA, “partia-se de uma classificação do rendimento em várias categorias, com a atribuição a um dos Estados [Estado da residência ou Estado da fonte] da competência exclusiva para tributar os rendimentos de cada categoria, em função da maior ou menor conexão económica do Estado com a mesma”⁵⁶.

Conforme referimos, não obstante a notória influência metodológica resultante do método “*classification and assignment*”, a Convenção Modelo da OCDE faz uso de uma versão mitigada deste método. Com efeito, concordantemente com o referido no capítulo 2., partindo dos princípios operativos do DFI relativos à repartição e amplitude do poder de

⁵³ Cf. ARNOLD (2019: 284).

⁵⁴ Cf. ARNOLD (2019: 284).

⁵⁵ Cf. SDN (1923).

⁵⁶ Cf. PEREIRA (2021: 25).

tributar⁵⁷, a Convenção Modelo da OCDE reconhece ao Estado da residência ou ao Estado da fonte (ou a ambos, como se perceberá), para cada categoria de rendimento, competência exclusiva ou competência cumulativa, podendo esta última ser limitada ou ilimitada.

Observando estruturalmente a Convenção Modelo da OCDE, esta encontra-se dividida em sete capítulos⁵⁸ organizados de acordo com o processo lógico proposto pela própria convenção para a eliminação da dupla tributação. Como destaca PEREIRA⁵⁹, o processo de eliminação da dupla tributação desdobra-se em três etapas, a saber: uma primeira etapa, para a qual contribuem os capítulos 1. e 2. da Convenção Modelo da OCDE, destinada a delimitar o âmbito de aplicação objetivo e subjetivo da convenção e, bem assim, a dirimir potenciais conflitos positivos de residência (quer de pessoas singulares, quer de pessoas coletivas); uma segunda etapa, regulada pelos capítulos 3. e 4. da Convenção Modelo da OCDE, que visa disciplinar a repartição das competências de tributação entre o Estado da residência e o Estado da fonte e, nesse sentido, é reconhecida, respetivamente, a um ou a ambos os Estados, competência exclusiva ou cumulativa (limitada ou ilimitada) de tributação por categoria concreta de rendimento; e, por fim, uma terceira etapa, aplicável apenas na eventualidade de ter sido determinada competência cumulativa de tributação entre os Estados da residência e da fonte (na segunda etapa) e, nesse contexto, se torne necessário fazer uso dos métodos de eliminação da dupla tributação elencados no capítulo 5. da Convenção Modelo da OCDE.

Cumpre-se, desta forma, um dos principais objetivos da Convenção Modelo da OCDE: coordenar e promover a uniformização do DFI, através da modelização da rede internacional de CDT, cuja negociação, estruturação, composição e celebração nos dias de hoje seguem, regra geral, a Convenção Modelo da OCDE⁶⁰. No mesmo sentido, escrevia a OCDE no ano de 2013 o seguinte: “*A key feature of this co-ordination has been the development of the internationally-agreed provisions included in the OECD Model Tax Convention which countries typically incorporate in their bilateral tax treaties*”.

⁵⁷ Genericamente, no Estado da residência do sujeito passivo vigora o princípio da universalidade (*world-wide income*) e, no Estado fonte, o princípio da territorialidade.

⁵⁸ Capítulo 1 – Âmbito subjetivo e objetivo de aplicação da convenção; Capítulo 2 – Definições; Capítulo 3 – Tributação do rendimento; Capítulo 4 – Tributação do património; Capítulo 5 – Métodos de eliminação da dupla tributação; Capítulo 6 – Disposições Especiais; Capítulo 7 – Disposições finais.

⁵⁹ Cf. PEREIRA (2021: 154-155).

⁶⁰ Como veremos melhor com o presente capítulo, a simples coordenação desprovida de força de lei (por outras palavras, a natureza de *soft law*) é, em grande medida, responsável por alguns dos problemas que o DFI enfrenta nos dias de hoje, designadamente a erosão das bases tributárias.

Pelo enorme subsídio que prestam à uniformização do DFI, são também de destacar os Comentários à Convenção Modelo da OCDE. Como enfatiza a própria OCDE, nos dias de hoje, a sua importância é tão grande, pela certeza e segurança que geram, que chegam mesmo a ser determinantes para as decisões dos sujeitos passivos, administrações tributárias e mesmo tribunais⁶¹.

Em concreto, os Comentários funcionam como uma base, reconhecida pela OCDE, para a aplicação e interpretação (“*guidelines*”) das disposições integrantes da Convenção Modelo da OCDE e, conseqüentemente, das disposições das CDT baseadas neste modelo. Sucede, contudo, que os Estados membros da OCDE (desde 1997, também os Estados não-membros) podem fazer reservas às disposições da Convenção Modelo da OCDE e, bem assim, observações aos Comentários. Neste sentido, quando um Estado faz uma reserva a uma determinada disposição da Convenção Modelo da OCDE, este Estado indica que não pretende fazer uso da mesma nas CDT que vier a celebrar. Alternativamente, se um Estado se encontrar numa situação na qual reconheça como válida a redação da Convenção Modelo da OCDE, mas esteja em desacordo com a interpretação que lhe é atribuída pelos Comentários a essa disposição específica, pode, se assim o entender, registrar uma “observação” aos Comentários. Desta forma, o Estado publicitará o seu “desacordo” com aquela interpretação e, nesse contexto, os Comentários àquela disposição específica deixarão de subsidiar a interpretação das suas CDT⁶².

A questão concernente à natureza e valor jurídico dos Comentários na aplicação e interpretação de CDT tem sido, não obstante os méritos que já lhe reconhecemos, bastante discutida pela doutrina nacional e internacional, por autores (entre outros) como XAVIER⁶³, VOGEL⁶⁴, LANG / BRUGGER⁶⁵. Contudo, não obstante o interesse teórico e prático desta questão, para o nosso estudo cumpre-nos destacar duas conclusões específicas.

Em primeiro lugar, como reconhece a própria OCDE, não obstante a negociação dos Comentários ter sido realizada por um conjunto de peritos nomeados pelos órgãos executivos, legislativos ou judiciais dos vários Estados membros da OCDE, estes não são dotados de força de lei e, nesse sentido, a sua concepção não foi pensada para que os mesmos

⁶¹ Cf. OCDE (2017: I-12), especificamente os pontos 29.1, 29.2 e 29.3.

⁶² Cf. OCDE (2017: I-12).

⁶³ Cf. XAVIER (2016: 151-152).

⁶⁴ Cf. VOGEL (1996: 30-41)

⁶⁵ Com grande profundidade de análise, especialmente no concernente à compreensão do valor jurídico da Convenção Modelo e dos Comentários à luz da CVDT, ver, por todos, LANG / BRUGGER (2008).

fossem anexados às CDT que, contrariamente à Convenção Modelo da OCDE, vinculam internacionalmente os Estados. Sobre este primeiro ponto, como destaca XAVIER⁶⁶, não obstante os Comentários refletirem um consenso, este não pode ser confundido com um “acordo multilateral entre as Administrações dos países”, já que não são nem podem ser entendidos como vinculantes para as administrações tributárias ou tribunais, a “isso se opõe o carácter técnico-opinativo e não dispositivo do documento e sobretudo o princípio da legalidade”⁶⁷.

Em segundo lugar, ainda que decorra diretamente da primeira conclusão, importa evidenciar a inaptidão dos Comentários para alterarem (ou modernizarem, na expressão de BROEKUIJSEN⁶⁸) a rede internacional de CDT já que, se é verdade que existe margem argumentativa para discutir (ou, pelo menos, questionar) a força jurídica dos Comentários sobre a interpretação das disposições de uma CDT negociada e celebrada à data em que estes vigoram, não parecem restar dúvidas sobre a inaplicabilidade de novas versões dos Comentários às CDT celebradas anteriormente à sua aplicação. Nas expressivas palavras de XAVIER⁶⁹, não pode ser reconhecido aos Comentários um “efeito ambulatório”, mesmo que a OCDE pareça reconhecer esta interpretação^{70,71}.

Em suma, não obstante os Comentários da Convenção Modelo da OCDE serem indiscutivelmente uma importantíssima fonte de uniformização da interpretação das CDT que se baseiam neste modelo de convenção, fruto da consensualidade que lhes subjaz, a verdade é que a sua natureza (não vinculante) não é idónea à prossecução de qualquer objetivo de alteração, atualização ou modernização da rede internacional de CDT. De forma semelhante à Convenção Modelo da OCDE, também os Comentários são um instrumento de *soft law*.

⁶⁶ Cf. XAVIER (2016: 151-152).

⁶⁷ Cf. XAVIER (2016: 152-153).

⁶⁸ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 30-38).

⁶⁹ Cf. XAVIER (2016: 152-153).

⁷⁰ Cf. OCDE (2017: I-13-14), em especial o ponto 35.

⁷¹ Como referem LANG / BRUGGER (2008:107), “*Later Commentary amendments cannot serve to establish the parties’ intentions upon conclusion of a double taxation convention. Such amendments may only play a limited role in the interpretation of a previously concluded double tax convention if recourse to other means of interpretation remains inconclusive*”.

3.2. As fragilidades da Convenção Modelo e dos Comentários

Paralelamente aos efeitos positivos que tem produzido no processo reconstutivo do DFI, importa igualmente analisar as fragilidades (ou limitações) da Convenção Modelo da OCDE e dos Comentários.

Contudo, ainda antes de nos debruçarmos sobre esta análise, cumpre-nos diferenciar dois problemas que, não obstante contribuirão ambos para o nosso estudo, não devem ser confundidos. Em concreto referimo-nos, por um lado, às fragilidades (ou limitações) da Convenção Modelo da OCDE e Comentários enquanto instrumento fundamental de coordenação e uniformização da rede internacional de CDT (que abordaremos no presente subcapítulo) e, por outro, às questões – prós e contras – que resultam da opção “forçada”, ainda na década de 1920, pela promoção de relações interestaduais bilaterais (originando a atual rede de CDT) em detrimento da promoção de relações multilaterais que teriam dado lugar a um tratado fiscal multilateral que regulasse substantivamente a repartição de competências tributárias entre os Estados (ao qual nos debruçaremos no subcapítulo subsequente: “As vantagens e desvantagens dos tratados fiscais multilaterais”).

Assim, dedicaremos inicialmente os nossos esforços ao primeiro problema: a compreensão das fragilidades (ou limitações) da Convenção Modelo da OCDE e Comentários, as quais colocam em causa a sua idoneidade para o cumprimento da sua função fundamental enquanto instrumento de coordenação e uniformização da rede internacional de CDT.

Como identifica BROEKUIJSEN^{72,73}, um dos autores recentes que se dedicou ao estudo desta questão, em abstrato são diferenciáveis duas fragilidades (ou limitações). Em primeiro lugar, a natureza de *soft law* que é própria de um modelo de convenção confere aos Estados a discricionariedade para fazerem utilização intencionalmente desviante da Convenção Modelo da OCDE. Em segundo lugar, é empiricamente verificável a inaptidão da Convenção Modelo da OCDE e dos seus Comentários para efeitos de atualização (ou

⁷² Cf. BROEKUIJSEN (2017: 37-38).

⁷³ Para um estudo aprofundado sobre os méritos e dificuldade que resultam da “governança via *soft law*”, ainda que a análise seja projetada sobre as *guidelines* da OCDE sobre preços de transferência ver VEJA (2012).

modernização) sistemática da vasta rede internacional de CDT às novas versões ou interpretações, o que podemos identificar como sendo um problema de aplicação e interpretação da *soft law* no tempo.

A primeira questão – a natureza *soft law* dos modelos de convenção permitir aos Estados uma utilização desviante dos mesmos – assume-se como particularmente importante por ser, em parte, responsável pelos problemas recentes que o DFI tem vindo a enfrentar desde os finais do séc. XX, em especial a concorrência fiscal. Como resulta da sua própria natureza, afinal de contas é um modelo, nada vincula os Estados à sua utilização na íntegra. Adversativamente, numa lógica de prossecução de interesses próprios, os Estados podem desviar-se total ou parcialmente da aplicação efetiva dos modelos de convenção – mesmo sendo Estados membros da OCDE – na condução das negociações e efetiva estruturação e celebração das suas CDT.

Neste contexto, duas consequências negativas se extraem desta forma flexível de “governação”. Por um lado, com total liberdade, os Estados tendem compreensivelmente a prosseguir interesses próprios, o que promove a concorrência fiscal internacional, com as nefastas consequências que daí advêm. Como enfatiza BROEKUIJSEN, “*Tax competition is (...) structurally built in the method by means of which states cooperate in international law*”⁷⁴. Por outro lado, como veremos, os problemas internacionais globais, como os abordados no Projeto BEPS, exigem uma efetiva cooperação internacional e respostas sincronizadas dos Estados, não podendo ficar dependentes da sua absoluta proatividade na alteração de todas as CDT em que figuram como partes.

Posto isto, a aplicação e interpretação da Convenção Modelo da OCDE e respetivos Comentários é, como se compreende, resultado desta mesma natureza de *soft law*. É que, se por um lado, a não atualização da rede internacional de CDT pode ser fruto de ações conscientes e ponderadas dos Estados, a verdade é que também pode resultar de formas inocentes de não atuação. Neste sentido, tanto a Convenção Modelo da OCDE como os seus comentários representam, em última análise, “linhas orientadoras” para todos os intervenientes implicados numa situação de DFI. Com efeito, nem os Estados, nem os sujeitos passivos de imposto, nem as administrações fiscais, nem (muito menos⁷⁵) os

⁷⁴ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 37).

⁷⁵ Cf. XAVIER (2016: 152-153).

próprios tribunais, estão vinculados à interpretação das CDT de acordo com o Modelo de Convenção da OCDE ou respetivos Comentários.

Na verdade, e sintetizando o presente capítulo do nosso estudo com as provocadoras palavras de RIXEN, *“the fact that the OECD MC is non-binding can explain why it was nonetheless possible to forge an agreement. Since governments know ex ante that they are allowed to deviate from the convention in their bilateral agreements, they are more willing to subscribe to a model, even if it may not entirely conform their distributive preferences”*⁷⁶:

3.3. As vantagens e desvantagens dos tratados fiscais multilaterais

Os prós e contras que resultam da opção “forçada” pela promoção, ainda na década de 1920, do desenvolvimento de relações bilaterais entre os Estados (originando a atual rede de CDT) em detrimento da opção pelo desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral que regulasse substantivamente a repartição de competências tributárias entre os Estados, são muito bem sintetizados por BROOK⁷⁷ e BRAVO⁷⁸. Nos seus estudos, de forma muito clara, os autores apresentam as vantagens e desvantagens que resultariam da utilização de convenções multilaterais no DFI em substituição da vasta rede de CDT atualmente existente.

A primeira grande vantagem identificada por BRAVO, relaciona-se especialmente com as categorias de rendimento de dividendos e de juros, e projeta-se diretamente sobre as taxas de retenção na fonte. Para a autora⁷⁹, a uniformização das taxas de retenção na fonte teriam um grande impacto na contenção da competitividade fiscal, promovendo designadamente aquele que identificámos como princípio da neutralidade do DFI. Em abstrato, recorde-se, a neutralidade do DFI é utopicamente atingida quando as suas normas (quer de fonte interna quer de fonte convencional) não são tidas em consideração pelos agentes económicos no processo de decisão de investimento. Por outras palavras, o DFI não provoca distorções económicas e, nesse sentido, a afetação de recursos económicos é-lhe independente. Como conclui BRAVO sobre esta primeira vantagem, a uniformização das taxas de retenção na fonte por via multilateral, enquanto decisão promotora de neutralidade

⁷⁶ Cf. RIXEN (2010-602).

⁷⁷ Cf. BROOKS (2009).

⁷⁸ Cf. BRAVO (2020: 36-39).

⁷⁹ Cf. BRAVO (2020: 36).

no DFI, teria como resultado provável uma diminuição das estruturas de planeamento fiscal e, conseqüentemente, da erosão das bases tributárias. No fundo, ocorreria um esvaziamento do significado prático do planeamento fiscal por via da harmonização. Contudo, acompanhando ainda a autora, a hipotética opção pela uniformização de taxas de retenção na fonte não seria alheia a inconvenientes. Neste sentido, recorde-se que a “vitória” do bilateralismo sobre o multilateralismo materializada na vasta rede internacional de CDT existente aos dias de hoje deveu-se, essencialmente, à heterogeneidade absoluta e relativa dos Estados.

Desde logo, uma das questões que surgiria no contexto da negociação multilateral de taxas de retenção na fonte seria precisamente o facto de entre os Estados signatários desta convenção se estabelecerem diferentes relações económicas, quer quanto ao volume de investimento recíproco, quer no que concerne à posição relativa que se estabelece bilateralmente entre os Estados signatários, que podem ser Estados exportadores ou importadores de investimento. A este respeito, tomando por exemplo um Estado com uma economia em desenvolvimento e que, nesse sentido, tipicamente será um Estado importador de capital (Estado fonte para efeitos fiscais), este Estado, em condições ideais⁸⁰, teria interesse em negociar bilateralmente as taxas de retenção na fonte particularmente elevadas, algo que não seria com grande probabilidade factível no contexto de um tratado fiscal multilateral. Não obstante, como referimos, este exemplo deve ser apenas compreendido enquanto ilustração académica, já que muitas vezes mesmo os Estados fonte aceitam negociar taxas de retenção muito baixas e oferecem mesmo regimes fiscais preferenciais na expectativa de saírem internamente beneficiados no *trade off* investimento externo *versus* receita fiscal.

Uma segunda vantagem dos tratados fiscais multilaterais identificada por BRAVO⁸¹, por comparação com as CDT bilaterais, é a capacidade deste formato se adequar melhor a situações nas quais mais de duas jurisdições arrogam competência de tributação sobre um determinado facto tributário, comumente conhecidas como situações triangulares (tipicamente representam situações em que estão envolvidas três jurisdições).

Uma terceira vantagem é a certeza e segurança jurídica criada tanto aos sujeitos passivos de imposto, como às administrações tributárias e tribunais nacionais. A opção pela

⁸⁰ Cf. BRAVO (2020: 37).

⁸¹ Cf. BRAVO (2020: 38).

conclusão de um tratado fiscal multilateral é, neste aspecto específico, consideravelmente mais garantístico quanto à inteligibilidade e uniformidade interpretativa do que uma rede de CDT. Como enfatiza, é muito mais fácil uniformizar a interpretação de um tratado do que uma pluralidade de tratados (com disposições com redação semelhante, mas interpretações diferentes). Neste contexto, note-se ainda que a certeza e segurança jurídica resultam também da maior facilidade em cooperar que as várias administrações tributárias terão com a adoção de um tratado fiscal multilateral.

Uma quarta vantagem, acompanhando novamente BRAVO⁸², é o efeito positivo que os tratados fiscais multilaterais terão sobre os Estados com menos recursos, na medida em que este meio lhes permite estender a sua rede internacional de CDT. Como se compreenderá, os recursos limitados de alguns Estados com economias em via de desenvolvimento acabam por ter reflexos não só na capacidade real de promover relações económicas internacionais – porque o processo de negociação de CDT é moroso e exigente – como, conseqüentemente, também no que respeita à diversidade de “frentes” nas quais estes Estados conseguem negociar em simultâneo. Por outras palavras, fazendo recurso de tratados fiscais multilaterais, os Estados com economias menos desenvolvidas teriam a possibilidade de concentrar os seus recursos técnicos na negociação simultânea com uma pluralidade de Estados signatários de um tratado fiscal multilateral.

Adversativamente, quanto a este ponto específico, alguns argumentos favorecem a utilização de CDT bilaterais. Desde logo, como nota BRAVO, importa considerar que a relação paritária entre os Estados envolvidos na negociação do concreto tratado fiscal multilateral pode ser apenas aparente, algo que facilmente se compreende se pensarmos no diferentes papéis que os Estados assumem nas economias uns dos outros⁸³. Ademais, este mesmo inconveniente já encontra historicamente alguma evidência empírica, especialmente aquela que resulta do contraste marcante entre a Convenção Modelo do México, de 1943, e

⁸² Cf. BRAVO (2020: 37).

⁸³ Serve de exemplo disso mesmo o mercado internacional de matérias primas energéticas, como o do petróleo e o do gás natural. Pela inequívoca relevância que ambas as matérias primas têm na economia interna de cada país, associada ao facto de poucos países reunirem condições geográficas (não modificáveis) para as produzir, a negociação entre Estados exportadores e importadores destas matérias primas será, tendencialmente, condicionada por desequilíbrios económicos pré-estabelecidos que com grande probabilidade terão reflexos nos produtos finais dos tratados celebrados entre eles.

a Convenção Modelo de Londres, de 1946, e que hoje persiste nas diferenças que encontramos entre a Convenção Modelo da OCDE e a Convenção Modelo da ONU⁸⁴.

Por outro lado, mesmo no que concerne ao argumento favorável que identifica a possibilidade dos Estados com menos recursos os concentrarem na negociação de um tratado fiscal multilateral, importa ter em consideração que esta realidade acaba por ser mais complexa, já que, os resultados concretos obtidos num processo de negociação em massa podem não compensar aqueles que poderiam ser obtidos através de negociações bilaterais sendo que, como facilmente se compreenderá, existe na perspectiva dos Estados uma real economia de escala no que concerne ao processo de negociação bilateral de CDT⁸⁵.

Por último, BRAVO⁸⁶ avança ainda uma última vantagem aos tratados fiscais multilaterais, que se consubstancia no seu processo de alteração depender apenas da concordância dos Estados signatários. Contudo, como a própria autora reconhece, chegar a esta concordância pode significar anos de negociação, algo que não se coaduna com o ritmo frenético do mundo atual. Negociações longas, nos dias de hoje, resultam em soluções obsoletas.⁸⁷

⁸⁴ Estados presentes na negociação do Modelo do México, de 1943, são essencialmente Estados importadores de investimento e, nesse sentido, foi privilegiado o princípio da tributação na fonte. Ao invés, na negociação da Convenção de Londres, em 1946, já depois do final da Segunda Guerra Mundial, estiveram presentes um maior número de Estados, designadamente as potências europeias, o que motivou uma alteração de orientação nas negociações, cujo reflexo mais palpável é o facto de neste modelo se ter privilegiado o princípio da tributação na residência para as principais categorias de rendimento passivo: juros, dividendos e royalties.

⁸⁵ Regressaremos a este ponto no próximo **capítulo 4.** do nosso estudo.

⁸⁶ Cf. BRAVO (2020: 39).

⁸⁷ A promoção e desenvolvimento de tratados multilaterais fechados, circunscritos a países que partilham, no essencial, as mesmas políticas fiscais (como é o caso da Convenção Nórdica) parece ser uma alternativa interessante, tendo em conta os obstáculos que um consenso alargado, tendencialmente universal, gerará invariavelmente.

4. As relações internacionais e o Direito Fiscal Internacional

Chegamos a esta fase do nosso estudo tendo presente um quadro geral do DFI atual e, bem assim, conscientes de algumas das vantagens teóricas que o desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral poderia apresentar face à rede internacional de CDT. Neste capítulo, através do estudo das teorias das relações internacionais em matéria fiscal, tentaremos justificar o posicionamento dos Estados sobre a questão concernente à eliminação da dupla tributação, a qual determinou a proliferação do bilateralismo no DFI. Subsequentemente, procuraremos compreender as circunstâncias e os formatos que podem (e têm) progressivamente justificado a adoção de instrumentos internacionais de cooperação alargada, o que preludia uma viragem do rumo do DFI do bilateralismo para multilateralismo ou, pelo menos, para uma forma híbrida de regime. O estudo realizado no presente capítulo permitirá compreender o difícil processo de negociação e algumas das soluções concretas que foram adotadas na Convenção Multilateral.

Como nota RING⁸⁸, estudar o DFI substantivo, especificamente estudar os princípios e regras que regulam as situações fiscais internacionais, como o princípio da residência e o princípio da fonte, é um tema que tem merecido historicamente numerosos estudos, desde logo porque são matérias com uma aplicação prática muito imediata e com muitos e diferentes interessados, como os Estados e os sujeitos passivos de imposto. Afinal de contas, se “a morte e os impostos” são certos quanto ao acontecimento, interessa a todos, e cada vez mais, saber onde os vão ter de pagar.

Paralelamente a estes assuntos, de natureza objetiva, vive uma segunda questão, por vezes negligenciada e de natureza subjetiva, que se prende com o processo de aceitação pelos Estados destes princípios e regras que vão conformando a sua atuação internacional em matéria de impostos. A estas segundas questões dão resposta as teorias das relações internacionais, as quais têm cada vez mais vindo a ser estudadas por autores como RING⁸⁹, BROEKUIJSEN / VORDING⁹⁰, RIXEN⁹¹, THOMPSON / VERDIER⁹², que destacamos pelos contributos concretos que prestaram para o nosso estudo.

⁸⁸ Cf. RING (2007: 83).

⁸⁹ Cf. RING (2007).

⁹⁰ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016).

⁹¹ Cf. RIXEN (2010).

⁹² Cf. THOMPSON / VERDIER (2014).

Estas questões, como nota RING⁹³, revelam-se cada vez mais importantes para uma eficaz antecipação e condução de negociações internacionais de novas regras, medidas e até princípios de DFI que se mostrem necessárias para enfrentar os novos problemas que vão surgindo, de que são exemplo os abordados no Projeto BEPS. Nas palavras da autora, “*Ideally, such knowledge allows us to predict and, more importantly, modify the contours of international tax relations*”⁹⁴, de que a viragem do bilateralismo para o multilateralismo serve de perfeito exemplo.

Acompanhando ainda RING⁹⁵, que mais recentemente foi seguida por autores como BROEKUIJSEN e VORDING⁹⁶, com especial aplicabilidade e relevância para o DFI são identificáveis, essencialmente, três correntes das teorias das relações internacionais que permitem compreender as atuações e tomadas de posição dos Estados. A saber: o neorealismo, o neoliberalismo e o cognitivismo (referindo-se materialmente à mesma corrente de pensamento, BROEKUIJSEN / VORDING utilizam a designação “construtivismo”)⁹⁷.

A corrente identificada como neorealismo perspetiva o Estado como um ator racional que opera num contexto internacional marcado pela anarquia e, neste contexto, as suas ações são movidas por interesses pré-estabelecidos e definidos egoisticamente, procurando fundamentalmente uma posição de supremacia relativamente aos restantes. A aceitação simples desta corrente justificaria a grande relutância dos Estados em acolher soluções que se apresentem como “as soluções éticas”, mas em prejuízo dos seus próprios interesses individuais.

De um ponto de vista operacional, como notam BROEKUIJSEN / VORDING⁹⁸, esta corrente faz depender uma qualquer mudança estrutural com projeção internacional (como as regras conformadoras do DFI) de uma adesão e promoção dessa mesma alteração por parte dos Estados com maior peso na economia mundial, não sendo expectável qualquer alteração estrutural que não advenha de uma prévia alteração do equilíbrio relativo entre os Estados na sua capacidade de influenciar. De outro modo, se um “Estado A” se posiciona no panorama internacional como “Estado dominante”, perspetivado, por exemplo, de um

⁹³ Cf. RING (2007: 86).

⁹⁴ Cf. RING (2007: 86).

⁹⁵ Cf. RING (2007: 112-116).

⁹⁶ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016: 43-44).

⁹⁷ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016: 43).

⁹⁸ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016: 43).

ponto de vista económico, qualquer alteração estrutural do sistema depende, em princípio, de uma alteração deste estatuto, que passará a ser ocupado por um hipotético “Estado B”.

Como veremos, não obstante não ser esta, na nossa opinião, a principal corrente explicativa das relações internacionais em matéria tributária, a verdade é que o “estado da arte” do DFI é grandemente influenciado pelos pressupostos desta corrente neorrealista. Neste sentido, além da simples constatação de que até recentemente a política fiscal internacional foi essencialmente discutida e desenvolvida por Estados desenvolvidos, em especial aqueles que são membros da OCDE, como veremos mais à frente no nosso estudo, por vezes começa a reconhecer-se no panorama internacional um fenómeno que a doutrina identifica como “imperialismo fiscal”.

A segunda corrente identificada por RING⁹⁹ é o neoliberalismo. O exercício de explicar o que representa esta corrente na teoria das relações internacionais não é de todo simples. Na verdade, como ironiza JAMES, a expressão neoliberalismo tem vindo a ser utilizada recentemente para evidenciar praticamente tudo o que “de mal tem acontecido ao mundo no último meio século”¹⁰⁰. Felizmente, quando projetamos a expressão no âmbito do DFI, podemos conseguir encontrar um significado para neoliberalismo dotado de uma utilidade prática mais concreta. Com efeito, esta corrente, de forma semelhante ao neorrealismo, perspetiva o Estado como uma ator central e movido por interesse egoisticamente determinados. Contudo, face ao neorrealismo, apresenta duas divergências fundamentais.

