OS AUXÍLIOS DE ESTADO SOB A FORMA FISCAL E O COMBATE DA CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA

Mariana Medeiros Esteves[*]

Abstract: *With the recent events concerning the "LuxLeaks" scandal and the disclosure of several Advanced Tax Rulings granted by Member States to multinational entreprises, the issue of fiscal aids and harmful tax competition in the European Union, has become a "hot topic". The decisions concerning illegal state aids that are being issued by the European Commission send a clear message: "Member States cannot give unfair tax benefits to selected companies; no matter if they are European or foreign, large or small, part of a group or not". In this paper we address both the concepts of state aid and of harmful tax competition, including the issue of the misuse of transfer pricing in intra group transactions and Advanced Pricing Agreements, through an actualistic analysis that will enable us to reconcile and clarify the concepts.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Auxílios de Estado – análise introdutória. 3. Auxílios de Estado sob a forma fiscal. 4. O Código de Conduta sobre a tributação direta das empresas. 4.1. Critério da concorrência fiscal prejudicial. 4.2. A perspetiva da OCDE – aplicação do princípio da plena concorrência. 5. Preços de transferência – breve enquadramento. 5.1. Os preços de transferência sob a perspetiva dos auxílios tributários. 5.2. A importância do regime dos auxílios de Estado no combate da concorrência fiscal prejudicial. 6. Harmonização fiscal – um caminho a seguir?. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Aliando o mecanismo dos auxílios de Estado aplicados à fiscalidade direta das empresas, com a crescente proliferação de entidades que operam para além das fronteiras nacionais, somos levados a constatar que esta realidade se

---

* Este artigo reproduz, com determinadas adaptações e atualizações, o texto da dissertação de mestrado apresentado na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, em fevereiro de 2016, sob a orientação da Sra. Professora Doutora Sofia de Oliveira Pais. O texto deste artigo é da exclusiva responsabilidade da autora.

apresenta cada vez mais como um sério desafio para as jurisdições fiscais dos vários Estados Membros e para a atuação das instituições europeias.

No presente trabalho propomo-nos a abordar em termos gerais os auxílios tributários e a sua aplicabilidade prática no seio das regras da concorrência da União Europeia, através da análise dos critérios que compõe a noção de auxílio vertida no artigo 107º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), com especial enfoque para o requisito da seletividade, e, mediante o devido enquadramento jurisprudencial e doutrinal.

Após nos termos aproximado de uma conceptualização da figura, numa segunda fase atentaremos mais pormenorizadamente na específica correlação existente entre as suas prerrogativas e aplicabilidade prática, e as situações que dizem respeito à problemática do planeamento fiscal agressivo numa vertente objetivamente voltada para a questão da utilização dos preços de transferência, na medida em que a sua utilização por parte de empresas multinacionais pode levar a práticas de elisão fiscal.

Como nos será possível demonstrar, estas situações têm sido particularmente rebatidas nos últimos tempos, pelo que nos propomos a explicar o porquê de o regime dos auxílios estatais se configurar como um instrumento útil à ação coordenada dos Estados Membros e das instituições europeias no combate da concorrência fiscal prejudicial, e, por último, debruçar-nos-emos sobre três casos que envolvem o tratamento de decisões fiscais administrativas para efeitos de controlo de auxílios de Estado.

2. AUXÍLIOS DE ESTADO – ANÁLISE INTRODUTÓRIA

O instituto dos auxílios de Estado constitui um mecanismo *sui generis*, inserido na política de concorrência da União Europeia, que tem como principal objetivo controlar, a um nível supranacional, as formas de intervenção estadual sobre as empresas públicas ou privadas *que tenham atuado sob o controlo e instruções dos poderes públicos*[1].

Regulado no TFUE, nos artigos 107º a 109º, o regime em análise é definido de forma muito lata através de um princípio geral de proibição segundo o qual "são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma

1 Cfr. Abreu, 2013: 313; e Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de janeiro de 1985, *Comissão vs República Francesa*, processo 290/83, CJ 1985.

que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções".

Uma intervenção deste tipo tem como consequência, direta ou indireta, a introdução de uma alteração ao normal funcionamento da economia, significando consequentemente um entrave à construção do mercado interno e ao aprofundamento do processo de integração económica da UE, implicando ainda consequências nefastas para a concorrência interempresarial e comércio intracomunitário.

Perante as razões invocadas resta acrescentar que, a regulamentação das ajudas de Estado ao nível comunitário se figura como um instrumento pertinente e necessário, cujo objetivo principal é precisamente evitar que determinadas empresas, atividades, setores ou produções sejam favorecidos com base em critérios injustos que se possam consubstanciar numa discriminação injustificada em detrimento de outras empresas, setores ou produções que não beneficiem de qualquer ajuda por parte do Estado, e que por isso são prejudicadas.

3. AUXÍLIOS DE ESTADO SOB A FORMA FISCAL

Inserida no vasto campo de aplicação do regime dos auxílios de Estado encontra-se a proeminente, complexa e muito debatida questão[2] dos auxílios que podem derivar de uma intervenção indireta dos Estados Membros que, recorrendo a instrumentos próprios de implementação da política fiscal e poder tributário (relativamente ao qual ainda mantêm competência exclusiva), prestam incentivos ou benefícios de natureza fiscal a determinadas empresas, com o objetivo último de promover e implementar políticas de desígnio económico e social. Estamos assim perante auxílios de Estado sob a forma fiscal também denominados por auxílios tributários.

Nas secções que se seguem analisar-se-ão de forma mais ou menos exaustiva os elementos constitutivos do conceito de auxílios estatais tal como definidos no art.º 107º, n.º 1, do TFUE, na medida em que se demonstrem pertinentes para o nosso estudo centrado nos auxílios sob a forma fiscal.

---

2 Neste contexto urge referir que a complexidade da figura dos auxílios de Estado sob a forma fiscal deriva mormente da ausência de regras específicas (no Tratado) reguladoras dos auxílios tributários, que faz com que o seu acatamento por parte dos Estdos Membros se torne uma "missão" tanto espinhosa quanto delicada, uma vez que, o facto de estar em causa um único tipo ideal de proibição (o do art.º 107º, n.º 1), constitui um sério obstáculo à análise dos auxílios tributários tendo em conta a sua própria (e distinta) natureza, e respetivo enquadramento sistemático. Sobre este assunto *vd* Matsos, 2014: 491-499.

a) Princípio da irrelevância da forma dos auxílios tributários

O TJUE decidiu adotar um conceito e interpretação amplíssimos do requisito "independentemente da forma" estipulado no art.º 107º, n.º 1, com o objetivo de englobar na proibição geral, não apenas as típicas situações de auxílios positivos (como certos subsídios, benefícios fiscais ou ainda determinadas contribuições financeiras), mas também as formas de auxílios negativos, como é o caso das deduções derrogatórias, abatimentos, isenções fiscais, desagravamento de encargos, reescalonamento da dívida, entre outros engenhosos e sofisticados esquemas de que os EM abrem mão para atingir determinados objetivos.

De acordo com a "teoria dos efeitos", o Tratado arroga-se desta "neutralidade da forma" precisamente pelo facto de que, tanto os ditos benefícios positivos ou incentivos, como as situações de renúncia a receitas fiscais que seriam legalmente devidas, produzem efeitos idênticos sobre os recursos públicos dos EM, na medida em que ambas as situações implicam o seu "consumo", representando portanto despesas fiscais.

