

CIDEEFF

WORKING PAPERS

Nº17/2026

A LEGITIMAÇÃO DA SOFT LAW NO CONTEXTO DA RESERVA DE LEI: LIMITES E DESAFIOS NO DIREITO FISCAL

Carolina Yuri Ymai

fct
Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia



CIDEEFF
Centro de Investigação
de Direito Europeu,
Económico, Financeiro e Fiscal



CIDEEFF

CIDEEFF

WORKING PAPERS

ISSN: 2795-4218

Nº 17/2026

A LEGITIMAÇÃO DA SOFT LAW NO CONTEXTO DA
RESERVA DE LEI: LIMITES E DESAFIOS NO DIREITO
FISCAL

Author

Carolina Yuri Ymai

WP Coordinators

Ana Paula Dourado

Pedro Infante Mota

Miguel Moura e Silva

Nazaré da Costa Cabral

Publisher

CIDEEFF – Research Centre in European,
Economic, Fiscal and Tax Law

www.cideeff.pt | cideeff@fd.ulisboa.pt



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

Design & Production

Libriana
editorial

www.librianaeditorial.com.br

Índice

Resumo	4
Abstract	4
INTRODUÇÃO	5
Conceito e características da soft law	8
Definição e principais características	8
Aspectos limitantes da soft law	13
Relevância pragmática como elemento de legitimidade social da soft law	16
A soft law no ordenamento jurídico português	19
Preços de Transferência: uma expressão concreta e paradigmática da soft law no Direito interno	19
A adoção consensual da soft law pelo legislador português	20
A ausência de harmonização sobre a temática e a proposta de diretiva europeia	24
A Plataforma de Preços de Transferência: nova expressão da soft law na União Europeia	26
A (i)legitimidade da soft law no contexto da reserva de lei	29
Soberania fiscal em camadas: adoção consensual da soft law	31
Ordens jurídicas complexas no contexto da reserva de lei	36
CONCLUSÃO	41
Indicações Bibliográficas	44
Manuais, Monografias, Artigos Científicos, Papers:	44
Documentos oficiais	45

Resumo

Este trabalho analisa a crescente influência das normas de *soft law* no ordenamento jurídico português. Com base em sua flexibilidade e ausência de força vinculativa, a *soft law* tem-se consolidado como um instrumento alternativo de regulação consensual, especialmente em contextos marcados pelo pluralismo jurídico. No entanto, sua incorporação ao direito interno, orientada pela soberania nacional, pode contribuir para a fragmentação da ordem jurídica transnacional e comprometer a coerência do espaço jurídico europeu. Além disso, ainda que sua recepção ocorra por deliberação parlamentar, levanta-se a hipótese de que essa prática possa funcionar como um canal de introdução de normas oriundas de instâncias supranacionais e, frequentemente, distantes do controle institucional normativo. A pesquisa propõe-se, assim, a examinar a legitimidade e os limites dessa prática, com especial atenção ao direito fiscal, no qual o princípio da reserva de lei exige maior rigor na criação de normas tributárias.

Palavras-chave: soft law; direito fiscal; reserva de lei; globalização; pluralismo jurídico

Abstract

This study examines the increasing influence of soft law norms in the Portuguese legal system. Due to its flexibility and lack of binding force, soft law has become an alternative tool for consensual regulation, particularly in contexts of legal pluralism. However, its incorporation into domestic law, guided by national sovereignty, may contribute to the fragmentation of the transnational legal order and undermine the coherence of the European legal space. Moreover, although its reception occurs through parliamentary deliberation, there are concerns that this practice serves as a channel for introducing norms from supranational bodies that are often removed from institutional normative control. This research aims to investigate the legitimacy and limits of this practice, with special emphasis on tax law, where the principle of legal reservation demands strict rigor in the creation of tax norms.

Keywords: soft law; tax law; reservation of law; globalization; legal pluralism

INTRODUÇÃO

A análise proposta neste relatório parte de uma perspectiva internacional com reflexos diretos sobre o ordenamento jurídico português. Isso se deve ao fato de que o processo de globalização tem transformado profundamente as dinâmicas regulatórias e decisórias no plano internacional, conectando economias e sociedades de forma inédita. Tal fenômeno provocou o surgimento de problemáticas transnacionais — como questões fiscais e digitais — que exigem respostas coordenadas, céleres e eficazes por parte dos Estados e das organizações internacionais.

Diante desse cenário, os instrumentos regulatórios tradicionais vêm se mostrando insuficientes para lidar com a velocidade e a complexidade das novas demandas emergentes. Como alternativa, destaca-se a ascensão das normas brandas (*soft laws*) como meios de regulação mais flexíveis, adaptáveis e ágeis. Por não se submeterem aos mesmos procedimentos burocráticos e formais que caracterizam as normas vinculativas clássicas, esses instrumentos vêm sendo amplamente mobilizados como resposta prática e consensual aos desafios da governança global.

A despeito de não se tratar de um fenômeno recente, a *soft law* mantém papel de destaque no atual cenário normativo. Sua eficácia pragmática, aliada à capacidade de adaptação a contextos plurais, faz com que seja frequentemente preferida às normas *hard*, sobretudo em regimes jurídicos marcados pelo pluralismo normativo. Tal protagonismo, no entanto, demanda uma análise crítica cuidadosa, especialmente quando sua incorporação aos ordenamentos internos desafia os limites de garantias constitucionais.

Com efeito, a adoção de modelos jurídicos estrangeiros — especialmente no campo da *soft law* — nem sempre decorre exclusivamente de critérios técnicos ou de compatibilidade dogmática. Em muitas situações, a difusão do direito revela-se condicionada por fatores políticos, interesses estratégicos e motivações simbólicas, como a busca por pertencimento a comunidades normativas internacionais (SCHAUER, 2000)¹. Assim, compreender como essas normas são internalizadas requer uma abordagem mais ampla, que transcenda a dogmática jurídica e leve em consideração os demais elementos que informam as decisões normativas dos Estados.

¹ SCHAUER, Frederico. *The politics and incentives of legal transplants*. Center for International Development at Harvard University, Working Paper N.º 44, Law and Development Paper N.º 2, April, 2000.

Nesse contexto, ganha relevo o princípio da reserva de lei, especialmente no campo do direito fiscal, em que o exercício do poder de tributar impõe restrições diretas ao patrimônio dos contribuintes e exige a observância rigorosa dos preceitos da legalidade formal. A reiterada utilização de normas consensuais, informalmente legitimadas e frequentemente ressignificadas no processo de incorporação ao ordenamento jurídico interno, desafia a lógica legislativa tradicional e pode comprometer os fundamentos do Estado de Direito.

Dessa forma, a presente pesquisa justifica-se pela necessidade de investigar os limites e a legitimidade do uso das *soft laws* no contexto da reserva legal, com especial enfoque no direito fiscal português. Trata-se de avaliar em que medida a adoção desses instrumentos pelos Estados-Membros se alinha aos objetivos comunitários e, para tanto, implica a redução da vontade soberana, fazendo da deliberação parlamentar um mero formalismo legiferante; ou se, ao contrário, prevalece o poder discricionário dos Estados-Membros na internalização da *soft law*, o que pode fragmentar a normatividade no espaço supranacional e, assim, comprometer o fortalecimento do mercado único.

A partir dessa problemática, formula-se a seguinte questão de investigação: Em que medida a utilização das *soft laws* no direito fiscal interno revela-se legítima à luz do princípio da reserva de lei, compreendido em todas as suas dimensões, e não restritamente sob o prisma formal?

Para melhor delimitação do objeto e organização do raciocínio, a pesquisa foi estruturada em torno das seguintes subquestões:

1. Quais as características relevantes nas normas brandas que as tornam protagonistas no cenário internacional?
2. Seria a difusão do direito tão política quanto jurídica, a ponto de exigir uma análise que vá além da lógica interna das normas?
3. A ausência de coercibilidade das *soft laws* permite que elas se imiscuem na produção normativa sem o devido controle institucional e jurídico?

Ademais, importa delimitar positiva e negativamente o presente relatório, a fim de garantir foco e profundidade ao estudo. Parte-se, assim, do pressuposto dos conceitos tradicionais acerca do princípio da reserva de lei, os quais serão contextualizados para enquadrar os novos instrumentos normativos flexíveis que vêm ganhando relevância substancial na atual conjuntura de coexistência entre múltiplos contextos jurídicos.

Desse modo, a delimitação positiva do estudo incidirá sobre a internalização voluntária das *soft laws* no ordenamento jurídico português, considerando suas diversas perspectivas e dimensões (nacional e internacional; estrutura institucional interna e externa; plano formal

e material; analítico, processual e substancial). Isso porque, a depender do enfoque, sua incorporação ao direito interno pode assumir feições legítimas ou ilegítimas.

Para tanto, será necessário compreender a origem dessas normas, suas características e os fatores que contribuíram para que se tornassem mecanismos normativos de destaque no cenário comunitário, com impactos diretos sobre os Estados-Membros da União Europeia. Em seguida, passaremos do plano teórico-abstrato para a análise de um exemplo concreto aplicado ao ordenamento jurídico português, com foco na perspectiva do direito fiscal e da regulação do mercado único da União Europeia. A abordagem interdisciplinar do direito econômico servirá como ferramenta para explicitar a relevância dessas normativas no fortalecimento do bloco econômico europeu, cujos reflexos incidem diretamente sobre as esferas fiscais nacionais.

Embora o estudo aborde temas fundamentais do direito fiscal, não se aprofundará nas especificidades dos sistemas fiscais nacionais, salvo quando estas se relacionarem diretamente com a temática proposta. Por isso, a análise do princípio da reserva de lei e da disciplina dos Preços de Transferência estará centrada na dinâmica de sua adoção e não em um exame exaustivo da matéria, já amplamente tratado nos manuais acadêmicos.