A primeira é que para o neoliberalismo os Estados tendem a adotar um comportamento análogo ao de agentes de mercado dotados e movidos por racionalidade económica. Nas palavras de RING, o neoliberalismo perspetiva a atuação internacional dos Estados como uma “*pursuit of national self-interest in a market-oriented model*”¹⁰¹.

A segunda grande diferença, e que decorre diretamente da primeira, é que de acordo com esta corrente os Estados não procuram internacionalmente posições relativas de supremacia se estas não forem economicamente justificadas. Por outras palavras, os ganhos absolutos são o objetivo e os ganhos relativos uma (eventual) consequência indireta. Nas palavras de RING¹⁰², “*the pursuit of absolute gains (that is, both states are better off) is more*

⁹⁹ Cf. RING (2007: 91).

¹⁰⁰ Cf. JAMES (2021: 250).

¹⁰¹ Cf. RING (2007: 91).

¹⁰² Cf. RING (2007: 91).

important, and the pursuit of relative gains (measured in comparison to other states' success) is less so". Com efeito, a decisão de cooperar ou competir na definição da política fiscal depende da percepção do Estado da existência de vantagens económicas em cada uma destas vias, que aqui perspetivamos como alternativas. Como esclarece BROEKUIJSEN¹⁰³, *"states can use cooperative regimes to overcome suboptimal outcomes caused by individualistic, uncoordinated behavior, provided that states have a common interest in cooperating"*.

Acompanhando ainda BROEKUIJSEN¹⁰⁴, cuja inspiração advém dos trabalhos anteriores de KEOHANE¹⁰⁵, a decisão de cooperar pode explicar-se com base no conhecido dilema do prisioneiro, que procuraremos expor de forma aplicada, ficcionando uma situação na qual existem apenas dois Estados a nível internacional, com iguais níveis de desenvolvimento económico, e com iguais políticas de intervenção na sua economia interna, caracterizadas por fortes níveis de participação e, nesse sentido, com igual dependência de angariação de receitas tributárias. Os residentes de ambos os Estados conhecem as cargas tributárias dos dois Estados e podem deslocar-se e estabelecer-se livremente em cada um deles. Neste exemplo, existem dois cenários distintos, conforme os Estados não comuniquem (e não cooperem) ou comuniquem (e cooperem). Na primeira situação, na inexistência de comunicação, os Estados tenderão a baixar as taxas de tributação na expectativa de que da captação de novos residentes aumente o montante global de receita tributária. Contudo, sendo este comportamento expectável por ambos os Estados, o destino final será invariavelmente a fixação da taxa de imposto no mínimo indispensável que garanta o equilíbrio orçamental interno e estabilize o fluxo de residentes entre os Estados. A estabilização do fluxo de residentes entre os Estados permitirá concluir que existe uma igualação das taxas entre os dois Estados (assumindo que todas as outras circunstâncias são iguais). Por outro lado, existindo comunicação entre os dois Estados, para os mesmo fará sentido cooperar com vista à fixação de uma taxa de imposto igual (entre os Estados) e mais elevada do que o mínimo que tendencialmente se estabeleceria numa situação sem comunicação.

Neste sentido, perspetivado pelo neoliberalismo, podemos sintetizar a vocação dos Estados a cooperar em dois pontos específicos. Em primeiro lugar, a cooperação

¹⁰³ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 66).

¹⁰⁴ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 66).

¹⁰⁵ Cf. KEOHANE (1984).

internacional justifica-se perante interesses comuns ainda que potencialmente conflitantes. Em segundo lugar, para os neoliberalistas, os ganhos absolutos resultantes da cooperação devem ser superiores àqueles que teoricamente seriam obtidos prosseguindo estratégias individuais. Neste sentido, como pertinentemente esclarece BROEKUIJSEN, “*the feasibility of a shift from the existing international tax regime to a more committing multilateral regime must be analyzed by comparing net gains or losses for each participating state. Assuming that each state maximize national welfare, the impact of alternative regimes on GDPs is a relevant measure*”¹⁰⁶.

Claro está que, como se compreende, a avaliação da “vantagem absoluta” da cooperação apresenta uma complexidade muito superior ao simples incremento de receita fiscal. Como veremos, outras razões podem justificar opções de política fiscal interna dessincronizada com as políticas fiscais típicas dos estados desenvolvidos, de que é exemplo a redução das taxas efetivas de tributação dos indivíduos de forma a tornar o regime fiscal convidativo ao investimento externo, que é assumido como prioritário por comparação com o aumento da receita fiscal.

Uma terceira corrente identificada por RING¹⁰⁷ é o cognitivismo¹⁰⁸. Como explica a autora, a corrente cognitivista apresenta-se entre teorias das relações internacionais com uma abordagem diferente das do neorrealismo e do neoliberalismo, que procuram desenvolver modelos explicativos da atuação internacional dos Estados. Ao invés, os cognitivistas partem da observação das relações internacionais concretas e da análise dos “modelos explicativos dominantes” para desenvolverem uma crítica, construtiva, que questione a base dos conhecimentos. Nesse sentido, os cognitivistas desenvolvem uma visão mais holística das relações internacionais.

Paralelamente às correntes já identificadas – o neorrealismo e o neoliberalismo – esta corrente vem reforçar a importância da interpretação global suprassensível do certo e do errado, contemplando áreas do conhecimento como a sociologia e a filosofia, que permitem destrinçar as grandezas tangíveis (centrais para o neorrealismo e para o neoliberalismo) das intangíveis, o que assume extrema importância no âmbito das mais recentes discussões desenvolvidas internacionalmente no âmbito do DFI, e que conformam

¹⁰⁶ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 66).

¹⁰⁷ Como referimos *supra*, BROEKUIJSEN refere-se materialmente à mesma corrente fazendo uso da designação “construtivismo”.

¹⁰⁸ Cf. RING (2007: 91).

estruturalmente o princípio da equidade. Em especial, desde 2008, com a mediatização dos escândalos internacionais que envolvem (e acusam) as empresas multinacionais de não pagarem a sua “*fair share*” de impostos, são reconhecíveis no DFI abordagens marcadamente construtivistas, servindo o Projeto BEPS de exemplo. Neste sentido, a importância dada a estes valores é cada vez maior.

Desta forma, a corrente construtivista faz depender potenciais alterações estruturais do DFI – designadamente a transição progressiva do bilateralismo para o multilateralismo (ou, se preferirmos, de um regime de coordenação bilateral, para um regime de cooperação multilateral) – de uma mudança prévia da perceção global dos Estados sobre as finalidades (ou objetivos) que devem ser prosseguir na reconstrução do DFI. Neste sentido, nas palavras de BROEKUIJSEN, “*regime change would come about as a result of gradually changing views on the interests at stake in international taxation: from preventing double taxation to combating tax avoidance*”¹⁰⁹.

Como mencionámos, esta mudança, pelo que nos parece, encontra-se em processamento desde finais do séc. XX, momento no qual às preocupações com a eliminação da dupla tributação se juntaram (sem se excluírem, naturalmente) as preocupações com a concorrência fiscal prejudicial¹¹⁰, com a evasão fiscal e, mais recentemente, com o BEPS.

4.1. A concretização prática das teorias das relações internacionais

O estudo das relações internacionais em matéria fiscal tem-se revelado cada vez mais importante. Este estudo, que consiste na análise da visão e atuação dos Estados perante os problemas que vão surgindo na ordem do dia sobre as matérias de que se ocupa o DFI, resulta na obtenção do conhecimento necessário para, parafraseando RING, prever e potencialmente modificar os contornos das relações internacionais em matéria tributária¹¹¹.

Em concreto, no DFI, a capacidade de prever (ou antecipar) o posicionamento dos Estados sobre potenciais medidas a implementar revela-se essencial, visto que as consequências diretas resultantes de uma medida em matéria fiscal que não seja bem

¹⁰⁹ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 66).

¹¹⁰ Cf. OCDE (1998). A OCDE publicou no ano de 1998 o conhecido estudo “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”. Ver OCDE (1998).

¹¹¹ Cf. RING (2007: 86).

sucedida resultará, com grande probabilidade, em perda de receita fiscal. Ademais, como compreenderemos melhor com o decorrer do nosso estudo, se é verdade que o sucesso na eliminação da dupla tributação internacional pode resultar de ações unilaterais ou bilaterais dos Estados, o combate efetivo à concorrência fiscal prejudicial e ao BEPS exige necessariamente formas reforçadas de cooperação internacional, multilaterais e tendencialmente universais.

Com efeito, procurar e desenhar respostas para estas novas questões, que exigem um grande compromisso internacional dos Estados em matéria de cooperação depende incontornavelmente de um exercício de avaliação prévio da probabilidade da medida a propor gerar níveis satisfatórios de adesão internacional, sob pena da medida se vir a revelar contraproducente fruto da complexificação desnecessária do sistema¹¹².

Dito isto, cumpre-nos então aplicar os conhecimentos obtidos com o estudo das teorias das relações internacionais na compreensão das razões que levam os Estados a cooperar multilateralmente. Para o efeito, importa igualmente compreender as razões que levaram os Estados a adotar soluções bilaterais de cooperação para a eliminação da dupla tributação. Dessa forma, ficaremos dotados dos conhecimentos necessários para analisar *ex post* a idoneidade da estratégia adotada na Convenção Multilateral.

Contudo cumpre-nos, previamente à aplicação concreta das teorias das relações internacionais, dedicar algumas considerações ao método segundo o qual o pretendemos fazer.

Como observam, entre outros, RING¹¹³ e BROEKUIJSEN¹¹⁴, as teorias das relações internacionais não são entre si excludentes quanto à aplicação. Contudo, da mesma forma que as várias correntes surgiram na doutrina com um propósito analítico específico, isto é, de uma situação da vida concreta, o seu desenvolvimento vocacionou cada uma delas para responder mais adequadamente a determinados aspetos da evolução do sistema internacional. Como observa RING¹¹⁵, recorrendo ao exemplo de KRASNER, não se pode pretender analisar relações internacionais relativas à regulação de questões concernentes a direitos humanos, recorrendo à corrente neoliberalista cuja fundamental vocação é compreender o posicionamento dos Estados perspetivando-os como agentes de mercado.

¹¹² Regressaremos a este com a análise da Convenção Multilateral.

¹¹³ Cf. RING (2007: 111-112).

¹¹⁴ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 71-72).

¹¹⁵ Cf. RING (2007: 112-113).

Dito isto, qual a corrente com maior aplicabilidade direta na compreensão do posicionamento internacional dos Estados em matéria tributária? Mais concretamente, qual a corrente mais adequada à antecipação, compreensão, conformação e potencialmente resolução das principais dificuldades que incontornavelmente surgirão no DFI na transição do unilateralismo e do bilateralismo para o multilateralismo?

A resposta mais óbvia parece-nos ser o neoliberalismo, que permite compreender com grande adequação a adesão ou recusa dos Estados em participar em tratados internacionais e, bem assim, permite compreender os processos de negociação destes tratados à luz de um critério custo-benefício, que, como se compreende, corresponde ao principal juízo de ponderação realizado pelos Estados aquando da celebração de tratados internacionais, principalmente sobre matérias tributárias, como veremos ser o caso da Convenção Multilateral.

Paralelamente à “escolha” da corrente mais adequada, importa em igual medida compreender exatamente o problema que está em causa a ser abordado. Neste sentido, procurar prever e antecipar o posicionamento dos Estados requer tanto conhecer a sua “psicologia” intrínseca – racional, egoísta, orientado para a ponderar decisões de acordo com um juízo custo-benefício – como o problema extrínseco com o qual se confronta. Neste sentido, claro está que a abordagem dos Estados à eliminação da dupla tributação é necessariamente distinta da abordagem à dupla não-tributação. Por outras palavras, as perspetivas negociais dos Estados quando se deparam com questões como a repartição de competências de tributação – existe algo mensurável a repartir – são, como se compreende, totalmente diferentes das expectativas dos Estados quando negociam internacionalmente medidas para combater a dupla não-tributação, quanto mais não fosse pela incerteza dos montantes envolvidos.

Desta forma, como explica RIXEN¹¹⁶ na sua análise concernente às matérias de economia política conformadoras da questão relativa à eliminação da dupla tributação, o bilateralismo encontrou a sua justificação na assimetria dos interesses em negociação. Vejamos.

Partindo do reconhecimento de que todos os Estados são, em abstrato, “Estados fonte” e “Estados residência”, dependendo do facto tributário concreto em análise, RIXEN¹¹⁷

¹¹⁶ Cf. RIXEN (2010: 597-601).

¹¹⁷ Cf. RIXEN (2010: 597-601).

observa que em cada relação bilateral entre Estados tende a existir um certo nível de desequilíbrio que resulta no reconhecimento de que, naquela relação específica, um dos Estados é mais vezes qualificado como “Estado residência” ou “Estado fonte”. Esta realidade, que se observa nos grandes números¹¹⁸, permite identificar para aquela relação entre Estados concreta o Estado que mais recorrentemente é “Estado residência” como “Estado exportador de capital” e o “Estado Fonte” como “Estado importador de investimento”. Simplificando, a observação dos fluxos de capital entre os Estados permite compreender o sentido da deslocação do investimento. Regra geral, os Estados com economias desenvolvidas são Estados exportadores de capital e os Estados com economias em desenvolvimento são Estados importadores de capital.

Desta forma, facilmente se compreende os Estados exportadores de investimento tipicamente privilegiem o princípio da tributação na residência e os Estados importadores de investimento privilegiem o princípio da tributação na fonte¹¹⁹. Este raciocínio fica particularmente quando por observação das negociações das taxas máximas de tributação do Estados fonte sobre as categorias móveis de rendimentos – como os juros e os dividendos pagos por entidades localizadas em Estados distintos dos seus beneficiários.

Neste sentido, se a negociação das taxas de tributação fosse hermética a objetivos paralelos à obtenção de receita tributária, os Estados exportadores de capital procurariam negociar taxas de tributação reduzidas no Estado fonte e vice-versa. Mas qual a razão de serem privilegiadas as relações bilaterais por comparação com as multilaterais se, tendencialmente, cada Estado é exportador ou importador de capital?

Na verdade, a resposta encontra-se precisamente no “tendencialmente”. Como temos vindo a referir, a realidade internacional apresenta-se consideravelmente mais complexa do que a refletida no binómio que permite categorizar cada Estado como “importador” ou “exportador”. Esta classificação é, por razões óbvias, inexorável à relação

¹¹⁸ Numa formulação simples da “lei dos grandes números”, que não reflete a complexidade deste teorema das probabilidades, atribuímos-lhe o sentido de que, tendendo para infinito, a frequência de um determinado evento – como é no nosso exemplo um Estado numa relação bilateral qualificar-se como Estado da fonte ou Estado da residência – tende a aproximar-se da sua probabilidade, e por isso constante. Por recurso a este exemplo, pretendemos enfatizar que sem alterações substanciais da economia de dois Estados (causadas por exemplo por uma guerra) a relação económica entre si estabelecida permite afirmar que, para aquela relação, um Estado será tendencialmente Estado fonte ou residência.

¹¹⁹ Esta realidade tem vindo a sofrer algumas alterações práticas significativas, que abordaremos no nosso estudo aquando da análise concernente à concorrência fiscal prejudicial.

que lhe subjaz. Dito isto, como advertem RIXEN¹²⁰, BROEKUIJSEN / VORDING¹²¹, o mesmo “Estado A” pode estabelecer com um “Estado B” uma relação na qual se apresente como Estado exportador de capital, e com um Estado terceiro, um “Estado C”, pode estabelecer uma relação na qual figure como Estado importador de investimento. Com efeito, tendo por base este exemplo, apenas a negociação bilateral permitirá uma adequação absoluta das convenções celebradas aos interesses concretos dos Estados em cada uma das relações. Por outras palavras, apenas a negociação bilateral permitirá obter resultados concretos *tailormade*.

Contudo, a decisão entre convenções bilaterais e convenções multilaterais não se resume, como seria de esperar, ao reconhecimento de que a heterogeneidade das relações internacionais perspetivadas de acordo com o exemplo *supra* – isto é, pela relação que se estabelece na combinação entre cada dois Estados – justificam o bilateralismo. Outros fatores são igualmente relevantes, em especial, e recuperando o pensamento da corrente neoliberal sobre as relações internacionais, os Estados procuram com a sua conduta “*national self-interest in a market-oriented model*”¹²² e privilegiam os ganhos absolutos sobre os ganhos relativos¹²³. Neste contexto, o desenvolvimento de tratados multilaterais pode ainda justificar-se se, não obstante existirem perdas resultantes da estandardização das relações internacionais (o que justificava o bilateralismo), os ganhos absolutos da opção multilateral justificarem essas perdas.

Neste contexto, paralelamente aos estudos realizados por RIXEN¹²⁴ sobre a “economia política da eliminação da dupla tributação”, importa igualmente analisar os estudos realizados por THOMPSON / VERDIER¹²⁵, que procuraram compreender as razões que orientam a decisão dos Estados em participar em tratados bilaterais, multilaterais ou uma combinação de ambos. Diferentemente de RIXEN, os seus estudos aplicam-se à transversalidade das áreas do direito internacional, não sendo focados no DFI, nem tão-pouco no problema específico da negociação de tratados que visam a eliminação de dupla tributação. Ademais, os estudos de THOMPSON / VERDIER¹²⁶ projetam-se sobre quadros

¹²⁰ Cf. RIXEN (2010: 597-601)

¹²¹ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016: 46).

¹²² Cf. RING (2007: 91).

¹²³ O que, como vimos, separa as correntes neoliberalismo e neorealismo.

¹²⁴ Cf. RIXEN (2010)

¹²⁵ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15).

¹²⁶ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15).

regulatórios, isto é, sobre regimes jurídicos (sejam eles *hard law* ou *soft law*) que regulam, orientam ou coordenam o tratamento de disciplinas jurídicas específicas, como é o caso do DFI globalmente considerado.

Neste sentido, por introduzirem alguns fatores distintos daqueles que são considerados por RIXEN¹²⁷ – porventura com maior utilidade para uma compreensão abstrata dos potenciais sucessos do multilateralismo no DFI – procuraremos destacar alguns pontos particularmente relevantes no nosso estudo.

Toda a análise de THOMPSON / VERDIER¹²⁸ desenvolve-se em torno de dois conceitos-chave: o designado pelos autores por “*member surplus*” e os custos de transação.

O “*member surplus*” pode ser compreendido como o ganho potencial que resulta para um Estado pela participação num tratado internacional, correspondendo para os autores um dos elementos a ter em conta para decidir entre uma solução bilateral ou multilateral. Como resultante da participação de um tratado, o “*member surplus*” influencia diretamente a decisão entre o multilateralismo e o bilateralismo, na medida em que quanto mais detalhada e customizada for a negociação de um tratado, mais rentável ele se torna para os Estados signatários. Neste sentido, THOMPSON / VERDIER¹²⁹ defendem que quanto maior for este “*member surplus*”, maior o incentivo dos Estados à participação em negociações mais detalhadas, o que torna o bilateralismo abstratamente mais apetecível. Por outro lado, porque tipicamente os tratados bilaterais apresentam maiores custos de transação, quanto mais elevados estes forem mais justificáveis se tornam soluções multilaterais.

Sucedem que, para THOMPSON / VERDIER¹³⁰ em causa está sempre o *tradeoff* estabelecido entre o “*member surplus*” e os custos de transação, podendo esta avaliação resultar hipoteticamente numa das seguintes hipóteses: i) o multilateralismo justifica-se porque o “*member surplus*” é reduzido e os custos de transação são elevados; ii) o bilateralismo justifica-se porque o “*member surplus*” é elevado o suficiente para compensar custos de transação acrescidos; e, por fim, iii) na estruturação de regimes encontram-se, por vezes, formas combinadas de multilateralismo e bilateralismo, geralmente nas circunstâncias em que tanto os custos de transação como o “*member surplus*” são elevados.

¹²⁷ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15-16).

¹²⁸ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15-16).

¹²⁹ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15).

¹³⁰ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15).

Com particular interesse teórico para o DFI, estas ditas formas combinadas podem apresentar uma estrutura composta por acordos bilaterais e acordos multilaterais ou, alternativamente, um ou vários tratados multilaterais que agregam e tratam as diferentes posições dos Estados signatários. Em certa medida, podemos afirmar que este começa a ser o novo formato do DFI, principalmente desde a entrada em vigor da Convenção Multilateral, cuja aplicação, como veremos, é realizada de forma coordenada com a rede internacional de CDT.

Por último, importa ainda considerar o fator “incerteza” quanto aos potenciais ganhos que possam resultar da participação de um tratado internacional. Nestas circunstâncias, a celebração de acordos multilaterais tende a ser bem rececionada pelos Estados, que beneficiam em termos objetivos dos reduzidos custos de transação sem uma possibilidade concreta de ponderação dos potenciais ganhos ou perdas que resultarão da negociação. Contudo, como adverte BROEKUIJSEN¹³¹, neste cenário as preocupações dos Estados deslocam-se fundamentalmente para o conteúdo específico das disposições do a acordar. Neste sentido, a “incerteza” tende a levar os Estados a acordar essencialmente sobre questões estruturais e de definição de conceitos, as designadas “*rules of the road*”¹³². Por outro lado, regras com implicação direta na distribuição dos potenciais ganhos tendem a ser evitadas pelos Estados, que procuram esquivar-se de se vincularem sobre uma realidade que desconhecem. Como exemplo, não obstante tratar-se de um instrumento não vinculativo (de *soft law*), a Convenção Modelo da OCDE e os Comentários evidenciam esta mesma realidade, algo que fica particularmente claro com a análise das reservas e observações formuladas pelos Estados.

¹³¹ Cf. BROEKUIJSEN (2017: 75-76).

¹³² Cf. BROEKUIJSEN (2017: 75-76).

5. Dos “novos” desafios do Direito Fiscal Internacional às novas formas de cooperação internacional em matéria fiscal

O caminho percorrido no presente estudo permitiu-nos conhecer e compreender o DFI até ao final do séc. XX. Neste percurso tivemos oportunidade de analisar as principais passagens que marcaram o século transato e, neste sentido, pudemos compreender como se processou a construção do DFI. Para o efeito, desenvolvemos nos capítulos iniciais do nosso estudo uma análise, ainda que superficial, do objeto, das finalidades e dos princípios fundamentais que identificam e delimitam o DFI enquanto sistema e, bem assim, procurámos compreender de uma forma cronologicamente orientada as principais discussões e soluções que conformaram o processo (re)construtivo do DFI anterior à viragem do século.

Com a rápida chegada do séc. XXI novos desafios foram colocados ao DFI. Como referimos aquando do nosso introito, a desadequação dos princípios, conceitos e políticas fiscais¹³³ à globalização da economia, caracterizada por economias abertas e grande facilidade na circulação internacional, quer das pessoas físicas, quer das suas atividades, esteve (e está!) na origem destes novos e gigantes desafios que os Estados e organizações internacionais hoje enfrentam em matéria de fiscalidade internacional. Na simples mas elucidativa expressão de GRAETZ, o DFI estava ao início do séc. XXI estava “*outdated*”¹³⁴ face à realidade.

Contudo, antes de nos debruçarmos sobre estes desafios específicos, cumpre-nos fazer uma breve sùmula retrospectiva das principais conclusões que connosco devemos transportar para a segunda grande etapa do nosso estudo.

O primeiro grande aspeto a destacar é que, materialmente, até ao final do séc. XX, o grande desafio do DFI foi encontrar soluções eficientes para a eliminação da dupla tributação internacional. No desenvolvimento das ditas soluções, a grande “discussão” que marcou o século passado confrontou o bilateralismo com o multilateralismo. Não obstante as vantagens teóricas, mas utópicas, que representaria o desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral, a verdade é que a solução que vingou até aos dias de hoje para a eliminação da dupla tributação foi o desenvolvimento de uma rede internacional de CDT, bilaterais, que se baseiam em modelos de convenção, de natureza *soft law*, e que, por sua

¹³³ Cf. GRAETZ (2001).

¹³⁴ Cf. GRAETZ (2001).

vez, são desenvolvidos e negociados no âmbito de organizações internacionais. A Convenção Modelo da OCDE é, atualmente, o principal modelo seguido pelos Estados nas suas negociações bilaterais.

Em segundo lugar, abordámos três questões essenciais: quais os méritos e limitações da construção da rede internacional de CDT baseadas em modelos internacionais consensualmente aceites, mas não vinculativos?; quais as vantagens teóricas que um tratado fiscal multilateral apresentaria?; e, finalmente, como se perspectiva, à luz das teorias das relações internacionais, o posicionamento dos Estados entre soluções bilaterais e multilaterais quando estes “decidem” cooperar internacionalmente? As respostas a estas questões, não obstante já se encontrarem refletidas nos capítulos próprios, transportam-nos para três conclusões fundamentais.

Em primeiro lugar, concluímos pela inaptidão (ou mesmo até contraproducência) da Convenção Modelo e Comentários para efeitos de atualização sistemática da rede internacional de CDT. Por outras palavras, estes instrumentos não se revelam idóneos a fazer o “*update*” ao DFI no sentido de o adequar aos desafios modernos que resultam da globalização.

Em segundo lugar concluímos que, não obstante a perfeição teórica que revestiria o desenvolvimento de um tratado fiscal multilateral, tendencialmente universal e que disciplinasse substantivamente a repartição de competências tributárias entre os Estados com vista à eliminação da dupla tributação, esta solução não se revela (ainda aos dias de hoje) factível, tendo em consideração a heterogeneidade globalmente considerada dos Estados.

Por último, e como resultado da “escolha” do neoliberalismo como corrente fundamental para compreender o posicionamento dos Estados na negociação de convenções internacionais sobre questões tributárias, chegámos a três conclusões relevantes e distintas. Em primeiro lugar, perante interesses assimétricos, os Estados optam entre acordos bilaterais e multilaterais em função dos ganhos potenciais que resultam da cooperação e dos custos de transação. Se os ganhos potenciais forem elevados, tendem a adotar acordos bilaterais, que lhes permitem uma negociação *tailormade* aos seus interesses específicos. Em segundo, por seu turno, se os ganhos económicos da cooperação se anteciparem pequenos ou incertos, os Estados procurarão tendencialmente desenvolver acordos multilaterais que mitigam os custos de transação elevados, típicos das negociações bilaterais. Por último, dentro destes acordos, com maior facilidade os Estados acordam em questões estruturais e de definição de

conceitos, do que em regras com implicação direta na forma como potenciais ganhos podem ser distribuídos.

Contudo, como referimos, a realidade de hoje não corresponde àquela que marcou a quase totalidade do séc. XX. Os objetivos do DFI alteraram-se em concordância e, nesse sentido, novos dilemas e questões assolam atualmente a agenda das organizações internacionais que, independentemente da legitimidade que se lhes reconhece, colaboram ativamente na definição (ou governação) da política fiscal internacional dos dias de hoje, como é o caso da OCDE. A este respeito, como sintetiza DOURADO, desde o final do século passado “o centro de atividades económicas alterou-se da manufatura para os serviços intangíveis, e aumentou por isso a mobilidade das multinacionais”¹³⁵. Esta liberdade fáctica de movimentação das pessoas e das empresas criou grandes oportunidades para os vários intervenientes do DFI – referimo-nos, especificamente, aos Estados e aos sujeitos passivos de imposto – de agirem na prossecução de interesses próprios preterindo interesses de grupo, esvaziando o conteúdo dos princípios estruturais deste ramo do direito – a soberania, a neutralidade e a equidade. Logicamente, como se percebe por nos debruçarmos sobre matérias de direito fiscal, a consequência direta da adoção dos vários comportamentos desviantes é a inevitável redução da capacidade geral dos Estados de arrecadar receita tributária, fundamental para o equilíbrio orçamental por se tratar da sua principal fonte.

Mas, afinal, que “comportamentos desviantes” são estes? De forma simples, os Estados adotam comportamentos que consubstanciam práticas de concorrência fiscal prejudicial, ao passo que os contribuintes estruturam internacionalmente as suas atividades com o propósito único de diminuir a sua carga fiscal absoluta, que a doutrina comumente classifica como práticas de evasão fiscal e planeamento fiscal agressivo.

A consciencialização da existência destes dois problemas fundamentais e que colocam em causa a sustentabilidade do Estado fiscal, como observa NABAIS¹³⁶, levou ao reconhecimento na comunidade internacional de que alguma ação teria de ser colocada em movimento. A solução óbvia, não obstante as inúmeras barreiras que a obstaculizam e até algumas vozes críticas, passa pelo reforço da cooperação internacional, algo que vem a acontecer desde 1998, ano no qual foi publicado pela OCDE o Relatório “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”¹³⁷.

¹³⁵ Cf. DOURADO (2018: 27).

¹³⁶ Entre outros JOHNSON (2005), AVI-YONAH (2009) e AULT (2019).

¹³⁷ Cf. OCDE (1998).