Assim sendo, e conforme o desenvolvimento jurisprudencial que imediatamente se seguiu ao acórdão fundador "Itália contra Comissão" de 1974[3], tem sido comumente aceite pelo TJUE que é irrelevante – para efeitos de sujeição dos auxílios tributários ao princípio da incompatibilidade – o instrumento de técnica fiscal que o Estado Membro adota para garantir um benefício a uma empresa ou grupo de empresas, bem como os fins a que se destina, sendo certo que, o que é preponderante é a análise dos efeitos reais da medida nas empresas beneficiárias, bem como os efeitos negativos que se refletem na perda de receitas dos outros Estados Membros[4].

b) "Concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais"

Como faz notar Schön, *"em questões de fiscalidade, a livre concorrência não é garantida pela não-interferência dos poderes públicos"*[5]. O critério da proveniência (direta ou indireta) de recursos estatais envolvidos no "financiamento" da medida encontra-se preenchido *"quando se verifica uma redução da carga fiscal*

3 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Julho de 1974, *Governo da República Italiana vs Comissão,* processo 173/73, CJ 1974. Sumariamente, o caso versava sobre um esquema fiscal que beneficiava apenas os trabalhadores do setor têxtil através da redução das contribuições para a Segurança Social; o Tribunal considerou que a medida era um auxílio incompatível com o mercado interno, porque seletiva e injustificada.

4 Cfr. Luja, 2000: 231.

5 Schön, 1999: 920.

normalmente devida pelo beneficiário"[6], na medida em que implica uma renúncia às receitas estatais ou mesmo perda de recursos.

c) Requisito da vantagem

O conceito de vantagem é mais abrangente que os típicos subsídios, e compreende medidas que proporcionam aos seus destinatários um benefício destinado à redução de encargos que normalmente oneram os respetivos orçamentos, implicando que *"o beneficiário em questão tenha obtido através das mesmas, uma vantagem económica especial que não havia obtido mediante o desenvolvimento normal da sua atividade"*[7]. De acordo com a jurisprudência consolidada, a vantagem auferida deve ser apreciada em termos económicos e ser extraordinária em relação às condições normais de mercado[8].

d) Teste da seletividade

O critério da seletividade *de facto,* diz respeito a *"regimes fiscais que, sendo elaborados em termos gerais, podem ser planeados de tal forma que apenas determinadas empresas* [que reúnam certas condições] *possam beneficiar dos mesmos"*[9]. Assim sendo, as medidas que criam uma diferenciação discriminatória injustificada entre empresas que se encontram numa situação legal e factualmente comparável, podem cair no âmbito de aplicação do art.º 107º, n.º 1, não relevando para o efeito – de demarcação entre a seletividade ou generalidade da medida – o número de empresas, setores ou produções abrangidas pela mesma, ou o eventual carácter temporário desta.

Ora, relativamente às medidas fiscais relacionadas com a tributação direta das empresas, a Comissão adotou um método de determinação da seletividade (*Three Step Analysis*) demarcado por três passos/ etapas, que têm de se encontrar obrigatoriamente preenchidos para que seja possível comprovar a seletividade da medida em causa.

---

6 *Vd* o parágrafo 18 do Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão (de 10.12.1998, 98/C 384/03 – doravante Comunicação de 1998) sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas de 09.02.2004, C(2004)434 [doravante Relatório de Implementação].

7 Guío, 2012: 102.

8 De acordo com o parágrafo 66 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art.º 107º, n.º 1 do TFUE, de 19.07.2016, sempre que a empresa usufrua de um benefício económico que, na ausência da intervenção estatal, não teria obtido, então é possível concluir que lhe foi garantida uma vantagem.

9 Micheau, 2015: 325

Com efeito, uma primeira etapa consiste em determinar se efetivamente uma determinada medida derrogatória favorece um grupo de empresas em detrimento de outras relativamente às quais é possível identificar uma conjuntura/ situação legal e factual comparável, à luz do concreto objetivo da medida em questão[10].

Já numa segunda fase é necessário estabelecer-se uma comparação entre medidas que conferem um tratamento preferencial a certas empresas, e o sistema geral relativamente ao qual tais medidas serão avaliadas. No parágrafo 16 da Comunicação de 1998, a Comissão identifica claramente um sistema ou teste que permite estabelecer esse marco diferenciador, designadamente o teste da derrogação[11], considerando-o como a abordagem mais apropriada para avaliar a seletividade, designadamente quando refere que uma medida é seletiva sempre que da sua execução (mais ou menos arbitrária[12]) resulte, para certas empresas situadas num EM, uma exceção à aplicação do regime fiscal comum.

Na terceira e última fase são tomados em consideração as políticas, princípios orientadores e objetivos prosseguidos pelo sistema geral de tributação no qual a medida se insere, desencadeando uma derradeira análise baseada no "critério da justificação pela natureza do sistema" de acordo com o qual *"uma derrogação deve ser justificada por referência a certas características do sistema do qual deriva, de modo a evitar ser classificada auxílio de Estado"*[13]. Este critério constitui expressamente um argumento válido para legitimar as medidas fiscais de carácter derrogatório, e caracteriza-se por ser um "escape" que propicia a atuação dos EM de acordo com a própria soberania e autonomia na definição das políticas fiscais e económicas nacionais, sobretudo nas matérias em que

10 *Vd* a este respeito Romariz (2014: 42) e o célebre Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH vs Finanzlandesdirektion für Kärnten*, processo C-143/99, CJ 2001, p. I-08365.

11 Segundo este, uma medida é seletiva quando constitui uma exceção à aplicação do sistema tributário geral, partindo-se do princípio que a mesma deriva desse sistema.

12 De acordo com os parágrafos 21 e 22 da Comunicação de 1998, a maior ou menor margem de discricionariedade de que as autoridades administrativas (que têm a seu cargo a implementação da medida adotada pelo Estado Membro) dispõem, constitui um elemento essencial na determinação do carácter derrogatório da medida, uma vez que o poder discricionário que é conferido às autoridades domésticas traduz uma presunção de seletividade dada a "margem de manobra" que detêm na execução de medidas tendentes a favorecer certas empresas, mediante a concessão de vantagens fiscais seletivas. *Vd* Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de dezembro de 1998, *Ecotrade Srl vs Altiforni e Ferriere di Servola SpA,* processo C-200/97, CJ 1998, p. I-07907.

13 Quigley, 2012: 114.

não existe harmonização ao nível da UE[14] ou relativamente às quais opera o princípio da subsidiariedade.

A jurisprudência recente tem admitido que, adicionalmente, deve proceder-se a uma análise da proporcionalidade da medida (de acordo com os objetivos que inculca) – o chamado teste de proporcionalidade[15] – que procurará avaliar se as vantagens fiscais seletivas outorgadas pelas entidades administrativas estaduais são consistentes com o princípio geral da proporcionalidade, *"e* não excedem os limites do que é necessário, no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não pode ser atingido por medidas de menor alcance"[16].