Além disso, não será objeto do presente relatório a aplicação das *soft laws* em outras áreas do direito da União Europeia, como o direito ambiental ou concorrencial, tampouco será realizada uma análise quantitativa sobre os efeitos econômicos ou sobre o impacto fiscal das *soft laws* na arrecadação dos Estados-Membros.

Por fim, esclarece-se que foi adotado o português brasileiro na formatação do presente relatório. O ChatGPT foi utilizado exclusivamente como ferramenta de apoio linguístico, restrito à correção gramatical, refinamento de expressões, modernização do estilo de escrita para uma forma mais fluída e à busca de sinônimos. Não houve qualquer delegação da construção argumentativa ou intelectual ao modelo de linguagem, tampouco interferência na formulação das ideias, estruturação lógica, indagações, dilemas, paradoxos ou conclusões da pesquisa. Assim, o ChatGPT não figura como coautor do conteúdo, sendo toda a elaboração crítica e analítica resultado do esforço acadêmico pessoal.

Conceito e características da *soft law*

Inicialmente, cumpre salientar que o estudo da temática não é recente, tendo despertado intenso interesse acadêmico especialmente ao longo dos anos 2000, período em que se observa uma concentração significativa de publicações sobre o tema. Não se pretende, contudo, retomar o já exaustivamente explorado percurso comparativo entre as *soft laws* e as *hard laws*. O objetivo, aqui, é lançar luz sobre os aspectos mais relevantes e consolidados na doutrina acerca das *soft laws*, os quais permitirão, ao final da presente investigação, uma reflexão crítica sobre sua (i)legitimidade no âmbito da reserva legal.

Neste primeiro capítulo, serão analisadas as principais características que justificam a relevante aplicação prática das normas brandas, bem como seus limites intrínsecos, cuja apreciação conjunta permite compreender de que forma essas normas produzem efeitos jurídicos no contexto do direito fiscal português.

Definição e principais características

A origem desse instrumento regulatório foi aproveitada do Direito Internacional, onde é mais frequentemente utilizado e, portanto, mais desenvolvido (SARMIENTO 2010)², para definir instrumentos de natureza incerta no âmbito da União Europeia (STEFAN, 2017)³.

A essa abordagem, Steven Kennett⁴ esclarece que o termo *soft law* é útil para compreender múltiplos fenômenos que ocorrem no contexto internacional, uma vez que não se limita a uma única compreensão, mas tem abrangência suficiente para explicar ou atuar em diversos aspectos do processo:

primeiro, entendido como um ‘pré-direito’ (pre-law), refere-se a normas e princípios emergentes que podem ser posteriormente adotados e incorporados ao ordenamento jurídico; segundo refere-se a regras não vinculativas ou não plenamente aplicáveis, mas que possuem um status jurídico capaz de impactar diretamente o Direito Internacional; e terceiro designa

² SARMIENTO, Daniel. *The function of EU soft law* (chapter 3), In: *Traditional and alternative routes to european tax integration*, IBFD, Amsterdam, 2010, p. 54.

³ STEFAN, O. *at al. Soft law and the enforcement of EU law*, In: *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford University Press, 2017, p. 8.

⁴ KENNETT, Steven A., *Hard Law, soft law and diplomacy: the emerging paradigm for intergovernmental corporation in environmental assessment*, Alberta Law Review, Alberta, vol. 31, n. 4, 1993, p.646-647.

uma fase de transição no desenvolvimento normativo, em que o conteúdo das normas é vago e seu âmbito de aplicação impreciso, evidenciando o processo de transformação de normas gerais de comportamento interestatal em regras jurídicas específica. (KENNETT, 1993, p.646-647)

Na mesma toada, Oana Stefan *et al.*⁵ destacam o caráter ‘paliativo’ da *soft law*, segundo o qual, mesmo sem resolver problemas estruturais, gera dados, experiências ou apoio político que contribuem para embasar futuras legislações mais duradouras, revelando um papel orientador na formulação de soluções para problemas emergentes.

Os autores salientam que o caráter ameno da *soft law* como orientador de políticas não enfraquece nem desloca a autoridade dos Estados-Membros, ao contrário, estes se impõem naturalmente por meio de uma conformação lógica, ao oferecer soluções efetivas para as demandas atuais, algo que as *hard laws*, muitas vezes, não conseguem diante de seus frequentes impasses. Por essa razão, pode alcançar efeitos jurídicos desejados, sendo capaz de promover as bases para uma melhor integração europeia.

Ademais, a inexistência de hierarquia nas relações entre os Estados-Membros, aliada à promoção da cooperação mútua por meio de discussões, relatórios e recomendações, confere às *soft laws* um caráter eminentemente consensual.

Sua previsão normativa encontra-se no artigo 288.⁶ do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e, embora formalmente caracterizada como norma desprovida de força vinculativa – a exemplo de diretrizes, códigos de conduta, orientações e recomendações –, pode funcionar como um instrumento complementar para o avanço de questões fiscais. Essa interpretação foi apresentada pelo Relator Manuel Medina Ortega, do Parlamento Europeu, na Comissão de Assuntos Jurídicos, durante sessão realizada em 2007, no documento de trabalho intitulado “Sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*)”. Ainda, neste documento, a *soft law* foi conceituada como “normas de conduta enunciadas em instrumentos desprovidos de força jurídica obrigatória per se, mas que podem, todavia, produzir alguns efeitos jurídicos” (SENDEN, apud ORTEGA, 2007)⁷.

Extraí-se do referido documento uma abordagem reforçada por iniciativas voltadas à simplificação e à melhoria do ambiente regulatório, com o objetivo de promover métodos alternativos de regulação capazes de atender às realidades e conveniências inerentes ao atual

⁵ STEFAN, O. *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

⁶ **Artigo 288.º, do TFUE.** Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, **recomendações e pareceres** [...] **As recomendações e os pareceres não são vinculativos.**

⁷ SENDEN, *apud* PARLAMENTO EUROPEU. Comissão dos Assuntos Jurídicos. Documento de trabalho sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*). Relator: Manuel Medina Ortega, 2007.

pluralismo jurídico.

Nesse diapasão, Mara Sofia da Silva Gonçalves⁸ cita a Comissão Europeia, na Comunicação intitulada “Política fiscal na União Europeia -Prioridade para os próximos anos”, para reforçar que, diante da complexidade que envolve a aprovação de normas fiscais por meio do procedimento decisório aplicado aos instrumentos de *hard law*, as *soft laws*, ou ‘legislação branda’, representam um meio adicional para o desenvolvimento das matérias tributárias.

Verifica-se que a expansão e a relevância das *soft laws* se consolidaram de maneira gradual e exponencial, contribuindo para o fortalecimento do mercado interno europeu. Tal dinâmica ratifica as limitações dos métodos tradicionais de regulação, cujo excesso de rigidez e formalismo tem se revelado incompatível com a velocidade das transformações promovidas pela era tecnologicamente globalizada, refletindo seu traço distintivamente flexível.

Além disso, é necessário destacar dois fatores (SARMIENTO, 2010)⁹ adicionais que contribuíram para a consolidação de sua importância substancial e, outrossim, reforçam sua característica funcional no cenário normativo: (i) a regulação desses instrumentos, em áreas politicamente e tecnologicamente complexas, tem sido delegada a instituições altamente especializadas, aptas a formular instrumentos normativos mais adequados relacionados ao conhecimento e à construção de significado, o que enseja um processo de descentralização legislativa em relação ao Estado; e (ii) seu caráter flexível e pragmático confere às autoridades uma margem ampliada de atuação em domínios que demandam regulação, na medida em que, por não possuírem força coercitiva, esses instrumentos estão menos sujeitos à supervisão judicial rigorosa e, conseqüentemente, submetem-se a uma pressão institucional externa reduzida.

Nesse viés, e em articulação com o aspecto funcional da norma, destaca-se sua função sociológica (STEFAN, 2017)¹⁰, na medida em que o fomento à cooperação — por meio da disseminação do conhecimento sobre os desafios a serem superados para a consecução de objetivos comuns — gera uma pressão social sobre os Estados-Membros. Essa pressão é desencadeada por discursos compartilhados, mobilizações em rede e pelo reforço da socialização promovido pela participação frequente em reuniões e parcerias, elementos que evidenciam sua vocação integradora.

Não obstante a coercibilidade constitua a linha tênue que distingue a *hard law* da *soft*

⁸ GONÇALVES, Mara Sofia da Silva. *Soberania fiscal e integração europeia*, tese de doutoramento, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 197.

⁹ SARMIENTO, *op. cit.*, p. 54-55.

¹⁰ STEFAN O. *et al.*, *op. cit.*, p. 22.

law, é justamente ela que confere a esta última tanto validade quanto limitação. Tal distinção, como se verá a seguir, é essencial para a compreensão dos contornos normativos da *soft law* e dos efeitos jurídicos que dela podem emanar, mesmo à margem de mecanismos formais de imposição.

Conforme já mencionado alhures, o discurso e as metas comuns dos atores e a internalização consensual de *softs* coordenação, tornam desnecessário a via coercitiva de normas. Nessa linha, Tallberg e Zurn¹¹ refletem a ‘legitimidade popular para o engajamento ativo dos Estados na cooperação internacional’, fator que segundo eles influencia o cumprimento de regras, constituindo-se em “um meio muito mais barato de garantir o cumprimento do que a coerção” (LINDBLOM, 1977, *apud* TALLBER; ZURN, 2019)¹².