Afinal de contas, como observa DAGAN – curiosamente um dos autores mais céticos quanto ao entendimento de que o reforço da cooperação internacional é o caminho correto a seguir no desenvolvimento do DFI – cooperar é normal. Mais do que isso, nas palavras do autor: “*Cooperation, whether formal or informal, is commonly recommended as a strategy for countries given less-than optimal results rendered by unilateral policies*”¹³⁸. Contudo, no DFI, a cooperação internacional, essencialmente a multilateral, nem sempre se tem revelado de fácil concretização, pelo menos no que concerne a formas mais alargadas e reforçadas de cooperação. Exemplo disso mesmo é, como já dissemos, o facto de nunca se ter conseguido desenvolver um tratado fiscal multilateral.

Dito isto, antes de entrarmos na sistematização das várias etapas que evidenciam esforços internacionais de cooperação e que culminam no Projeto BEPS, cumpre-nos desde já esclarecer, por um lado, o que entendemos por cooperação internacional e, bem assim, identificar os vários obstáculos (ou barreiras) que esta opção enfrenta incondicionalmente.

5.1. O conceito de cooperação internacional e os obstáculos que enfrenta no Direito Fiscal Internacional

Cooperar é, por definição, “*operar simultânea ou coletivamente*”, formal ou informalmente e depende, fundamentalmente, de uma pluralidade de intervenientes, com um número mínimo igual a dois, que partilham um objetivo comum. Neste sentido, quando nos referimos a cooperação internacional em matéria fiscal, referimo-nos à adoção, pelos Estados, de estratégias coordenadas para o cumprimento de um determinado objetivo de grupo.

Com efeito, não obstante a fácil confundibilidade e até interseção dos conceitos, a cooperação internacional e o multilateralismo não têm, necessariamente, o mesmo significado. Exemplificativamente, e por representar a primeira forma objetivável de coordenação internacional em matéria fiscal, identificamos a celebração de CDT entre Estados, bilateralmente, como um exemplo formal (isto é, de direito internacional público) de cooperação. Por outro lado, cabe igualmente dentro do conceito de cooperação que perfilhamos a adoção de modelos consensualmente aceites, como a Convenção Modelo da

¹³⁸ Cf. DAGAN (2018: 68).

OCDE, na negociação bilateral de CDT. Neste segundo exemplo, os Estados não só prosseguem o objetivo global de eliminar a dupla tributação, que aliás poderiam prosseguir unilateralmente, como para o efeito utilizam um modelo que permite (em teoria) a uniformização da rede internacional de CDT, o que cumpre informalmente um objetivo comum dos Estados membros (e, atualmente, mesmo os não-membros) da OCDE. Desta forma, o conceito de cooperação apresenta-se mais amplo do que o multilateralismo.

Sobre o segundo aspeto que abordamos neste subcapítulo – os obstáculos que enfrenta o reforço da cooperação internacional em matéria fiscal – cumpre-nos, desde logo, diferenciar o tópico que neste capítulo estudamos daquele que analisámos aquando do estudo das teorias das relações internacionais em matéria fiscal.

Partindo da definição apresentada para cooperação internacional, que pode ser formal ou informal, e que pode, como vimos, apresentar formatos variados, desde a simples coordenação até à celebração de convenções multilaterais, a grande diferença que se estabelece entre este ponto e o anterior é que aqui questionamos os impedimentos à cooperação internacional em si mesma. Diferentemente, quando abordámos as concretizações práticas das teorias das relações internacionais, a cooperação internacional, fosse ela bilateral ou multilateral, era dada como adquirida, variando apenas a “intensidade” da mesma. Ademais, a perspetiva analisada anteriormente, muito fruto da “escolha” que realizámos para compreensão das relações internacionais ser a corrente neoliberal, era fundamentalmente vocacionada para compreender a racionalidade económica dos Estados no seu posicionamento subjetivo face à negociação bilateral ou multilateral.

Dito isto, e retomando o raciocínio sobre os ditos obstáculos à cooperação, seguindo de próximo a sistematização de MASON¹³⁹, são identificáveis as seguintes barreiras: a soberania dos Estados; a heterogeneidade dos Estados; a licitude conformadora das lacunas existentes na lei fiscal; a falta de consciência da dimensão económica da erosão das bases tributárias; a resistência das empresas (mormente multinacionais) às iniciativas contra o planeamento fiscal agressivo; e , por fim, aquilo que a autora designa por relutância normativa.

A manutenção da *soberania na definição da política fiscal* é, sem dúvida, uma das principais razões que tem impedido um desenvolvimento do DFI assente em modelos de cooperação internacional. Sabe-se que a harmonização absoluta das políticas fiscais

¹³⁹ Cf. MASON (2020: 360-364).

colocaria um ponto final aos problemas resultantes da concorrência fiscal internacional, designadamente ao BEPS. Contudo, o certo é que esta hipótese nunca esteve sequer próximo de lograr sucesso.

A definição da política fiscal numa jurisdição com poderes tributários necessita, de acordo com os valores democráticos em que assentam a grande maioria das constituições estaduais no séc. XXI, de legitimação democrática e de uma inexorável adequação à política financeira. Esta legitimação, que de acordo com este modelo de estado decorre da vontade da maioria dos seus eleitores, expressada sob a forma de voto, conforma os poderes públicos governamentais no sentido de gerirem a sua política financeira de acordo com a “vontade da maioria”, que se pronuncia (entre outras coisas, claro está) sobre a forma como pretende ver o Estado intervir na economia. Neste contexto, não esquecendo não ser este o lugar próprio para uma discussão profunda sobre o tema, cumpre-nos fazer referência à enorme importância que os impostos ocupam neste âmbito já que, como principal fonte de receita dos Estados, são fundamentais para o equilíbrio orçamental, equilíbrio esse que coloca do outro lado da equação a despesa pública, esta última variando de acordo com as preferências dos eleitores. Este é o principal argumento favorável à soberania dos estados em matéria de impostos: a *democracia*.

Conforme identifica MASON¹⁴⁰, outros argumentos continuam a justificar a concorrência fiscal internacional, estes últimos porventura com menos valor axiológico.

Em primeiro lugar, atente-se desde logo na evidência prática de que uma harmonização internacional da política fiscal implicaria a descentralização do poder para uma entidade supranacional que determinasse a política interna de um Estado. É que, ultrapassando qualquer discussão sobre a dificuldade inerente à condição humana de abdicar de poder, a verdade é que os problemas de favorecimentos setoriais bem visíveis por observação das políticas fiscais internas dos vários Estados, não ficam necessariamente resolvidos com a descentralização desta competência para um órgão supraestadual. Como observa a autora, a simples observação da rede de CDT internacional permite ao intérprete atento compreender a forma desigual como estão distribuídos os direitos de tributação entre os “Estados ricos” e os “Estados pobres” e, bem assim, indagar até que ponto não seria

¹⁴⁰ Cf. MASON (2020: 360-364).

benéfico para estes últimos lidarem com as questões da dupla tributação fazendo recurso de medidas unilaterais¹⁴¹.

O segundo aspeto geral, a *heterogeneidade dos Estados*, surge na discussão de forma intimamente ligada com as questões concernentes à soberania da política fiscal. Reconhecer a diversidade de condições economicamente relevantes para um Estado, de que são exemplo a extensão do seu território e a riqueza dos seus fatores de produção (quer demográficos, quer naturais), são elementos fundamentais para se compreender este segundo aspeto por nós identificado como impedimento à cooperação internacional em matéria tributária. Com efeito, se por um lado existem Estados que se podem afirmar como economicamente autossuficientes, a verdade é que a larga maioria não o é, e, nestas circunstâncias, a concorrência fiscal apresenta-se na sua dinâmica de atuação internacional como fator crucial para a angariação de investimento externo que de outra forma não poderia ser alcançado. Como menciona MASON¹⁴², estes países não podem ser persuadidos a cooperar com base no argumento de que as suas receitas fiscais vão aumentar. Em última instância, estes Estados, perspetivando o *trade off* que opõe a cooperação internacional e desenvolvimento de uma política fiscal atrativa de investimento externo, vêem-se perante um problema que não é mais do que uma operação matemática que surge da questão “qual das opções permite uma maior obtenção de receita?”. Assim, não sendo esta resposta inequivocamente “cooperação internacional”, não se pode esperar que a sua postura internacional mude.

A terceira razão identificada por MASON¹⁴³ é a objetiva licitude dos esquemas de planeamento fiscal. Diferentemente da evasão fiscal – comportamento que conforma um ato ilícito por definição, como a fraude –, as estratégias de planeamento fiscal que têm motivado a erosão das bases tributárias são como escreve a doutrina “lícitas, mas imorais”. Neste sentido, conforme conclui a autora, a conformidade legal das soluções relativas ao planeamento fiscal agressivo criam de facto, por essa mesma razão, uma dificuldade adicional para a resolução do problema da erosão das bases tributárias. É que harmonizar os sistemas tributários implica não só aos Estados ceder, que no concernente à sua soberania – cada jurisdição tributária tem autonomia para criar as suas próprias regras, respeitando a vontade dos seus eleitores, desde que em adequação à política financeira praticada –, quer

¹⁴¹ Este ponto será explorado novamente aquando da nossa apreciação crítica final.

¹⁴² Cf. MASON (2020: 360-364).

¹⁴³ Cf. MASON (2020: 360-364).

naquilo que respeita o próprio reconhecimento de que existe um problema real, já que, afinal de contas, tudo se encontra dentro dos parâmetros legais estadualmente determinados

Uma quarta razão identificada por MASON¹⁴⁴ é o facto de ser de extrema dificuldade determinar os prejuízos reais que resultam do planeamento fiscal agressivo. *Qual o valor da receita tributária efetivamente perdida?* Sobre esta questão especificamente, o Relatório apresentado pela OCDE de 2013 “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”¹⁴⁵ procurou dar respostas concretas sobre esta problemática, mas, verdade seja dita, os resultados apresentados não passam de estimativas. MASON, quanto a este ponto específico, denota a impotência dos Estados determinarem em concreto o montante de rendimento que é realmente desviado para jurisdições de baixa ou nula tributação, na medida em que, por mais eficientes que sejam os mecanismos de cooperação entre as Autoridades Tributárias, estes nunca serão suficientes para a determinação de montantes precisos de rendimento desviado (ou de transferência de lucros, se preferirmos), já que, acrescentamos, não só as Autoridades Tributárias apresentam entre si uma heterogeneidade considerável nos seus recursos humanos, técnicos e tecnológicos e até financeiros, como de facto a pluralidade de jurisdições envolvidas para a observação tornam esta tarefa analítica de enorme complexidade e, por isso, morosidade.

As duas últimas razões identificadas por MASON¹⁴⁶ são a enorme e eficiente resistência apresentada pelas multinacionais às diversas iniciativas que têm vindo a ser desenvolvidas contra os problemas do planeamento fiscal agressivo e, por outro lado, a argumentação em sentido positivo sobre a concorrência fiscal internacional¹⁴⁷.

5.2. Os movimentos modernos de cooperação internacional

Não obstante as várias barreiras que a cooperação internacional enfrenta, a verdade é que o DFI do séc. XXI tem sido recorrentemente marcado por várias investidas no sentido do seu reforço. Estas iniciativas, essencialmente promovidas por organizações internacionais, com particular destaque da OCDE, têm procurado encontrar respostas para

¹⁴⁴ Cf. MASON (2020: 360-364).

¹⁴⁵ Cf. OCDE (2013a).

¹⁴⁶ Para maiores desenvolvimentos, ver MASON (2020: 360-364).

¹⁴⁷ Por todos, DAGAN (2018).

os vários problemas que o DFI tem vindo a combater desde o início do presente Século, em especial, como referimos, a concorrência fiscal prejudicial e o planeamento fiscal agressivo.

Neste contexto, conforme nos propusemos, cumpre-nos analisar este percurso iniciado ainda em 1998 e que continua até aos dias de hoje, através do Projeto BEPS.

O primeiro movimento com vista ao reforço da cooperação internacional teve como objetivo fundamental o combate à concorrência fiscal prejudicial. Já longínquo ano de 1991, a OCDE, com a publicação do Relatório “Tributação dos Lucros numa Economia Global”, reconhecia que a “coexistência de diferentes regimes fiscais empresariais num mundo em que a globalização das atividades e comerciais aumentou e onde a maioria dos obstáculos não fiscais aos movimentos de capitais internacionais, de serviços e tecnologias foram abolidas” representava, indiscutivelmente, uma questão de superior importância para analisar o potencial desafio à sustentabilidade do Estado fiscal.

Conforme observámos aquando do estudo da Convenção Modelo da OCDE e dos Comentários, paralelamente ao enorme contributo que este modelo teve na uniformização do DFI, a verdade é que a sua natureza não vinculativa, por um lado, e a soberania fiscal dos Estados, por outro criaram as oportunidades necessárias para que os Estados em vez de cooperarem, competissem entre si na prossecução de objetivos próprios, como a atração de investimento externo. Assim, os Estados passavam a definir a sua política e sistema tributário interno com vista à prossecução daquele objetivo, agindo descoordenadamente em relação aos restantes Estados¹⁴⁸.

Neste contexto, os Estados – especialmente aqueles com economias mais desenvolvidas – reconheceram o surgimento do problema consubstanciado na capacidade dos seus residentes se deslocarem (a si mesmos ou às suas atividades) ou, simplesmente, de transferirem lucros para jurisdições com sistemas fiscais mais atrativos¹⁴⁹. Ademais, reconheceram ainda, unilateralmente, que não seria possível contrariar este fenómeno, sendo a cooperação internacional a única via possível de o fazer.

Desta forma, e novamente por iniciativa da OCDE, inicia-se o primeiro movimento de cooperação internacional moderno com a publicação do Relatório “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”¹⁵⁰, no ano de 1998. Neste relatório, a OCDE

¹⁴⁸ A expressão inglesa “*tax competition*”, que se contrapõe a “*tax cooperation*” enfatiza particularmente bem os problemas que estão em causa.

¹⁴⁹ Cf. DAGAN (2018: 149).

¹⁵⁰ Cf. OCDE (1998).

assume como principal alvo, além da extensa análise sobre os problemas da concorrência fiscal prejudicial e a menção pioneira da existência de situações de dupla não-tributação¹⁵¹, a identificação das características das jurisdições com que apresentam um regime fiscal privilegiado e, nesse sentido, destringer as práticas que devem ser consideradas permitidas e as não permitidas. Contudo, neste relatório, importa destacar algo de superior importância e concernente à manutenção da soberania fiscal dos Estados, que é o simples facto de um Estado apresentar taxas de tributação reduzidas ser algo que não permite, por si só, a classificação desse Estado como paraíso fiscal. Os Estados, soberana e legitimamente, têm o poder de definir a sua política fiscal. Nesse sentido, lê-se, no Relatório de 1998 o seguinte: *“The fact that a country has modernised its fiscal infrastructure earlier than other countries, for example by lowering the rates and broadening the base to promote greater neutrality, is principally a matter of domestic policy. Countries should remain free to design their own tax systems as long as they abide by internationally accepted standards. This study is designed, in part, to assist in that regard”*¹⁵².

Subsequentemente, a OCDE inicia um novo movimento de cooperação internacional, desta feita vocacionado para a promoção da transparência e facilitação de trocas de informações entre administrações fiscais. Esta transição, como observa DAGAN¹⁵³, deveu-se essencialmente ao fraco apoio político mostrado àquela primeira investida na cooperação internacional.

Na verdade, esta segunda etapa da cooperação internacional, mostrou-se particularmente relevante porque muda de forma evidente o foco da ação de cooperação e, provavelmente por isso mesmo, acolheu maior sucesso na comunidade internacional. Desta feita, o foco de ação foi transferido dos Estados para os sujeitos passivos e, bem assim, para os comportamentos que consubstanciam aquilo que podemos identificar como evasão fiscal. Este conceito é conceitualmente definível, em abstrato, como a redução da carga tributária por recurso a métodos ilícitos, como a ocultação de rendimentos. Por outras palavras, foi reconhecida a importância dos “Estados de residência” controlarem para efeitos de tributação os seus residentes que se mobilizam a si, às suas empresas ou mesmo só aos seus lucros para Estados estrangeiros, movidos pelos objetivos complementares de beneficiar de taxas de imposto nulas ou reduzidas por comparação com aquelas a que estariam sujeitos

¹⁵¹ Cf. OCDE (1998).

¹⁵² Cf. OCDE (1998: 15).

¹⁵³ Cf. DAGAN (2018: 151).

nos seus “Estados de residência” e, adicionalmente, ocultar a existência destes mesmos rendimentos das administrações tributárias dos seus Estados de residência que, como observamos, tipicamente tributam de acordo com o princípio da tributação universal.

Como observa DOURADO¹⁵⁴, muitos “Estados de residência” abdicaram do princípio da tributação universal, que lhes permitia tributar os seus residentes pela totalidade dos rendimentos, independentemente da fonte nacional ou estrangeira, com o objetivo de evitarem a deslocação das suas multinacionais para Estados de baixa ou nula tributação. Complementarmente, estes mesmos Estados abdicaram também da retenção na fonte de rendimentos passivos como método para aumentar o investimento estrangeiro, potenciando por esta via a concorrência fiscal internacional.

Verdade seja dita, facilmente se compreende o sucesso desta fase por comparação com a anterior. É que, se por um lado é, por razões óbvias, muito mais fácil internacionalmente “apontar o dedo” aos sujeitos passivos do que aos Estados, por outro lado o combate à evasão fiscal representa um problema (tendencialmente) comum a uma grande maioria dos Estados com economias desenvolvidas, como é o caso dos Estados membros da OCDE. Por outras palavras, a concorrência fiscal prejudicial consubstancia a prática internacional desenvolvida pelos próprios Estados que são, mais do que tudo, soberanos na definição da sua política fiscal, sendo por isso muito mais inatacáveis do que os sujeitos passivos.

Como referimos, claro está que as práticas fiscais concorrenciais prejudiciais (para o Estados, no geral) são um problema porque diminuem a receita global do grupo. Mas da perspectiva do Estado que as pratica, existe um *trade off* vantajoso entre a perda própria de receita fiscal e a angariação de investimento externo. Com a promoção da transparência no DFI, em causa está o comportamento dos sujeitos passivos, que beneficiando da falta de comunicação entre as várias jurisdições tributárias, deslocam as suas atividades e empresas para outros Estados (provavelmente paraísos fiscais) de forma a evitarem a tributação dos rendimentos nos seus Estados de residência.

Esta terceira fase, resultou em duas alterações significativas no panorama do DFI. A primeira, com reflexo direto nas CDT, que seguindo (eventualmente) a Convenção Modelo da OCDE, na sua versão revista em 2005, passaram a incluir no seu corpo uma disposição com igual conteúdo ao atual artigo 26.º, n.º 4 desde modelo, relativo às trocas de

¹⁵⁴ Cf. DOURADO (2019: 27).

informações entre Estados, conforme o seguinte: “Se forem solicitadas informações por um Estado Contratante em conformidade com o disposto no presente artigo, o outro Estado Contratante utilizará os poderes de que dispõe a fim de obter as informações solicitadas, mesmo que esse outro Estado não necessite de tais informações para os seus próprios fins fiscais”.

A segunda, no ano de 2010, quando a OCDE levou a cabo uma revisão da Convenção de Assistência Mútua em Matérias Tributárias e a Troca automática de informações, originalmente celebrada (mas com pouco sucesso) em 1998. A adesão a esta convenção aumentou substancialmente, refletindo um importante compromisso de cooperação, já que esta se trata de um instrumento de direito internacional público e, por isso, os seus efeitos são vinculativos para os seus Estados signatários.

O mais recente movimento de cooperação foi (e ainda é) o Projeto BEPS, que já conta até com uma versão “BEPS 2.0”. Pela relevância direta que tem na Convenção Multilateral, que é um dos seus resultados palpáveis, dedicaremos a este projeto um capítulo autónomo.

6. O Projeto BEPS

A grave crise financeira iniciada em 2008 e as graves consequências que da mesma resultaram nos anos subsequentes, como o aumento exponencial dos índices de desemprego, associado ao esvaziamento dos cofres dos Estados que se viram incapacitados de reagir por falta de recursos económicos (que deveriam resultar fundamentalmente de impostos cobrados), criaram o “espaço” intelectual para os órgãos executivos dos Estados pertencentes ao G20 colocarem no topo da sua agenda as preocupações concernentes à erosão das (suas) bases tributárias. Paralelamente a este reconhecimento, particularmente no ano de 2012, este fenómeno ganhou igualmente uma grande atenção dos média internacionais, que colaboraram no sentido de expor o facto de que as grandes multinacionais não pagavam impostos¹⁵⁵.

Neste contexto, ainda no ano de 2012, o G20 interpôs a OCDE para que esta dedicasse esforços à compreensão deste fenómeno, tendo esta interpolação estado na origem do já mencionado Projeto BEPS que se apresenta ao mundo, no ano de 2013, como o mais ambicioso projeto de cooperação internacional em matéria fiscal até então (e assim se mantém) desenvolvido.

Feita esta breve introdução, consideramos oportuno para um melhor entendimento deste movimento compreender o(s) conceito(s) que lhe subjazem: a erosão das bases tributárias e a transferências de lucros.

Como pertinentemente observa NABAIS¹⁵⁶, a erosão das bases tributárias e a transferência de lucros, não obstante serem conceitos abordados conjuntamente no Projeto BEPS como um fenómeno singular, na verdade remetem para duas realidades diferentes.

Neste sentido, como identifica o autor, o fenómeno identificado como “erosão das bases tributárias” resulta de uma atuação por parte dos sujeitos passivos que visa a “evicção da prática do facto tributário ou facto gerador num determinado país”, o que determina um esvaziamento da matéria tributável num determinado Estado concreto (na formulação inglesa “*base erosion*”). Por seu turno, na “transferência de lucros” (ou “*profit shifting*”), em causa está o desvio de lucros gerados por aqueles mesmos sujeitos passivos de imposto para

¹⁵⁵ Sobre o Projeto BEPS, globalmente considerado, ver CHRISTIANS / SHAY (2017). Nesta publicação a autora percorre todos os aspetos fundamentais do Projeto BEPS, permitindo uma visão global sobre o modo como este se desenvolveu.

¹⁵⁶ Cf. NABAIS (2020:257-258).

jurisdições de baixa ou nula tributação num momento posterior à prática do facto tributário. Não obstante as diferenças conceptuais, atenta a identidade dos fatores que estão na sua origem e dos efeitos que são produzidos, a OCDE propôs-se – e bem, no entender de NABAIS, que acompanhamos – a abordar estas duas questões no âmbito do referido Projeto BEPS.

Coloca-se a questão, quais os comportamentos e fatores que estão na origem do BEPS?

Diz-se, popularmente, com um misto de astúcia e pessimismo, que “a ocasião faz o ladrão”. No DFI, em certa medida, passou-se isto mesmo, ainda que estejamos na presença de “supostos ladrões” particularmente engenhosos, que na verdade nem chegam a sê-lo, uma vez que a sua conduta está conforme critérios formais de legalidade. Vejamos.

As empresas, em especial as grandes multinacionais, encontraram no próprio DFI portas abertas para, licitamente mas de forma imoral, reduzirem ou mesmo eliminarem a carga tributária por si suportada. Como já referimos, o DFI desde o início do séc. XXI (ou talvez um pouco antes) não foi capaz de se adaptar à nova e complexa integração da economia mundial, o que resultou na desadequação dos seus princípios, conceitos e mesmo políticas fiscais¹⁵⁷ internas com projeção internacional. Recuperando a expressão de GRAETZ, o DFI estava (e, verdade seja dita, ainda está) “*outdated*”¹⁵⁸ face à realidade. Como refere a OCDE, “ao longo do tempo, as normas vigentes revelaram deficiências que criam oportunidades para a erosão das bases tributárias e a transferência de lucros (...) [e, neste sentido, a] erosão das bases tributárias e a transferência de lucros está relacionada principalmente às instâncias nas quais a interação das diferentes legislações tributárias leva a uma dupla não tributação, ou a uma imposição tributária inferior à ordinária”.

Ademais, de forma semelhante àquilo que observámos a propósito do Relatório “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*” de 1998, também neste caso a simples não tributação ou a baixa tributação não é, em si mesma, um problema. Em causa, e com particular gravidade, está o facto de a erosão das bases tributárias estar associada a “práticas que segregam artificialmente os rendimentos tributáveis das atividades que os geram”. Neste sentido, o Projeto BEPS foca-se fundamentalmente em compreender e procurar (e apresentar!) soluções para eliminar as lacunas que resultam diretamente da

¹⁵⁷ Cf. GRAETZ (2001).

¹⁵⁸ Cf. OCDE (1998:15): “*The fact that a country has modernised its fiscal infrastructure earlier than other countries, for example by lowering the rates and broadening the base to promote greater neutrality, is principally a matter of domestic policy. Countries should remain free to design their own tax systems as long as they abide by internationally accepted standards*”.

interação dos sistemas tributários internos dos Estados e, bem assim (pelo que nos importa mais diretamente ao nosso estudo) daquelas que resultam da utilização indevida das CDT celebradas bilateralmente entre os Estados. No fundo, o Projeto BEPS propõe-se a recuperar, pelo lado do direito (o único que é possível alterar), a inexorável relação do direito com o seu tempo, no qual a delimitação jurisdicional dos Estados já não corresponde de nenhuma forma às fronteiras da economia.

Como observa a OCDE, algo que decorre diretamente daquilo que observámos com a análise ao princípio da neutralidade, é o facto da concretização da neutralidade no DFI ser uma realidade utópica, isto é, “o imposto, por influir nos lucros, afeta também as decisões de onde e como investir¹⁵⁹”, o que não pode ser justificação para o sistema fiscal internacional não procurar soluções que minorem, na medida do possível, esta realidade. Este raciocínio, já bem presente em 1998, ganha nova e reforçada relevância quando em causa deixa de estar apenas a “escolha” de um regime fiscal convidativo ao investimento, para passarmos a estar perante uma situação na qual nem sequer existe real intenção de investimento naquele lugar específico, visto que a “globalização fez com que os produtos e os modelos operacionais evoluíssem [para] estratégias de abrangência mundial destinadas a maximizar os lucros e a minimizar as despesas e custos, inclusive as fiscais”¹⁶⁰.

Por último, no âmbito das considerações iniciais sobre o Projeto BEPS, importa ainda referir que este projeto acaba por refletir (e, porque não, introduzir) no DFI dois princípios que, ainda que não surjam doutrinariamente no contexto deste projeto, são inquestionavelmente orientadores de toda a sua estruturação, a qual teremos oportunidade de analisar com o decorrer do nosso estudo. Referimo-nos especificamente ao “princípio da tributação singular” e ao “princípio do benefício”, estudados e desenvolvidos fundamentalmente pela doutrina dos EUA, com especial destaque para o professor AVI-YONAH.

Neste sentido, AVI-YONAH, na sua obra “*International Tax as International Law*”¹⁶¹, defende existir aquilo que se pode descrever como um “*international tax regime*”, que corresponde a uma estrutura coerente de regras e princípios (independentemente da sua natureza de *hard law* ou *soft law*). Este “*regime*”, ou sistema (como temos vindo a usar) é estruturalmente orientado por aqueles dois princípios fundamentais de DFI – os

¹⁵⁹ Cf. OCDE (2013a:30).

¹⁶⁰ Cf. OCDE (2013a:29).

¹⁶¹ Cf. AVI-YONAH (2007).

mencionados “princípio da tributação singular” e “princípio do benefício”. Com efeito, de acordo com o “princípio da tributação singular”, todo o rendimento deve ser sempre tributado uma vez, e não mais do que isso. Nas enfáticas palavras do autor “*all income should be subject to tax once, not twice or more and not less than one*”. Desta forma, este princípio pronuncia-se, simultaneamente, sobre a necessidade de eliminar tanto a dupla tributação como a dupla não tributação, o que corresponde ao objetivo amplo do Projeto BEPS.

Por seu turno, o “princípio do benefício” projeta-se sobre a repartição das competências tributárias. Com efeito, de acordo com o entendimento de AVI-YONAH¹⁶² os rendimentos empresariais (o “*active income*”) devem ser tributados preferencialmente pelos Estados da fonte, e as categorias de rendimento passivo (“*investment income*”), como os juros, dividendos e *royalties*, devem ser preferencialmente tributados no Estado de residência. De forma simples, sobre a razão subjacente à justificação do princípio do benefício, nas palavras de AVI-YONAH “*on a theoretical level, the benefits principle makes sense because it is primarily individuals who earn investment income, whereas it is primarily corporations who earn business income*”¹⁶³.

Cumprido o enquadramento do problema fundamental abordado no Projeto BEPS, iniciamos finalmente a análise concreta da estrutura deste projeto que, se bem sucedida, nos permitirá compreender a inserção funcional da Convenção Multilateral no seu âmbito de ação global.