Por último, tenha-se presente que a própria Comissão não tem sido clara quanto à definição do âmbito de aplicação e extensão do critério da seletividade (optando antes por adotar uma visão alargada da noção[17]) precisamente porque é impossível defini-lo de um modo abstrato, dada a heterogeneidade dos diversos regimes fiscais nacionais vigentes nos EM e as diversas formas e natureza que as derrogações a esse sistema podem assumir, sendo certo que só uma análise casuística, e "para além do texto da lei"[18], permite descortinar a seletividade (ou generalidade) da medida em causa.

Situação esta que não podemos deixar de criticar, pois muito embora concordemos que seja primordial para a prossecução de determinadas políticas europeias uma certa prudência na supervisão e controlo das medidas estatais, por outro lado, entendemos que esta avaliação está demasiado "formatada", já que, embora teoricamente o Tribunal admita que há medidas que são efetivamente gerais, a verdade é que, na prática, estas são "quase sempre" consideradas seletivas, deixando grande margem de incerteza legal para a atuação dos Estados Membros, no sentido de se saber quais são as características que uma medida geral deve ter, perdendo-se assim a pretensa objetividade do conceito

---

14 Salienta-se neste âmbito o emblemático e inovador Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 13 de setembro de 2006, *British Aggregates Association vs Comissão*, processo T-210/02, CJ 2006, p. II-02789, no qual se considerou que o EM era livre de definir as suas prioridades e objetivos, e, consequentemente, criar um imposto seletivo tendo em vista a redução do impacto ambiental causado pelos destinatários da medida.

15 *Vd* Lang, 2009:110-113.

16 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate vs Paint Graphos Soc. coop. arl & outros,* processos apensos C-78/08 a C-80/08, CJ 2011, p. I – 7667.

17 Cfr. Santos, (2003:207 e 208), *"Para além disso, a Comissão tem muitas vezes tendência para alargar o seu poder de supervisão a certas medidas (aparentemente) gerais por entender que da sua aplicação poderia resultar uma opacidade acrescida".*

18 Cfr. Micheau, 2008: 277.

de auxílio, e podendo cair-se no exagero de se escrutinar todas as decisões e políticas económicas dos Estados Membros.[19]

e) Efeitos sobre o comércio e concorrência intracomunitários

O último requisito a ter em conta é o da afetação real (ou simples ameaça) da concorrência e trocas comerciais entre os EM. A Comissão refere no Relatório de Implementação que o simples facto de o auxílio reforçar a posição de uma empresa em relação às outras empresas concorrentes no comércio intracomunitário, permite concluir que este foi afetado.

4. O CÓDIGO DE CONDUTA SOBRE A TRIBUTAÇÃO DIRETA DAS EMPRESAS

Como realça Panayi (2004: 283), o poder de implementação e regulação dos assuntos fiscais constitui um autêntico símbolo de soberania nacional, e por isso permanece zelosamente reservado ao poder discricionário dos Estados Membros; neste âmbito, a Comissão tem um papel meramente subsidiário, que visa apenas assegurar que as medidas fiscais são compatíveis com os princípios fundamentais definidos no Tratado.

Como tal, a proibição geral constante do regime dos auxílios de Estado, tem, no âmbito da fiscalidade, o objetivo de eliminar (ou pelo menos mitigar) a concorrência fiscal prejudicial e promover a boa governação interestadual e interinstitucional.

Inserido nesta linha de pensamento, em dezembro de 1997 foi aprovado pelo Conselho ECOFIN um conjunto de conclusões a que se deu o nome de "Código de Conduta da fiscalidade das empresas" (doravante apenas "Código de Conduta"), no qual os Estados Membros se comprometeram, de modo não vinculativo[20], com o aumento dos esforços no concernente à reversão e abstenção na tomada de medidas que possam constituir concorrência fiscal prejudicial, bem como na promoção da concorrência leal intracomunitária e estímulo à ação coordenada no combate aos efeitos prejudiciais da concorrência fiscal.

Destacamos particularmente o Ponto J do Código de Conduta que constituiu uma verdadeira pedra-de-toque na tomada de uma atitude intervencionista

---

19 *Vd* a opinião do Advogado Geral Poiares Maduro no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de Março de 2006, *Enirisorse SpA vs Sotacarbo SpA*, Coletânea de Jusrisprudência 2006, processo C- 237/04, p. I – 2877.

20 O Código de Conduta consiste numa resolução voluntária que respeita a um compromisso meramente político, logo, é um mecanismo de *soft law.* Cfr. Liebman, 2003: 120.

por parte da Comissão, que, um ano mais tarde, procedeu à elaboração da Comunicação de 1998, que veio no sentido de dar aplicabilidade prática ao Código, uma vez que *"se sentiu a necessidade de estabelecer um 'level playing field' na concessão de incentivos que têm como principal objetivo criar condições favoráveis à atração de empresas multinacionais, assim como limitar as mais proeminentes distorções fiscais"*[21] de modo a fomentar o funcionamento são do mercado interno e reforçar o controlo dos AE que incidam sobre a fiscalidade direta das empresas.

4.1. Critério da concorrência fiscal prejudicial

A concorrência fiscal prejudicial consiste no *"aumento da posição concorrencial relativa de um país através da redução da carga fiscal, tendo como principal objetivo a fixação ou atração dos investidores estrangeiros e os correspondentes rendimentos tributáveis (…) à custa das receitas fiscais de outros países"*[22], e engloba estratégias agressivas de redução de impostos que podem afetar significativamente a localização da atividade empresarial na UE, e que por norma estão ligadas a regimes fiscais preferenciais ou privilegiados.

Como refere Monti (1999: 208), os efeitos negativos da concorrência fiscal prejudicial – nomeadamente o fomento do planeamento fiscal agressivo e abusivo[23] e o cenário do "*race to the bottom*" – constituem uma ameaça para as receitas tributárias dos Estados Membros, sendo que, em nossa opinião, os maiores riscos encontram-se nas medidas específicas derrogatórias aplicáveis a corporações e setores internacionalmente móveis, as multinacionais.

No que concerne à atribuição de auxílios estatais, a Comissão esclarece no parágrafo 30 da Comunicação de 1998 que a qualificação de uma medida fiscal como prejudicial no âmbito do Código, é independente da sua classificação como auxílio de Estado, pois, apesar de o objetivo geral de redução das distorções da concorrência no mercado interno ser comum a ambos os sistemas, os critérios previstos num e noutro não coincidem (*vd* alínea B do Código), e, além do mais, enquanto as regras sobre auxílios previstas no Tratado têm

21 Rossi-Maccanico, 2011: 208.

22 Dirix, 2013: 233.

23 *Vd* parágrafo 2 da Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, de 6.12.2012, C(2012)8806, na qual se considera que o mesmo consiste *"em tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações tributárias. Pode assumir diversas formas (...) e ainda, constitui uma prática que, apesar de estritamente legal, contraria o espírito da lei."*

em vista a concorrência interempresarial, as do Código visam apenas a concorrência fiscal interestadual.

Sem embargo, cremos que tem particular importância a fiscalização de medidas que "se desviam" do sistema nacional de referência, de uma "maneira prejudicial"[24], mormente no que a certos tipos de desagravamento fiscal concedidos a atividades internas dentro de um grupo multinacional diz respeito[25], tendo sempre em conta os seus efeitos especialmente negativos sobre a concorrência e o comércio (*vd* parágrafo 33 da Comunicação de 1998).