David Trubek *et al.*¹³ enriquecem a abordagem ao apresentar duas perspectivas divergentes, nesse aspecto, sobre o papel da normatividade na integração europeia. De um lado, refletem a visão de que apenas um direito vinculativo e coercitivo seria capaz de garantir a eficácia e a legitimidade do processo integrativo, criticando a *soft law* por criar expectativas sem, contudo, promover mudanças concretas. Essa perspectiva racionalista ancora-se na necessidade de orientação clara, tratamento uniforme, sanções e justiciabilidade (TRUBEK *et al*, 2005)¹⁴. De outro lado, o enfoque construtivista sustenta que o direito não se reduz a um conjunto de regras coercitivas, mas configura, sobretudo, um fenômeno social enraizado em práticas, crenças e tradições. Tais elementos permitem reconhecer a legitimidade do direito brando a partir de sua inserção nas dinâmicas de sociabilidade, afastando, assim, a exclusividade da vinculação formal como critério de validade jurídica (TRUBEK *et al.*, 2005)¹⁵.

Alinhado à perspectiva construtivista, Daniel Sarmiento¹⁶ ilustra que, embora as normas *soft* não tenham, por si sós, o condão de gerar efeitos jurídicos diretos, ou seja, sua violação não acarreta, necessariamente, uma situação ‘indenizável’, isso não significa que suas consequências sejam irrelevantes. Acrescenta, ainda, que as *soft laws* podem adquirir relevância jurídica quando inseridas em práticas institucionais concretas, especialmente quando atuam como instrumentos acessórios na implementação de normas *hard*. Nesses casos, podem gerar

¹¹ TALLBERG, Jonas; ZÜRN, Michael. *The legitimacy and legitimation of international organizations: introduction and framework*, Review of International Organizations, 2019, <https://doi.org/10.1007/s11558-018-9330-7>, p. 582.

¹² LINDBLOM, 1977, *apud* TALLBER; ZURN, 2019, p. 582.

¹³ TRUBEK, D. M.; COTTRELL, M. P.; NANCE, M. *Soft law, 'hard law,' and european integration: toward a theory of hybridity*, Paper, Universidade de Wisconsin Legal Studies, n. 1002, 2005.

¹⁴ *Ibid*, p. 6.

¹⁵ TRUBEK *et al.*, *op. cit.*, p.11.

¹⁶ SARMIENTO, 2010, p. 60-61.

expectativas legítimas, o que reforça, ainda que de forma indireta, a perspectiva construtivista, na medida em que os efeitos jurídicos emergem da construção de expectativas sociais e institucionais recorrentes.

Isto posto, salienta-se que as *soft laws* raramente são utilizadas de forma isolada na promoção de políticas públicas, o que remete à teoria da hibridez formulada por Trubek. Nesse sentido, é oportuno recordar a compreensão multifacetada apresentada por Kenneth, segundo a qual, além de serem articuladas em conjunto com normas *hard*, as *soft laws* influenciam a legislação nacional ao se situarem na base principiológica que sustenta o arcabouço do direito comunitário. Tal inserção confere-lhes força vinculativa quando empregadas como fundamento na construção da jurisprudência.

Os efeitos interpretativos atribuídos às *soft laws* constituem o ponto nevrálgico da discussão atual sobre a temática. No entanto, essa dimensão envolve um nível de complexidade que excede os limites analíticos e os objetivos deste relatório, razão pela qual não será objeto de exame aprofundado neste trabalho. Assim, a análise que se segue restringe-se aos aspectos descritivos dessa característica.

Com efeito, observa-se, a partir das decisões dos tribunais, que as *soft laws* passam a assumir contornos vinculativos à medida que são utilizadas como fundamento de decisões judiciais, posteriormente seguidas pelos tribunais nacionais, o que revela uma mudança em sua configuração normativa, na medida em que passam a adquirir relevância jurídica efetiva (SARMIENTO, 2010)¹⁷. Nesse contexto, vale frisar o conceito formulado por Senden¹⁸, amplamente acolhido pela doutrina e replicado pelo Parlamento, conforme anteriormente delineado, segundo o qual as *soft laws*, embora desprovidas de força vinculante, são aptas a produzir efeitos jurídicos.

Para Sarmiento, desconsiderar as recomendações e comentários emanados do direito comunitário pelos tribunais nacionais ‘equivaleria’ a uma violação ao princípio da cooperação leal, previsto no artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE)¹⁹, por representar uma inobservância na adequada aplicação dos sistemas de fontes do direito da União²⁰. Nesse

¹⁷ Case C-322/88 Grimaldi [1989] ECR 4407: “the [Recommendation] in question **cannot therefore be regarded as having no legal effect. The national courts are bound to take recommendations into consideration** in order to decide disputes submitted to them, in particular where they cast light on the interpretation of national measures adopted in order to implement them or where they are designed to supplement binding Community provisions” (**grifo nosso**) apud SARMIENTO, op. cit., p. 58.

¹⁸ SENDEN, Linda. *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?*, EJCL, Vol. 9, 1/01/2005, apud PARLAMENTO EUROPEU. Comissão dos Assuntos Jurídicos. Documento de trabalho sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*). Relator: Manuel Medina Ortega, 2007.

¹⁹ Art. 4º, n.º3, TUE – “Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.”

²⁰ SARMIENTO, 2010, p. 59.

sentido, o TJUE confere efeitos interpretativos à *soft law*, permitindo sua utilização para aplicar o direito vinculativo de forma coerente (SARMIENTO, 2010)²¹, o que evidencia a importância do diálogo entre tribunais nacionais e europeus para o alinhamento do direito da União com o direito interno.

Aspectos limitantes da *soft law*

Se, por um lado, a *soft law* apresenta vantagens que justificam sua crescente relevância pragmática, por outro, é essencial analisar suas características limitadoras. Essa análise é indispensável para compreender com maior precisão a natureza dessas normas e avaliar se suas limitações comprometem os requisitos mínimos de legitimidade jurídica e democrática.

Embora as características positivas da *soft law* favoreçam sua difusão, elas também evidenciam um déficit de legitimidade, já que tais instrumentos operam à margem dos procedimentos formais exigidos para a produção legislativa. Essa informalidade pode colocar em risco os fundamentos do Estado de Direito, sobretudo se tais mecanismos forem utilizados para instituir tributos ou criar obrigações fiscais.

A ausência de legitimidade democrática na formulação das normas não vinculativas configura uma questão emergente, porquanto tais instrumentos podem co-determinar a validade de disposições normativas tanto no plano comunitário quanto nacional, com reflexos diretos sobre os direitos e obrigações deles decorrentes.

Ademais, o desenvolvimento das *soft laws* dispensa a observância do devido processo legal previsto no ordenamento jurídico interno. Isso ocorre porque, no plano pós-nacional, não há um equivalente funcional aos processos legislativos dos Estados soberanos. Essa carência é bem ilustrada por Maurício Pedroso Flores²², ao afirmar:

Se em relação ao direito produzido pelo Estado possuímos sempre alguma fonte de controle e participação na criação de regras – seja pela eleição de representantes, pela possibilidade de contestação judicial ou por outros meios alternativos de pressão – o mesmo não ocorre na esmagadora maioria dos espaços transnacionais de criação jurídica. Em outras palavras, conceitos como democracia e constituição, tão caros à tradição estatal moderna, não parecem se replicar para além de suas fronteiras. (FLORES, 2024, p.5)

Dito isso, e partindo do pressuposto de que a promoção da *soft law* contorna os procedimentos formais de elaboração legislativa, revelam-se outras limitações estruturais relevantes, notadamente aquelas relacionadas à (i) carência de transparência e de (ii) precisão

²¹ SARMIENTO, *op. cit.*, p. 63.

²² FLORES, Maurício Pedroso. *Teorias do constitucionalismo e da legitimidade democrática no contexto pós-nacional*, Revista interdisciplinar de direito, v. 22, n. 1, 2024, DOI: 10.24859/RID.2024v22n1.1519, p.5.

normativa, elementos indispensáveis à previsibilidade e à construção de uma ordem jurídica estável e confiável (TRUBEK et al, 2005)²³. Essas fragilidades decorrem, em grande medida, da (iii) ausência de deliberação democrática, manifestada na inexistência de debates parlamentares e votação, bem como da (iv) dispensa de publicação formal, requisito essencial à eficácia e à obrigatoriedade das normas dotadas de força legal.

Esses fatores evidenciam que os procedimentos formais de elaboração normativa são tão importantes quanto o conteúdo da norma. Como observa Christopher A. Thomas²⁴, “a legitimação é o processo pelo qual atores passam a acreditar na legitimidade normativa de um objeto”. Com base em Habermas, ele argumenta que a legitimidade depende do reconhecimento da ordem como justa e correta.

Nesta senda, o autor ainda propõe a divisão da legitimidade em três dimensões: jurídica, moral e social. Neste subcapítulo, interessa especialmente a dimensão jurídica, que se fundamenta na conformidade com normas procedimentais e na capacidade da norma se autojustificar com base em sua legalidade.

Isso reforça a ideia de que a ausência de mecanismos institucionais adequados na formação da *soft law* compromete justamente esse processo de legitimação, ao não oferecer base suficiente para que os destinatários a reconheçam como válida ou justa.

Thomas enriquece a explicação esboçada na tradição positivista, representada por Hans Kelsen e H.L.A Hart, segundo a qual afirmar que uma lei é legalmente válida significa dizer que ela foi criada em conformidade com o devido processo legal. O autor refere que para Kelsen, esse processo remonta, em última instância, a uma norma fundamental hipotética; enquanto que para Hart, a validade decorre da aceitação social de uma regra de reconhecimento, concebida como um fato institucional (THOMAS, 2014)²⁵.