Como referimos, o Projeto BEPS nasce de uma interpolação realizada pelo G20 à OCDE no ano de 2012. A resposta a esta solicitação surge a 12 de fevereiro de 2013, com a publicação pela OCDE do Relatório “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”¹⁶⁴. Neste documento inicial, o principal objetivo da OCDE foi apresentar o problema da erosão das bases tributárias e, bem assim, esclarecer os Estados integrantes do G20 da sua magnitude. Neste contexto, a OCDE, com este primeiro documento, procurou “delinear os princípios que norteiam a tributação das atividades transnacionais” e identificar as principais causas (ou “*oportunidades*”, na expressão utilizada no Relatório) que estão na origem da erosão das bases tributárias e da transferência de lucros¹⁶⁵. Por outro lado, foi determinado que, com urgência, deveria ser desenvolvido um Plano de Ação¹⁶⁶, inteligível e de alcance

¹⁶² Cf. AVI-YONAH (2007: 11).

¹⁶³ Cf. AVI-YONAH (2007: 11).

¹⁶⁴ Cf. OCDE (2013a: 6).

¹⁶⁵ Cf. OCDE (2013a: 10).

¹⁶⁶ Cf. OCDE (2013a: 8).

global, do qual resultasse recomendações e medidas concretas para a incorporação tanto nos sistemas tributários domésticos como na rede internacional de CDT as ferramentas necessárias para o combate eficiente e coordenado ao BEPS.

Em cumprimento do postulado no Relatório “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, ainda no decorrer deste ano de 2013, no mês de julho, a OCDE publica um novo Relatório, desta feita designado “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”¹⁶⁷. Este segundo Relatório, porventura o mais importante na estruturação do Projeto BEPS, identifica, desde logo, os princípios fundamentais sobre os quais devem ser erigidos os vários planos de ação, a saber: a coerência¹⁶⁸; a substância¹⁶⁹, e, por fim, a transparência¹⁷⁰.

A necessidade de “coerência” no sistema fiscal internacional resulta diretamente do conhecimento de que muitas das práticas levadas a cabo pelas multinacionais que resultam em BEPS, nascem da existência de lacunas nas regras de DFI que, por seu turno, são a consequência direta da interação imperfeita dos vários sistemas fiscais domésticos. Conforme observámos aquando do estudo das “Limitações da Convenção Modelo e Comentários” estes documentos, não obstante a sua relevância prática na uniformização do DFI, não têm natureza vinculativa para os Estados e, nesse sentido, não são aptos (nem poderiam ser, fruto da resistência compreensível dos Estados a vincularem-se a um tratado fiscal multilateral) a garantir a harmonização das CDT e, *a fortiori*, dos sistemas fiscais internos. Partindo deste reconhecimento, a OCDE identificou que “os novos padrões internacionais devem ter por objetivo garantir a coerência na tributação dos rendimentos das pessoas jurídicas a nível internacional”.

Por seu turno, no que concerne à “substância”, a OCDE reconheceu que algumas das práticas que conduziam ao BEPS resultavam da utilização indevida de CDT, num fenómeno de que o “*treaty shopping*” é exemplo. Em abstrato, como clarifica XAVIER¹⁷¹, este fenómeno consubstancia-se no facto de os sujeitos passivos, conscientes das vantagens fiscais que uma determinada CDT oferece, deslocarem ficticiamente, isto é, sem substância, a sua residência ou a das suas empresas para Estados com o único motivo de beneficiarem da sua rede de tratados internacionais. Neste contexto, dotar o DFI de substância revela-se

¹⁶⁷ Cf. OCDE (2013b: 13)

¹⁶⁸ Cf. OCDE (2013b: 13).

¹⁶⁹ Cf. OCDE (2013b: 13).

¹⁷⁰ Cf. OCDE (2013b: 14).

¹⁷¹ Cf. XAVIER (2016: 401).

imprescindível no combate à dupla não-tributação, que até ao momento não era assegurada através das CDT.

Por último, existe igualmente a preocupação de continuar a promover a “transparência” no DFI, valor que já tinha sido reconhecido como imprescindível para que as administrações tributárias, em cooperação, fossem mais expeditas no reconhecimento de estruturas montadas pelos sujeitos passivos que consubstanciassem práticas de planeamento fiscal agressivo.

Contudo, no Relatório, a OCDE não deixa de reconhecer igualmente que é importante garantir para o setor privado segurança jurídica e previsibilidade, imprescindíveis ao desenvolvimento. Desta forma, o Projeto BEPS visa combater as oportunidades de BEPS sem desincentivar o crescimento da economia mundial, cuja importância e méritos são indiscutíveis, num mundo no qual já nenhum Estado se pode afirmar autossuficiente.

Com efeito, e tendo por base estes objetivos gerais – *coerência, substância e transparência* – foram então delineados os 15 planos de ação que vieram a compor o Projeto BEPS. Em concreto, as 15 Ações¹⁷² debruçam-se sobre os seguintes temas:

- Economia digital – Ação 1;
- Assimetrias híbridas – Ação 2;
- Sociedades estrangeiras controladas – Ação 3;
- Dedutibilidade de juros e outros gastos – Ação 4 ;
- Práticas fiscais agressivas – Ação 5;
- Abuso de convenções para evitar a dupla tributação – Ação 6;
- Abuso do conceito de estabelecimento estável – Ação 7;
- Preços de transferência, criação de valor e riscos – intangíveis, risco e capital e transações de alto risco – Ações 8-10;
- Análise de dados – Ação 11;
- Reporte de esquemas de planeamento fiscal – Ação 12;
- Obrigações de reporte e documentação de preços de transferência – Ação 13;
- Mecanismos de resolução de conflitos – Ação 14;
- e, por fim, desenvolvimento de um instrumento multilateral – Ação 15.

¹⁷² Cf. OCDE (2013b: 34).

Em outubro de 2015, foram apresentados os Relatórios finais relativos às 15 Ações que, conjuntamente, formam o designado “Acordo BEPS”. Em especial, sobre este acordo, importa, por um lado identificar quais são as “partes” que acordam e, por outro, “o que está concretamente a ser acordado”.

Sobre as “partes” que acordam importa identificar o “*Inclusive Framework on BEPS*”, que corresponde ao grupo de Estados e jurisdições que desenvolveu, em termos técnicos e políticos, os vários planos de ação do BEPS. Este grupo, naquilo que foi uma das novidades do Projeto BEPS, não é exclusivamente composto pelos membros do G20 e da OCDE, estando totalmente aberto à integração de todos os Estados que manifestaram interesse em participar e que trabalham, pelo menos em termos teóricos, em pé de igualdade com os Estados já pertencentes a estes grupos¹⁷³.

Sobre a segunda questão – “o que está em concreto a ser acordado” – destacamos, desde logo, que os Relatórios de outubro de 2015 apresentam três níveis diferentes de compromisso, a saber: *i) standards* mínimos, sobre os quais os Estados e jurisdições pertencentes à *Inclusive Framework* acordaram explicitamente em adotar, independentemente da constatação de que a implementação dos *standards* mínimos expressamente acordados poderiam implicar alterações (se necessário, claro está) à ordem jurídica interna ou às CDT em que são partes; *ii) recomendações*, sobre as quais os participantes e associados do Projeto BEPS concordaram em desenvolver os esforços necessários para que, no futuro, fosse atingida coerência e uniformidade nas suas práticas e, por fim, *iii) foram desenvolvidas “boas práticas”, que no fundo correspondem a guidelines sobre atuações consideradas recomendáveis no combate ao BEPS*¹⁷⁴.

Neste contexto, os *standards* mínimos respeitam à Ação 5 (“Práticas fiscais prejudiciais”)¹⁷⁵, à Ação 6 (“Abuso de convenções para evitar a dupla tributação”)¹⁷⁶, à Ação

¹⁷³ Contudo, como identificam CHRISTIANS / SHAY (2017: 27), a participação de Estados com economias em desenvolvimento nem sempre se revela fácil, seja pela falta de recursos técnicos, seja por desconsiderarem o BEPS enquanto problema fundamental nas suas agendas.

¹⁷⁴ Para uma análise mais detalhada sobre o processo de desenvolvimento e acordo dos *standards* mínimos ver CHRISTIANS / SHAY (2017: 33-36).

¹⁷⁵ Como explica e enfatiza a OCDE, sobre o *standard* mínimo relativo à Ação 5 (“Práticas fiscais prejudiciais”), é imprescindível revitalizar o “*peer review process to address harmful tax practices, including patent boxes where they include harmful features, as well as a commitment to transparency through the mandatory spontaneous exchange of relevant information on taxpayer-specific rulings which, in the absence of such information exchange, could give rise to BEPS concerns*”.

¹⁷⁶ Sobre o conteúdo do *standard* mínimo relativo à Ação 6 (“Abuso de convenções para evitar a dupla tributação”), esclarece a OCDE que é necessário desenvolver e implementar “*model provisions to prevent treaty abuse (including treaty shopping) by impeding the use of conduit companies to channel investments through countries and jurisdictions with favorable tax treaties in order to obtain reduced rates of taxation*”.

13 (“Obrigações de reporte e documentação de preços de transferência”)¹⁷⁷ e, finalmente, à Ação 14 (“Mecanismos de resolução de conflitos”)¹⁷⁸.

Com as exceções da Ação 1 (Abordar os desafios fiscais da economia digital) e da Ação 15 (Desenvolvimento de um instrumento multilateral), todas as restantes ações idealizadas neste segundo relatório do Projeto BEPS procuram promover alternativamente a coerência (Ações 2 a 5), substância (Ações 6 a 10) ou transparência (Ações 11 a 14). Desta forma, cada uma destas ações teve como objetivo desenvolver medidas ou recomendações de carácter substantivo idóneo à prossecução dos próprios fins e, amplamente, aos do Projeto BEPS.

O reconhecimento de que o Projeto BEPS, nas Ações relativas a híbridos assimétricos, à prevenção do uso abusivo de convenções, à elisão artificiosa do conceito de estabelecimento estável e, por fim, à melhoria de resolução de diferendos – respetivamente, Ações 2, 6, 7 e 14 do Projeto BEPS – requeriam, como *conditio sine qua non* à sua eficácia plena, alterações rápidas e coordenadas às CDT¹⁷⁹, foi determinado que no âmbito da Ação 15, fosse desenvolvido um instrumento multilateral adequado à prossecução destes objetivos¹⁸⁰. O resultado desta ação foi, como já referimos, o desenvolvimento da Convenção Multilateral.

¹⁷⁷ Sobre o conteúdo do *standard* mínimo relativo à Ação 6, como esclarece a OCDE no Relatório final da Ação 6, importa estabelecer práticas de “*Country-by-Country reporting that will give tax administrations a global picture of where MNEs’ profits, tax and economic activities are reported, and the ability to use this information to assess transfer pricing and other BEPS risks, so that they can focus audit resources where they will be most effective*”.

¹⁷⁸ Sobre o *standard* mínimo incluído na Ação 14, importa desenvolver um acordo “*to secure progress on dispute resolution, with the strong political commitment to the effective and timely resolution of disputes through the mutual agreement procedure (MAP)*”.

¹⁷⁹ O reconhecimento desta necessidade já tinha sido feito pela OCDE (2013a: 8), onde se lê: “*Because many BEPS strategies take advantage of the interface between the tax rules of different countries, it may be difficult for any single country, acting alone, to fully address the issue. Furthermore unilateral and uncoordinated actions by governments responding in isolation could result in the risk of double – and possibly multiple – taxation for business. This would have a negative impact on investment, and thus on growth and employment globally. In this context, the major challenge is not only to identify appropriate responses, but also the mechanisms to implement them in a streamlined manner, in spite of the well-known existing legal constraints, such as the existence of more than 3 000 bilateral tax treaties. It is therefore essential that countries consider innovative approaches to implement comprehensive solutions*”.

¹⁸⁰ Cf. OCDE (2013b: 24).

6.1. O desenvolvimento de um instrumento multilateral como *conditio sine qua non* ao sucesso do Projeto BEPS

Conforme referimos, no contexto das ações previstas no Relatório “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”¹⁸¹, para a Ação 15 do Projeto BEPS não ficou determinado o desenvolvimento de medidas ou recomendações concretas, de conteúdo substantivo. Diferentemente, ficou delineado que deveriam ser realizados estudos de direito internacional público e de direito fiscal com o fim de compreender a executabilidade e de potencialmente concretizar o desenvolvimento de um instrumento multilateral que promovesse a articulação e implementação das medidas de conteúdo substantivo desenvolvidas noutras ações na rede internacional de CDT, modificando, de forma automática, sincronizada e coordenada, a forma como estas últimas são aplicadas. Este instrumento, em abstrato, permitiria evitar as renegociações bilaterais, que tipicamente acarretam uma morosidade incompatível com o sucesso efetivo do Projeto BEPS.

Dito isto, a primeira conclusão a retirar sobre a Ação 15 é que a mesma cumpre no contexto do Projeto BEPS uma *função (tendencialmente) adjetiva*¹⁸² (ou processual, se preferirmos).

Atendendo à complexidade associada ao desenvolvimento de um instrumento com estas características, foi determinado no relatório “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*” que o desenrolamento desta Ação 15 deveria observar duas fases distintas¹⁸³. A primeira fase, a cumprir até setembro de 2014, foi dedicada à análise das questões de direito internacional público e de direito fiscal que deveriam informar e conformar o (ainda) potencial instrumento a desenvolver. Posteriormente, a segunda fase terá sido destinada ao desenvolvimento do instrumento propriamente dito – a Convenção Multilateral – tendo por base, claro está, as conclusões apresentadas no âmbito da primeira¹⁸⁴.

Terminada a primeira fase, foi publicado o Relatório Interino da Ação 15. Neste relatório, foi apresentada a conclusão de que o desenvolvimento de um instrumento

¹⁸¹ Cf. OCDE (2013a).

¹⁸² A utilização da expressão “tendencial” resulta do facto de, na Parte VI (“Arbitragem”) ter sido trabalhada autonomamente no decurso do desenvolvimento da Convenção Multilateral, por oposição às restantes matérias substantivas abordadas – *híbridos assimétricos, prevenção do uso abusivo de convenções, elisão artificial do conceito de estabelecimento estável e melhoria de resolução de diferendos*. Ver OCDE (2016: 2).

¹⁸³ Cf. OCDE (2013b: 34).

¹⁸⁴ Cf. OCDE (2013b: 24).

multilateral seria algo não só desejável, como fazível¹⁸⁵. Partindo desta premissa, em fevereiro de 2015 foi mandatada a criação de um Grupo *ad hoc*¹⁸⁶ que ficou de desenvolver este instrumento multilateral, tendo como data limite para a conclusão dos trabalhos 31 de dezembro de 2016.

Como reflexo da identificada função tendencialmente adjetiva da Ação 15, no seio do Grupo *ad hoc* as negociações levadas a cabo pelos participantes¹⁸⁷ versaram sobre a forma como as mesmas poderiam modificar as CDT à data em vigor, e não sobre matérias substantivas, estas últimas discutidas no âmbito das ações cujo objeto seria o desenvolvimento das medidas e recomendações.

Por fim, no dia 24 de novembro de 2016, os trabalhos desenvolvidos por este Grupo *ad hoc* chegaram ao seu fim, culminando com a apresentação, nesta mesma data, das versões finais do texto da Convenção Multilateral e, bem assim, do Documento Explicativo¹⁸⁸ que a acompanha. Finalmente, a 7 de junho de 2017, decorreu na sede da OCDE, em Paris, a cerimónia de assinatura da Convenção Multilateral, tendo, logo neste momento, o documento sido assinado por 67 Estados.

¹⁸⁵ Cf. OCDE (2015a: 17).

¹⁸⁶ Cf. OCDE (2015b). Nos termos do mandato que constituiu o Grupo *ad hoc*, este deveria ser aberto a todos os Estados interessados a participar nas respetivas negociações, que participariam de forma igualitária.

¹⁸⁷ Cf. OCDE (2016: 2).

¹⁸⁸ Cf. OCDE (2016).

7. O desenvolvimento da Convenção Multilateral – das “questões” ao Direito Internacional Público

Feito o enquadramento histórico e compreendida a inserção funcional da Convenção Multilateral no Projeto BEPS, neste novo momento da nossa análise procuraremos, como nos propusemos, compreender as ditas “questões de direito internacional público” estudadas no seu desenvolvimento e, bem assim, a natureza jurídica da Convenção Multilateral.

O direito internacional público é, por definição, um direito de cooperação. Esta afirmação, cuja interpretação parece à primeira vista clara e simples, levanta tremendas questões e dificuldades, tanto ao nível técnico-jurídico, como do ponto de vista prático, na perspectiva de que ao mesmo tempo cumpre a difícil função de regular as relações internacionais estabelecidas entre sujeitos de direito internacional e entre os Estados.

Os capítulos precedentes, designadamente os **capítulos 1. e 4.** onde são abordados, respetivamente, os princípios estruturais do DFI e são desenvolvidas algumas das teorias sobre as relações internacionais que lhe são diretamente aplicáveis, evidenciam, desde logo, um dos grandes obstáculos ao desenvolvimento e crescimento do direito internacional público: a soberania dos Estados. Contrariamente ao direito interno dos Estados, no qual existe uma relação de subordinação dos cidadãos ao Direito constituído – “*o válido dever ser, que é*”¹⁸⁹, temperado pelo princípio democrático – o direito internacional público nasce, constrói-se e reconstrói-se tendo por base relações (em teoria) paritárias¹⁹⁰ entre os Estados, que são soberanos nas decisões de vinculação internacional. Neste sentido, só existe cooperação e, eventualmente “criação” de um novo direito internacional público, se essa for a intenção de, pelo menos, dois Estados. Como sintetiza BRAVO¹⁹¹, entre outros, “*relationships among sovereign states are regulated by the rules themselves create*”, algo que no direito interno só tem comparação (e mesmo assim aproximada) naquilo que definimos como autonomia privada em matéria de contratos e, mesmo esta, encontra os limites que o direito civil interno vai estabelecendo, como a ordem pública e os bons costumes.

¹⁸⁹ Cf. NEVES (1995:8).

¹⁹⁰ Não obstante a referência ao princípio da igualdade entre Estados resultar do artigo 2.º, n.º1 da Carta das Nações Unidas, da qual Portugal é um dos Estados signatários e onde se lê “A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”.

¹⁹¹ Cf. BRAVO (2020:10).

7.1. O processo geral de revisão das CDT

Como observamos, o desenvolvimento de um instrumento multilateral no âmbito da Ação 15 pressupunha ser dotado das características necessárias à promoção da articulação e implementação das medidas de conteúdo substantivo desenvolvidas no âmbito das Ações 2, 6, 7 e 14 do Projeto BEPS na rede internacional de CDT. Neste contexto, como já se reconhecia no Relatório “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, o grande desafio do Projeto BEPS não era apenas identificar e desenvolver as medidas adequadas a combater o fenómeno estudado, mas também desenvolver os mecanismos que permitissem chegar ao sucesso prático das mesmas.

Com efeito, o desafio da Ação 15, colocado de forma simples foi criar um instrumento que procedesse a uma revisão sistemática da rede internacional de CDT, que atualmente conta com mais de 3 000 exemplos. Dito de outro modo, a Ação 15 propõe-se a fazer aquilo que a Convenção Modelo da OCDE e os Comentários nunca eficazmente realizaram, que é modernizar a rede internacional de CDT, muito em virtude da sua natureza *soft law*.

Neste contexto, colocam-se de imediato várias questões. Por um lado, importa compreender o regime jurídico conformador da revisão das CDT e, por outro, se é possível alterar através de um instrumento multilateral acordos prévios celebrados bilateralmente. Como reconhece a OCDE, o sucesso da Ação 15 do Projeto BEPS depende, de facto, dos Estados, historicamente céticos a negociações multilaterais em matéria fiscal pelas razões observadas nos capítulos precedentes, terem considerado abordagens inovadoras para implementar soluções abrangentes¹⁹².

Sobre a primeira questão – o regime jurídico conformador da revisão das CDT – importa, desde logo, identificar que as CDT são, enquanto fontes de direito internacional público, enquadráveis na categoria de convenção internacional. Este conceito, sobre o qual numerosos estudos foram realizados, foi amplamente definido por ALMEIDA¹⁹³ como “manifestação de vontades concordantes, entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional, destinada a vincular juridicamente a conduta desses sujeitos, e regulada concorrentemente pelo direito interno e pelo Direito Internacional”. Neste contexto, como

¹⁹² Cf. OCDE (2013a: 8).

¹⁹³ Cf. BRAVO (2020:10).

convenções internacionais que são, as CDT estão sujeitas ao regime jurídico de regras e princípios positivados na CVDT, que projeta os seus efeitos sobre a generalidade dos tratados concluídos entre Estados, designadamente no que concerne ao seu processo de revisão e modificação, regulados pelos artigos 39.º, 40.º e 41.º deste diploma.

Nos termos do artigo 39.º da CVDT, os tratados podem ser revistos por acordo entre as partes. No âmbito de convenções bilaterais, como as CDT, este deveria tender a ser um processo simples atendendo ao número de partes envolvidas, contanto não resultasse dessa revisão uma modificação do equilíbrio negocial bilateralmente estabelecido. Contudo, como sublinha BROEKUIJSEN¹⁹⁴, a revisão das CDT historicamente tem uma duração de dezoito anos, o que significaria que os efeitos do Projeto BEPS começariam apenas a produzir-se (estatisticamente) no início da quarta década do séc. XXI. Ademais, atentas as dificuldades já enunciadas da Convenção Modelo da OCDE e dos Comentários decorrentes da sua natureza *soft law* em produzir, de facto, alterações substanciais nas CDT, também por esta razão uma solução *hard law* se revelou como aquela que melhor se coaduna com a eficácia da solução.

Dito isto, entramos na segunda parte do problema geral, que remete para a possibilidade de alterar através de um instrumento multilateral a rede internacional de CDT que, via de regra, são bilaterais. Sobre este problema específico, a CVDT é especialmente flexível quanto aos métodos aplicáveis no processo de revisão de tratados, através dos quais os Estados decidem alterar as suas convenções, contanto que o procedimento de conclusão destas alterações se coadune com o processo estabelecido para a sua vinculação internacional¹⁹⁵.

7.2. As várias alternativas para o instrumento multilateral

Constatada a necessidade de rever a rede internacional de CDT e compreendidas as questões fundamentais de direito internacional público conformadoras de tal revisão, o Grupo *ad hoc* responsável pelo desenvolvimento do dito instrumento multilateral teve, naturalmente, de se confrontar com os desafios específicos concernentes à estruturação e

¹⁹⁴ Cf. BROEKUIJSEN (2017:41-42).

¹⁹⁵ São aliás, entre outros, exemplos disso mesmo a Convenção Europeia sobre a Extradução e o Acordo de Assistência Mútua entre a União Europeia e os Estados Unidos.

desenho da Convenção Multilateral. Estes novos desafios, além da inquestionável complexidade técnica, refletem, como veremos, as conclusões fundamentais que se retiram dos estudos das teorias das relações internacionais em matéria tributária e dos obstáculos identificados como barreiras à cooperação internacional.

As dificuldades de cooperação internacional e, em particular, da criação de direito internacional público, elevam-se exponencialmente quando em causa estão matérias de DFI. Neste sentido, no desenho da Convenção Multilateral foram abordadas várias alternativas, a saber: o desenvolvimento de um “pacote de protocolos”, um “*self-standing*” tratado fiscal multilateral e, por fim, o desenvolvimento de uma convenção multilateral que coexistiria com a vasta rede de CDT. Não obstante sabermos que a opção adotada foi a última, a Convenção Multilateral, importa tecer algumas considerações sobre as duas outras possibilidades.

A possibilidade de desenvolver um “pacote de protocolos” de alteração que revissem a linguagem das CDT foi abandonada pela excessiva complexidade técnica envolvida e pela sua ineficiência expectável face ao desenvolvimento de um instrumento multilateral que coexistisse com a rede internacional de CDT. Por outro lado, esta possibilidade, como resultado da sua complexidade, implicaria um também excessivo custo temporal, algo que não se coadunava com a urgência na aplicação das medidas BEPS.

A segunda hipótese, o desenvolvimento de um “*self-standing*” tratado fiscal multilateral que substituiria a rede de CDT, representava o regresso ao grande objetivo do séc. XX que passava, como observámos, por evoluir e uniformizar a rede internacional de CDT até que fosse possível fazer a sua substituição por um tratado fiscal multilateral, cujas vantagens foram exploradas no **capítulo 3**. Contudo, como reconheceu o Grupo *ad hoc*, a “*self-standing instrument*” *that would wholly supersede the bilateral tax treaties was viewed [novamente] to be overbroad given the importance of bilateral relations in international tax affairs and the importance of preserving tax sovereignty*”¹⁹⁶. Desta forma, novamente foi reconhecida a desadequação do multilateralismo puro como solução para o DFI e, *a contrario*, reinstituído o reconhecimento da adequação das soluções bilaterais à cooperação num contexto de interesses assimétricos, como defendido por RIXEN¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cf. OCDE (2015: 13).

¹⁹⁷ Cf. RIXEN (2010).

A última hipótese, que corresponde à opção de desenvolver uma (a) Convenção Multilateral que coexistisse, sem substituir, mas modificando as CDT. Esta opção, numa primeira análise, mostrou-se como aquela que permitiria balancear com melhores resultados a soberania fiscal dos Estados e a urgência de implementação das medidas desenvolvidas no Projeto BEPS e, adicionalmente, permitiria a conservação dos equilíbrios negociais bilateralmente pré-estabelecidos. Neste contexto, como identifica a OCDE, diversas vantagens resultam desta opção.

Em primeiro lugar, destaca-se desde logo o facto de as alterações serem introduzidas na rede internacional de CDT através da utilização de um único instrumento. Esta opção, por comparação com o “pacote de protocolo”, deve também, no nosso entender, ser perspectivada como muito positiva, visto contribuir bastante para a imprescindível certeza e segurança jurídica, fundamentais ao desenvolvimento económico. Em segundo lugar, a OCDE observa que a conservação da natureza bilateral das CDT colabora no sentido de mitigar a inevitável perda parcial de soberania dos Estados signatários, decorrente da sua vinculação internacional. Por último, a OCDE observa ainda que a Convenção Multilateral seria benéfica para os Estados com economias em desenvolvimento, que poderiam, por esta via, concentrar os seus recursos técnicos numa só negociação. Quanto a este ponto específico, encontra-se escrito no Relatório da Ação 15, o seguinte: “*similarly-minded developing governments may co-operate, pooling their expertise to be efficacious in the negotiating process*”¹⁹⁸. BRAVO¹⁹⁹ parece entender que a importância desta agregação de Estados com economias em desenvolvimento se torna relevante no sentido de controlar as influência e pressões exercidas pelos Estados com economias desenvolvidas.

Chegados a esta fase, cumpre-nos, finalmente abordar as características específicas da Convenção Multilateral à luz do direito internacional público para, posteriormente, dedicarmos a nossa análise aos expedientes técnico-jurídicos que permitem dar cumprimento aos objetivos que já identificámos e, bem assim, compreender o processo de articulação com as CDT.

¹⁹⁸ Cf. OCDE (2015:18).

¹⁹⁹ Cf. BRAVO (2020:86).

7.3. A Convenção Multilateral enquanto fonte de Direito Internacional Público

De forma semelhante às CDT, também a Convenção Multilateral é enquadrável na categoria de convenção internacional e, por isso, também ela (ainda que com algumas especificidades) está sujeita ao quadro regulatório presente na CVDT. Contudo, cumpre-nos tecer algumas considerações sobre as suas características estruturais, sobre o seu procedimento de conclusão, e, por fim, sobre a sua interpretação.

Ao longo dos anos a Doutrina, tanto nacional como internacional, tem vindo a dedicar muitas páginas à “*classificação das convenções internacionais*”²⁰⁰. Motivada, desde logo, pelo reconhecimento de que dentro do conceito amplo de convenção internacional são identificáveis subgrupos que partilham de determinadas características específicas, intrínsecas e extrínsecas, as quais se revelam úteis à sistematização do seu estudo e que, neste exercício, terão dado origem a critérios classificativos materiais e formais, respetivamente²⁰¹.

Neste contexto, e assumindo desde já não ser este o lugar próprio para um estudo mais exaustivo destes critérios, importa enaltecer alguns deles que, como veremos, subsidiam uma melhor compreensão da Convenção Multilateral.

Dito isto, no âmbito dos critérios formais, concernentes ao número de partes (duas ou mais) integrantes da convenção internacional, estes dividem as convenções internacionais em convenções bilaterais e convenções multilaterais. A Convenção Multilateral que estudamos é, de facto, multilateral, pelo simples facto de nela serem signatários mais de dois Estados. Não obstante, esta parecer uma conclusão óbvia e a qual partilhamos, diversas vezes na doutrina internacional têm questionado esta afirmação. No essencial, os principais argumentos que suportam a doutrina que indica que a Convenção Multilateral afinal não é multilateral têm sido fundamentalmente os seguintes: a sua aplicação depende da existência de uma CDT; a mesma não assenta nem reflete nenhum princípio autónomo; nem todos os Estados signatários estiveram presentes na negociação das normas específicas de conteúdo substantivo desenvolvidas no âmbito das outras ações relevantes do Projeto BEPS; e, por fim, não procede à harmonização das normas de DFI, fruto do grande nível de flexibilidade que proporciona aos Estados.