Entre nós, Rodrigues (2008: 89 e 90) vai mais longe e admite que a análise (para efeitos do art.º 107º, n.º 1) das medidas fiscais potencialmente nocivas à luz do Código, constitui uma forma de o regime dos AE passar a ser utilizado como uma sanção às medidas que possam assumir-se como prejudiciais no âmbito do Código, ganhando o mesmo uma nova força jurídica.

4.2. A perspetiva da OCDE – aplicação do princípio da plena concorrência

No Relatório Final elaborado pelo Grupo do Código de Conduta, também denominado de "Grupo Primarolo" (criado pelo Conselho da UE em 1998 para proceder à avaliação das medidas suscetíveis de serem abrangidas pelo Código e apresentado ao Conselho ECOFIN em Novembro de 1999), reconheceu-se a transposição de princípios e diretrizes constantes em relatórios emitidos pela OCDE[26], nomeadamente a aplicação do princípio da plena concorrência (*arm's lenght principle*)[27] que encontra a sua expressão máxima na problemática da determinação dos preços de transferência entre entidades vinculadas/ relacionadas pertencentes a grupos multinacionais.

Deste modo, ao afirmar-se que os parâmetros e princípios da OCDE devem ser tidos em linha de conta aquando da avaliação de práticas fiscais prejudiciais, está-se a aceitar que, qualquer medida existente nos EM que não se encontre de acordo com tais preceitos – e como tal possa apresentar-se como

24 *Vd* Szudoczky & Streek, 2010: 275.

25 *Vd* Rossi-Maccanico, 2012b: 44.

26 Nomeadamente o Relatório para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, de 1998 e as Diretrizes relativas aos Princípios aplicáveis em matéria de Preços de Transferência em favor de empresas Multinacionais e das Administrações Fiscais, de 2010.

27 O princípio da plena concorrência consiste numa regra internacionalmente aceite que visa estabelecer uma paridade de tratamento fiscal entre empresas integradas em grupos económicos internacionais e empresas independentes. Ao adotar a Convenção Modelo da OCDE de 2014, os países membros acordaram aplicar este standard na determinação dos PT, para efeitos fiscais (*vd* o art.º 9º, n.º 1 da Convenção)

uma vantagem a certas empresas permitindo-lhes uma sobrevalorização (ou subvalorização) dos preços de bens ou serviços transacionados entre as empresas pertencentes a um mesmo grupo – pode considerar-se uma prática fiscal prejudicial e eventualmente analisar-se sob o prisma do regime dos AE, caso tenha um carácter seletivo.

5. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA – BREVE ENQUADRAMENTO

Num contexto de empresas ligadas por relações especiais, concretizadas através de relações de dependência e influência dominante, os preços de transferência caracterizam-se por serem preços através dos quais uma empresa transfere bens corpóreos, ativos incorpóreos, ou presta serviços a empresas associadas. Saliente-se ainda que, semelhante preço "*(…) não é negociado no mercado livre, o que potencialmente origina que seja afastado do* [preço] *que seria praticado por entidades independentes* [não associadas], *em circunstâncias análogas, em transações semelhantes*"[28].

Em termos gerais, dir-se-á que o mecanismo dos PT é um dos instrumentos mais usados para obter a Erosão da Matéria Coletável e Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS) levada a cabo pelos grupos de sociedades *"que ultrapassam as fronteiras territoriais, procurando taxas de impostos mais baixas do que as existentes no país onde obtiveram, efetivamente, os rendimentos que procuram furtar à tributação*"[29], permitindo-lhes obter uma "manipulação" dos preços atribuídos às trocas de bens e serviços dentro da unidade empresarial, e, consequentemente, diminuir a carga fiscal de que são alvo.

Tais operações intragrupo traduzem-se muitas das vezes em práticas anti competitivas que potenciam estratégias de elisão fiscal e de dupla não-tributação[30], e levantam questões de desconformidade com o princípio da plena concorrência, uma vez que não refletem adequadamente os mecanismos do mercado num contexto de livre concorrência, e, consequentemente, propiciam a redução, ou mesmo isenção, da tributação dos rendimentos relativos aos lucros

28 Abrunhosa, 2013: 1-2.

29 Silva et al., 2014: 9.

30 A dupla não tributação consiste numa prática levada a cabo pelas empresas plurilocalizadas internacionalmente que, frequentemente recorrem a esquemas híbridos de empréstimos entre as entidades vinculadas, de modo a aproveitar-se das disparidades, diferenças de qualificações e eventuais lacunas, existentes entre as legislações fiscais dos vários Estados intervenientes, bem como do facto de as suas entidades serem tratadas (ao nível fiscal) de modo independente em cada Estado, para assim se subtraírem ao pagamento de impostos sobre os lucros distribuídos no seio do grupo. *Vd* a este respeito a recente adoção da Diretiva relativa às sociedades-mães e filhas (UE2015/121).

distribuídos entre as empresas do mesmo grupo, devido à divisão artificial da propriedade dos ativos (tanto tangíveis como intangíveis) no interior desse grupo, que normalmente não ocorreria entre empresas independentes.

Tendo conhecimento dos efeitos nocivos que semelhantes práticas evidenciam, tanto num cenário de concorrência internacional, como (especialmente) no contexto do mercado interno intracomunitário, a OCDE e a União Europeia, sentiram a urgência em unir os esforços numa tentativa de combater a elisão fiscal e limitar o acesso a esquemas fiscais agressivos, através da promoção de condutas de boa governação e cooperação fiscal mútua que potenciem o intercâmbio de informações e transparência em questões financeiras e de colaboração administrativa na área fiscal[31].

Sublinhe-se apenas que, o objetivo último de semelhantes ações, é precisamente assegurar que os lucros gerados pelas multinacionais são efetivamente tributados no Estado "*onde as atividades económicas que geraram tais lucros foram realizadas (…)*"[32].

5.1. Os preços de transferência sob a perspetiva dos auxílios tributários

No âmbito dos auxílios tributários tem particular relevância o alcance do poder discricionário das administrações fiscais aquando da adoção e interpretação de *Advanced Tax Rulings* (decisões fiscais prévias), que se podem apresentar sob a forma de Acordos Prévios em matéria de Preços de Transferência (APP's) celebrados entre as empresas e as administrações fiscais dos Estados Membros, e normalmente requeridos pelas primeiras.

Concretizando, os APP's têm como principal função proporcionar certeza e segurança jurídicas às empresas (pertencentes ao mesmo grupo económico), relativamente ao tratamento fiscal de que as transferências de bens e serviços entre si serão alvo, através da interpretação dos princípios gerais e normas fiscais emitidas pelas autoridades tributárias competentes[33].

---

31 *Vd* o Plano de Ação da OCDE de combate ao BEPS, de 2013, e o Plano de Ação da UE composto pela adopção da Diretiva 2014/107/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, que preconiza a obrigatoriedade da troca automática de informações entre os EM. Mais recentemente, a Comissão apresentou em Janeiro de 2016, um pacote de propostas que visam dar aplicabilidade às Directrizes da OCDE para combater o BEPS, de entre as quais se inclui a Diretiva (UE) n.º 2016/1164, do Conselho, que estabelece novas regras contra as práticas de elisão fiscal e cuja transposição pelos Estados Membros deverá efetuar-se até 2018.