Em consonância com essa perspectiva, Tallberg e Zürn²⁶ entendem a legitimidade como uma crença no exercício adequado do poder, construídas a partir de processos de justificação e contestação voltados à formação de tais crenças. E reforçam que a legitimidade institucional está diretamente ligada à justiça dos procedimentos. Quanto mais perceptíveis forem os elementos de legalidade, participação e imparcialidade, maior será a adesão dos cidadãos aos

23 TRUBEK et al, *op. cit.*, p. 6.

24 THOMAS, Christopher A. *The uses and abuses of legitimacy in international law*, Oxford Journal of Legal Studies, 2014, doi: 10.1093/ojls/gqu008, p. 14.

25 THOMAS, *op. cit.*, p.8.

26 TALLBERG, Jonas; ZÜRN, *op. cit.*, p. 583.

resultados produzidos (TALLBERG; ZÜRN, 2019)²⁷.

Considerando esses critérios, a *soft law* mostra-se particularmente vulnerável, uma vez que carece de mecanismos de participação efetiva e frequentemente opera sem transparência institucional, afastando-se das exigências mínimas que sustentam a crença pública na legitimidade do poder exercido.

No campo específico da legalização normativa, Trubek *et al*²⁸, com base em Abbott e Snidal, destacam três dimensões essenciais: obrigação, precisão e delegação. A primeira refere-se ao fato de que os Estados estão legalmente vinculados às normas e podem ser responsabilizados por seu descumprimento. A segunda diz respeito à definição clara e inequívoca das condutas que as regras autorizam, exigem ou proíbem. Já a terceira dimensão, a delegação, envolve a transferência de autoridade a órgãos ou instituições competentes para monitorar, interpretar ou aplicar tais normas.

Todas essas dimensões pressupõem, ainda que implicitamente, um grau mínimo de transparência e publicização, pois só há responsabilização efetiva se os destinatários puderem conhecer, compreender e contestar as normas que os afetam.

A *soft law*, no entanto, frequentemente não alcança esses requisitos simultaneamente. Sua natureza flexível compromete o grau de obrigatoriedade, reduz a precisão normativa e dificulta a delegação formal de competências institucionais para sua implementação.

Por fim, mesmo instituições como a OCDE, que oferecem estrutura para uma discussão técnica aos países membros, na prática não há a efetiva transmissão de informações substanciais e participação ativa e efetiva dos parlamentos nacionais nas soluções políticas, conforme leciona Ana Paula Dourado, que acrescenta “mesmo os países com um voz forte no seio das organizações internacionais normalmente não tem procedimentos adequados para garantir que as posições políticas expressas ali realmente levam em consideração os pontos de vista de toda a sociedade que eles supostamente representam democraticamente” (DOURADO, 2024)²⁹.

²⁷ TALLBERG, Jonas; ZURN, *op. cit.*, p. 594.

²⁸ TRUBEK *et al.*, *op. cit.*, p.10.

²⁹ Traduzido pelo google de: DOURADO, Ana Paula. *Legitimacy and vality of tax law in an international context*, Intetax, v.52, issue 3, 2024.

Relevância pragmática como elemento de legitimidade social da *soft law*

Conforme destacado inicialmente, observa-se uma intenção deliberada do legislador europeu de promover o uso de instrumentos normativos flexíveis, cuja eficácia não está necessariamente vinculada à coercitividade tradicional. O caráter pragmático dessas normas, fundamentado em abordagens funcionais e orientadas à efetividade, constitui a lógica subjacente à sua crescente relevância no ordenamento jurídico da União Europeia. Esse pragmatismo contribui para a ampliação das competências das instituições europeias, uma vez que a *soft law* se apresenta como um instrumento de adequação e flexibilização do direito da União, sobretudo por sua aceitação consensual entre os sujeitos institucionais envolvidos.

Ao examinarmos as limitações inerentes às *soft laws*, foi abordada, em um primeiro momento, a dimensão jurídica da legitimidade, fundada no princípio do devido processo legal. No entanto, as dimensões moral e social da legitimidade também se mostram relevantes, pois contribuem para esclarecer a eficácia prática das normas brandas. É justamente a partir dessas esferas que se amplia a compreensão de sua aplicabilidade no contexto jurídico contemporâneo.

Ao regressarmos às origens da *soft law*, é possível compreender, com maior amplitude, as causas que conferiram um elevado grau de relevância e influência aos mecanismos brandos de integração normativa. A partir de uma perspectiva do direito econômico, Nuno Cunha Rodrigues³⁰ contribui para elucidar a dinâmica da interação econômica internacional e de como tais dinâmicas culminaram, ao longo dos anos, na necessidade de uma regulação interna mais intensa, capaz de assegurar o pleno funcionamento do arranjo institucional, em consonância com o pluralismo jurídico que caracteriza a União Europeia.

Nesse contexto, o autor afirma que, embora a União Europeia não seja considerada um “verdadeiro Estado”, ela detém poderes comparáveis aos de “super-Estados”. Explica que, apesar de a UE ser desprovida de poder militar e não sediar grandes empresas (no sentido de empresa matriz) ou conglomerados econômicos nos setores tecnológico e digital, seu poder econômico reside na representatividade enquanto mercado significativo, o que a torna atrativa para grandes multinacionais. Além disso, a UE dispõe de estruturas políticas

³⁰ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Globalização do poder regulatório da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2024. Buscou-se um viés do direito econômico, conforme o próprio autor ao reconhecer que “a análise econômica do Direito desempenha um papel relevante na apreciação do Direito Internacional (e do Direito da UE), nomeadamente da racionalidade e eficiência da celebração de acordos ou tratados internacionais [...] A análise econômica do Direito procura introduzir uma metodologia económica no pensamento jurídico que apure os elementos envolvidos no processo de decisão de agentes racionais – que reagem a incentivos externos – e compreender, a final, as opções legais possíveis, numa ótica de relação custo/benefício, em áreas tão diversas como as conectadas com a defesa da concorrência, comércio internacional, investimento, responsabilidade civil ou outras” (p. 37).

sólidas que favorecem a instalação e o desenvolvimento de novas empresas em seu território (RODRIGUES, 2024)³¹.

O autor registra que a expansão do Direito da União Europeia não decorre de imposições coercitivas, mas se constrói a partir da solidez do seu mercado interno e das relações institucionais estabelecidas entre os Estados-Membros, no âmbito de um sistema de governança multinível. Essa base normativa coesa, desenvolvida em um espaço jurídico comum entre países com tradições distintas, permite à UE exercer influência também no plano externo.

Esse movimento reflete um fenômeno identificado pela doutrina como “empatia jurídica” (RODRIGUES, 2024)³², caracterizado pelo acolhimento espontâneo de padrões regulatórios europeus por países terceiros, inclusive fora do contexto da OCDE, os quais acabam por “mimetizar” (RODRIGUES, 2024), em alguma medida, a legislação da União Europeia, reconhecendo-a como referência de boas práticas internacionais.

Paralelamente, a própria UE também se inspira, em determinadas circunstâncias, em “leis-modelo” (RODRIGUES, 2024)³³ formuladas por organizações internacionais, como forma de preencher lacunas legislativas nos Estados-Membros e reforçar a coerência regulatória com vistas à consolidação do mercado interno.

Ademais, Rodrigues³⁴ observa como a atuação unilateral ou em bloco de potências regulatórias como a UE e os EUA tem sido um vetor central na definição de padrões regulatórios internacionais, inclusive na economia digital, “motivando reações de países terceiros”, e revelando-se campo fértil para análises de custo de transação e viabilidade de acordos multilaterais. Nesse processo, a OCDE tem desempenhado papel relevante, ao promover o diálogo internacional e fomentar práticas de convergência normativa, o que merece o seguinte destaque:

Em rigor não estão aqui em causa formas de cooperação mais antes de imposição de padrões regulatórios cuja eficácia, em alguns casos, foi já testada internamente – como sucedeu com diversa legislação europeia.

Na verdade, a UE, enquanto organização internacional *sui generis* e entidade legiferante, constitui um laboratório que agrupa vinte e sete Estados-Membros que coabitam num mercado interno único, o que lhe confere uma especial credibilidade a nível global quando está em causa a definição de boas práticas internacionais, ainda que represente menos de 5% do total da população mundial. Tal conduz a atuação da UE como “*rule maker*”. (RODRIGUES, 2024, p. 59)

³¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 28-29.

³² *Ibid*, p. 34.

³³ *Ibid.*, p. 31.

³⁴ *Ibid*, p. 53-55.

Essa capacidade de a UE estabelecer padrões globais, mesmo sem a tradicional força coercitiva, remete à importância da dimensão social da legitimidade, conforme leciona Thomas³⁵, segundo o qual está assentada na conformação da coletividade, que as pessoas acreditam ser moralmente ou legalmente justificadas. Nessa esfera, vislumbra-se a persistência de uma legitimidade social mesmo em contextos nos quais as autoridades violem as justificações normativas para sua legitimidade, o que explica a necessidade de justificar a obediência mesmo por parte daqueles potencialmente desfavorecidos pelo sistema.

Isso pode ser explicado pelo nível de satisfação decorrente da efetiva resolução de problemas concretos, especialmente quando tais soluções resultam da cooperação dos próprios cidadãos em prol de um objetivo comum. Tal percepção é diretamente refletida no aumento da legitimidade, sendo que, nesse contexto, o processo formal de integração torna-se secundário (TALLBERG; ZÜRN, 2019)³⁶.

Os autores Tallberg e Zürn³⁷ salientam que não seria correto afirmar que a abordagem sociológica refuta a natureza normativa do conceito de legitimidade, tratada no tópico anterior, uma vez que ambas estão empiricamente relacionadas, sobretudo considerando o duplo significado da normatividade que pode estar implicado. Assim, o sentido sociológico interage com a normatividade na medida em que: (i) as crenças de legitimidade emergem em contextos regulados por normas sociais sobre o exercício adequado da autoridade, e (ii) os padrões avaliativos utilizados para julgar a legitimidade podem ser normativamente justificáveis.