²⁰⁰ Cf. ALMEIDA (2003: 99).

²⁰¹ Cf. ALMEIDA (2003: 99).

Contudo, mais importante do que compreender se a Convenção Multilateral é ou não multilateral, importa compreendê-la nas subcategorias das convenções internacionais multilaterais. Neste ponto, cumpre-nos diferenciar duas subcategorias: as convenções multilaterais gerais ou abertas, e convenções multilaterais fechadas. Como se depreende, nas primeiras o número de partes integrantes tende para a universalidade, não ficando na sua conclusão o número de partes fixado. Por oposição, nas convenções multilaterais fechadas, o número potencial de partes integrantes é determinado previamente à celebração, o que terá motivado o uso alternativo da expressão “tratados plurilaterais”^{202, 203}.

Como se intuirá, a Convenção Multilateral é uma convenção internacional, multilateral e aberta, já que o número de Estados Signatários que integram e potencialmente a virão integrar tende, idealmente, para a universalidade²⁰⁴. A este propósito, pela sua relevância, importa-nos, especialmente, enfatizar dois aspetos.

Por um lado, a “multilateralidade aberta” da Convenção Multilateral representa, ao nível do DFI, um grande passo no processo de transição do bilateralismo para o multilateralismo, espelhando um real esforço da comunidade internacional em não apenas alargar o âmbito de cooperação em matéria fiscal, como aumentar significativamente a “intensidade” da mesma. Por outro lado, importa ainda olhar esta característica como (também ela) *conditio sine qua non* ao sucesso da Convenção Multilateral e, por conseguinte, do próprio Projeto BEPS. É que, note-se, o êxito prático das medidas substantivas desenvolvidas no âmbito do Projeto BEPS, cujos efeitos práticos dependem da sua incorporação nas CDT, dependem também de que esta incorporação seja rápida, coordenada e, tanto quanto possível, abrangente (idealmente universal).

Com efeito, em certa medida, o sucesso da Convenção Multilateral variará, num primeiro nível de análise, de forma diretamente proporcional à sua abrangência subjetiva, concretizada pelo efetivo número de Estados que a ela se vincularem. De acordo com os últimos dados fornecidos pela OCDE²⁰⁵, a Convenção Multilateral já tem um alcance subjetivo de 99 Estados e jurisdições, dos quais 77 já completaram o processo de ratificação. Por outro lado, os seus efeitos já se produzem em cerca de 890 CDT, sendo esperado que

²⁰² Cf. ALMEIDA (2003: 100).

²⁰³ Serve de exemplo, no âmbito do DFI, a Convenção Nórdica.

²⁰⁴ Note-se que a 22 de julho de 2020 a Convenção Multilateral já contava com a assinatura de 94 Estados e 4 já tinham mostrado a intenção de vir a assinar.

²⁰⁵ Cf. OCDE (2022: 13).

venha a modificar a aplicação de um total aproximado de 1850, assim que os vários Estados e jurisdições signatárias concluírem os respetivos processos de ratificação.

O segundo ponto a tratar neste capítulo, prende-se com o *procedimento de conclusão* da Convenção Multilateral à luz do direito internacional público. De forma semelhante àquilo que se passa com as restantes convenções internacionais, também a Convenção Multilateral pressupôs, na sua edificação, uma fase de negociação (esta realizada no seio do Grupo *ad hoc*, conforme vimos *supra*), uma segunda fase de autenticação ou assinatura (ainda a decorrer em virtude da sua natureza aberta) e, por fim, uma fase de ratificação²⁰⁶ e posterior depósito junto da OCDE.

Conforme esclarece ALMEIDA, a ratificação é o “ato solene pelo qual o órgão competente do Estado à face do direito constitucional (e esse órgão é, por norma, o chefe de Estado) declara a vontade do Estado se obrigar perante as disposições de um tratado – assim tornado definitivo –, comprometendo-se, daí por diante, a executá-lo”²⁰⁷. Dito isto, à luz do direito internacional público será este o momento a partir do qual os Estados Signatários ficarão internacionalmente vinculados ao cumprimento da Convenção Multilateral²⁰⁸.

Note-se, contudo, que ao nível do direito interno dos vários Estados, por oposição ao que se passa ao nível do direito internacional – em que a vinculação depende exclusivamente da sua ratificação –, importa analisar, para cada Estado, a nível doméstico, a relação estabelecida entre a ordem jurídica internacional e ordem jurídica interna²⁰⁹. A este propósito, primordialmente, são reconhecidos tipicamente dois métodos, a saber: o método monista e o método dualista.²¹⁰

Por último, cumpre-nos ainda algumas linhas sobre a interpretação da Convenção Multilateral. De forma semelhante àquilo que dissemos sobre as CDT, a sua interpretação obedece às regras gerais de interpretação dos tratados contidas na CVDT, compreendidas entre os artigos 31.º e 32.º deste documento. Diz-nos o artigo 31.º do mencionado diploma que “um tratado deve ser sempre interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a

²⁰⁶ Cf. ALMEIDA (2003: 100) para maiores desenvolvimentos.

²⁰⁷ Cf. ALMEIDA (2003).

²⁰⁸ Cf. OCDE (2016b).

²⁰⁹ Cf. ALMEIDA (2003: 57-68).

²¹⁰ Sem entrarmos em grandes detalhes sobre cada um dos métodos, importa realçar que para os Estados que adotem o *método monista*, os direitos e obrigações resultantes da Convenção Multilateral produzirão os seus efeitos na ordem interna pelo simples ato de *ratificação*, enquanto que no *método dualista* “as normas internacionais só se tornam internamente válidas depois de “transformadas” em direito interno. Ver ALMEIDA (2003: 58-66) para maiores desenvolvimentos.

atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim”. Com efeito, importa ainda esclarecer, para o caso concreto da Convenção Multilateral, o significado a atribuir ao seu “contexto” e “à luz dos respetivos objeto e fins”.

Para a CVDT, o “ contexto” tem por significado, “além do preâmbulo e anexos incluídos”, qualquer acordo relativo ao tratado celebrado que tenha sido por todas as partes desenvolvido ou aceite como instrumento relativo ao tratado, conforme o artigo 31.º, n.º2, alíneas a) e b), deste tratado. Por outro lado, é ainda reconhecido na CVDT que, simultaneamente com o contexto, na interpretação dos tratados deve ainda atender-se a todo o acordo posterior entre as partes sobre a interpretação do tratado ou das suas disposições, ou toda a prática posterior pela qual se estabeleça o acordo entre as partes sobre a interpretação do tratado. Adicionalmente, atende-se ainda a qualquer norma de direito internacional aplicável às partes sobre a interpretação do tratado. Por fim, qualquer “termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi definido pelas Partes”, conforme o artigo 31.º, n.º4 da CVDT.

Complementarmente, a título de confirmação do sentido da interpretação, pode-se, nos termos do artigo 32.º da CVDT, “recorrer a meios complementares de interpretação, designadamente aos trabalhos preparatórios e às circunstâncias em que foi concluído o tratado”.

Com efeito, estabelecido o quadro regulatório das regras gerais de interpretação de tratados, cumpre-nos, finalmente colocar as questões concretas que levanta a interpretação da Convenção Multilateral, e que são fundamentalmente três: como se resolvem as questões de interpretação que potencialmente surgirem no contexto da aplicação da Convenção Multilateral?; Qual a relevância do Documento Explicativo?; e, por fim, Qual a relevância dos Relatórios das Ações BEPS responsáveis pelo desenvolvimento das medidas a serem implementadas por recurso à Convenção Multilateral nas CDT?

Sobre a primeira questão – as dúvidas que potencialmente surgirem na aplicação da Convenção Multilateral – notamos, preliminarmente (no mesmo sentido que o fazem DOMINGUES / OCHÔA²¹¹) que a Convenção Multilateral conta, no seu artigo 2.º, n.º 1 – “interpretação de termos” – com uma lista fechada de termos (“*Convenção fiscal abrangida*”, “*Parte*”, “*Jurisdição Contratante*” e “*Signatário*”) que se encontram definidos de acordo com o previsto no artigo 31.º, n.º 4, da CVDT.

²¹¹ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020:30-36).

Por seu turno, o n.º 2 deste mesmo artigo 2.º, estabelece a solução para eventuais dúvidas de interpretação de termos que resultem do silêncio da Convenção Multilateral que “qualquer expressão ou termo nela não definido terá, a não ser que o contexto exija uma interpretação diferente, o significado que lhe seja atribuído nesse momento pela Convenção fiscal abrangida relevante”. Persistindo a dúvida, o Documento Explicativo²¹² esclarece que a mesma deverá ser solucionada nos termos do direito interno do Estado no qual a CDT alterada (como veremos melhor, a “convenção fiscal abrangida”) estiver a ser concretamente aplicada. Não obstante reconhecermos, desde já, a grande complexidade interpretativa²¹³ que poderá resultar destes potenciais três níveis de análise (a Convenção Multilateral, as CDT e, por último, o direito interno do Estado que a estiver a aplicar) cumpre-nos ainda, no contexto da questões de interpretação da Convenção Multilateral²¹⁴ dedicar algumas linhas à designada “Conferência de partes”.

As expectáveis dificuldades que poderiam surgir como resultado do número de Estados envolvidos no desenvolvimento e negociação da Convenção Multilateral e, bem assim, da opção realizada em abrir o este tratado à participação dos Estados e jurisdições que se mostrassem interessados, resultaram no reconhecimento de que seria necessário prever-se um mecanismo com as características de “Conferência de partes”. A este mecanismo foi dedicado o artigo 31.º da Convenção Multilateral. Com efeito, nos termos conjugados do artigo 32.º, n.º 2 e do artigo 31.º, n.º 3, estabelece a Convenção Multilateral que “qualquer questão que possa dar lugar à interpretação ou à aplicação da presente Convenção pode ser resolvida por uma Conferência de Partes...” que pode ser convocada por “qualquer Parte (...) dirigindo um pedido ao Depositário [a OCDE]”. Com efeito, no seguimento deste pedido, o “Depositário” informa os Estados signatários da Convenção Multilateral e, desde que o pedido de Conferência de Partes seja apoiado por um terço dos participantes, o “Depositário” fica, nos termos do artigo 31.º, n.º 3 (*in fine*) obrigado a agendar uma Conferência de Partes. Este mecanismo visa a promoção de interpretações comuns entre todos os Estados signatários da Convenção Multilateral.

²¹² Cf. OCDE (2016: 11).

²¹³ Sobre o artigo 2.º, n.º 2 da Convenção Multilateral e, paradoxalmente, sobre os problemas interpretativos que esta norma de interpretação gera, designadamente no que concerne à interpretação autónoma da Convenção Multilateral ver MANZI (2020:742-756).

²¹⁴ Importa neste contexto destrinçar as questões de interpretação sobre a Convenção Multilateral e as questões de interpretação que possam surgir na aplicação das CDT (na verdade, CFA) depois de modificadas pela Convenção Multilateral. Trataremos deste ponto específico quando abordarmos a articulação da Convenção Multilateral com as CFA.

Ademais, de acordo com o que observámos por referência às regras gerais de interpretação de tratados, positivadas na CVDT, este mecanismo, como identificam DOMINGUES / OCHÔA²¹⁵, pode mesmo assumir um grande valor interpretativo por consubstanciar, se verificados determinados requisitos, um acordo posterior entre os Estados signatários, nos termos da alínea a), do n.º 3, do artigo 31.º, da CVDT. Se não verificados - os ditos pressupostos – os resultados da Conferência de Partes qualificar-se-ão como “*um parecer de especialistas relativamente à interpretação da Convenção Multilateral*”²¹⁶.

Por último, dentro das questões de interpretação da Convenção Multilateral, cumpre-nos ainda dedicar alguma atenção à relevância do Documento Explicativo e, bem assim, dos Relatórios das Ações BEPS responsáveis pelo desenvolvimento das medidas a serem implementadas por recurso à Convenção Multilateral.

O Documento Explicativo foi apresentado conjuntamente com o texto final da Convenção Multilateral e preparado pelo mesmo Grupo *ad hoc* (conjuntamente com o subgrupo dedicado à arbitragem) com o objetivo de clarificar a abordagem adotada na Convenção Multilateral e, bem assim, a forma como cada disposição se destina a afetar os CDT, e “reflete, portanto, o entendimento acordado dos negociadores no que respeita à Convenção”. Como observam BRAVO²¹⁷ e DOMINGUES / OCHÔA²¹⁸, discute-se, como seria de esperar, o valor jurídico que se deve atribuir ao Documento Explicativo na interpretação da Convenção Multilateral, sendo destacáveis três posições doutrinárias diversas: a qualificação de “contexto”, nos termos do n.º 2, do artigo 31.º da CVDT, a qualificação de “intenção das partes”, nos termos do n.º 4 do artigo 31.º da CVDT ou, alternativamente, a qualificação como “meio complementar de interpretação”, nos termos do artigo 32.º também da CVDT. De forma semelhante a DOMINGUES / OCHÔA²¹⁹, também nós tendemos a concordar com a posição de que o Documento Explicativo deve ser percebido como um “*meio complementar de interpretação*”, ainda que reconheçamos mérito argumentativo às doutrinas que consideram que este documento deve ser um valor superior, uma vez que foi adotado pelo Grupo *ad hoc* responsável pelo desenvolvimento das negociações²²⁰.

²¹⁵ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020:33).

²¹⁶ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020:33).

²¹⁷ Cf. BRAVO (2020: 84-87).

²¹⁸ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020:34-36).

²¹⁹ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020:34-36).

²²⁰ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020:34-36).

Contudo, cremos que a nossa posição resulta de preocupações distintas daquelas que motivam os autores que acompanhamos quando qualificamos juridicamente o Documento Explicativo como “*meio complementar de interpretação*”. É que, no nosso entender, além das questões fundamentais de natureza técnico-jurídica, como o facto de o Documento Explicativo não ter sido assinado pelas Estados Signatários da Convenção Multilateral (e alguns deles não participaram sequer da negociação), a função nada fácil a que se propõe é, precisamente, a de auxiliar à interpretação. Desta forma, tendo em consideração aquela que antecipamos ser uma utilização massiva do Documento Explicativo, fruto da grande heterogeneidade de recursos humanos e técnicos que se verifica entre as inúmeras administrações tributárias envolvidas na gestão da Convenção Multilateral, não deve em caso algum confundir-se com o seu valor jurídico interpretativo. Como “*meio complementar de interpretação*”, o Documento Explicativo permitirá (como se propõe) apenas confirmar o sentido ou, eventualmente, corrigir a interpretação de um determinado artigo se desta resultar um resultado ambíguo ou obscuro, ou manifestamente absurdo ou incoerente, conforme o artigo 32.º, alíneas a) e b).

Por último, e seguindo ainda o raciocínio de DOMINGUES / OCHÔA²²¹, importa ainda reconhecer a importância (ou significado) interpretativo dos Relatórios das Ações BEPS responsáveis pelo desenvolvimento das medidas a serem implementadas por recurso à Convenção Multilateral. Note-se, desde já, que o desenvolvimento do Projeto BEPS fez-se acompanhar de uma revisão simultânea da Convenção Modelo da OCDE no qual estão incluídas (tendencialmente) as disposições substantivas que a Convenção Multilateral, na sua função adjetiva (ou instrumental), procurará implementar nas CFA. Nesta revisão da Convenção Modelo da OCDE foram, concordantemente, revistos também os seus Comentários. Desta forma, questionar a relevância dos Relatórios do Projeto BEPS assemelha-se, em certa medida, a questionar o valor jurídico dos Comentários da Convenção Modelo da OCDE²²². Contudo, e porque entendemos, no fundo, que se tratam

²²¹ Cf. DOMINGUES / OCHÔA (2020: 36).

²²² Em sentido próximo ver DOMINGUES / OCHÔA (2020:36). Leia-se, neste estudo, o seguinte: “*Por outro lado, o Explanatory Statement não raro remete para os relatórios das ações do BEPS. Assim, entendemos ser defensável que os referidos relatórios (e, indiretamente, os Comentários da Convenção Modelo da OCDE, quando transcrevem estes relatórios) devem ter, pelo menos, o mesmo valor interpretativo que o Explanatory Statement quando este remeta para os mesmos*”. Não obstante a proximidade, a nossa opinião é que não devem ser feitas distinções dentro do valor interpretativo dos Comentários, visto que (tanto quanto nos parece) tal discussão apenas resultaria num acrescentar injustificado de complexidade ao DFI.

essencialmente das mesma questões, remetemos a nossa análise para o **capítulo 3.**, no qual analisámos com maior profundidade esta questão.

7.4. A importância da flexibilidade na Convenção Multilateral

Respeitando a ordem expositiva a que nos propusemos, nesta fase do nosso estudo debruçaremos a nossa atenção sobre a caracterização da Convenção Multilateral enquanto instrumento flexível, procurando, por um lado, perceber a importância que esta característica reveste para o seu sucesso e, por outro, analisar os vários afloramentos como esta se encontra refletida na Convenção.

A flexibilidade surge na Convenção Multilateral com o objetivo fundamental de promover a maior adesão possível dos Estados. Como vimos desde o início do nosso estudo, foram historicamente realizadas diversas tentativas de desenvolver um tratado fiscal multilateral e nenhuma logrou sucesso. As razões que o explicam, são imprescindíveis para entender a opção atual do Projeto BEPS em reavivar (parcialmente) aquela intenção e, adicionalmente, compreender algumas das soluções macroscópicas agora adotadas na Convenção Multilateral.

Desde logo, separam o tratado fiscal multilateral tentado no séc. XX e a Convenção Multilateral os seus objetivos fundamentais. Neste sentido, enquanto que no primeiro se procurava essencialmente eliminar a dupla tributação, que era vista como um entrave ao desenvolvimento económico, na Convenção Multilateral procura-se introduzir medidas, em abstrato, destinadas a combater o BEPS.

As finalidades fundamentais divergentes nos dois tratados, levam-nos a concluir que transitámos de um problema de interesses assimétricos, aos quais RIXEN²²³ justificava a adequação do bilateralismo como política económica ideal, para uma situação caracterizada por interesses comuns à grande maioria dos Estados e, nesse sentido, simétricos. Ademais, complementarmente à simetria dos interesses, também se verifica incerteza quanto à dimensão económica representada. A soma destes dois fatores, a simetria dos interesses e a incerteza dos ganhos potenciais envolvidos levam-nos a (tendo por base a corrente neoliberal sobre as teorias das relações internacionais) a compreender o reavivar da solução

²²³ Cf. RIXEN (2010).

multilateral. Afinal, assumindo que os Estados se posicionam internacionalmente na negociação de tratados internacionais como agentes de mercado, que privilegiam os ganhos absolutos sobre os ganhos relativos, justificando-se a cooperação alargada como a solução mais vantajosa economicamente as condições para a celebração de um acordo internacional com as características da Convenção Multilateral ficam, desde logo, favorecidas por comparação com as que se verificavam para a eliminação da dupla tributação.

Por outro lado, como ensinam THOMPSON / VERDIER²²⁴, o multilateralismo tende a encontrar bom acolhimento pelos Estados nas situações em que os ganhos resultantes da cooperação internacional são incertos, como era o caso do montante de receita tributária perdida fruto de estratégias BEPS. Como os autores observam, as soluções multilaterais nestas circunstâncias oferecem uma redução considerável dos custos de transação envolvidos (face às soluções bilaterais, que neste caso específico, pecam também por falta de adequação), tornando a opção multilateral apetecível.

Por último, vimos ainda uma última consequência direta do fator incerteza, que é a maior propensão dos Estados para acordarem internacionalmente sobre as designadas “*rules of the road*”, que enquanto regras se caracterizam economicamente pela sua neutralidade relativamente às potenciais distribuições de ganhos, podendo corresponder a definições de princípios ou conceitos.

Em suma, facilmente compreendemos a importância da flexibilidade no desenho da Convenção Multilateral, que servindo, como observámos, a função de garantir uma adesão massiva dos Estados, determinante para o Projeto BEPS, surge como contrapeso à inevitável perda de soberania que um instrumento de direito internacional público (como a Convenção Multilateral) implica para os Estados. De outro modo, o sucesso da Convenção Multilateral e do próprio Projeto BEPS varia (num primeiro nível de análise, diga-se!) de forma diretamente proporcional ao efetivo número de Estados e jurisdições signatárias, fator que se promove dotando a Convenção Multilateral de flexibilidade quanto ao nível de compromisso que cada um pretende adotar.

Tendo por base estas considerações, notamos que uma das grandes dificuldades do ponto de vista técnico-jurídico com a qual o Grupo *ad hoc* se deparou no processo de desenvolvimento do texto final da Convenção Multilateral foi, precisamente, encontrar o “equilíbrio negocial” adequado entre a imprescindível flexibilidade, como elemento

²²⁴ Cf. THOMPSON / VERDIER (2014: 15).

potenciador do aumento do número de Estados Signatários, e o cumprimento das finalidades *anti-abuso* do próprio Projeto BEPS. Por outras palavras, entendemos que o referido “equilíbrio negocial” adequado apenas se poderá considerar alcançado se entendermos que do difícil juízo de proporcionalidade no qual foram sopesados, por um lado, os elementos conferidores de flexibilidade – como potenciadores de uma alargada adesão dos Estados à Convenção Multilateral, imprescindível ao sucesso da mesma – e, por outro, a rigidez exigível ao efetivo cumprimento dos fins do Projeto BEPS, se der por adequadamente concluído²²⁵. Neste sentido, entendemos que a flexibilidade, na Convenção Multilateral, assume amplamente a função de temperar a “intransigência” exigível a qualquer instrumento de direito, nacional ou internacional, que se proponha a cumprir finalidades anti-abuso.

O reconhecimento de que a Convenção Multilateral necessita, para o seu sucesso, de características de flexibilidade, não responde às duas questões que imediatamente se impõem, e que se prendem com o “quanto” e o “como”. Procurando responder a estas duas questões, tentaremos analisar, de um ponto de vista mais prático, os concretos afloramentos de flexibilidade no corpo da Convenção Multilateral.

Para efeitos de sistematização de raciocínio, procuraremos, numa primeira fase, destringir as situações em que estamos perante disposições destinadas ao cumprimento dos *standards* mínimos²²⁶ acordados no Projeto BEPS daquelas em assumem natureza facultativa e, numa segunda fase, analisar as várias formas de concretização desta flexibilidade na Convenção Multilateral²²⁷. Em relação às primeiras – as disposições que visam dotar os Estados Signatários das ferramentas necessárias ao cumprimento dos *standards mínimos* – notamos, desde já, que o grande desafio terá sido dotar a Convenção Multilateral de disposições com a flexibilidade necessária a acomodar as diferentes posições dos Estados que integraram o Grupo *ad hoc* (heterogéneos entre si) sem com isso permitir uma eventual frustração do *telos* da Convenção Multilateral, e do próprio Projeto BEPS.

Por outro lado, no que respeita às disposições com natureza facultativa, a flexibilidade do MLI assume um papel de igual importância, tanto pelo prisma da articulação

²²⁵ De forma muito abrangente, sobre a importância da flexibilidade nos tratados multilaterais, BRAVO (2020:170) escreve o seguinte: “*Flexibility ensures participation in multilateral treaties of states with diverse cultural, economic, political and legal backgrounds. However, it also impairs the integrity of multilateral treaties, as parties can commit at different levels*”.

²²⁶ São *standards mínimos* a disposição relativa à prevenção do abuso de tratados, desenvolvida ao abrigo da Ação 6, e a norma mínima para a melhoria da resolução de litígios desenvolvida ao abrigo da Ação 14.

²²⁷ Cf. OCDE (2017: 13;20).

funcional que se estabelecerá entre a Convenção Multilateral e as CDT que esta vier a modificar, como pela necessidade acrescida de tornar as suas disposições com carácter facultativo “convindicativas” à potencial integração nas CDTs.

Seguindo de perto a exposição desenvolvida no Documento Explicativo, são de destacar na Convenção Multilateral cinco concretizações específicas de flexibilidade, a saber: *i*) discricionariedade quanto à inclusão de CDT no escopo da Convenção Multilateral; *ii*) possibilidades alternativas no cumprimento dos *minimum standards*; a *iii*) possibilidade de formulação de reservas à aplicação de regras facultativas; *iv*) possibilidade de formulação de reservas a determinados CDT; e, por fim, *v*) a flexibilidade na aplicação de artigos opcionais ou alternativos.

A primeira das formas mediante a qual a referida flexibilidade se evidencia na Convenção Multilateral –discricionariedade dos Estados Signatários quanto à inclusão de CDT– traduz-se na possibilidade de cada Estado Signatário especificar dentro da sua rede de CDT (isto é, nas quais é signatário) aquelas que pretende ver ser modificadas pela Convenção Multilateral. Esta possibilidade encontra a sua positivação expressa no artigo 2.º da Convenção Multilateral – “Interpretação de termos” – que define o conceito de “Convenções fiscais abrangidas” (as CFA). Diz-nos, para o efeito, o artigo 2.º da Convenção o seguinte:

“A expressão «Convenção fiscal abrangida» designa uma convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento (independentemente de esta abranger ou não outros impostos):

i) Que esteja em vigor entre duas ou mais:

A) Partes; e/ou

B) Jurisdições ou territórios que sejam Partes de uma convenção acima mencionada e por cujas relações internacionais seja responsável uma Parte; e

ii) Relativamente à qual cada uma dessas Partes tenha efetuado uma notificação ao Depositário mencionando essa convenção, assim como qualquer outros instrumentos que a alterem ou acompanhem (identificadas pelo título, designação das Parte, data de assinatura e, caso não seja aplicável no momento da notificação, data de entrada em vigor), como uma convenção que deseja que seja abrangida pela presente convenção”.

A propósito da possibilidade de um Estado Signatário especificar uma CDT em que seja parte, mas que ainda não esteja em vigor, esclarece-nos o Parágrafo 32.º do Documento Explicativo que um Estado Signatário pode “(...) *incluir na lista prevista no artigo 2.º, n.º 1, a), ii), uma Convenção para evitar a dupla tributação assinada mas que ainda não esteja em vigor*”, devendo, para o efeito, “(...) *notificar o Depositário da data de entrada em vigor dessa Convenção, pois será esta a data a partir da qual esta convenção – assinada mas não vigente – é suscetível de ser incluída no conceito de “Convenção fiscal abrangida”*”²²⁸. Com efeito, quando a referida data for posterior à entrada em vigor da Convenção Multilateral, relativamente a essa Parte, nos termos do artigo 34.º, n.º 2, essa notificação considerar-se-á um aditamento à lista das suas “*Convenções fiscais abrangidas*”, nos termos do artigo 29.º, n.º 5.

Uma segunda concretização da flexibilidade, conforme referido em *ii) supra*, passa pelo facto de a Convenção Multilateral conferir aos Estados Signatários possibilidades alternativas no cumprimento dos *standards* mínimos, desde que materialmente sejam cumpridos os seus fins. Como se compreenderá melhor com o desenrolar da exposição, a possibilidade de formular reservas em relação a disposições destinadas ao cumprimento dos *standards* mínimos acordados no âmbito do Projeto BEPS²²⁹ é, por razões óbvias, muitas vezes vedada aos Estados Signatários. Contudo, a Convenção Multilateral, reconhece que o cumprimento material destes *standards* mínimos pode, em variados casos, ser alcançado por múltiplas formas. Neste sentido, mostra-se flexível quanto à forma como os mesmos são alcançados, não estabelecendo qualquer hierarquia entre estas, desde que materialmente os mesmos sejam alcançados.²³⁰

²²⁸ Cf. OCDE (2016: 9).

²²⁹ Cf. OCDE (2017: 20).

²³⁰ Cf. OCDE (2016: 3) Neste sentido, lê-se no Documento Explicativo o seguinte: “*Sempre que um minimum standard possa ser satisfeito de várias formas alternativas, a Convenção não dá preferência a uma forma específica de cumprir a norma mínima. No entanto, para garantir que a norma mínima possa ser cumprida nessas circunstâncias, nos casos em que as jurisdições contratantes adotem uma abordagem diferente para cumprir uma norma mínima que exija a inclusão de um tipo específico de disposição do Tratado, essas jurisdições contratantes devem esforçar-se por alcançar uma solução mutuamente satisfatória, em conformidade com a norma mínima*”.