32 Rossi-Maccanico, 2015b: 63.

33 Cfr. Lyal, 2015:1020.

Tais acordos são, em princípio, aptos a assegurar que certas transações controladas são efetuadas em condições de plena concorrência (*dealing at arm's length*), sendo certo que as administrações fiscais dispõem de autoridade para proceder a correções/ ajustamentos[34] necessários à correta valoração das transações e eficiente alocação dos lucros tributáveis gerados pelas multinacionais, configurando-se portanto como uma prática que assegura a neutralidade fiscal entre empresas associadas e independentes, garante a equidade das relações económicas interestaduais, e salvaguarda a eliminação da dupla tributação internacional.

Todavia, esta prática comum nas relações fiscais entre os Estados Membros e as multinacionais, pode ter efeitos subversivos, e (contrariamente ao que seria pretendido) potenciar práticas de concorrência fiscal prejudicial e de planeamento fiscal agressivo, assim como levantar questões de (des)conformidade com as regras dos auxílios estatais, na medida em que as administrações fiscais (não raras vezes) "usam e abusam" da margem de discricionariedade de que dispõem para garantir vantagens seletivas – e não justificadas pela lógica do sistema – às empresas que beneficiam de semelhantes acordos, sobretudo quando está em causa a interpretação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais[35] [36].

De acordo com o par. 176 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016, para além do abuso de discricionariedade da administração, as decisões fiscais prévias implicam seletividade sempre que "*o acordo for contrário às disposições fiscais aplicáveis e tiver dado lugar a um montante de imposto inferior, fora de um intervalo de variação razoável*", garantindo desse modo certas concessões desproporcionais a um determinado contribuinte,

34 De acordo com as Diretrizes da OCDE, existem cinco métodos (tradicionais e alternativos) de determinação dos preços de transferência nas transações intragrupo, tidos como aptos a corrigir a matéria coletável de uma entidade vinculada.

35 *Vd* o parágrafo 170 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016, que vem confirmar o disposto nos parágrafos 21 e 22 da Comunicação de 1998, ao postular que*"a concessão de uma decisão fiscal deve (...) respeitar as regras em matéria de auxílios estatais. Se uma decisão fiscal subscrever um resultado que não reflete de forma fiável o que resultaria de uma aplicação normal do regime fiscal comum, essa decisão pode conferir uma vantagem seletiva ao destinatário, na medida em que esse tratamento seletivo dá azo a uma redução da dívida fiscal do destinatário no Estado-Membro comparativamente a empresas numa situação factual e jurídica semelhante".*

36 Gunn & Luts (2015: 120) procedem neste contexto a uma interessante demarcação entre as decisões fiscais que apenas providenciam certeza jurídica relativamente a medidas fiscais que, já por si, constituem auxílios estatais (e em que não é imputável à administração o abuso de discricionariedade), e decisões cuja vantagem seletiva surge apenas no momento da aplicação in concreto da específica legislação que pretende interpretar e aplicar, sendo certo que esta última situação é a mais frequente

em relação a outros [contribuintes] que se encontrem numa situação factual e jurídica semelhante.

5.2. A importância do regime dos auxílios de Estado no combate da concorrência fiscal prejudicial

Desde cedo que a Comissão tem demonstrado especial atenção aos regimes fiscais preferenciais aplicáveis a empresas multinacionais, reforçando a ideia de que o propósito primordial dos sistemas fiscais dos Estados Membros é cobrar impostos de modo a gerar receita e consequentemente financiar a despesa pública, pelo que, qualquer derrogação a essas normas que provoque uma contração autorizada da receita fiscal é frequentemente encarada com particular suspeição. Tanto assim é que, no parágrafo 26 da Comunicação de 1998, faz ressaltar o facto de determinadas exceções às regras fiscais gerais, que favorecem empresas não residentes em detrimento das residentes, não poderem ser, *grosso modo*, razoavelmente justificadas pela lógica ou natureza intrínseca ao sistema, e são portanto suscetíveis de constituir auxílios incompatíveis com o mercado interno.

Esta situação, tida como uma prática discriminatória entre sociedades multinacionais e empresas domésticas, e concebida na maioria dos casos para favorecer a deslocalização e fixação das primeiras, remete-nos inevitavelmente para a questão de saber qual o meio ao alcance das instituições europeias e dos Estados Membros que mais eficazmente se destina a lidar com estas práticas abusivas e restritivas da concorrência intracomunitária.

Apoiando-nos na doutrina atual, que recentemente se tem debruçado com particular atenção sobre a problemática em apreço, somos levados a considerar que *"as regras dos auxílios de Estado constituem uma ferramenta apropriada no combate a certas disparidades fiscais que resultam em importantes e sistemáticas vantagens garantidas a certas atividades das multinacionais, e, devem desempenhar um papel ainda mais notável na luta contra a concorrência fiscal prejudicial e BEPS"*[37].

Por sua vez, a arbitragem fiscal constitui uma prática frequentemente levada a cabo pelas empresas multinacionais que, mediante o exercício da liberdade de circulação e estabelecimento, alteram a sua localização de modo a lucrar – através da redução excessiva e injusta da carga fiscal – com as diferenças entre as distintas formas como as transações internacionais são tratadas pelos vários

37 Rossi-Maccanico, 2015b: 65.

Estados Membros, para efeitos fiscais, bem como evitar a aplicação de normas fiscais mais restritivas do Estado Membro de origem.

As medidas fiscais aptas a, deliberadamente, permitir e facilitar estas práticas constituem, por norma, estratégias que são prejudiciais para a concorrência intracomunitária, e, não raras vezes, surgem na forma de *tax rulings* administrativas, sendo certo que são essencialmente (mas não só) estas últimas que devem entrar no crivo da análise para efeitos do regime dos auxílios de Estado, na medida em que podem produzir uma derrogação injustificada ao sistema de tributação geral.

Convergente com esta tendência destaca-se a conclusão a que o Tribunal chegou no controverso e metodologicamente revolucionário acórdão Gibraltar[38], quando, após a avaliação de uma proposta de reforma do sistema de imposto sobre as sociedades situadas no território britânico – que previa a criação de três tipos de impostos (nomeadamente sobre o número de trabalhadores, sobre a ocupação de instalações para fins comerciais e uma modesta taxa de registo) – admitiu que as regras dos auxílios de Estado podem contribuir para refrear os Estados Membros de adotarem vantagens fiscais e esquemas desenhados para facilitar as oportunidades de arbitragem fiscal.

Neste criticado acórdão, o Tribunal centrou mais uma vez a sua análise na teoria dos efeitos, e considerou que o regime em causa, apesar de extensível a todas as empresas, era (na prática) especialmente concebido de modo a aplicar-se unicamente às sociedades *offshore*, uma vez que estas não dispunham (ou dispunham em pequena quantidade) de trabalhadores e imóveis em Gibraltar; como consequência, o específico grupo de empresas constituía uma categoria privilegiada porque não preenchia as condições de elegibilidade necessárias para se sujeitar aos impostos criados.

Estava então em causa uma *"aplicação seletiva de medidas (mais ou menos) gerais"*[39], que notoriamente favoreciam o investimento estrangeiro, precisamente por permitir aos investidores diretos estrangeiros beneficiar de um incentivo, ainda que não levassem a cabo uma atividade económica substancial no território nacional.