Por fim, vale registrar que Tallberg e Zürn³⁸ exploram a legitimidade sob as perspectivas sociológica e normativa, caracterizam a primeira como a percepção de um exercício adequado da autoridade e a segunda como o exercício da autoridade fundamentado em princípios como justiça, interesse público e democracia. Observa-se que, no sentido sociológico, a legitimidade se baseia nas crenças e percepções do público sobre como o poder é exercido, independentemente de uma fundamentação normativa objetiva; já no sentido normativo, ela decorre da conformidade com princípios ético-jurídico-políticos que justificam seu reconhecimento como legítima.

³⁵ THOMAS, *op. cit.*, p. 13.

³⁶ TALLBERG; ZÜRN, *op. cit.*, p. 595.

³⁷ *Ibid*, p. 587.

³⁸ *Ibid*, p. 583.

A *soft law* no ordenamento jurídico português

O presente tópico tem por objetivo examinar a aplicação dos instrumentos de *soft law* no contexto do ordenamento jurídico português, com enfoque na sua gênese no âmbito da União Europeia e na sua subsequente projeção prática no direito nacional.

A abordagem adotada permitirá, assim, avaliar em que medida os instrumentos de *soft law* europeus influenciam a formação do direito interno português, especialmente em domínios submetidos a políticas de convergência fiscal e de desenvolvimento económico. A análise propiciará uma reflexão crítica acerca da natureza híbrida da *soft law*, particularmente no que respeita às implicações que suscita no âmbito do princípio da reserva de lei.

Para a concretização desta análise, examinar-se-á a adesão voluntária a instrumentos de *soft law* por parte do legislador nacional, impulsionada por orientações provenientes da Comissão Europeia. Pretende-se, neste ponto, compreender em que medida o legislador português adota tais instrumentos como forma de alinhamento espontâneo à prossecução dos objetivos comuns no espaço fiscal europeu, bem como as implicações dessa escolha, tendo em vista a possibilidade de se conferir vinculatividade a normas *soft* oriundas de um processo carente de garantias fundamentais.

Neste ponto, cumpre esclarecer a delimitação negativa quanto às demais vias de ingresso da *soft law* no ordenamento jurídico interno português, tendo em vista que o seu impacto direto apresenta nuances que demandam análise mais aprofundada. Assim, não se incluirá no escopo deste trabalho o exame de instrumentos de *soft law* vinculados a diretivas ou à harmonização negativa promovida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), uma vez que a complexidade dessas temáticas ultrapassa os limites aqui propostos e exige um grau de densidade analítica incompatível com o nível de aprofundamento cabível em sede de relatório.

Preços de Transferência: uma expressão concreta e paradigmática da *soft law* no Direito interno

A temática dos preços de transferência reveste-se de particular relevância no combate a práticas que visam à erosão da base tributável, especialmente no contexto de operações entre entidades relacionadas. Tal relevância acentua-se nas relações transfronteiriças, onde se tornam mais frequentes estratégias de alocação de lucros entre jurisdições com diferentes

regimes fiscais.

Isso porque uma política de precificação intragrupo estruturada de forma estratégica ao longo da cadeia de valor pode influenciar diretamente a alocação dos resultados financeiros entre os países envolvidos, ocasionando, por vezes, uma redução significativa na taxa efetiva de imposto suportada pelo grupo como um todo. Nesse contexto, os preços de transferência tornam-se uma área sensível que abarca situações entre a autonomia empresarial e os interesses arrecadatários dos Estados, o que explica o crescente interesse de organizações internacionais e autoridades fiscais na produção de normas orientadoras, majoritariamente de natureza não vinculativa, voltadas à padronização de práticas.

Todo o delineamento a seguir será construído sob a perspectiva da aplicação de instrumentos de *soft law* no ordenamento jurídico português, com especial atenção às formas pelas quais tais instrumentos ingressam, são recepcionados e exercem influência prática. Trata-se, portanto, de uma abordagem aplicada, que se distancia das análises teóricas tradicionais amplamente consolidadas na doutrina jurídica, cujo aprofundamento, embora relevante, já se encontra exaustivamente desenvolvido nos manuais e estudos especializados sobre o tema. O objetivo aqui não é conceituar ou sistematizar os preços de transferência, ainda que, de forma comparativa, se faça referência à sua evolução e desenvolvimento no ordenamento jurídico português. Antes, busca-se compreender, por meio de um exemplo concreto, como tais instrumentos de *soft law* se manifestam na prática normativa nacional. Essa abordagem permitirá, posteriormente, analisar a compatibilidade e os limites dessa influência à luz do princípio da reserva de lei, que será objeto de reflexão no capítulo seguinte.

A adoção consensual da *soft law* pelo legislador português

A preocupação com os preços de transferência teve início, no âmbito internacional, com a publicação, em 1979, de um relatório elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), intitulado Preços de Transferência e Entidades Multinacionais. Nos anos subsequentes, a organização deu continuidade aos estudos sobre o tema, o que resultou na reformulação do relatório original e culminou, em 1995, na publicação das Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Dada sua relevância técnica e ampla aceitação internacional, essas diretrizes tornaram-se referência normativa fundamental na aplicação das regras de preços de transferência, sendo periodicamente atualizadas³⁹ para refletir as transformações da economia global, os novos

³⁹ Consoante disposto nos comentários sobre o artigo 9, n.1, da Convenção Fiscal Modelo sobre o Rendimento e sobre o Capital, p.226.

modelos de negócios e os desafios impostos pela crescente digitalização das operações transnacionais.

Os princípios e métodos estabelecidos pela OCDE em matéria de preços de transferência constituem exemplos relevantes de *soft law*, que foram incorporados ao ordenamento jurídico português, exercendo significativa influência na formulação da legislação interna sobre o tema. Um marco importante nesse processo foi a publicação da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, que introduziu disposições específicas sobre preços de transferência em Portugal.

Para compreender os contornos dessa incorporação, é necessário considerar o contexto histórico e econômico em que se insere a Lei n.º 30-G/2000, caracterizado pela crescente relevância da economia digital e pelo fortalecimento de um mercado interno ainda em consolidação (COMISSÃO EUROPEIA, 1995)⁴⁰. Esse cenário refletia uma atuação predominantemente unilateral dos Estados no enfrentamento das práticas de preços de transferência, consequência da lacunosa coordenação internacional existente, que, segundo observa Paula Rosado Pereira⁴¹, se caracterizava por mecanismos de cooperação internacional ainda muito limitados. Tal limitação evidenciava a necessidade de desenvolvimento de uma coordenação mais sólida e coerente, capaz de proporcionar soluções adequadas aos desafios impostos pelos preços de transferência no plano internacional.

Segundo a autora, a ausência de alinhamento entre os sistemas fiscais das diferentes jurisdições resultava, com frequência, em conflitos de interesse entre administrações tributárias, além de originar situações recorrentes de dupla tributação econômica, decorrentes da sobreposição de competências fiscais entre os países envolvidos. Nesse sentido, Pereira sublinha que a atuação isolada de um Estado, ao proceder a ajustes no lucro tributável de uma empresa local com base em regras de preços de transferência, repercute diretamente em outras jurisdições onde entidades do mesmo grupo empresarial estão estabelecidas.

Com efeito, conforme esclarece a autora, quando um Estado aumenta a base tributável de uma empresa residente, impõe-se, para evitar a dupla tributação, que o outro Estado envolvido reconheça e aplique um ajuste correlativo, reduzindo proporcionalmente a base tributável da empresa relacionada. Situação que, como assinala Pereira, somente pode ser eficazmente superada mediante a atuação coordenada entre as jurisdições envolvidas, ou seja, por meio de mecanismos de cooperação internacional.

Na ausência desse reconhecimento mútuo, ocorre a tributação do mesmo lucro em duas

⁴⁰ COMISSÃO EUROPEIA. *O mercado único 1994*. (COM (95) 238 final). Bruxelas, 16 de junho de 1995.

⁴¹ PEREIRA, Paula Rosado. *O novo regime dos preços de transferência*. Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal, Lisboa: ISG – Instituto Superior de Gestão, n. 5, jan. 2001, disponível em: https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/02/5_2_Precos-de-Transferencia-Revista-Fiscalidade.pdf

jurisdições distintas, comprometendo princípios fundamentais da justiça fiscal, da neutralidade econômica e da segurança jurídica. Importa salientar que essa problemática se mantém relevante na atualidade, refletindo as persistentes dificuldades de coordenação internacional em matéria de preços de transferência, questão que voltará a ser abordada à luz da evolução legislativa e do papel que as diretrizes da OCDE continuam a desempenhar nesse domínio.

Dessarte, tais desafios demonstram a importância de uma constante evolução legislativa no plano interno. De fato, a disciplina jurídica dos preços de transferência em Portugal passou por importantes transformações ao longo das últimas décadas, refletindo tanto a crescente complexidade das relações econômicas internacionais como a necessidade de alinhamento com os padrões internacionais estabelecidos pela OCDE. Nesse contexto, a evolução da legislação relativa aos preços de transferência, até a consolidação da atual disciplina prevista no artigo 63.º do Código do IRC, conforme redação atualizada pela Lei n.º 119/2019, de 18 de setembro, permite identificar importantes convergências e inovações normativas que marcaram a trajetória dessa matéria no ordenamento jurídico português.