Conforme analisámos aquando do estudo das características gerais do Projeto BEPS, um dos progressos em termos de cooperação internacional foi o desenvolvimento de mecanismos de *peer review* no âmbito do Inclusive Framework, analisado *supra*. Neste sentido, sobre o controlo do cumprimento material dos *standards* mínimos, lê-se o seguinte no Documento Explicativo: “*It should be noted that whether a Covered Tax Agreement (as it may be amended through bilateral negotiations) meets the minimum standard would be determined in the course of the overall review and monitoring process by the Inclusive Framework on BEPS,*

Em terceiro lugar, por oposição àquilo que observámos por referência às disposições com conteúdo obrigatório (os ditos *standards* mínimos), destacamos a faculdade de os Estados Signatários formularem reservas à aplicação das disposições (ou parte das mesmas) que consubstanciem regras facultativas.

Historicamente a utilização de reservas no âmbito de convenções internacionais multilaterais tem vindo a ganhar importância por ser um elemento potenciador da “universalização do direito convencional”²³¹. A sua utilização, em abstrato, surge quando determinado Estado, não obstante concordar com o conteúdo genérico de uma determinada Convenção, discorda do conteúdo de disposições específicas que colocam em causa a sua intenção de vinculação. Nestas circunstâncias, quando tal é permitido pela própria convenção (como acontece com a Convenção Multilateral) os Estados muitas vezes recorrem ao expediente jurídico das reservas, que lhes permite excluir (total ou parcialmente) ou modificar a aplicação dessas disposições que, de outra forma, lhes seriam aplicáveis pela sua vinculação.

Na Convenção Multilateral, atendendo à pluralidade de temas abordados e, bem assim, à concorrência de normas de aplicação imperativas e discricionárias, a possibilidade de oposição de reservas ganha uma especial importância na promoção da adesão à Convenção Multilateral, que, reiteramos, é imprescindível ao seu sucesso. Contudo, note-se ainda que, por regra, quando formuladas, as reservas serão oponíveis a todos os Estados Signatários e, desta forma, a disposição cuja aplicação foi excluída por oposição da reserva deixará de ser aplicável a todas CFA daquele Estado Signatário²³².

Um quarto elemento de flexibilidade, caracteriza-se pela possibilidade de os Estados Signatários formularem reservas à aplicação de determinadas disposições a CFA²³³ concretas, que contenham disposições específicas e objetivamente definidas. Esta faculdade efetiva-se na possibilidade de os Estados Signatários se reservarem ao direito de não aplicar

which brings together a large number of countries and jurisdictions to work on the implementation of the Final BEPS Package”.

²³¹ Cf. ALMEIDA (2003: 120).

²³² Cf. OCDE (2016: 4).

²³³ Cf. OCDE (2016: 4) “*The ad hoc Group recognized that even where a Party intends to apply a particular provision of the Convention to its treaty network, it may have policy reasons for preserving the application of specific types of existing provisions. To accommodate this, in a number of cases the Convention permits a Party to reserve the right to opt out of applying a provision to a subset of Covered Tax Agreements in order to preserve existing provisions that have specific, objectively defined characteristics*”.

de determinadas disposições da Convenção Multilateral a concretas CFA em que são Partes, sem prejudicar a sua intenção genérica de aplicação. Como se compreende, a possibilidade resulta do reconhecimento de que determinadas CFA (negociadas bilateralmente) conterem cláusulas específicas cujo conteúdo terá resultado de negociações motivadas por razões de política fiscal, pelas razões que fomos observando ao longo do nosso estudo, com especial relevo a normal assimetria de interesses que caracteriza a negociação de CDT.

Por fim, destacamos ainda a possibilidade de os Estados Signatários em várias disposições da Convenção Multilateral optarem alternativamente pela aplicação de determinadas disposições substantivas que estabeleçam entre si uma relação opcionalidade ou alternatividade. Esta forma de flexibilidade encontra a sua justificação no facto de determinadas Ações do Projeto BEPS terem desenvolvido medidas alternativas ou opcionais idóneas a combater as mesmas práticas abusivas²³⁴. Nos casos em que a Convenção oferece aos Estados Signatários medidas substantivas opcionais ou alternativas entre si (aptas a satisfazer o mesmo fim), a sua aplicação prática só acontecerá quando para uma mesma CFA todas as Jurisdições Contratantes tiverem exercido a mesma opção.

7.5. A estrutura da Convenção Multilateral - uma breve caracterização

Não sendo a nossa análise projetada sobre as disposições de conteúdo substantivo, nesta parte, apenas caracterizaremos a estruturação macroscópica da Convenção. Neste sentido, servindo-nos do curioso exemplo de AVI-YONAH / XU, podemos identificar a estruturação da Convenção Multilateral como se fosse um dragão. Neste sentido, a sua Parte I, vocacionada para a clarificação do seu escopo e interpretação, podemos identificar como a sua cabeça. As Partes II a VI, dedicadas à configuração das medidas substantivas (desenvolvidas no âmbito das Ações 2, 6, 7 e 14 do Projeto BEPS) e, bem assim, aos métodos de implementação e articulação com as CFA, como o seu corpo. Por último, a Parte VII, que

²³⁴ A título de exemplo, ainda que não desçamos ao conteúdo da medida substantiva, veja-se o artigo 13.º da Convenção Multilateral (Elisão Artificiosa da qualificação como estabelecimento estável através das exceções aplicáveis a atividades específicas) que, no respetivo n.º 1 estabelece que “uma Parte pode optar por aplicar o número 2 (Opção A) ou o número 3 (Opção B) ou por não aplicar qualquer das opções”. Com base neste artigo, que nos serve igualmente de exemplo de uma regra facultativa (admite a formulação de reservas), os Estados podem optar pela aplicação de duas variações alternativas da medida ou, em última análise, não aplicar nenhuma delas.

corresponde à sua cauda, é dedicada a todas as questões processuais relativas ao funcionamento da Convenção Multilateral²³⁵.

7.6. O Funcionamento da Convenção Multilateral

Neste último capítulo, que precede as nossas considerações finais, a nossa preocupação recairá sobre a análise da articulação funcional estabelecida entre a Convenção Multilateral e as várias CFA.

Para o efeito, importa, por um lado, compreender a sua i) a entrada em vigor e produção de efeitos e, por outro, analisar ii) a interação estabelecida entre as disposições substantivas da Convenção Multilateral e das CFA.

A primeira questão em análise – a entrada em vigor e produção de efeitos – que normalmente é bastante simples, ganha, no contexto da Convenção Multilateral uma particular complexidade. Com efeito, paralelamente à vinculação internacional dos Estados, que se efetiva mediante ratificação, a entrada em vigor da Convenção Multilateral, na esfera dos Estados, acontece, nos termos do seu artigo 34, n.º 2, no “...primeiro dia do mês seguinte ao decurso de um prazo de três meses a contar da data do depósito (...) do seu instrumento de ratificação...”. Não obstante, no que concerne à produção de efeitos, note-se, desde logo, que por força dos próprios objetivos da Convenção Multilateral (modificar a forma de aplicação das CFA, resultantes de negociações bilaterais entre dois Estados), esta está dependente da coordenação dos momentos de entrada em vigor da Convenção Multilateral para cada uma das Jurisdições Contratantes de cada CFA. Neste sentido, uma primeira conclusão necessária sobre a produção de efeitos da Convenção Multilateral é, precisamente, a necessidade de olhar a cada CFA em específico por forma a compreender se para ambos os Estados signatários a Convenção Multilateral já está em vigor.

Por outro lado, importa ainda ter em consideração a questão da aplicação da Convenção Multilateral no tempo que, por força da diversidade de medidas nela previstas, tornou necessário criar critérios distintos para a produção de efeitos das mesmas. Sobre esta questão, o artigo 35.º da Convenção Multilateral determina que, no que concerne aos impostos retidos na fonte, a produção de efeitos dar-se-á no primeiro dia do ano civil seguinte

²³⁵ Cf. AVI-YONAH / XU (2018:165-166). Nesta publicação, os autores fazem uma análise detalhada das várias disposições substantivas da Convenção Multilateral.

à entrada em vigor da Convenção Multilateral para cada um dos Estados signatários (efetivada nos termos do artigo 34.º, n.º 2). Por seu turno, no que toca aos impostos exigidos por referência a períodos de tributação, como será o caso do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, a produção de efeitos ocorrerá, salvo opção em contrário, no período que se iniciar após seis meses da entrada em vigor da Convenção Multilateral para o último dos Estados signatários²³⁶.

O segundo ponto em análise neste capítulo, prende-se com o estudo da ii) interação estabelecida entre as disposições substantivas da Convenção Multilateral e das CFA. Para o efeito, seguiremos de perto a ordem expositiva desenvolvida no Documento Explicativo, que, em traços gerais, adota uma análise estruturalmente orientada pelas várias “disposições tipo” que integram a Convenção Multilateral .

Tipicamente, cada um dos artigos da Convenção Multilateral tem como “n.º1” uma disposição com conteúdo substantivo correspondente àquele que foi acordado no âmbito da Ação específica responsável pelo seu desenvolvimento²³⁷ e incluída no Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património desenvolvida pela OCDE (comumente designada CMOCDE), na versão de 2017, alterada em função do Projeto BEPS. Contudo, como se destaca no Documento Explicativo, foram necessárias fazer três adaptações, a saber: alterações linguísticas necessárias à adaptação da linguagem da disposição modelo à utilizada na Convenção Multilateral; substituição das remissões numéricas entre artigos, por referências com conteúdo material; e, por fim, em determinados casos, terá sido necessário alterar o conteúdo das disposições por forma a acomodar as alterações realizadas em artigos complementares àqueles que foram efetivamente alterados²³⁸.

Em segundo lugar, na estrutura típica de um artigo da Convenção Multilateral, encontramos as designadas cláusulas de compatibilidade. A sua relevância projeta-se sobre a relação estabelecida entre as disposições da Convenção Multilateral e as disposições das CFA, nos casos em que estas não se mostram compatíveis. Neste sentido, utilização de cláusulas de compatibilidade surge no MLI com uma função regulatória de potenciais

²³⁶ Cf. OCDE (2016: 76-80).

²³⁷ As disposições integrantes da Parte VI da Convenção Multilateral, pelo facto do seu desenvolvimento ter sido feito no âmbito da Ação 15, não respeitam a estrutura-tipo que identificamos.,

²³⁸ Cf. OCDE (2016: 4).

relações conflitantes que se possam estabelecer na entre as disposições da Convenção Multilateral e aquelas que integram as CFA que regulam as mesmas matérias.

Neste contexto, no geral, podemos encontrar no texto da Convenção os seguintes tipos de cláusulas de compatibilidade:

1. *“Em vez de” (“in place of”)*: a disposição do MLI apenas se aplica se ambas as Jurisdições Contratantes notificarem o depositário a existência de uma disposição no corpo da CFA que estiver em causa;
2. *“Aplica-se a” ou “modifica” (“applies to” or “modifies”)*: a norma do MLI apenas será aplicável se ambas as Jurisdições Contratantes notificarem a disposição existente na CFA. Perante uma cláusula deste tipo a forma como a cláusula existente na CFA é aplicada será alterada sem que, contudo, seja integralmente substituída pela disposição da Convenção Multilateral;
3. *“Na ausência de” (“in the absence of”)*: a disposição do MLI apenas se aplicável às convenções que não possuam norma com conteúdo análogo e no caso de ambas as partes da CFA notificarem ausência de tal disposição.
4. *“Em vez de” ou “na ausência de” (“in place of” or “in the absence of”)*: a norma da Convenção aplica-se a todos os casos, sendo que no caso de ambas as Jurisdições Contratantes de uma CFA notificarem a existência de uma disposição a disposição do MLI aplicar-se-á em vez desta. Por outro lado, no caso de existir uma disposição relevante na CFA que não tenha sido notificada por nenhuma das jurisdições, a norma do MLI será na mesma aplicável na medida e, que exista uma incompatibilidade entre ambas.²³⁹ ²⁴⁰Por último importa ainda referir os casos em que não existe de facto nenhuma disposição com conteúdo análogo na CFA. Neste último caso a disposição da Convenção Multilateral deverá ser adicionada a esta CFA.

Paralelamente às cláusulas de compatibilidade, importa igualmente ter em consideração as designadas cláusulas de notificação, que, na estrutura de um artigo típico da

²³⁹ Cf. OCDE (2016: 6).

²⁴⁰ Cf. OCDE (2015: 31-34) para uma análise mais profunda sobre a opção pela utilização deste tipo de cláusulas.

Convenção Multilateral, aparecem, por norma, em quarto lugar²⁴¹. É que, atendendo aos vários afloramentos de flexibilidade que constatámos existirem no MLI, tanto ao nível dos *standards* mínimos como ao nível das regras facultativas, que permitem em muitos casos que os Estados façam opções entre medidas alternativas, foi reconhecido como imprescindível que os Estados notifiquem o depositário das suas intenções (por outras palavras, das suas opções e reservas). Por outro lado, e, desta feita, funcionando numa lógica coordenada com a cláusulas de compatibilidade, promovendo a clareza, segurança jurídica e transparência na interpretação e aplicação da Convenção Multilateral, os Estados Signatários são obrigados a notificar o Depositário em todas as circunstâncias em que uma determinada disposição desaplicar ou modificar uma disposição de uma CFA.

Note-se, adicionalmente, que como seria antecipável, o tipo de notificação varia conforme o tipo específico de cláusula de compatibilidade que estiver em causa – “*em vez de*” (“*in place of*”); “*aplica-se a*” ou “*modifica*” (“*applies to*” or “*modifies*”); “*na ausência de*” (“*in the absence of*”); ou “*em vez de*” ou “*na ausência de*” (“*in place of*” or “*in the absence of*”) – sendo que, em especial, conforme destaca do Documento Explicativo²⁴², as disposições da Convenção Multilateral apenas se aplicarão nos casos em que todos os Estados signatários de uma CFA notificarem a existência ou inexistência de disposições que devam, respetivamente, ser substituídas, modificadas ou integradas pelas disposições da Convenção Multilateral.

Por último, em certa medida paradoxalmente àquilo que acabámos de referir, cumpre-nos dar nota de que “independentemente dos melhores esforços do Estados Signatários notificarem a existência de disposições que estejam no objetivo escopo das cláusulas de compatibilidade”²⁴³, certo é que, mesmo que não o façam, por força do princípio *lex posterior derogat legi priori*, previsto nos termos do artigo 30.º, n.º 3, CVDT, as disposições da Convenção Multilateral incompatíveis com as disposições das CFA não veriam a sua aplicação prejudicada, já que, nos termos deste artigo, “Quando todas as Partes no tratado anterior são também Partes no tratado posterior , sem que este tenha cessado de

²⁴¹ Em terceiro lugar na estrutura-tipo dos artigos da Convenção Multilateral, encontram-se, por regra, as reservas admissíveis, que optámos por não analisar nesta fase da exposição, pelo facto de já o termos feito aquando do estudo dos afloramentos da *flexibilidade* na Convenção Multilateral.

²⁴² Cf. OCDE (2016: 6).

²⁴³ Cf. OCDE (2016: 5).

vigorar (...) o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições não sejam incompatíveis com as do tratado posterior”²⁴⁴.

²⁴⁴ Cf. BRAVO (2016: 296-304) para uma análise detalhada da coordenação do princípio *lex posteriori derogat legi priori* com as *cláusulas de compatibilidade* da Convenção Multilateral.

8. Apreciação Crítica

Chegados a este momento do nosso estudo, cumpre-nos, finalmente, e de forma despreziosa, dedicar os nossos esforços à realização de uma apreciação crítica sobre os vários temas que trabalhámos. Neste sentido, reconhecendo que o nosso percurso realizou, fundamentalmente, uma retrospectiva sobre o DFI e, nesse sentido, abordou cronologicamente as várias etapas que determinaram o seu processo reconstutivo – do qual a recente Convenção Multilateral da OCDE é um dos *highlights* –, procuraremos que esta fase adote, na medida do possível, o mesmo percurso metodológico. Para o efeito, subdividiremos a nossa análise em três momentos distintos que, abstratamente, podemos afirmar reportarem-se ao passado, ao presente e ao futuro do DFI. r

Neste contexto, no primeiro momento da nossa apreciação, apresentaremos a nossa visão sobre o rumo que o DFI tem vindo a seguir e que marca o desafiante, mas imprescindível, reforço da cooperação internacional em matéria fiscal. Nesta etapa, partindo da análise que realizámos até ao estudo do Projeto BEPS, procuraremos dar a conhecer a nossa visão sobre alguns aspetos essenciais para nós que, não obstante já terem sido vastamente pensados no passado, mantêm uma atualidade que ousamos apelidar de intemporal. Referimo-nos amplamente à eterna discussão que opõe a competição e a cooperação no DFI, na qual pelo menos aparentemente parece ter vingado a cooperação. Contudo, como qualquer decisão dotada de sentido útil, esta não é inconsequente, nem tão pouco seria a sua alternativa antagónica, que passaria pela promoção da concorrência fiscal e da ação unilateral descoordenada.

A segunda parte da nossa apreciação, que partirá das conclusões assimiladas no momento que lhe precede, projetar-se-á sobre o tempo presente e sobre o que o caracteriza, perspectivado sob o prisma do Projeto BEPS e da Convenção Multilateral. Desta forma, procuraremos evidenciar a incontestável importância que o Projeto BEPS tem tido para o DFI, desde a reestruturação dos seus intervenientes até à (re)compreensão dos seus princípios, algo que tem vindo a permitir ao sistema fiscal internacional recuperar alguma da distância que o separa da conformadora realidade da economia internacional atual. Por outro lado, dedicaremos igualmente os nossos esforços à explicitação da nossa visão sobre a Convenção Multilateral, algo que faremos desdobrando a nossa apreciação em três momentos distintos. Desta forma, primeiramente, questionaremos o sucesso objetivo da

Convenção Multilateral na prossecução dos seus fins e dos do próprio Projeto BEPS. Subsequentemente, olharemos (e reconheceremos) a Convenção Multilateral no seu detalhe técnico-jurídico formal, procurando fazer uma apreciação sobre os métodos utilizados neste instrumento, centrando a nossa análise, fundamentalmente, na flexibilidade. Por último, dedicaremos alguns parágrafos ao reconhecimento da Convenção Multilateral enquanto marco na história do DFI, reconhecendo-a como ponto de inflexão na transição de um sistema fiscal internacional marcadamente assente no bilateralismo para uma nova forma de regime que se caracteriza por apresentar uma forma combinada – e com bom nível de coordenação – de traços do bilateralismo com o multilateralismo.

Por último, e já com os olhos colocados no futuro, partilharemos, despretensiosamente, algumas das reflexões que fomos fazendo ao longo do nosso percurso sobre o rumo global do DFI, recordando os vetores que entendemos que devem conduzir o seu processo reconstrutivo, agora perspetivado como sistema. Referimo-nos, em especial, à equidade, à eficiência económica e, talvez fundamentalmente, à “simples” simplicidade, cuja inequívoca importância já se encontra até empiricamente comprovada para o bom funcionamento de um qualquer sistema tributário, com expressão reforçada, cremos nós, num sistema tributário internacional.

8.1. Sobre a cooperação e o imperialismo no Direito Fiscal Internacional

O caminho percorrido pelo DFI até ao final do séc. XX, no qual enquanto ramo autónomo do direito se inaugurou e desenvolveu, foi fundamentalmente orientado pela procura de soluções para a eliminação da dupla tributação internacional. Neste período, como observámos, foram estabelecidos (ou reconhecidos) os princípios (estruturais e operativos) que conformaram a edificação do DFI enquanto sistema, composto quer por regras de *hard law*, quer por regras de *soft law*, que conjuntamente disciplinam as referidas “*situações internacionais (...) que têm contacto, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar*”²⁴⁵.

A grande discussão que marcou o século passado – o bilateralismo vs. o multilateralismo – determinou aquela que permanece como a solução atual para a eliminação

²⁴⁵ Cf. XAVIER (2016: 3-4).

da dupla tributação: uma rede internacional de CDT bilaterais baseadas em modelos de convenção desenvolvidos no âmbito de organizações internacionais, como a Convenção Modelo da OCDE, a qual representa o modelo com maior expressão. Como reconhecemos no já distante capítulo introdutório, esta solução, com grande mérito, funcionou com bastante eficiência até à fase final do séc. XX, espelhando aquilo que identificámos ser não o consenso internacional desejável, mas sim o consenso internacional possível.

Sucedem que o vertiginoso ritmo que marcou o progresso global e a integração económica mundial, altamente potenciada pelo desenvolvimento tecnológico, não foi tempestivamente acompanhado pela modernização do DFI. A estruturação do sistema fiscal internacional em regras e princípios de *soft law*, uma verdadeira “*house of cards*” de que a Convenção Modelo serve de perfeito exemplo, revelou aquilo que a medicina costuma identificar como uma doença autoimune, definida como uma reação do sistema contra si próprio. As regras e princípios que compõem o objeto do DFI, independentemente da sua fonte ser interna ou internacional, entram em conflito no momento da sua aplicação prática e geram uma entropia transversal ao sistema fiscal internacional que permitiu a emergência dos novos desafios. Numa frase, a insuficiência e desadequação das soluções de DFI aos novos tempos esteve na origem dos seus desafios modernos: a concorrência fiscal prejudicial, a evasão fiscal e o BEPS.

Os desafios identificados, conjuntamente, resultam num problema global de superior importância, que é a sustentabilidade estrutural e essencial dos Estados²⁴⁶ – enquanto Estado fiscal –, que veem a sua capacidade de cobrar impostos reduzida e, nesse sentido, ficam privados da sua principal fonte de receita²⁴⁷.

O reconhecimento da insuficiência das soluções existentes no DFI e das consequências que desta realidade resultam, levou os Estados a questionarem-se, desde o final do séc. XX, sobre o rumo a seguir no seu processo reconstutivo. Em abstrato, e extremadas as possibilidades, a decisão a tomar passava pela aceitação da concorrência fiscal internacional, que determinaria que os Estados unilateralmente desenvolvessem e prosseguissem uma estratégia individual para enfrentar estes desafios (referimo-nos à evasão fiscal e ao BEPS, tendo em conta que a concorrência fiscal é uma prática dos próprios

²⁴⁶ Cf. NABAIS (2020:289).

²⁴⁷ Veja-se, a título de exemplo, o n.º 1, do artigo 103.º, da CRP: “O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”.

Estados) ou, alternativamente, reforçassem os laços existentes no sentido da cooperação internacional.

A opção realizada foi, como sabemos, no sentido do reforço da cooperação internacional e foi levada a cabo essencialmente pelos Estados com economias desenvolvidas, principalmente os membros da OCDE. A viagem no sentido da cooperação internacional iniciou-se ainda em 1998, com a publicação pela OCDE do Relatório “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”, e posteriormente foi prosseguida por outras iniciativas, das quais se destacam o Projeto BEPS. Não obstante, conforme fomos referindo ao longo do nosso estudo, a decisão no sentido do reforço da cooperação não é, naturalmente inconsequente, nem tão-pouco é (como vimos) isenta de obstáculos, que identificámos no nosso estudo como barreiras à cooperação internacional.

Sem prejuízo de oportunamente regressarmos à análise dos vários obstáculos à cooperação internacional – o que faremos no subcapítulo da nossa apreciação crítica dedicado ao BEPS e à Convenção Multilateral –, nesta instância importa-nos particularmente questionar a opção em si, procurando compreender se faz ou não faz sentido cooperar. Mais do que isso, importa compreender se faz sentido para todos os Estados, especialmente aqueles que têm economias em desenvolvimento.

O primeiro momento da nossa análise passa, desde logo, por compreender, como observam HIDALGO²⁴⁸ e NABAIS²⁴⁹, que não obstante não merecerem a popularidade mediática das grandes multinacionais, os Estados são também eles corresponsáveis pelos fenómenos condutores à erosão das bases tributárias e mesmo à evasão fiscal, algo que, como observa NABAIS tem por vezes vindo a ser esquecido pela doutrina. O simples reconhecimento desta realidade já seria, porventura, o bastante para compreendermos que provavelmente há interessados na concorrência fiscal internacional. Vejamos para já como se processa e o que significa esta dita corresponsabilidade.

Em primeiro lugar, como observa NABAIS²⁵⁰, na abordagem dos desafios concernentes à evasão fiscal e ao BEPS, importa desde logo diferenciar os dois tipos de atores: os beneficiários e os prejudicados. Neste sentido, do lado dos beneficiários, encontramos as empresas (as dotadas dos conhecimentos necessários para desenvolver práticas de evasão fiscal ou de grandeza e poder económico que “justifiquem” investir em

²⁴⁸ Cf. HIDALGO (2017:10-13).

²⁴⁹ Cf. NABAIS (2020:256-263).

²⁵⁰ Cf. NABAIS (2020:260-263).

estratégias de planeamento fiscal agressivo) e os Estados que “previamente oferecem sistemas fiscais que acomodam este duplo desvio”²⁵¹. Desta forma, os segundos atores, adaptando os seus sistemas fiscais aos interesses dos contribuintes transnacionais, acabam por beneficiar de receitas tributárias que de outro modo não conseguiriam, num claro conluio estes últimos²⁵².

No reverso da medalha, encontramos os prejudicados ou vítimas dos fenómenos da evasão fiscal e do planeamento fiscal agressivo (as vítimas do BEPS, no fundo). Ora, desta feita, identificamos desde logo os Estados, que perdem de facto receita tributária. Contudo, são também (se não fundamentalmente) os contribuintes, em especial os individuais, que não sendo capazes, por razões financeiras ou técnicas, de recorrer a estratégias de planeamento fiscal complexas, veem as suas obrigações fiscais a crescer como compensação das perdas de receita tributária resultantes das práticas que as vêm erodido. Mais do que isso, no contexto atual, estas obrigações dos contribuintes “pequenos” tendem a crescer a um ritmo superior ao aumento dos seus rendimentos que, por sua vez, crescem (se crescerem...) a um ritmo inferior ao da própria inflação, o que resulta numa duplamente crescente redução do seu salário real e, conseqüentemente, da sua qualidade de vida. Como observa NABAIS e facilmente se compreende observando o enquadramento principiológico do DFI, vê-se aqui uma “importante violação da ideia do princípio da igualdade ou da equidade tributária” que, como vimos, no âmbito do DFI apresenta uma dupla vertente: a equidade entre contribuinte e a equidade entre Estados²⁵³.

²⁵¹ Sobre o problema em causa, como palavras bastantes acutilantes, leia-se em NABAIS (2020:258) o seguinte: “O [conluio entre alguns Estados e os contribuintes], de algum modo, tem o sentido de um furto relativo às bases tributárias e aos lucros tributários levados a cabo pelas empresas que tem como receptadores os Estados que constituem paraísos fiscais, incluindo nestes todos quantos materialmente o sejam, ainda que, no quadro do que se vem considerando linguagem politicamente correta, sejam designados de qualquer outra coisa, como é o caso da designação de regimes preferenciais para os paraísos fiscais dos Estados-membros da União Europeia”.

²⁵² Não obstante a realidade se revelar, na prática, mais complexa do que a simples arrecadação de receita fiscal, algo sobre o qual que temos vindo a insistir ao longo do nosso estudo, a verdade é que se reduzíssemos à fiscalidade as preocupações económicas dos Estados, e assumíssemos que o seu produto é o sistema fiscal, o mercado da receita fiscal funcionaria de acordo com as características de um oligopólio. Nestas circunstâncias, as práticas fiscais concorrenciais prejudiciais consubstanciarão aquilo que na ciência económica é entendido como *dumping*.

²⁵³ Sobre as graves conseqüências que o BEPS representa para a equidade tributária, determinando o esvaziamento deste princípio NABAIS (2020:261) vai ainda mais longe, evidenciando a realidade de que nem todos os contribuintes são iguais, ficando os contribuintes “cativos fiscais” responsáveis pelas despesas tributárias dos seus “pares” fugitivos fiscais. Como menciona o autor, recordando o livro de George Orwell, “*todos são animais* [os contribuintes são iguais], mas alguns são mais iguais do que outros”. Nestes termos, em jeito de conclusão, reconhece o autor que “os Estados que dispõem desses regimes fiscais (mais favoráveis) que conduzem à erosão significativa das bases tributárias dos outros Estados é um verdadeiro furto de bases tributárias que afeta a soberania dos Estados vítima de erosão”.

Em suma, no entender de NABAIS, com quem concordamos, estudar o fenómeno da erosão das bases tributárias não deve nem pode centralizar-se no estudo do comportamento das empresas, mas também implica estudar o comportamento dos Estados, que na definição da sua política fiscal decidem disponibilizar regimes de tributação preferenciais assentes na baixa tributação, consubstanciando paraísos fiscais *lato sensu*. Neste sentido, acompanhando ainda o autor, os estudos e medidas desenvolvidos até aos dias de hoje (com a exceção, diga-se, do Relatório “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”), com particular enfoque no Projeto BEPS, dedicam demasiados esforços na tentativa de responsabilizar as empresas, prejudicando a solução global que não pode de forma alguma desconsiderar o comportamento dos Estados que competem entre si na definição das políticas fiscais e que, por isso, são corresponsáveis (com as empresas) pelo BEPS. No entender de NABAIS, atentas as circunstâncias, a cooperação deveria justificar-se na própria soberania dos Estados, no sentido de ser encontrado um equilíbrio entre aquilo que é a discricionariedade de cada um para definir a sua política fiscal e, bem assim, um limite internacionalmente estabelecido para esta dita discricionariedade, que uma vez ultrapassado deve ser definido como abuso do próprio Estado, com as respetivas consequências a determinar no âmbito do direito internacional público. Acresce que, acompanhando ainda o autor, este equilíbrio tem de ser definido materialmente, não sendo concebível nos dias de hoje existirem regimes fiscais preferenciais encapotados nas próprias regras formais internas dos Estados, de que serve de exemplo o sistema fiscal de Malta²⁵⁴.