Ressaltamos o entendimento adiantado por Traversa & Flamini (2015: 324), que afirmam que, no caso Gibraltar, o Tribunal quis incluir o objetivo de

38 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de Novembro de 2011, *Comissão Europeia e Reino de Espanha vs Governo de Gibraltar & outros*, processos apensos C-106/09P e C-107/09P, CJ2011.

39 Traversa & Flamini, 2015: 324.

combate à concorrência fiscal prejudicial *"no mecanismo próprio"* do regime dos auxílios de Estado, tal como preconizavam a Comunicação de 1998 e o Código de Conduta. Na mesma linha de entendimento, Rossi-Maccanico (2012a: 96) considera que a luta contra a concorrência fiscal prejudicial constitui um objetivo legítimo do regime de controlo das ajudas públicas, e, consequentemente, *"não existe qualquer motivo para excluir da análise dos auxílios de Estado, os regimes fiscais prejudiciais (…) sempre e quando sejam seletivos"*.

No entanto, alguns autores continuam céticos e discordantes desta visão, e consideram, tal como Luja (2014: 353-356), que o objetivo (ainda que legítimo) do combate da concorrência fiscal prejudicial no seio da União Europeia não pode só por si justificar a adoção de soluções *ad hoc* que conflituem com o enquadramento jurídico na área do direito da concorrência aplicável aos auxílios estatais, nem muito menos que se utilize abusivamente o regime de modo a abranger situações em que o instituto é instrumentalizado para obter uma solução harmonizadora entre os regimes fiscais dos Estados Membros.

a) O caso Fiat Finance and Trade – FFT

Recuando a 1999, à apresentação do já mencionado Relatório final do Grupo Primarolo – que identificou 66 medidas como potencialmente prejudicais para a concorrência intracomunitária – importa apenas referir que a Comissão iniciou, entre 2001 e 2008, vários processos de exame e reexame de medidas fiscais vigentes em alguns EM que, curiosamente ou não, se inseriam no grupo de medidas identificadas pelo Relatório como prejudiciais, e que pertenciam na sua maioria a sociedades holding e de financiamento[40].

Após aquela primeira vaga de procedimentos, surgiu, mais recentemente, uma segunda "onda" de investigações formais que teve início na segunda metade de 2014 e já identificou diversos *tax rulings*[41] – em vigor em alguns Estados Membros – que potenciam planeamentos fiscais agressivos usufruídos por empresas multinacionais com a finalidade última de verem reduzida a carga tributária geral.

Destacamos o caso FFT (Decisão da Comissão de 21.10.2015, C(2015)7152), inserido no denominado caso "LuxLeaks" que consistiu na divulgação de múltiplas decisões fiscais administrativas que concediam um tratamento fiscal

40 *Vd inter alia* as Decisões da Comissão respeitantes ao regime das sociedades de venda americanas na Bélgica, de 25.6.2003, e dos centros de coordenação do Luxemburgo de 16.10.2002.

41 *Vd inter alia* as Decisões da Comissão sobre alegados auxílios a: Amazon no Luxemburgo, de 7.10.2014, C(2014)7165 e Starbucks na Holanda de 11.6.2014, C(2014)3626.

favorável a aproximadamente 340 companhias multinacionais estabelecidas no Luxemburgo.

A FFT é uma filial do grupo Fiat localizada no Luxemburgo, que executa serviços de tesouraria central e de financiamento interno das companhias estabelecidas na Europa. Em 2012 obteu das autoridades fiscais luxemburguesas um APP, válido por um período de 5 anos, baseado num específico método de análise para efeitos de cálculo dos preços de transferência e apuramento do rendimento tributável, designadamente o método da margem líquida da operação.

Resulta que, através da aplicação do acordo fiscal em questão, era conferida à FFT uma metodologia de cálculo dos lucros tributáveis artificial e extremamente complexa que não refletia a realidade económica – uma vez que permitia à empresa pagar impostos sobre uma pequena parte dos seus capitais contabilísticos reais – e, consequentemente, reduzia artificialmente os impostos pagos pela FFT no Luxemburgo.

Na análise deste e doutros recentes casos a Comissão lançou mão da aplicação do «Teste do Operador numa Economia de Mercado»[42], ou «Princípio do investidor numa economia de mercado», segundo o qual "*para determinar se o investimento de um organismo público constitui auxílio estatal, é necessário apreciar se, em circunstâncias semelhantes, um investidor privado de dimensão comparável a operar em condições normais de uma economia de mercado poderia ter sido levado a fazer o investimento em questão*"[43].

Deste modo, caso se chegue à conclusão de que o método utilizado se afasta das normais condições de mercado – porque um operador económico privado colocado em condições semelhantes não aceitaria – então a utilização daquele constitui uma vantagem seletiva, caso apenas favoreça determinados grupos de empresas[44] [45].

---

42 *Vd* o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de junho de 2012, *Comissão vs Électricité de France (EDF),* processo C-124/10P – geral, no qual se entendeu que a aplicabilidade do teste do operador numa economia de mercado, não pode ser excluída pelo facto de estarem em causa meios de natureza fiscal, uma vez que, como a Comissão já teve oportunidade de esclarecer,*"a avaliação da conformidade das operações com as condições de mercado deve ser efetuada tendo em conta* [unicamente] *os efeitos da transação na empresa em causa".*

43 Parágrafo 74 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016.

44 Cfr. Kavanagh & Robins, 2015:360 e 361.

45 *Vd a contrario* a opinião formulada por Kyriazis (2014: 3), segundo o qual, no caso FFT, a Comissão deturpou o teste ao focar a sua análise no tipo de regime fiscal que o operador privado, na pessoa do beneficiário, proporia, e já não no regime que um investidor privado, na "pessoa" da administração pública, aceitaria.

No geral, a Comissão considera que a administração fiscal não deve lançar mão de uma discricionariedade tal que permita a aplicação individual de uma medida geral de modo a conceder uma vantagem seletiva, na medida em que permite diminuir a carga fiscal das empresas às quais se destina, em detrimento de outras em situação legal e factual similar. Segundo esta, as atividades da FFT são comparáveis às de uma entidade bancária, pelo que os seus lucros tributáveis devem ser determinados da mesma forma que os de um banco.

Tanto neste caso como nos restantes que ainda estão em análise, a Comissão está a adotar uma investigação mais casuística assente na análise de APP's individualmente aplicados às empresas em questão, sendo certo que o que é tido em conta é se a administração faz ou não uma justa avaliação dos rendimentos tributáveis das multinacionais, em comparação com as matérias coletáveis das empresas domésticas que são determinadas a partir das regras internas geralmente aplicáveis[46].

Perante a conclusão de que está em causa um auxílio ilegal, a consequência que se segue é a impossibilidade de manutenção do acordo, e a recuperação do auxílio prestado sem que tenha sido comunicado à Comissão, nomeadamente através da cobrança do imposto não liquidado.

b) O caso Apple

A Comissão Europeia procedeu ainda à investigação de duas decisões fiscais administrativas que eram concedidas pelo Governo irlandês a duas subsidiárias da companhia norte-americana "Apple Inc", nomeadamente a ASI, "Apple Sales International" e a AEO, "Apple Operations Europe". Ambas as companhias detinham os direitos de propriedade intelectual da Apple, e transacionavam valores com um *head office* que não detinha no país uma actividade económica substancial, isto é, não possui uma instalação física fixa nem trabalhadores. (*vd* Decisão da Comissão de 11.6.2014, C(2014) 3606 final).