O primeiro destaque deve-se à consagração do princípio da plena concorrência (*arm's length principle*), pilar basilar do regime dos preços de transferência. Em conformidade com as orientações da OCDE, tal princípio determina que as transações entre entidades com relações especiais devem observar os termos e condições que seriam normalmente acordados entre partes independentes em operações comparáveis realizadas em condições de mercado (art. 63.º, n.º 1, do Código do IRC). Trata-se, assim, de garantir uma distribuição equitativa da base tributária entre jurisdições, evitando práticas de transferência artificial de lucros, em total harmonia com as diretrizes da OCDE.

No que se refere aos métodos utilizados para determinar o valor de mercado, observa-se continuidade de tratamento pelo legislador, admitindo os métodos tradicionais estabelecidos pela OCDE, nomeadamente: o método do preço comparável de mercado, o método do preço de revenda minorado, o método do custo majorado, o método do fracionamento do lucro e o método da margem líquida da operação (art. 63.º, n.º 3, alínea a, do Código do IRC). Além disso, permanece a possibilidade de utilização de métodos alternativos, sempre que os tradicionais se revelem inadequados às especificidades da operação em análise (art. 63.º, n.º 3, alínea b, do Código do IRC).

No entanto, a redação introduzida pela Lei n.º 119/2019 representa um avanço significativo em termos de sofisticação técnica e de adaptação à realidade econômica contemporânea, de forma alinhada às evoluções das *Transfer Pricing Guidelines* ao longo dos anos. Ao contrário da Lei n.º 30-G/2000 (n.º 4, do artigo 57), que se restringia a uma enumeração genérica de operações comerciais e financeiras, o artigo 63.º, n.º 2 e 15 do atual IRC, c/c artigo 1.º, n.º 3,

alínea a, da Portaria n.º 268/2021, amplia expressamente o escopo de aplicação do regime dos preços de transferência. Incluem-se, de forma explícita, operações envolvendo intangíveis, reestruturações empresariais, compensações por lucros cessantes, acordos de partilha de custos, serviços intragrupo e outros instrumentos contratuais cada vez mais presentes nas estruturas de grupos multinacionais. Essa ampliação normativa revela um esforço claro de adequação ao novo paradigma da economia global, marcado pela mobilidade de ativos intangíveis e pela complexidade das cadeias de valor.

Em matéria de obrigações acessórias, também se verifica um endurecimento do regime. Embora a Lei n.º 30-G/2000 (n.º 6 do artigo 57) já impusesse ao sujeito passivo o dever de manter documentação justificativa das operações com partes relacionadas, a nova redação exige um nível mais elevado de detalhe e transparência. O contribuinte passa a estar obrigado a declarar, além da existência da operação, o método de avaliação adotado, as razões da sua escolha, as alterações metodológicas verificadas, bem como o montante dos ajustamentos realizados (artigos 6.º e 7.º do Código do IRC, c/c artigo 17.º da Portaria n.º 268/2021). Trata-se, ainda, de uma evolução coerente com as recomendações do Plano de Ação BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), promovido pela OCDE e pelo G20, com o intuito de combater práticas abusivas de planeamento fiscal internacional.

Por fim, no que diz respeito à definição de “relações especiais”, constata-se uma mudança de técnica legislativa. A Lei n.º 30-G/2000, no seu artigo 57.º, n.º 4, apresentava uma lista extensiva de situações caracterizadoras dessa relação, destacando-se como elemento crítico a fixação de um limiar de participação de 10% do capital ou dos direitos de voto como critério objetivo para aferição da existência de influência significativa. Tal percentual foi considerado, por parte da doutrina, como particularmente rigoroso quando comparado às recomendações da Comissão de Reforma da Fiscalidade Internacional Portuguesa, que sugeria um limiar de 50%, admitindo-se, contudo, que participações entre 25% e 50% pudessem configurar relação especial, desde que demonstrado controlo efetivo pelo sócio (PEREIRA, 2001)⁴².

Com a entrada em vigor da Lei n.º 119/2019, verifica-se uma flexibilização desse critério, ao fixar-se o novo limiar em 20% (artigo 63.º, n.º 4, alíneas a e b, do Código do IRC), aproximando-se das práticas internacionais e contribuindo para uma maior coerência e racionalização do sistema normativo.

Importa salientar que, embora o artigo 9º do Modelo de Convenção da OCDE e seus comentários não estipulem percentuais específicos para a definição de “empresas associadas”, tais parâmetros são deixados a critério das legislações nacionais, desde que em conformidade com o princípio da plena concorrência. Nesse sentido, ganha especial relevância a Proposta

⁴² PEREIRA, *op. cit.*, p. 6.

de Diretiva da Comissão Europeia (COM(2023) 529 final, artigo 5º), que prevê a adoção de um limiar de 25% para a qualificação de empresas associadas (*associated enterprises*). A eventual aprovação desta diretiva consolidará esse patamar como referência harmonizada no espaço da União Europeia, evidenciando uma tendência de convergência entre os ordenamentos nacionais e os esforços de uniformização fiscal europeia.

Em suma, a análise da evolução legislativa da disciplina dos preços de transferência, com especial destaque para o princípio da plena concorrência e os métodos clássicos recomendados pela OCDE, revela que a redação introduzida pela Lei n.º 119/2019 representa um avanço significativo no sentido de maior sofisticação técnica, ampliação normativa e convergência com os padrões internacionais mais atualizados. Tal evolução demonstra a disposição proativa do legislador português em alinhar-se às normativas internacionais⁴³, com o objetivo de assegurar a eficácia do sistema tributário nacional num contexto de crescente integração econômica e de complexidade das estruturas empresariais globais.

A ausência de harmonização sobre a temática e a proposta de diretiva europeia

A dinâmica apresentada no tópico anterior evidencia que, apesar dos esforços do legislador português em internalizar os ditames produzidos pela OCDE, a natureza não vinculante de suas diretrizes, por se tratarem de *soft law*, confere aos Estados-membros uma ampla flexibilidade para complementarem seus dispositivos segundo suas próprias conveniências. Essa autonomia decorre da própria característica não vinculante das diretrizes e, embora respeite a soberania estatal, frequentemente resulta em adoções mais rigorosas, como ocorre em Portugal no tratamento conceitual das “relações especiais”, tema já abordado, que exemplifica como cada Estado pode interpretar e aplicar as diretrizes de forma distinta. Tal pluralidade de abordagens dificulta a harmonização normativa e não se coaduna plenamente com os objetivos comuns de fortalecimento do mercado único, gerando impasses que serão desdobrados a seguir.

Em setembro de 2023, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Diretiva relativa aos Preços de Transferência (COM(2023) 529 final), com o objetivo de simplificar as regras fiscais e, por conseguinte, aumentar a segurança jurídica para as empresas da União Europeia. Conforme exposto na proposta, a harmonização das regras reduziria significativamente o risco de litígios, de dupla tributação e os custos de conformidade a eles associados, criando uma

⁴³ Cf. PORTUGAL. Portaria n.º 268/2021, de 26 de novembro. Diário da República, 1.ª série, n.º 230, de 26 nov. 2021. O preâmbulo da portaria justifica a sua revisão com base nos “desenvolvimentos internacionais, verificados ao nível da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e do Fórum Conjunto sobre Preços de Transferência da União Europeia”, e afirma expressamente que esta “acolhe os desenvolvimentos resultantes dos trabalhos da OCDE neste domínio”, o que evidencia a intenção do legislador português de promover maior alinhamento com as diretrizes internacionais em matéria de preços de transferência.

sinergia capaz de favorecer a competitividade das empresas na Europa e contribuir para a maior eficiência do mercado único.

Vale destacar que, conforme demonstrado nas consultas públicas e específicas conduzidas pela Comissão Europeia, a segurança jurídica emergiu como uma das principais preocupações das empresas que atuam no mercado interno, sobrepondo-se, inclusive, à preocupação com as taxas de tributação. Em um contexto de economia globalizada, a crescente atuação transfronteiriça dessas empresas colide com um cenário de fragmentação normativa, no qual legislações nacionais frequentemente divergentes comprometem a previsibilidade necessária para a tomada de decisões empresariais. Assim, as empresas veem-se forçadas a navegar entre sistemas jurídicos que não dialogam entre si, ficando expostas a múltiplas interpretações e, por conseguinte, à dupla tributação ou à sobretributação, ainda que busquem decisões fiscais prévias em determinadas jurisdições. Torna-se evidente, portanto, a necessidade de uma abordagem mais coordenada no âmbito da União Europeia.

Asseveram em suas razões, e vale a citação na íntegra para destacar que:

[...] quase todos os Estados-Membros também serem membros da OCDE e, por conseguinte, estarem empenhados em respeitar os princípios e as recomendações da OCDE. No entanto, apesar do compromisso político assumido pela maioria dos Estados-Membros, o estatuto e o papel dos Princípios da OCDE aplicáveis em matéria de preços de transferência diferem atualmente de Estado-Membro para Estado-Membro. Além disso, a nível da União, as regras em matéria de preços de transferência não estão atualmente harmonizadas por meio de atos legislativos, embora todos os Estados-Membros disponham de legislação nacional que prevê uma abordagem comum dos princípios básicos. No entanto, esta situação não está totalmente alinhada. O facto de cada Estado-Membro dispor de um amplo poder discricionário na interpretação e aplicação dos Princípios da OCDE aplicáveis em matéria de preços de transferência gera complexidade e condições de concorrência desiguais para as empresas. (COM(2023) 529 final, p. 2)

Tal formulação, ao reduzir a soberania nacional à simples ideia de poder discricionário na aplicação dos princípios da OCDE, ignora o papel do legislador interno na incorporação normativa dessas diretrizes. Essa questão, apesar de aqui apenas sinalizada por sua relevância contextual, será aprofundada no Capítulo 3, onde se examinará a compatibilidade entre a *soft law* e o princípio da reserva de lei em matéria fiscal.