Sobre os ditos “paraísos fiscais europeus”, NABAIS faz uma observação especialmente relevante, e que não pode por nós ser deixada sem algum desenvolvimento, conforme o seguinte: “[os paraísos fiscais europeus], *por integrarem espaços económicos fortemente integrados e desenvolvidos, não faz qualquer sentido invocar razões do tipo das que foram e podem ser adiantadas para países que, dada a sua exiguidade territorial, económica ou outra, não têm escala minimamente adequada para viverem do que podemos designar por «mercado oficial» da fiscalidade, tendo, por conseguinte, de lançar mão de um «mercado paralelo» de fiscalidade*”. Esta observação de NABAIS, transporta-nos para aquilo que é a questão fundamental e que se tem destacado como principal argumento contra a cooperação, que é o facto, fundamental, de esta não ser a solução ideal (economicamente)

²⁵⁴ Sobre os “paraísos fiscais europeus”, como designados por NABAIS (2020:262), estes dão-se ainda ao luxo de desenvolver regras (acordos) secretos conjuntamente com as próprias multinacionais, as designadas *Tax rulling*.

para a generalidade dos Estados, especialmente aqueles com economias em desenvolvimento e aqueles que, pelas suas características objetivas (como o tamanho do território) estão sujeitos a condicionalismos que não podem de forma alguma ser desconsiderados no momento de se desenvolverem grandes projetos de cooperação internacional.

Este problema (na verdade, este facto), levou mesmo a que fosse colocada e estudada pela doutrina a questão “*Why [some] actors cooperate against their better interests*”²⁵⁵. Sobre esta questão, no sentido daquilo que dissemos a propósito dos obstáculos à cooperação²⁵⁶, a simples observação da rede de CDT internacional, permite ao intérprete atento compreender a forma desigual como estão distribuídos os direitos de tributação entre os “Estados ricos” e os “Estados pobres” e questionar-se sobre até que ponto não seria benéfico para estes últimos lidarem com as questões da dupla tributação fazendo recurso de medidas unilaterais²⁵⁷. DOURADO responde a esta questão (no fundo às questões) com grande clareza. Em primeiro lugar observa que, de facto, não se vislumbram resultados benéficos da cooperação para os Estados em desenvolvimento, visto que perdem a sua vantagem competitiva que passava pela possibilidade de definirem a sua política fiscal dotando-a de uma generalidade de incentivos idóneos à angariação de investimento. Em segundo lugar, o que os faz, de facto, cooperar contra os seus melhores interesses é a necessidade de se sentirem parte de um clube, como a OCDE, o que tem como significado a criação de uma série de externalidades negativas no sistema fiscal internacional²⁵⁸.

Com efeito, como referimos aquando da análise dos obstáculos à cooperação internacional, o simples reconhecimento da heterogeneidade dos Estados não pode ser desconsiderado nos grandes projetos de cooperação internacional com o Projeto BEPS, até porque a consideração tem consequências determinantes no sucesso prático dos mesmos. Como referimos, a diversidade de condições económicas entres Estados determina, em muitos casos, não só a sua “não autossuficiência”, como evidencia uma real dependência da

²⁵⁵ Cf. DAGAN (2018:166).

²⁵⁶ Cf. MASON (2020:360-364).

²⁵⁷ Este ponto será explorado novamente aquando da nossa apreciação crítica final.

²⁵⁸ Neste sentido, leia-se em DAGAN (2018:184) o seguinte: “*international tax game can be constructed to benefit some (that is, developed) countries at the expense of other (that is, developing) countries. I would not go so far as to suggest that developed countries cooperated in a premeditated manner so as to deliberately create negative externalities for developing countries. But even assuming the current international tax system was not intentionally designed to impose these externalities on developing countries, by pursuing the interests of OECD countries in limiting tax competition and increasing their tax revenues while disregarding the interests of developing countries, it has in fact led to a reality in which the latter face a very narrow range of choices*”.

angariação de investimento externo. Nestas circunstâncias, a concorrência fiscal apresenta-se, na sua dinâmica de atuação internacional, como fator crucial para a angariação de investimento externo, que de outra forma não poderia ser alcançado. Como menciona MASON²⁵⁹, estes países não podem ser persuadidos a cooperar com base no argumento de que as suas receitas fiscais vão aumentar porque mesmo que aumentem, será sempre em níveis insuficientes. Em última instância estes Estados, perspetivando o *trade off* que opõe a cooperação internacional e desenvolvimento de uma política fiscal atrativa de investimento externo, vêem-se perante um problema que não é mais do que uma operação matemática que surge da questão: qual das opções permite uma maior obtenção de capital, seja na forma de receita tributária ou na forma de investimento? Não sendo esta resposta inequivocamente “cooperação internacional”, não se pode esperar que a sua postura internacional mude, mesmo que “(some) actors cooperate against their best interests”.

O reconhecimento destas circunstâncias específicas que questionam a cooperação como solução global, não são, no nosso entender, razões que devam presidir à decisão no sentido oposto de aceitar acriticamente que o sistema fiscal internacional deve ser determinado concorrencialmente. Inversamente àquilo que vem sendo defendido por DAGAN²⁶⁰, que parte de uma visão neoliberal das teorias das relações internacionais para desenvolver uma doutrina de competição e nela pretende corrigir as externalidades normais de um mercado concorrencial, como é o mercado fiscal, pela nossa parte, em grande medida seduzidos pelos valores da corrente cognitivista, que propugnam uma visão mais holística das teorias das relações internacionais, parece-nos que a solução passa por aperfeiçoar sim, mas os modelos e projetos de cooperação no sentido de estes não desconsiderarem a importância de proteger as economias em desenvolvimento.

Façamos um breve paralelismo com as célebres 1.^a e 2.^a Leis de Newton. Diz-nos a 1.^a Lei de Newton (a Lei da inércia): se a resultantes das forças que atuam num corpo for nula, ele continua em repouso ou com movimento retilíneo uniforme. Analogicamente, compreende-se a questão *supra* identificada de forma simples: não existindo uma força motriz real – economicamente a cooperação tem de ser vantajosa para todos os intervenientes – não pode ser expectável qualquer alteração da posição em termos de política fiscal dos Estados que condicionalmente apresentam recursos económicos próprios que lhes permitam

²⁵⁹ Cf. MASON (2020:360-364).

²⁶⁰ Cf. DAGAN (2018).

ser competitivos de outras formas²⁶¹. Por outro lado, e socorrendo-nos novamente da física para uma breve nota de esperança, diz-nos a 2.^a Lei de Newton (conhecida como Princípio Fundamental da Dinâmica) que a mudança de movimento é proporcional à força motora imprimida e é produzida na direção de linha reta na qual aquela força é aplicada. Com a introdução desta 2.^a Lei de Newton pretendemos enfatizar o reconhecimento de que, se encaradas e solucionadas economicamente as questões de base que comprometem a cooperação internacional em matéria tributária de forma transparente e, por isso, verdadeira, os desafios do DFI no séc. XXI ficarão consideravelmente mais próximos de solucionados.

Atentas estas considerações, cumpre-nos, no que sobra deste primeiro subcapítulo da nossa apreciação crítica, justificar a nossa posição no sentido favorável ao reforço da cooperação internacional. Neste contexto, pelo significado que teve na elaboração do presente estudo, iniciamos a nossa argumentação com um excerto de MOORE²⁶², conforme o seguinte:

“Não obstante cooperar seja uma decisão coletivamente racional, na ausência de uma autoridade coerciva coordenadora, e na ausência de confiança entre várias jurisdições (o que lhes permitiria coordenar as suas ações), existe uma tentação de se enveredar por uma via concorrencial individualmente racional, de proteger os produtores nacionais. Contudo, o resultado final desse "jogo" é uma situação coletivamente irracional e subótima, na qual os indivíduos que vivem em sociedade experimentam menos proteções (laborais, de segurança e ambientais) e salários mais baixos; e o Estado, como um todo, encontra a sua capacidade de arrecadar receitas, através da tributação das empresas multinacionais, muito reduzida”. (tradução nossa)

Não obstante a cooperação ser economicamente recomendada como estratégia idónea a corrigir situações subótimas²⁶³, paralelamente aos movimentos de cooperação que analisámos no **capítulo 5.**, no combate ao fenómeno BEPS em especial, e mais amplamente no combate à evasão fiscal internacional – que não se confunde quanto à licitude, mas que na prática resulta igualmente na perda de receita tributária – diversas medidas unilaterais

²⁶¹ Cf. MASON (2020:360-364).

²⁶² Cf. MOORE (2006:4).

²⁶³ Cf. DAGAN (2018:68).

têm vindo a ser promovidas pelos Estados, particularmente, e com especial relevância pelo seu significado, pelos EUA.

Esta opção, que não é inconsequente, naturalmente, para a promoção da coordenação no DFI é, como reflete NABAIS²⁶⁴, uma reação lógica dos Estados desenvolvidos e economicamente poderosos às ineficiências que as soluções de cooperação de natureza multilateral têm vindo a evidenciar pelo questionável sucesso produzido. Estas ações e opções unilaterais, são o reflexo das opções globais (e para as quais participaram fundamentalmente Estados desenvolvidos) refletidas na Convenção Modelo da OCDE, numa clara expressão, afirmamos nós, daquilo que resulta da corrente neorrealista sobre as relações internacionais dos Estados.

Em especial, como destaca e exemplifica NABAIS²⁶⁵, só nos EUA foram aprovadas desde 2010 várias medidas unilaterais com projeção internacional. O primeiro e talvez mais relevante exemplo é o *Foreign Account Tax Compliance Act* (comumente conhecido por “FATCA”), que obriga as instituições financeiras de todo o mundo a comunicar com os EUA informações sobre os seus clientes estadunidenses sob um mecanismo de troca automática de informações e que, nesse sentido, permite aumentar a eficiência na liquidação e cobrança dos impostos dos seus residentes, os quais são tributados pelo seu rendimento mundial, de acordo com o princípio da universalidade (sem prejuízo, claro está, de posterior eliminação da dupla tributação internacional)²⁶⁶. A esta medida outras se juntaram, como o *Global Intangible Low Taxed Income* (“GILTI”) e o *Base-erosion and Anti-abuse Tax* (“BEAT”) – que, como NABAIS²⁶⁷ classifica, são medidas de tributação – assim como outras medidas designadas de “*medidas de beneficiação*”, destacando-se o *Foreign-Derived Intangible Income* (“FDII”).

De forma semelhante e com motivações também semelhantes às dos EUA, não obstante as diferentes particularidades das medidas em causa, também a Índia e o Reino

²⁶⁴ Cf. NABAIS (2020:283).

²⁶⁵ Cf. NABAIS (2020:283).

²⁶⁶ Como nota NABAIS (2020:283), ao FATCA juntaram-se mais recentemente outras medidas, designadamente o *Global Intangible Low Taxed Income* (“GILTI”) e o *Base-erosion and Anti-abuse Tax* (“BEAT”). Como sintetiza o autor, através do GILTI considera-se obtido nos EUA uma determinada percentagem mínima dos rendimentos obtidos no estrangeiro associados a ativos intangíveis detidos por participações de sociedades dos EUA.

²⁶⁷ Cf. NABAIS (2020:284).

Unido aprovaram internamente medidas unilaterais, respetivamente o *Equilization Tax* e o *Diverted Profits Tax*²⁶⁸, esta última de 2015.

A existência destes movimentos unilaterais descoordenados são não só graves para o funcionamento eficiente do sistema fiscal internacional, que requer para o seu bom funcionamento, pelo menos, coordenação, como revelam de forma preocupante uma visão imperialista do DFI fiscal, que prelude perigosas manifestações internacionais explicáveis com recurso à corrente tradicional das teorias das relações internacionais, que anteriormente identificámos como neorrealismo²⁶⁹. Como vimos, para esta corrente, o Estado é perspectivado como um ator racional que opera na arena internacional caracterizada pela anarquia e, neste contexto, as suas ações são explicáveis por interesses próprios e pré-estabelecidos, que são a sua força motriz por idealmente lhe permitir posicionar-se relativamente aos restantes Estados numa posição de supremacia²⁷⁰. Neste sentido, para o neorrealismo, os Estados privilegiam ganhos relativos sobre ganhos absolutos, algo que não pode nos dias de hoje ser entendido como aceitável. Em abstrato, a aceitação pura desta corrente como conformadora das relações tributárias internacionais significa entender como justificável a grande relutância dos Estados em acolher soluções que se apresentem como “as soluções éticas” em prejuízo dos seus próprios interesses individuais.

Recuperando o raciocínio desenvolvido por NABAIS²⁷¹, as recentes demonstrações de efetivo ou pretense imperialismo (agora, e pelo que nos ocupa, fiscal) não trazem grande novidade relativamente ao passado histórico das relações internacionais, fortemente marcadas por domínios político-militares e consequentemente económicos²⁷². Nas palavras do autor, sobre o imperialismo fiscal, o mesmo “mais não é do que uma expressão porventura qualificada [do imperialismo económico, e] tem sido uma das novas formas dos novos protagonistas internacionais ou mesmo globais de submissão, pela determinante via

²⁶⁸ O *Diverted Profits Tax*, aprovado no ano de 2015 no Reino Unido, mostra-se particularmente preocupante pela descrença que coloca no sucesso do Projeto BEPS, já que visa combater especifica e unilateralmente a erosão das bases tributárias (do Reino Unido) pela elisão do conceito de estabelecimento estável e *treaty shopping*, ambos temas abordados no Projeto BEPS. Como nota NABAIS, na sequência da aprovação do *Diverted Profits Tax*, no ano de 2015 no Reino Unido, também a Austrália e a França aprovaram internamente medidas unilaterais com conteúdo idêntico, respetivamente nos anos de 2017 e 2018, o que deixa claro que um movimento unilateralista, preocupante, paralelo ao Projeto BEPS existe e está em marcha.

²⁶⁹ Neste sentido, leia-se em NABAIS (2020:286) o entendimento de que a resposta à globalização económica “*não pode deixar de assentar numa base de empenhada cooperação e de assunção de um vínculo de solidariedade económica minimamente adequada entre todos os Estados membros da Comunidade Internacional*”.

²⁷⁰ Cf. RING (2007:91-93).

²⁷¹ Cf. NABAIS (2020:284-286).

²⁷² Cf. NABAIS (2020: 287).

económica, dos povos ou países mais fracos, designadamente dos povos e países em desenvolvimento, as mais das vezes com inteira convivência, quando não protagonismo, dos dirigentes políticos destes países político-formalmente independentes”²⁷³.

De um ponto de vista operacional, como notam BROEKUIJSEN / VORDING²⁷⁴, esta corrente faz depender uma qualquer mudança estrutural com projeção internacional (como a projetada pelo Projeto BEPS) de uma adesão e promoção dessa mesma alteração por parte dos Estados com maior peso na economia mundial, não sendo expectável qualquer alteração estrutural sem uma alteração do equilíbrio relativo entre os Estados na sua capacidade de influenciar²⁷⁵.

Contudo, constatamos, não obstante as investidas do unilateralismo, a afirmação do multilateralismo no DFI é, sem dúvida, algo real e positivo de se apreciar, mesmo aceitando que o processo de transição seja lento, “doloroso” e faseado. Mais do que isso, não parecem restar dúvidas de que as soluções de cooperação são o caminho²⁷⁶ para o combate ao BEPS²⁷⁷ que são, por sua vez, a garantia da sustentabilidade do Estado fiscal.

Coloca-se então a seguinte questão: ficará, com o caminho da cooperação, a soberania fiscal ameaçada ou reduzida?

A resposta, pelo que nos parece, é não! Contudo, algumas considerações são necessárias quanto a este ponto. Por analogia com a ciência da medicina que evoluiu ao ponto de compreender que, por vezes, há que remover um órgão para salvar um corpo, também no DFI a situação atual exige repensar sem preconceitos determinadas questões. É que, se por um lado a proteção cega da soberania (formal) dos Estados lhes permite serem donos e senhores das suas decisões em matéria de política fiscal, por outro a inevitável integração económica mundial condiciona (de facto!) o livre exercício destas decisões, desde logo porque a erosão das bases tributárias é, por outras palavras, a erosão dos cofres dos Estados, que dependem do imposto como principal fonte de receita no atualmente complexo exercício que é garantir (ou, pelo menos, promover) o equilíbrio orçamental. De outra forma, mais simples, cooperar internacionalmente na luta contra o BEPS é a única receita possível

²⁷³ Cf. NABAIS (2020: 287).

²⁷⁴ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016:43).

²⁷⁵ Neste sentido, como já referimos, a não subscrição pelos EUA da Convenção Multilateral deve ser entendida indicador de não negligenciável importância, já que, como grande potência económica, a coordenação das suas ações soluções com o resto do mundo é, sem dúvida, imprescindível.

²⁷⁶ Cf. HIDALGO (2017:16-19).

²⁷⁷ Sobre este tópico, de forma muito clara, ver HIDALGO (2017:16-19).

assegurar o Estado de Direito Democrático e Social que garanta a satisfação, sem retrocesso considerável, das necessidades dos indivíduos, nacionais ou residentes de um Estado, que pode ser os EUA (e nem mesmo este é autossuficiente) ou Portugal, cuja dimensão (desde logo a territorial) não permite, no séc. XXI, outra opção que não a integração económica, quer na União Europeia, quer no mundo.

Dito isto, concluímos quanto a este ponto, despretenciosamente, que nos dias de hoje o multilateralismo passou, porventura, do estatuto de inimigo clássico da soberania dos Estados para se assumir como, tanto quanto no parece, o seu salvador.

Note-se, contudo, que conforme observámos por referência à Convenção Multilateral, partindo do nosso estudo das teorias das relações internacionais em matéria tributária, é substancialmente diferente, por um lado, identificar a cooperação internacional e o multilateralismo como soluções corretas a seguir, e, por outro, acreditar que estas soluções multilaterais dispensam uma análise aprofundada sobre as potenciais externalidades negativas que decorrem da inarredável heterogeneidade dos Estados. Sobre este facto, bem ou a mal (dependendo da análise individual do intérprete), a Convenção Multilateral inequivocamente mostrou-se bastante cuidadosa.

Em jeito de conclusão, no mesmo sentido que RUDOLF VON IHERING se referia aos indivíduos, hoje podemos afirmar por referência aos Estados, que nenhum vive para si, nem tão pouco por si só, vive por e para os outros, seja intencionalmente ou não.

8.2. Sobre o BEPS e a Convenção Multilateral

A segunda parte da nossa apreciação projetar-se-á, conforme nos propusemos, sobre o Projeto BEPS e a Convenção Multilateral.

Assim, iniciando a nossa análise pelo Projeto BEPS globalmente considerado desde logo, humildemente, somos obrigados a delimitar o nosso objeto de apreciação. Com efeito, como é evidente, não poderemos ousar tecer considerações que apontem no sentido da crítica ou suporte de medidas concretas desenvolvidas, de conteúdo substantivo, pelo que não poderemos tecer juízos de valor sobre o seu sucesso atual ou potencial no combate ao BEPS enquanto fenómeno. Por outro lado, cremos estar em condições de nos pronunciarmos sobre a inequívoca importância do Projeto BEPS enquanto movimento coordenado de cooperação

internacional em matéria fiscal. Neste sentido, procuraremos com esta curta passagem evidenciar algumas das principais características que nos permitem afirmar que o Projeto BEPS determinou, em termos globais, uma mudança de paradigma no que concerne ao desenvolvimento da política fiscal internacional e, bem assim, à reconstrução do DFI.

Como observa DOURADO²⁷⁸, o Projeto BEPS corresponde a “uma manifestação de governação global baseada em acordos de cavalheiros”. Esta afirmação, com a qual concordamos (cumprindo-nos apenas ressaltar a Convenção Multilateral, pela sua natureza *hard law*), evidencia desde logo os dois pilares nos quais assenta o projeto, a saber: a “governação global” e “acordos de cavalheiros”.

Enquanto “manifestação de governação global”, o Projeto BEPS é, desde logo, uma novidade aplaudível no DFI. A importância do reforço e alargamento da cooperação internacional em matéria fiscal, por nós enaltecida no ponto anterior (onde expusemos algumas das nossas preocupações sobre as recentes investidas do unilateralismo), exigia um movimento internacional de larga escala, tanto quanto ao escopo, como quanto aos intervenientes. Com efeito, o Projeto BEPS da OCDE, que rapidamente deu origem a outras iniciativas no seio de outras organizações, como a ONU e UE, tem sido responsável por grandes alterações na forma como tem sido conduzida a política internacional fiscal.

Desde logo porque, para nós, esse é um dos seus contributos fundamentais, cumpre-nos destacar o grande impacto que o Projeto BEPS teve no sentido de promover uma visão mais holística do DFI. Com efeito, a aplicação dos conhecimentos adquiridos aquando do estudo das teorias das relações internacionais, no **capítulo 4.**, especialmente no concernente à análise de RING²⁷⁹ e BROEKUIJSEN / VORDING²⁸⁰ sobre a corrente cognitivista (construtivista, para os últimos autores), permitiu-nos compreender que o Projeto BEPS recupera, em grande medida, a discussão intemporal concernente aos princípios estruturais do DFI: a soberania, a neutralidade e a equidade (além, naturalmente, da abordagem que faz aos princípios operativos sendo esta, contudo, desenvolvida no âmbito do desenvolvimento das regras substantivas).

Neste sentido, o Projeto BEPS, paralelamente às inevitáveis discussões que necessariamente abordou sobre a soberania e a neutralidade, afinal de contas estávamos a falar de uma reforma global do sistema fiscal internacional, não esqueceu a incontornável,

²⁷⁸ Cf. DOURADO (2018: 47).

²⁷⁹ Cf. RING (2007:91-93).

²⁸⁰ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016:43).

mas por vezes negligenciada, equidade. Na verdade, como dissemos, a equidade não só foi simplesmente enfatizada como, no fundo, pode ser vista como uma das principais forças motrizes ao surgimento e sucesso do próprio Projeto BEPS.

Com efeito, conforme mencionámos no início da nossa abordagem ao Projeto BEPS, o enorme envolvimento dos média, que chega mesmo a ser reconhecido nos Relatórios da OCDE “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”²⁸¹ e “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”²⁸², trouxe ao fórum internacional o conceito de “*fair share*” para a discussão, o que se pode mesmo afirmar como sendo algo novo, porque transcende as problemáticas imediatas daquele projeto (o BEPS) e, em certa medida, também as questões mais centrais do DFI.

Neste contexto, recordando as discussões que abordamos sobre o neorealismo e o neoliberalismo, com facilidade reconheceremos algumas das suas expressões óbvias no DFI. Sobre o neorealismo, observam-se, desde logo, algumas das práticas fiscais concorrenciais e, mais do que isso, algumas das mais recentes investidas do unilateralismo (identificadas no ponto precedente) no combate ao BEPS que, como notámos, na esteira de NABAIS²⁸³ e HIDALGO²⁸⁴, correspondem em alguns dos seus traços a uma nova forma de imperialismo fiscal. Por seu turno, com RIXEN²⁸⁵, BROEKUIJSEN / VORDING²⁸⁶, concluímos que o neoliberalismo, como corrente, mostrava grande adequação à compreensão da proliferação do bilateralismo enquanto modelo adequado (fruto dos interesses assimétricos em causa) à eliminação da dupla tributação internacional.

Recuperando a nossa linha de raciocínio, adversativamente (ou, diga-se, complementarmente) àquelas correntes, como explica RING, a corrente cognitivista, partindo de uma compreensão que contempla valores intangíveis, como a equidade, marcou profundamente o Projeto BEPS. Este entendimento, que parte da compreensão de que a corrente construtivista faz depender potenciais alterações estruturais ao DFI – designadamente a transição progressiva do bilateralismo para o multilateralismo (ou, se preferirmos, de um regime de coordenação bilateral, para um regime de cooperação multilateral) – de uma mudança prévia da perceção global dos Estados sobre as finalidades

²⁸¹ Cf. OCDE (2013a).

²⁸² Cf. OCDE (2013b).

²⁸³ Cf. NABAIS (2020).

²⁸⁴ Cf. HIDALGO (2017).

²⁸⁵ Cf. RIXEN (2010).

²⁸⁶ Cf. BROEKUIJSEN / VORDING (2016:43).

(ou objetivos) que devem ser prosseguidos na reconstrução do DFI. Com efeito, é exatamente isso que está em causa no Projeto BEPS que, como sintetiza na perfeição BROEKUIJSEN, “ [A] *regime change would come about as a result of gradually changing views on the interests at stake in international taxation: from preventing double taxation to combating tax avoidance*”²⁸⁷.

Note-se, com esta afirmação, que não pretendemos desenvolver um parecer ingênuo sobre o Projeto BEPS, que é essencialmente desenvolvido com base em objetivos económicos fundamentais: o combate ao BEPS. Contudo, além dos objetivos mais óbvios, não podemos esquecer que este projeto é, na sua essência, uma manifestação de uma “empenhada cooperação e de assunção de um vínculo de solidariedade económica (...) entre [quase] todos os Estados membros da Comunidade Internacional²⁸⁸” algo, a nosso ver, de destacar e de aplaudir, independentemente do seu sucesso real.

Por último, no âmbito destas considerações de índole teleológica sobre o Projeto BEPS, recordamos que, como já afirmámos, em última instância, encontra-se em causa a sustentabilidade dos Estados, que dependem das suas receitas (fundamentalmente aquelas que advêm de impostos) para cumprir o contrato social. Posto isto, a “*fair share*” das grandes multinacionais, cujas bases tributárias vêm sendo erodidas, é de forma “*unfair*” transferida para os contribuintes nacionais, desvirtuando, como já dissemos, o princípio da equidade.

Contudo, “a manifestação de governação global” traz, além da dimensão de justiça a que nos referimos, outros importantes contributos que não podem ser negligenciados. Como identifica MASON²⁸⁹, o Projeto BEPS promoveu também um alargamento considerável dos participantes nas discussões de política fiscal internacional, algo que vemos fundamental como importante fator potenciador de uma real e eficaz cooperação internacional. A heterogeneidade dos Estados, patente nas discussões desenvolvidas desde os primórdios do DFI e da internacionalização da economia até aos dias de hoje, exige que o processo reconstrutivo do DFI a reconheça e contemple nas soluções que vão sendo avançadas. A título de exemplo, recordamos neste momento as diferenças que observámos superficialmente sobre as Convenções Modelo do México e de Londres, a primeira de 1943 e a segunda de 1946. Essencialmente, como notam PEREIRA, BRAVO, BROEKUIJSEN (entre outros) as grandes diferenças que se estabelecem entre estas duas convenções, no que

²⁸⁷ Cf. BROEKUIJSEN (2017:66).

²⁸⁸ Cf. NABAIS (2020:286).

²⁸⁹ Cf. NABAIS (2020).

concerne à repartição das competências tributárias – a Convenção Modelo do México, privilegia o princípio da tributação na fonte, ao passo que a Convenção Modelo de Londres privilegia o princípio da tributação na residência – devem-se, essencialmente, aos participantes envolvidos nas negociações. Como nota PEREIRA, os participantes das negociações da Convenção Modelo do México, (realizadas ainda no decurso da Segunda Guerra Mundial) foram essencialmente Estados pertencentes à América Latina (além dos EUA), não estando presentes as principais potências europeias. Este facto resultou num modelo de convenção que privilegia o princípio da tributação na fonte, nas principais categorias de rendimento passivo (juros, dividendos e *royalties*), algo que se coaduna com os interesses de Estados tipicamente importadores de capital. Por seu turno, na negociação do Modelo de Convenção de Londres (na sequência da segunda guerra mundial) a participação alargada de Estados, principalmente as potências europeias, resultou numa inversão de sentido de orientação, privilegiando a tributação na residência para aquelas mesmas categorias de rendimento. Este exemplo, sobre o qual já passaram mais de setenta anos, evidencia, como pretendíamos, a enorme importância da contemplação da heterogeneidade no desenvolvimento de qualquer solução com projeção global em matéria fiscal, algo que o Projeto BEPS teve, e bem, em consideração.