As referidas decisões validavam APP's que determinavam previamente uma série de critérios utilizados para o estabelecimento de preços a serem estipulados unicamente nas transações intragrupo, durante um certo período de tempo. Mais concretamente, os acordos facilitavam uma partilha de custos – nas transações entre filhas e empresa mãe – que permitiam a não imputação da grande parte dos lucros gerados, o que se consubstanciava na redução drástica da taxa efetiva de imposto a pagar.

46 Cfr. Rossi-Maccanico, 2015b: 73.

Relativamente a este caso destaca-se a principal problemática relacionada com o facto de estarem em causa ativos intagíveis, relativamente aos quais se figura particularmente difícil obter uma aproximação fiável aos valores de mercado, relevando ainda os inerentes desafios colocados pela economia digital que potenciam estratégias de transferência de resultados entre as diversas sucursais, que elidem a tributação no Estado da fonte.

Não obstante, a Comissão é clara ao estabelecer que "*uma decisão fiscal que subscreve uma metodologia de fixação dos preços de transferência para determinar os lucros tributáveis de uma entidade de um grupo de empresas que não resulte numa aproximação fiável dos resultados baseados no mercado em sintonia com o princípio da plena concorrência confere uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. A procura de uma 'aproximação fiável dos resultados baseados no mercado' significa que qualquer desvio em relação à melhor estimativa de resultados baseados no mercado tem de ser limitado e proporcional à incerteza inerente ao método de fixação dos preços de transferência escolhido ou às ferramentas estatísticas utilizadas para esse exercício de aproximação*"[47].

Por último, e tendo em consideração que a sanção a aplicar ao alegado auxílio ilegal é a recuperação do imposto sobre os lucros que não foi pago durante cerca de 10 anos, levanta-se ainda a questão da legitimidade da Comissão Europeia em aplicar retroativamente uma medida sancionatória que envolve a reposição de cerca de 97% de lucros que não foram sujeitos a tributação efetiva na Irlanda.

c) O caso GDF Suez/ENGIE

Mais recentemente, a Comissão abriu ainda um processo de investigação de decisões fiscais emitidas pelo Luxemburgo, que garantiam às transações efectuadas entre as empresas do grupo GDF Suez/ ENGIE – empresa francesa de serviços públicos de eletricidade – um tratamento preferencial que, aparentemente, "*contraria o sistema tributário nacional ao permitir que a GDF Suez pague menos impostos que outras companhias*"[48].

Mais uma vez, a Comissão pretende investigar um esquema fiscal concedido pelas autoridades tributária luxemburguesas que (aparentemente) derrogam seletivamente as disposições do direito fiscal nacional, ao conceder uma vantagem económica considerável, que não estava disponível para outras

47 Parágrafo 171 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016.

48 European Commission – Press release, de 19 de setembro de 2016, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3085_en.htm.

empresas sujeitas às mesmas regras fiscais nacionais. Em causa está o esquema de empréstimos convertíveis a juros zero que as empresas mutuárias do grupo (GDF Suez LNG Supply e GDF Suez Treasury Management) registavam como provisões para pagamento de juros, sem que posteriormente procedessem ao pagamento dos mesmos às empresas credoras (LNG Luxembourg e Electrabel Invest Luxembourg). Consequentemente, os pagamentos de juros constituem despesas dedutíveis no Luxemburgo, e os valores provisionados representam uma grande proporção do lucro de cada mutuário, o que reduz significativamente os impostos que o devedor paga em território luxemburguês, uma vez que o mutuante não chega a receber os juros. Por sua vez, as ações incorporam o valor dos pagamentos de juros provisionados e assim geram um lucro para os credores, que por sua vez não é tributado porque é considerado um pagamento de dividendos associados a investimentos de capital.

Margrethe Vestager, comissária responsável pela política de concorrência, já afirmou que «*as transações financeiras podem ser tributadas de forma diferente dependendo do tipo de transa*ção, [isto é] *de capital ou de dívida, mas uma única empresa* não pode ter o melhor de dois M*undos para uma mesma transa*ção."

6. HARMONIZAÇÃO FISCAL – UM CAMINHO A SEGUIR?

Rossi-Maccanico (2015b: 73) reconhece que não é possível almejar uma neutralidade fiscal internacional sem que haja harmonização substantiva das regras fiscais entre os Estados Membros. Do mesmo modo, Aujean, assume que *"a falta de coordenação das políticas fiscais na UE é flagrante e pode muito bem ser a causa da erosão fiscal e transferência de resultados ao nível transfronteiriço"*[49].

Admitindo assim que concorrência fiscal prejudicial e, sobretudo, o planeamento fiscal agressivo existem por causa da falta de harmonização no campo da fiscalidade direta ao nível da União Europeia, é relativamente unânime a urgente necessidade de proceder à reforma dos vários regimes de impostos sobre o rendimento das empresas nos Estados Membros, uma vez que aqueles não se adequam à crescente tendência de integração dos Estados Membros no Mercado Interno.

Como tal, faz parte do Plano de Ação da União Europeia o relançamento do projeto europeu que visa a implementação da Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS), proposto pela primeira vez em 2011, e tido como uma tentativa de coordenação fiscal e

49 Aujean, 2014: 62.

integração positiva comunitária, que possibilita que os grupos de empresas que desenvolvam atividades económicas em diversos Estados Membros, sejam tributadas por um único conjunto de regras fiscais criadas *ex novo*, em relação às suas atividades desenvolvidas a nível da União Europeia[50].

Inserida numa perspetiva integracionista e de prossecução de uma tributação mais eficaz e justa, tal política revelar-se-ia uma ferramenta apropriada no combate à concorrência fiscal prejudicial e ao planeamento fiscal agressivo, bem como mostrar-se-ia habilitada a reduzir os encargos administrativos e custos de cumprimento da legislação suportados pelas empresas com atividades transfronteiriças[51], sendo certo que as situações de dupla não-tributação, de erosão da base tributável e transferência de resultados, e de manipulação de PT na transações intragrupo, seriam mais facilmente mitigadas e até erradicadas, almejando porquanto uma distribuição equitativa da carga fiscal e promoção do crescimento sustentável e do investimento.

Apesar de sermos conscientes que tal solução equivaleria a uma forma de integração quase federal para a qual os Estados Membros não estão ainda sensibilizados, uma vez que traria efeitos (irreversíveis) de limitação à soberania fiscal estadual que muito dificilmente seria aceite, defendemos que uma perspectiva reformista de consolidação fiscal seria a melhor e mais eficaz forma de colmatar a concorrência fiscal prejudicial que se faz sentir na União Europeia.

7. CONCLUSÃO

Perante o panorama com que nos deparamos, é-nos possível constatar, desde logo, que o desenvolvimento jurisprudencial em matéria de auxílios tributários está longe de se apresentar consistente. A esta dificuldade acresce o facto de o conceito de auxílios de Estado ser eminentemente evolutivo, e, como tal, cada vez mais se tem sentido a necessidade de dar uma resposta atualista e cautelosa às questões que vão surgindo, nomeadamente ao nível da sua clarificação e renovação conceptual. Podemos assim afirmar que está em marcha um processo de modernização da política da União Europeia no domínio dos Auxílos de Estado, que se iniciou em 2012 com o *Action Plan*[52], e cujo foco está hoje notavelmente voltado para a preocupação com os comportamentos

50 Cfr., Rodrigues, 2008: 78.

51 *Vd* parágrafos 8-10 da Comunicação da Comissão ao PE e ao Conselho "Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia: cinco domínios de ação prioritários", de 2015, COM(2015)302.