Além disso, essa passagem reforça, de forma inequívoca, o que já fora observado anteriormente por Paula Rosado Pereira: a ausência de uma harmonização normativa vinculativa em matéria de preços de transferência permite que os Estados-Membros interpretem e apliquem os princípios da OCDE de forma divergente, ainda que formalmente comprometidos com tais diretrizes. Conforme a autora, a falta de coordenação entre as jurisdições não apenas gera insegurança jurídica e distorções concorrenciais no mercado único, como também acarreta situações recorrentes de dupla tributação econômica, especialmente quando ajustes unilaterais no lucro tributável não são reconhecidos por outras administrações fiscais. Essa

margem de discricionariedade, que em última análise deriva da natureza *soft law* das diretrizes da OCDE, compromete os princípios de neutralidade e justiça fiscal, explicando, em grande medida, a necessidade de uma resposta normativa mais uniforme, como a que se propõe com a Diretiva ora em análise.

Portanto, em termos de legitimidade material, a sobreposição de interpretações nacionais aos princípios da OCDE, ainda que formalmente internalizados, pode ser juridicamente questionada, sobretudo quando enfraquece os objetivos centrais do mercado único, como a segurança jurídica, a neutralidade fiscal e a igualdade concorrencial. A ausência de um mecanismo vinculativo de harmonização em matéria de preços de transferência permite que cada Estado-Membro aplique os princípios segundo entendimentos próprios, o que, na prática, mina a eficácia da cooperação internacional e intensifica a fragmentação normativa.

Diante desse quadro, ganha relevo o debate institucional sobre a viabilidade de soluções estruturantes no âmbito da União Europeia, como demonstram os desdobramentos mais recentes no âmbito do ECOFIN (9960/25). Em junho de 2025, o Grupo de Trabalho de Alto Nível sobre Questões Fiscais (HLWP) apresentou um relatório ao Conselho que abordava temas estratégicos de política tributária, incluindo o avanço nas discussões sobre a proposta de diretiva relativa aos preços de transferência e a consideração de um possível modelo de plataforma comum para o tema. Nesse contexto, evidencia-se a contraposição entre, por um lado, a proposta de uma plataforma de natureza não vinculativa e baseada no consenso, e, por outro, a dificuldade de alcançar a unanimidade necessária entre os Estados-membros para a adoção de um instrumento jurídico vinculante. Esse cenário fragmentado, em que ganham destaque soluções baseadas na *soft law*, oferece um campo particularmente expressivo e atual para a análise do papel da União Europeia na formulação de mecanismos não obrigatórios de coordenação normativa.

A Plataforma de Preços de Transferência: nova expressão da *soft law* na União Europeia

Conforme exposto, o poder discricionário conferido aos Estados-membros na internalização das diretrizes não vinculativas relativas aos preços de transferência dá origem a uma abordagem pluri-normativa no âmbito da União Europeia, comprometendo a coerência regulatória e dificultando a consolidação do mercado único.

Em linha com esse cenário⁴⁴, destaca-se que, em 12 de setembro de 2023, a Comissão

⁴⁴ Conclusões do Conselho Europeu de 17 e 18 de abril de 2024 e Declaração de Budapeste sobre o Novo Acordo de Competitividade Europeu, também abordadas na reunião do Conselho de 18 de janeiro de 2025 sobre “Garantir uma economia empresarial globalmente competitiva na Europa – simplificação, desobstrução e redução da carga regulamentar” (ECOFIN 9960/25, p. 36).

Europeia apresentou uma proposta de diretiva voltada à integração, no ordenamento jurídico da União Europeia, dos princípios e regras fundamentais de preços de transferência tal como definidos no âmbito da OCDE. No entanto, as discussões subsequentes no Grupo de Trabalho sobre Questões Tributárias (WPTQ) evidenciaram a ausência de apoio suficiente por parte dos Estados-membros para o avanço da proposta em sua redação original. A maioria expressiva dos países membros manifestou reservas de ordem técnica e principiológica, indicando não haver espaço, naquele momento, para progressos significativos. Apenas uma minoria considerou viável a continuidade das discussões em torno de possíveis harmonizações pontuais, sobretudo em aspectos processuais. Nesse contexto, consolidou-se a percepção de que a aprovação da diretiva, nos termos propostos, seria improvável (ECOFIN 9960/25, 2025)⁴⁵.

Paralelamente à resistência em torno da proposta de diretiva, observou-se uma receptividade mais positiva por parte dos Estados-membros quanto à possibilidade de criação, de uma plataforma dedicada aos preços de transferência fora do âmbito da Diretiva do Conselho⁴⁶. A proposta envolveria a constituição de um fórum técnico baseado no consenso intergovernamental, voltado à análise de questões práticas e à elaboração de soluções não vinculativas, em linha com os parâmetros da OCDE. O objetivo seria mitigar a complexidade e os encargos administrativos enfrentados por contribuintes e administrações fiscais. Apesar do apoio geral à iniciativa, persistem divergências relevantes entre os Estados-membros quanto a aspectos centrais da plataforma, como seu mandato, estrutura institucional, natureza dos resultados esperados e o grau de compromisso político necessário para sua implementação e acompanhamento.

O conjunto de elementos analisados evidencia, com maior nitidez, a relevância prática da *soft law* na promoção da harmonização fiscal no contexto europeu, sobretudo diante das limitações estruturais e procedimentais que dificultam o avanço das normas vinculativas do *hard law*. Como discutido no primeiro capítulo, é justamente sua flexibilidade que permite compatibilizar a heterogeneidade dos sistemas jurídicos nacionais com os objetivos de integração econômica e fiscal da União Europeia.

Longe de representar fragilidade, a ausência de coercitividade figura entre os principais atributos que conferem eficácia à *soft law* em arranjos jurídicos plurais e institucionalmente complexos. Embora o debate sobre esses instrumentos não seja recente, seu uso contemporâneo reforça sua aptidão para enfrentar desafios regulatórios transnacionais, e, com isso, impactar

⁴⁵ Conselho da União Europeia. ECOFIN *report on tax issues* – Approval (9960/25). 18 de junho de 2025, p. 6

⁴⁶ ECOFIN 9960/25, *op. cit.*, p. 6-7. Extrai-se do relatório que: “*Estas discussões basearam-se no facto de os Estados-Membros terem manifestado interesse e apoio a um método de trabalho diferente entre os Estados-Membros, que manteria as regras sobre preços de transferência dentro da sua competência e permitiria propor, conceber e determinar soluções consensuais e não juridicamente vinculativas, em conformidade com o quadro da OCDE*”.

diretamente o ordenamento nacional de cada Estado-Membro.

Nesse sentido, conforme destacado por Oana Stefan, o atual cenário regulatório reafirma o papel orientador da *soft law* na formulação de políticas públicas e na preparação de legislações futuras, funcionando como mecanismo de convergência normativa sem comprometer a soberania dos Estados-Membros. A Plataforma de Preços de Transferência ilustra bem essa lógica, ao se apresentar como uma solução técnica, não vinculativa, voltada à simplificação e ao aprimoramento do ambiente fiscal, em linha com o que foi proposto pela Comissão de Assuntos Jurídicos em 2007.

Tal funcionalidade pragmática manifesta-se com especial clareza no campo tributário, onde a exigência de unanimidade para a aprovação de diretivas fiscais frequentemente impede avanços legislativos significativos. Nesse sentido, a *soft law* emerge novamente como um instrumento eficaz de coordenação política e técnica, capaz de promover a convergência de práticas fiscais elaboradas por órgãos como a Comissão Europeia e o ECOFIN.

A *soft law*, portanto, não apenas complementa o arcabouço jurídico da União, mas constitui um componente essencial da governança fiscal europeia. Ainda que sua legitimidade seja questionada sob a ótica procedimental, ela encontra respaldo nas dimensões moral e social, conforme teorizadas por autores como Christopher Thomas e Tallberg & Zürn, que associam a aceitação normativa à eficácia percebida, à resolução de problemas concretos e à confiança institucional. Sua capacidade de oferecer soluções ágeis, consensuais e adaptáveis aos desafios da economia globalizada justifica, em larga medida, o protagonismo que tais instrumentos vêm assumindo no processo integrativo europeu.

À luz dos desafios estruturais enfrentados pelo processo de integração fiscal, especialmente no tocante à exigência de unanimidade para reformas vinculativas, a *soft law* tem assumido um papel estratégico não apenas como mecanismo de transição normativa, mas como instrumento de inovação institucional. Sua utilização em iniciativas como a Plataforma de Preços de Transferência revela uma preferência crescente por arranjos regulatórios que permitem o desenvolvimento de padrões comuns e soluções coordenadas.

A (i)legitimidade da *soft law* no contexto da reserva de lei

A investigação desenvolvida até o presente momento permitiu evidenciar o papel da *soft law* como instrumento relevante de conformação em sistemas jurídicos complexos, nos quais os objetivos comuns dos múltiplos entes institucionais são frequentemente obstaculizados pela normatividade singular de cada Estado-Membro. Verificou-se, ademais, que tais impasses não são recentes; contudo, persiste a ausência de uma conciliação que resguarde a soberania estatal e a observância de seus princípios estruturantes frente aos compromissos assumidos no processo de integração europeia.