Com efeito, como observa MASON²⁹⁰, o facto de o Projeto BEPS contar com a participação, desde o seu início, de representantes do G20, por si já acrescentava novos oito Estados às negociações do Projeto BEPS, o que corresponderia, desde logo, a um importante acrescento. Contudo, por iniciativa do G20, inteligentemente, a este leque de Estados vieram a juntar-se muitos outros na sequência da publicação dos Relatórios finais do Projeto BEPS em 2015, formando aquilo que identificámos como a *inclusive framework*, que conta aos dias de hoje já com 141 participantes, comprometidos a adotar (pelo menos) os *standards* mínimos estabelecidos. Esta heterogeneidade participativa é, sem dúvida, uma das principais manifestações de uma “governança global”.

Sobre o segundo aspeto identificado por DOURADO²⁹¹, é facto de que o Projeto BEPS se trata, fundamentalmente, de um “acordo de cavalheiros”, desde logo porque a grande maioria das medidas desenvolvidas têm apenas a natureza de recomendações, o que pode levar a questionar a real adequação do formato à produção de alterações visíveis. Como

²⁹⁰ Cf. MASON (2020:368).

²⁹¹ Cf. DOURADO (2019:47).

observámos aquando do estudo das limitações da Convenção Modelo da OCDE à modernização do DFI, fruto da sua inerente natureza *soft law*, também o Projeto BEPS, ressaltando a Convenção Multilateral que estudámos, assenta grandemente no mesmo modelo de governação, o que preluía que algumas das mesmas questões venham ainda a surgir no seu âmbito. Contudo, as diferenças de finalidades fundamentais, o BEPS como problema global e a eliminação da dupla tributação como problema que gera interesses assimétricos entre os Estados, permitem ao Projeto BEPS desenvolver-se tendo por base, à partida, um diferente e reforçado nível de compromisso.

Ademais, como referimos, o Projeto BEPS traz ainda um importante contributo, que se resume na afirmação de que, agora de forma explícita, passa a integrar o quadro geral de princípios estruturais do DFI o princípio da tributação singular. Independentemente da discussão que se possa levantar sobre o momento histórico²⁹² em que este princípio foi desenvolvido e estabelecido no DFI, o seu reconhecimento e a consciencialização global de que todo o rendimento deve ser sempre tributado uma vez, e não mais do que isso, contemplando as duas faces da mesma moeda – a eliminação da dupla tributação e eliminação da dupla não-tributação – é, sem dúvida, relevante no panorama internacional.

8.2.1. Sobre a Convenção Multilateral da OCDE

Neste segundo momento da nossa apreciação crítica relativa ao Projeto BEPS e à Convenção Multilateral, dedicaremos os nossos esforços à explicitação da nossa visão sobre sua compreensão, algo que faremos desdobrando a nossa apreciação em três momentos distintos. Desta forma, primeiramente, questionaremos o sucesso objetivo da Convenção Multilateral na prossecução dos seus fins e dos do próprio Projeto BEPS. Subsequentemente, olharemos (e reconheceremos) a Convenção Multilateral no seu detalhe técnico-jurídico formal, procurando fazer uma apreciação sobre os métodos utilizados neste instrumento centrando a nossa análise, fundamentalmente, na flexibilidade. Por último, dedicaremos alguns parágrafos ao reconhecimento da Convenção Multilateral enquanto marco na história do DFI, reconhecendo-a como ponto de inflexão na transição de um sistema fiscal internacional marcadamente assente no bilateralismo para uma nova forma de regime que se

²⁹² Cf. AVI-YONAH (2007).

caracteriza por apresentar uma forma combinada – e com bom nível de coordenação – de traços do bilateralismo com o multilateralismo.

A Convenção Multilateral pode ser definida, em abstrato, como *convenção internacional, multilateral, aberta, flexível, cujo desígnio é a integração rápida e coordenada das medidas fiscais desenvolvidas no âmbito do Projeto BEPS relativas às Convenções Fiscais para Evitar a Dupla Tributação, modificando, conseqüentemente, a forma como estas últimas são aplicadas.*

Observando esta noção que propomos, desde logo concluímos, sem necessidade de especial aprofundamento, que a tarefa à qual a Convenção Multilateral se propõe é de dificuldade extrema, tanto no que respeita ao seu desenho, como no seu sucesso de facto. Como vimos, no quadro do Projeto BEPS, este instrumento ocupa aquilo que identificámos como *função tendencialmente adjetiva*. Afinal de contas, com a exceção da Parte VI, a Convenção Multilateral “apenas” cumpre o objetivo de articular a incorporação das medidas substantivas desenvolvidas nas Ações 2, 6, 7 e 14 do Projeto BEPS na rede internacional de CDT.

No decorrer da nossa análise, identificámos, desde logo, como critério objetivo para a avaliação do sucesso da Convenção Multilateral o seu alcance subjetivo. No fundo, o primeiro critério de análise projeta-se sobre o número de Estados que subscreveram a Convenção Multilateral e, conseqüentemente, o número de CDT que esta altera efetivamente. Como referimos, de acordo com os mais recentes dados da OCDE publicitados no mês de outubro do presente ano, 99 Estados e jurisdições já subscreveram a Convenção Multilateral que, conseqüentemente, altera já 890 CDT, sendo expectável que venha a alterar cerca de 1850 assim que os vários processos de ratificação ficarem concluídos. Olhando a estes números, num primeiro nível de análise, afirmamos que a Convenção Multilateral é, de facto, um projeto bem sucedido²⁹³.

Contudo, independentemente dos números objetivos apresentados, medir o sucesso da Convenção Multilateral depende, claro está, de compreender os diferentes níveis de compromisso que os Estados colocaram subjetivamente no seu ato de vinculação. Sobre este segundo aspeto, de conteúdo fundamentalmente substantivo, cumpre-nos apenas notar que todas os tratados modificados (os cerca de 890) incluem já o “*principal purpose test*”, desenvolvido no âmbito da Ação 6, e 33 Estados adotaram a Parte VI da Convenção

²⁹³ Cf. OCDE (2022:13).

Multilateral, sendo previsível que desta adoção, 250 CDT (na verdade, CFA) venham contemplar o “procedimento amigável”, no contexto dos mecanismos de resolução de conflitos desenvolvidos fundamentalmente no âmbito da Ação 14. Neste sentido, ainda que estejamos apenas a avaliar o compromisso dos Estados no âmbito dos *standards* mínimos, não deixam de ser boas novidades para a Convenção Multilateral e para o Projeto BEPS. É que, como analisámos com bastante profundidade, desenvolver um tratado fiscal multilateral foi sempre, por diversas razões, extremamente difícil. O que nos obriga a questionar as razões que motivaram esta alteração de sentido. Não obstante, evidentemente, a Convenção Multilateral apresentar-se como uma convenção internacional com objetivos diferentes das CDT, a verdade é que a mesma, enquanto fonte de direito internacional público, é um instrumento *hard law*, algo de inédito no DFI.

Uma vez mais, o estudo das teorias das relações internacionais mostra-se, a nosso ver, frutífero na compreensão da Convenção Multilateral. Afinal de contas, compreender o posicionamento dos Estados na negociação de convenções internacionais foi, como observámos, extremamente relevante no seu desenvolvimento técnico. Neste contexto, enfatizamos com especial reconhecimento o importantíssimo papel que a flexibilidade da Convenção Multilateral revestiu como fator potenciador da adesão massiva que se tem verificado, que permitiu contornar a incontornável heterogeneidade dos Estados e reuni-los num ato de vinculação internacional sem precedentes no que concerne a questões de fiscalidade, cumprindo a difícil tarefa de “agradar a gregos e a troianos”.

Quanto a esta observação em particular, cumpre-nos reiterar a importância que revestiu para o sucesso na adesão o facto de a Convenção Multilateral conservar, substancialmente, a natureza bilateral das CDT. Neste sentido, como observa BROEKUIJSEN²⁹⁴, a Convenção Multilateral colabora, em abstrato, na transição do bilateralismo para o multilateralismo, fazendo-o, contudo, através da apresentação de um multilateralismo formal ou processual. Neste sentido, conclui o autor, com o qual concordamos, que enquanto o multilateralismo substantivo (o conceito do séc. XX de tratado fiscal multilateral) se revelar infazível, em virtude de tudo aquilo que tem vindo a analisar, devem ser (como são no âmbito da Convenção Multilateral) desenvolvidas regras gerais que permitam ao sistema fiscal internacional desenvolver-se sob os mesmos princípios e regras. Mais do que isso, esta forma de multilateralismo processual permite ultrapassar as enormes

²⁹⁴ Cf. BROEKUIJSEN (2017:237-241).

dificuldades que a Convenção Modelo da OCDE e os Comentários têm em atualizar as disposições e interpretações na rede internacional de CDT²⁹⁵.

Por outro lado, como observa BRAVO²⁹⁶, a Convenção Multilateral é, pelo menos de um ponto de vista observacional, a convenção internacional que modifica com maior alcance numérico absoluto tantas outras convenções sem as substituir, o que faz deste instrumento, pelo menos, uma importantíssima inovação técnico-jurídica de direito internacional público. Por outro lado, ainda que a observação que fazemos desconsidere as alterações efetivamente produzidas, em abstrato, a Convenção Multilateral apresenta ainda o predicado de ser idónea a modificar praticamente todos os aspetos trabalhados nas CDT, desde o seu preâmbulo até às matérias substantivas.

Por último, acompanhando ainda BRAVO²⁹⁷, importa ainda destacar a forma como a Convenção Multilateral lidou com a sensível matéria concernente à potencial desvinculação unilateral dos Estados signatários (artigo 37.º da Convenção Multilateral, “Recesso”), algo que implica, naturalmente, a gestão de um difícil equilíbrio entre a flexibilidade e a integridade do diploma e do próprio Projeto BEPS. Este complexo exercício foi realizado através do engenhoso método que determina que os Estados que se desvinculem continuarão a ver ser aplicadas às suas CFA as modificações produzidas pela Convenção Multilateral até à data da renúncia. Desta forma, a renúncia apenas produzirá efeitos sobre as CDT que os Estados vierem a celebrar posteriormente²⁹⁸. Esta particularidade, claro está, pode levantar questões sobre a soberania dos Estados. Contudo, sopesando os interesses envolvidos, temos de considerar esta solução perfeitamente justificável tendo em conta o modelo de produção de efeitos da convenção, que por um lado prevê (em certa medida) um método de consentimento bilateral nas alterações produzidas nas CDT e, por outro lado, parece-nos, mostra-se imprescindível para garantir a necessária estabilidade das disposições da Convenção Multilateral.

²⁹⁵ No mesmo sentido ver BRAUNER, Yariv (2016).

²⁹⁶ Cf. BRAVO (2020:303-307).

²⁹⁷ Cf. BRAVO (2020:303-307).

²⁹⁸ Leia-se, no artigo 37.º, n.º 2, da Convenção Multilateral o seguinte: “O recesso em conformidade com o número 1 produz efeitos na data de receção da notificação pelo Depositário. Nos casos em que a presente Convenção tenha entrado em vigor relativamente a todas as Jurisdições Contratantes de uma Convenção fiscal abrangida anteriormente à data em que o recesso de uma Parte produza efeitos, essa Convenção fiscal abrangida manter-se-á tal como foi modificada pela presente Convenção”.

8.3. Sobre o futuro: a (re)construção do Direito Fiscal Internacional

Por último, e já com os olhos colocados no futuro, partilharemos, despretensiosamente, algumas das reflexões que fomos fazendo ao longo do nosso percurso sobre o rumo global do DFI, recordando os vetores que entendemos que devem conduzir o seu processo reconstutivo, agora perspectivado como sistema. Referimo-nos, em especial, à equidade, à eficiência económica e, talvez fundamentalmente, à “simples” simplicidade, cuja inequívoca importância já se encontra até empiricamente comprovada para o bom funcionamento de um qualquer sistema tributário, com expressão reforçada, cremos nós, num sistema tributário internacional.

O nosso percurso realizado até ao momento permitiu-nos compreender o DFI enquanto sistema. Mesmo que dúvidas possam surgir neste contexto, parece-nos de superior importância que a “governança fiscal global”, utilizando a expressão de DOURADO²⁹⁹, tenha em consideração diversas questões metodológicas no permanente processo reconstutivo. Neste sentido, em especial, parece-nos importante aplicar analogicamente os ensinamentos desenvolvidos, entre outros, por MIRRLEES, no âmbito da sua obra “*Tax by Design*”³⁰⁰. No essencial, preocupam-nos a equidade, a eficiência económica e a simplicidade. Não sendo novas as preocupações com a equidade (ainda que por vezes esquecidas), nem tão-pouco as de eficiência económica (ainda que até ao momento perspectivadas sobre interesses assimétricos), dedicaremos a nossa atenção à simplicidade.

Partindo do exemplo estudado – a Convenção Multilateral – salta-nos à vista um problema fundamental pouco explorado, a nosso ver, mesmo reconhecendo os grandes esforços da OCDE nesta matéria, que é a grande dificuldade interpretativa que a mesma gera³⁰¹. E simplicidade, na construção de um sistema fiscal, ou de um imposto, projeta-se na análise da sua transparência e dos custos administrativos associados à gestão.

Como observa PEREIRA, sobre a transparência de um sistema fiscal, esta característica é desde logo reconhecida como elemento dissuasor da evasão, elisão e fraude fiscal e, nesse sentido, reafirmamos que a OCDE tem estado bem ao considerar este como

²⁹⁹ Cf. DOURADO (2019: 47).

³⁰⁰ Cf. MIRRLEES (2011).

³⁰¹ Sobre o problema da complexidade da Convenção Multilateral, ver KLEIST, David (2018).

um pilar fundamental do Projeto BEPS e, mais do que isso (até porque a importância da transparência não é nova no DFI) como pilar no desenvolvimento da política fiscal internacional. Como afirma PEREIRA, existe inclusivamente “evidência demonstrativa de que [a elisão fiscal e a evasão fiscal] aumenta[m] na razão direta da complexidade do sistema”³⁰². Neste sentido, também MIRRLEES³⁰³, observava que “*Lack of simplicity (...) invites tax avoidance*”. Esta primeira conclusão, não obstante não descemos na nossa análise a matérias substantivas, cria-nos alguma apreensão no âmbito da aplicação da Convenção Multilateral, cuja complexidade é reconhecida pela generalidade dos autores.

Por outro lado, mas ainda na mesma linha de raciocínio, MIRRLEES, por referência à segunda vertente da simplicidade de um sistema fiscal – os custos relacionados com a sua gestão – observa o seguinte: “*In any case, any tax system will involve a compromise between what policymakers would like to do and what they are able to do with the information and administrative tools available*”³⁰⁴. Transpondo este raciocínio para a análise da Convenção Multilateral, não podemos se não recordar que este instrumento será aplicado a uma universalidade de Estados que, entre si, contemplam todos os níveis de desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) económico, o que se reflete, naturalmente, nos recursos disponíveis que estes Estados têm para promover uma correta e eficiente gestão desde instrumento.

Contudo, uma vez mais reiteramos que a nossa perspectiva positiva sobre a Convenção Multilateral não sai prejudica tendo por base estas considerações, visto que a estamos apenas a utilizar como exemplo daquelas que são, essencialmente, as nossas preocupações para o futuro.

³⁰² Cf. PEREIRA (2015: 80-82).

³⁰³ Cf. MIRRLEES (2011: 42).

³⁰⁴ Cf. MIRRLEES (2011: 43).

9. Considerações Finais

Cumprindo, cremos nós, aquilo que nos propusemos aquando do capítulo introdutório, procurámos com o nosso estudo fazer, fundamentalmente, uma retrospectiva do DFI. No essencial, procurámos fazer uma ponte entre o passado e o futuro, perspetivada sob o tema da cooperação internacional.

Neste contexto, tivemos como grande objetivo compreender o processo reconstrutivo do DFI e, nesse sentido, tentámos compreender a dialética sistema-problema que se estabeleceu desde os seus primórdios até aos dias de hoje. Esta evolução, como vimos, tem motivado uma grande parte da doutrina nacional e internacional a afirmar que o DFI se encontra, nos dias de hoje, num processo de transição acelerado do bilateralismo para o multilateralismo.

Como procurámos demonstrar no decurso da nossa viagem, partilhamos desta visão. Contudo, como vimos também, a profundidade das questões e desafios que o DFI procura responder não se coadunam com respostas simples dos seus intérpretes. Neste contexto, a nossa opinião vai no sentido de que o DFI evoluiu para uma forma híbrida de regime, com traços tanto de bilateralismo como multilateralismo. Com efeito, se é verdade que o bilateralismo continua a justificar-se nas matérias concernentes à eliminação da dupla tributação internacional, a verdade é que o fenómeno BEPS, em sentido amplo, exige uma reforma do sistema fiscal internacional que parte (já partiu, na verdade) do reforço dos laços que se estabelecem internacionalmente entre os vários intervenientes do DFI.

O termo “intervenientes” não foi por lapso utilizado na substituição dos Estados. Neste sentido, acreditamos que a cooperação internacional terá de partir de uma aproximação de todos os participantes no processo reconstrutivo do DFI, sendo estes participantes os Estados, as organizações internacionais (multidisciplinares), as empresas (que devem ser ouvidas neste processo, no qual a transparência não deve ser apenas interestadual) e mesmo os indivíduos, em última instância. Neste contexto, não obstante não abordamos com profundidade os trabalhos da ONU no nosso estudo, cumpre-nos destacar nesta etapa a sua função fundamental na proteção dos Estados com economias em desenvolvimento. Por outro lado, também a UE é merecedora de importante destaque, já que, nos últimos anos, tem vindo a estender os seus trabalhos de uniformização da tributação indireta também a

tributação direta, que historicamente, por razões de soberania, levantou sempre mais problemas neste âmbito.

Por outro lado, e porque assumidamente a Convenção Multilateral consubstanciou o centro gravitacional do nosso estudo, cumpre-nos, neste momento, reiterar a crença que temos de que este instrumento de direito internacional público representa o ponto de inflexão para uma real cooperação internacional. Como escrevíamos aquando do nosso estudo introito, a Convenção Multilateral traz ao DFI novos níveis de solidez, que permitiram estabilizar aquela que era uma estrutura “*house of cards*”.

Por último, cumpre-nos ainda dar uma nota final sobre o futuro, relativa ao Projeto BEPS na sua versão 2.0. Este novo modelo, que vem mudar o paradigma internacional no que concerne à repartição do poder de tributar, prevê o seu desenvolvimento em dois pilares. O primeiro, assente na previsão de mecanismos para alocação de direitos de tributação aos Estados da residência dos utilizadores de serviços prestados no âmbito da economia digital por multinacionais. O segundo, vocacionado para garantir internacionalmente um nível mínimo de tributação efetivo não inferior a 15% para as grandes multinacionais. Esta versão 2.0 do Projeto BEPS vem reforçar as esperanças de um futuro promissor ao nível da cooperação internacional.

Referências

- ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de (2003): *Direito Internacional Público*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- ALSCHNER, Wolfgang (2019): “The OECD Multilateral Tax Instrument: A Model for Reforming the International Investment Regime”, *Brooklyn Journal of International Law*, 45, n.º 1, 1-74.
- ARNOLD, Brian J. (2019): *International Tax Primer*, Wolters Kluwer, 4.^a ed.
- ARNOLD, BRIAN J. (2021): “The Interpretation of Tax Treaties: Looking to the Future”, *Bulletin for International Taxation* November/December.
- AULT, Hugh J. (2009): “Reflections on the Role of the OECE in Developing International Tax Norms”, *Brooklyn Journal of International Law* 34/3, 757-782.
- AULT, Hugh J. (2013): “Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles”, *Tax Notes International* 17, 1195-1201.
- AULT, HUGH J. (2019): “Tax Competition and Tax Cooperation: A Survey and Reassessment”, in *International Taxation in a Changing Landscape*, Wolters Kluwer.
- AVI-YONAH, Reuven S. (2007): *International Tax as International Law – An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge: Cambridge University Press.
- AVI-YONAH, Reuven S. (2019): “The OECD Harmful Tax Competition Report: retrospective after a decade”, *Brooklyn Journal of International Law* 34/3, 783-796.
- AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan (2018): “A Global Tax Treaty Override? The New OECE Multilateral Tax Instrument and Its Limits”, *Michigan Journal of International Law* 39, 155-216.
- BRAUNER, Yariv (2016): “Treaties in the Aftermath of BEPS”, *Brooklyn Journal of International Law* 41/3.
- BRAUNER, Yariv (2020): “Tax Treaty Negotiations: Myth and Reality”, *Int’l Tax Stud (ITAXS)*, University of Florida Levin College of Law Research Paper, No. 22-15. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3722607>.
- BRAVO, Nathalie (2016): “The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties”, *World Tax Journal*, October, 279-304.

- BRAVO, Nathalie (2020): “The Multilateral Instrument for Updating the Tax Treaty Network”, *IBFD Doctoral Series*, 52.
- BROEKHUIJSEN, D.M.; VORDING, Henk (2016): “The Multilateral Tax Instrument: how to Avoid a Stalemate on Distributional Issues?”, *British Tax Review* 1, 2016.
- BROEKHUIJSEN, D.M. (2017): “A multilateral tax treaty: designing an instrument to modernize international tax law”, *Universiteit Leiden*, Doctoral Thesis.
- BROOKS, Kim (2010): “The Potential of Multilateral Tax Treaties” in *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*, Michael Lang et. al., *IBFD*.
- BROOKS, Kim / KREVER, Richard (2015): “The Troubling Role of Tax Treaties”, in Geerten M. M. MICHELSE & Victor THURONYI, ed., *Tax Design Issues Worldwide*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, (International Taxation 51), 159-178. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2639064>.
- CARROLL, Mitchell B. (1939): *Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: Two Decades of Progress under the League of Nations*, League of Nations.
- CHRISTIANS, Allison (2007): “Hard Law & Soft Law in International Taxation”, *Legal Studies Research Paper Series*, University of Wisconsin Law School, 1049.
- CHRISTIANS, Allison (2016): “BEPS and the New International Tax Order”, *Brigham Young University Law Review* 6, 1603-1647.
- CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen (2017): “Assessing BEPS: origins, standards and responses”, General Report, 102a, *Cahiers de Droit Fiscal International*, International Fiscal Association.
- DAGAN, Tsili (2018): *International tax police – between competition and cooperation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DOMINGUES, Rodrigo Rabeca; NUNES, Catarina Manana; OCHÔA, João (2020): *A Convenção Multilateral*, Coimbra: Almedina.
- DOURADO, Ana Paula (2018): *Governança Fiscal Global*, 2.^a ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina.
- FUCHI, Keigo (2016): “Unilateralism, Bilateralism, and Multilateralism in International Taxation”, *Japanese Yearbook of International Law* 59.

- GRAETZ, Michael J. (2001): “Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies”, *Columbia Law School, Brook. J Intl* 26, 1357-1448.
- SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Guillermo (2017): “El Multilateralismo Frente a Los Problemas Fiscales Internacionales del Siglo XXI”, *RTcT CEF* 418, 5-36.
- JAMES, Harold (2021): *The War of Words – A Glossary of Globalization*, Yale University Press.
- KEOHANE, Robert (1984): “After Hegemony: Cooperation and Discord in World Political Economy”, *International Affairs* 61/2.
- KLEIST, David (2018): “The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS – Some Thoughts on Complexity and Uncertainty”, *Nordic Tax Journal* 1, 31-48.
- LANG, Michael; BRUGGER, Florian (2008): “The Role of OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation”, *Australian Tax Forum* 23/2, 95-108.
- LANG, Michael (2013): *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 2nd ed. rev., IBFD.
- MANZI, Gaetano (2020): “The Autonomous Interpretation of the Multilateral Instrument with Particular Relevance to Article 2(2)”, *IBFD, Bulletin for International Taxation*, December, 742-756.
- MASON, Ruth (2020): “The Transformation of International Tax”, *The American Journal of International Law*, 114/3, 353-402.
- MIRRLEES, James (2011): *Tax by Design*, Institute for Fiscal Studies, 2011. Disponível em: <https://www.ifs.org.uk/docs/taxbydesign.pdf>.
- NABAIS, José Casalta (2004): “A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas”, *Direito Público* 6, Out-Nov-Dez.
- NABAIS, José Casalta (2011): “Da sustentabilidade do Estado Fiscal”, in *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Coimbra: Almedina.
- NABAIS, José Casalta (2020): *Problemas nucleares de direito fiscal*, Coimbra: Almedina.
- MOORE, Margaret (2006): “Globalization and Democratization: Institutional design for global institutions”, *Journal of Social Philosophy* 37/1, 21-43.
- OCDE (1998): *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*. <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>

- OCDE (2013a): *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*,. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>.
- OECD (2013b): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.
- OECD (2015a): *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties – Action 15 – 2015 Final Report*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241688-en.pdf?expires=1599876182&id=id&accname=guest&checksum=E37890B6019BA99234D7BC0AE8318DFD>; última consulta em 06 de setembro de 2020.
- OECD (2015b): *Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS*, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf>; última consulta em 06 de setembro de 2020.
- OECD (2016): *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*; disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>;
- OECD (2016b): *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting: Functioning under Public International Law*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/legal-note-on-the-functioning-of-the-MLI-under-public-international-law.pdf>.
- OECD (2017): *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-for-beps-implementation.pdf>;
- OECD (2019): *Model Tax Convention on Income and Capital 2017 (Full Version)*, Disponível em: [Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 \(Full Version\) | en | OECD](#);
- OECD (2019): *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Progress report September 2021 – September 2022*, Disponível em: [OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Progress Report September 2021-September 2022](#).
- PIRES, Rita Calçada (2018): *Manual de Direito Internacional Fiscal*, Coimbra: Almedina.
- PORTO, Manuel (2015): *Economia: Um Texto Introdutório*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

- RIBEIRO, João Sérgio (2020): “Mechanisms to Fight Treaty Abuse: An Overview”, *IBDT* 7, 252-264.
- RING, Diane (2001): “Prospects for a Multilateral Tax Treaty”, *Brook. J Intl* 4, 1699-1709.
- RING, Diane M. (2007): “International Tax Relations: Theory and Implications”, *Tax Law Review* 60, 83-154.
- RIXEN, Thomas (2010): Bilateralism or Multilateralism? The Political Economy of Avoiding International Double Taxation”, *European Journal of International Relations* 16/4, 589-614.
- ROCHA, Sergio André; SANTOS, Ramon Tomazela (2018): “A Convenção Multilateral da OCDE e a Ação 15 do Projeto BEPS”, *R. Fórum de Dir. Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, 16/93, maio/junho.
- RODRIGUES, José Vasco Apolinário (2019): *Convenção Multilateral para prevenir a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros: O impacto relativamente ao abuso das Convenções para Eliminar a Dupla Tributação*, Universidade do Minho – Escola de Direito.
- PEREIRA, Paula Rosado (2015): “Em torno dos princípios do Direito Fiscal Internacional”, in *Lições de Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, Paula Rosado (2021): *Convenções sobre a Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, Coimbra: Almedina.
- RÜBINGER-BETTI, Gabriel (2020): “O Instrumento Multilateral da OCDE: A Estrutura e interface com os Tratados Contra a Dupla Tributação”, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 146, 79-94.
- SCHÖN, Wolfgang (2009): “International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)”, *World Tax Journal*, IFA Congress Issue, September, 67-114.
- SCHWARTZ, Richard (1997): “Are the OECD and UNCTAD Codes Legally Binding?”, *International Lawyer* 11/3, 529-536.
- SDN (1923): “Report on Double Taxation E.F.S.73 F.19 April 5”, in *Legislative History of United States Tax Conventions* 4/1.
- SDN (1925): “Technical Experts to the Economic and Financial Committee, Double Taxation and Tax Evasion Report and Resolutions submitted by Technical Experts to the Financial Committee F.212 February”, in *Legislative History of United States Tax Conventions*, 4/1.

- SDN (1927): “Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Report Document C.216.M.85. April 12”, in *Legislative History of United States Tax Conventions*, 4/1.
- SDN (1928): “General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Report Presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion C.562.M.178. October 31”, in *Legislative History of United States Tax Conventions*, 4/1.
- SDN (1935): “Report to the Council on the Fifth Session of the Committee, C. 252.M.124.1935.II.A. June 12 to 17”, in *Legislative History of United States Tax Conventions* 4/1.
- SDN (1923): “London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text, C.88.M.88.1946.II.A. November”, in *Legislative History of United States Tax Conventions* 4/1.
- THURONYI, Victor (2001): “International Tax Cooperation and a Multilateral Treat”, *Brooklyn Journal of International Law*, 26/4, 1641-1681.
- VEGA, ALBERTO (2012): International governance through soft law: The case of the OECD transfer pricing guidelines, TranState Working Papers, No. 163, Universität Bremen, Collaborative Research Center 597
- VOGEL, Klaus (1996): “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, *International Tax & Business Lawyer* 4/1, 1-85.
- XAVIER, Alberto (2016): *Direito Tributário Internacional*, 2.^a ed. atual., Coimbra: Almedina.