52 *Vd* a Comunicação sobre a Modernização dos auxílios de Estado, de 08.05.2012, COM(2012)209.

anti competitivos levados a cabo tanto por certas empresas, como por alguns Estados Membros.

Somos então levados a constatar que está lançado o mote para o reforço da monotorização e combate da concorrência fiscal prejudicial e do planeamento fiscal agressivo, pelo que, os recentes acontecimentos têm demonstrado que a Comissão alargou os seus horizontes no sentido de incluir na revisão de auxílios estatais não apenas as medidas de otimização fiscal baseadas em estatutos fiscais, mas também as práticas administrativas, ou seja, as decisões fiscais.

Isto posto, o certo é que nos encontramos num "ponto de viragem", ainda escassamente apoiado por decisões do Tribunal, pelo que é urgente a procura de uma solução capaz de dar resposta ao crescente flagelo. Acolhemos o entendimento adiantado por Rossi-Maccanico (2015a: 378-380), segundo o qual, uma das possíveis soluções passaria por adotar uma diretiva no âmbito do art.º 106º, n.º 3, na medida em que a Comissão pode adotar diretivas dirigidas aos Estados Membros, que visem a transposição de regras respeitantes a empresas privadas que beneficiam de direitos especiais, como é o caso das empresas que beneficiam de *tax rulings*.

In fine, resta apenas concluir que, no nosso entendimento, o regime dos auxílios de Estado se figura como um instrumento eficaz, e apto a subverter as práticas de concorrência fiscal abusiva, essencialmente devido aos especiais poderes de supervisão autónoma, exclusiva e imparcial que são concedidos à Comissão por força do Tratado, através do procedimento que lhe é garantido pelo art.º 108º do TFUE.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Lígia Carvalho

2013 "Auxílios de Estado para um desenvolvimento sustentável", in Teixeira, G. (coord.) III *Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, p. 313.

Abrunhosa, Francisca Póvoas de

2013 *Preços de Transferência – a problemática e os principais focos de conflito,* Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, pp. 1-2.

Aujean, Michel

2014 "Tax Competition and Tax Planning: What Solution for the EU?", in *EC Tax Review*, n.º 2, p. 62.

Dirix, Kim

2013 "Harmful Tax Competition: Six Belgian tax incentives under the Microscope", in *EC Tax Review*, n.º 5, p. 233.

Guío, Ana Ortega

2012 "La problemática de las ayudas de Estado en la fiscalidad: revisión de algunas decisiones de la Comisión Europea contra España", in *Cuadernos de Formácion del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 15, p. 102.

Gunn, Anna & Luts, Joris

2015 "Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues", in *EC Tax Review*, n.º 2, p. 120.

Kavanagh, James & Robins, Nicole

2015 "Corporate Tax Arrangements Under EU State Aid Scrutiny – The Application of the Market Economy Operator Principle", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, p. 360-361.

Kyriazis, Dimitrios

2014 *Driving in the wrong direction? The opening decision in Fiat,* disponível em: http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/803.

Lang, Michael

2009 "Recent case law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions", in *EC Tax Review*, n.º 3, pp. 110-113.

Liebman, Howard M.

2003 "The EU Code of Conduct vs. The prohibition against 'state aid'", in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional,* Associação Portuguesa de Consultores Fiscais, p. 120.

Luja, Raymond H.C.
2000 "Anti-tax avoidance Rules and Fiscal Trade Incentives", in *Intertax*, n.º 28, ed. 6-7, p. 231.
Luja, Raymond H.C.
2014 "EU State Aid Rules, Tax Competition and its limits", in *Tax Notes International*, pp. 353-356.
Lyal, Richard
2015 "Transfer Pricing and State Aid", in *Fordham International Law Journal*, n.º 38, p. 1020.
Matsos, Georgios
2014 "Systematic misconceptions of State Aid law in the area of taxation – principles for a conceptual reform", in *European State Aid Law Quarterly,* n.º 3, pp. 491-499.
Micheau, Claire
2015 "Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches", in *European Law Review*, n.º 40, ed. 3, pp. 325-330.
Micheau, Claire
2008 "Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice", in *EC Tax Review*, n.º 6, p. 277.
Monti, Mario
1999 "How state aid affects tax competition", in *EC Tax Review*, n.º 4, p. 208.
OCDE
1998 *Relatório para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial*, disponível em: http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf.
2010 *Diretrizes relativas aos Princípios aplicáveis em matéria de Preços de Transferência em favor de empresas Multinacionais e das Administrações Fiscais*, disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1.
2013 *Relatório da OCDE relativo ao combate à Erosão da Matéria Coletável e Transferência de Lucros*, disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version_9789264201248-pt#page1.
2014 *Convenção Modelo em matéria de impostos sobre o rendimento e capital*, disponível em: http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf.

Panayi, Christiana HJI
2004 "State aid and tax: the third way?", in *Intertax*, n.º 32, p. 283.
Quigley, Conor
2012 "Direct taxation and state aid: recent developments concerning the notion of selectivity", in *Intertax*, n.º 40, p. 114.
Rodrigues, Carlos Augusto
2008 *Globalização, União Europeia e Direito Tributário: "Uma análise sob a perspetiva dos Preços de Transferência e o Princípio da não discriminação na União Europeia"*, Coleção Ratio Iuris, pp. 78-90.
Romariz, Cristina
2014 "Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or 'The Ghost of Yet-To-Come'", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º I, p. 42.
Rossi-Maccanico, Pierpaolo
2011 "Prohibited selectivity of business tax measures and tax policy", in *ERA Forum*, p. 208.
2012a "Fiscal Aid Review and Cross-Border Tax Distortions", in *Intertax*, n.º 40, ed. 2, pp. 94-98.
2012b "Fiscal Aid Review and Tax Competition", in Alexander Rust & Claire Micheau (edit.), *State Aid and Tax Law*, International Tax conferences of the University of Luxembourg, pp. 41-44.
2015a "A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, pp. 372-380.
2015b "Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting", *in EC Tax Review*, n.º 2, pp. 63-73.
Santos, António Carlos dos
2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade,* Coimbra: Almedina Editora, pp. 207-397.
Schön, Wolfgang
1999 "Taxation and state aid law in the EU", in *Common Market Law Review*, n.º 36, p. 920.
Silva, Suzana Tavares da et al.
2014 *Os benefícios da harmonização fiscal e os respetivos riscos face ao atual modelo de desenvolvimento económico,* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em: http://hdl.handle.net/10316/25098.
Szudoczky, R. & Streek, J.L. van de
2010 "Revisiting the Dutch Interest Box under the EU State Aid Rules and the Code of Cnduct: When a 'Disparity' is Selective and Harmful", in *Intertax,* n.º 38, ed. 5, p. 275.

Traversa, Edoardo & Flamini, Alessandra
2015 "Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, pp. 324-329.