Ao atribuir a fragmentação normativa no seio da União Europeia ao ‘amplo poder discricionário’ dos ordenamentos nacionais, a proposta de Diretiva sobre Preços de Transferência corre o risco de esvaziar, ao menos em parte, o conteúdo da soberania legislativa dos Estados-Membros. Tal formulação parece pressupor que os Estados apenas interpretam ou executam diretrizes externas, quando, na realidade, a incorporação dos Princípios da OCDE no plano interno depende de uma decisão política soberana, geralmente veiculada por instrumentos legislativos ou regulamentares que obedecem ao princípio da legalidade. A partir do momento em que diretrizes internacionais de natureza *soft law* são integradas ao ordenamento interno, como se verifica no caso português anteriormente mencionado, elas adquirem força normativa não por imposição externa da OCDE, mas por vontade expressa do legislador nacional, diferentemente do que ocorre com as diretivas da União Europeia, cuja transposição constitui obrigação jurídica vinculante para os Estados-Membros. Ao reduzir esse processo à noção de “poder discricionário”, ignora-se o caráter político, deliberativo e democrático da decisão legislativa. O problema não reside na existência de margem discricionária, que é inerente em qualquer processo legislativo soberano (DOURADO, 2005)⁴⁷, mas na caracterização da incorporação de diretrizes internacionais como se fosse uma escolha meramente técnica, operacional ou arbitrária, esvaziando seu conteúdo político e a legitimidade democrática que a sustenta. Tal interpretação desconsidera a exigência de legitimidade na produção normativa, especialmente em matéria fiscal, e obscurece a distinção essencial entre adesão voluntária e vinculação jurídica, distinção esta fundamental à proteção das garantias dos contribuintes, à

⁴⁷ DOURADO, Ana Paula. *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*. Coimbra: Almedina, 2005, p.353, leciona que: “Também a alteração das funções desempenhadas pelos órgãos de soberania, em que parte estimulada pela inadequação (insuficiência) da lei geral e abstracta, a qual não consegue prever de forma cabal as situações da vida, é um fenómeno comum aos Estados de Direito do século XX, e com repercussões sobre a margem de livre decisão administrativa.”

luz da reserva de lei.

Como é cediço, a reserva de lei constitui um dos pilares fundamentais do direito tributário, pressupondo que a criação, modificação ou extinção de tributos seja realizada por meio de lei formal, isto é, por ato do Poder Legislativo, com participação do Parlamento. Considerando que a legalidade está formalmente preenchida, uma vez que a adoção voluntária das *soft laws* passa pelo crivo legislativo, destacam-se, neste relatório, duas funções fundamentais do princípio da reserva de lei: a garantia da previsibilidade⁴⁸, na medida em que o contribuinte deve saber previamente quais tributos deverá pagar, e o reforço ao controle democrático, entendido aqui não apenas como exigência de legalidade formal, mas também como expressão da legitimidade do processo, o que implica participação efetiva dos interessados, transparência e responsabilidade no processo normativo. Isso porque, conforme leciona Ana Paula Dourado, a democracia prescinde de leis absolutamente determinadas, mas exige que suas decisões legais sejam proferidas por instâncias democraticamente legitimadas (DOURADO, 2005)⁴⁹.

Tem-se, portanto, de um lado, a atuação soberana dos legisladores nacionais, que incorporam, de maneira seletiva e conforme conveniências político-normativas, as orientações emanadas da OCDE e da própria União Europeia. De outro, evidencia-se a necessidade de convergência normativa orientada por objetivos comuns, sobretudo a consolidação do mercado único europeu, cuja realização esbarra constantemente na pluralidade de regimes jurídicos e na ausência de coordenação efetiva. Esse panorama levanta duas reflexões centrais:

1. Considerando que os Princípios da OCDE em matéria de preços de transferência foram concebidos no seio da própria Organização como parâmetros técnicos orientadores para a prática fiscal dos seus membros, é juridicamente legítimo que cada Estado-Membro da União Europeia, ao internalizá-los, o faça com base em interpretações próprias, ainda que isso acabe por distorcer o sentido e os objetivos originalmente atribuídos a esses princípios?
2. Considerando que a proposta da Diretiva COM(2023) 529 final reconhece a necessidade de maior segurança fiscal do mercado interno como condição para o fortalecimento do mercado único, até que ponto permanece juridicamente e politicamente legítimo

⁴⁸ Como já referido no subcapítulo 2.1.2, as consultas públicas conduzidas no âmbito da Proposta de Diretiva sobre Preços de Transferência (COM(2023) 529 final) trouxeram à lume que a segurança jurídica, especialmente no que se refere à previsibilidade fiscal, constitui uma das principais preocupações das empresas que atuam no mercado interno, sobrepondo-se, inclusive, à preocupação com as taxas de tributação, sobretudo diante da fragmentação normativa entre os Estados-Membros.

⁴⁹ DOURADO, Ana Paula. *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade...*, p.81-82, destaca-se, *in verbis*: “[...] os ‘resultados legais’ devem ser determinados porque é exigido aos indivíduos que eles se comportem segundo a lei. E, uma vez que os resultados legais são executáveis coercitivamente, eles só são justificados (democraticamente legitimados) quando garantidos por lei. Isto é, a democracia não é incompatível com a indeterminação legal, mas é incompatível com uma determinação legal muito elevada e generalizada [...], porque ela pressupõe que sejam as assembleias eleitas que formam juízos, os aprovam e os veem seguidos pelos tribunais – caso contrário estaremos perante decisões arbitrárias ditatoriais.”

que cada Estado-Membro mantenha interpretações próprias dos Princípios da OCDE, prática favorecida pela ausência de mecanismos vinculantes de harmonização, quando essa pluralidade normativa gera assimetrias entre os ordenamentos jurídicos nacionais e compromete a realização de um objetivo comum da União?

A resposta a essas questões implica duas considerações fundamentais. Em primeiro lugar, ao aderirem voluntariamente à União Europeia, os Estados-Membros comprometem-se com a realização de fins comuns, o que pressupõe, em contrapartida, a aceitação de limitações proporcionais à sua autonomia normativa, inclusive no campo tributário, sempre que o exercício isolado dessa autonomia contrarie os objetivos da integração. Em segundo lugar, a persistência em posturas legislativas ou interpretativas desvinculadas do esforço conjunto revela uma posição normativa descoordenada, incompatível com o espírito de cooperação e solidariedade institucional que estrutura o projeto europeu. Ainda que juridicamente possível no plano interno, tal conduta pode ser materialmente ilegítima, à luz dos princípios da neutralidade fiscal e da segurança jurídica.

É precisamente essa tensão, entre a legitimidade da *soft law* e a reserva de lei, entre a soberania legislativa e os compromissos de harmonização, que se propõe analisar no presente capítulo.

Soberania fiscal em camadas: adoção consensual da *soft law*

Iniciamos a abordagem deste subtópico com uma reflexão de Ana Paula Dourado⁵⁰, com base em Habermas: “para serem consideradas válidas e legítimas, as soluções de *soft law* devem expressar uma compreensão autêntica da comunidade jurídica, seus valores e interesses compartilhados, e uma escolha racional de estratégia e meios.”

Por essa perspectiva, ao observarmos o panorama atual dos preços de transferência, conforme descrito nos capítulos anteriores, vislumbra-se que as características que emergem da *soft law* como estratégia de solução consensual, paradoxalmente, desencadeiam a complexidade de um sistema plurilateral, além de favorecerem condições de concorrência desiguais entre as empresas, tendo em vista a ausência das garantias inerentes à reserva legal no processo de sua formação.

Nesse sentido, impõe-se a indagação: seriam as estratégias e os meios consensuados por meio de normas de caráter mais leve verdadeiramente capazes de sustentar uma expressão autêntica da União Europeia enquanto comunidade jurídica?

⁵⁰ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats 192–194 (Suhrkamp Verlag 1992); J. Waldron, *Lei e Desacordo* (Oxford University Press 2004 [1999]), cap. 2. *apud* DOURADO, Ana Paula. *Legitimacy and vality of tax law in an international context*, Intertax, v. 52, issue 3, 2024.

Essa dúvida se adensa à medida que se considera a ausência de salvaguardas institucionais que tradicionalmente conferem legitimidade aos processos normativos da União. É justamente nesse ponto que a análise de Ramsés A. Wessel⁵¹ oferece um desdobramento relevante: o autor destaca que a ausência de controle institucional efetivo no processo normativo confere às normas de *soft law* uma maior liberdade de escolha aos que a elas aderem e se organizam em torno delas. Essa flexibilidade explica, em parte, a crescente adoção desses mecanismos, mas também levanta preocupações quanto à sua compatibilidade com os parâmetros de legalidade e legitimidade democrática.

Wessel acrescenta que esse déficit de controle decorre ainda da inexistência de exigência de transparência e de publicização dos atos correspondentes. Tal opacidade normativa fragiliza a prestação de contas e, por consequência, compromete a autenticidade da expressão jurídica da comunidade europeia.

Por conseguinte, o autor assinala os riscos associados ao contorno dos procedimentos formais na produção legislativa, pois a desconsideração das regras e princípios que estruturam as relações transfronteiriças compromete tanto a salvaguarda de garantias fundamentais quanto a influência do Parlamento. Além disso, enfatiza a necessidade de mecanismos de responsabilização política, inclusive na esfera informal dos acordos e tratativas, onde cabe às instituições europeias prestar contas não apenas aos Estados-Membros, mas também aos cidadãos da União, por meio do Parlamento Europeu (WESSEL, 2021)⁵².

Dito isso, o autor problematiza em que medida as garantias associadas ao direito vinculativo podem ser estendidas ao domínio do direito não vinculativo. Tal indagação adquire especial relevo à luz dos riscos apontados por Wessel, uma vez que a informalidade e a ausência de controle institucional inerentes à *soft law* desafiam os pressupostos tradicionais de legitimidade normativa. Assim, a ausência de um mecanismo de deliberação plural e transparente na construção das normas de *soft law* dificulta a formação de um consenso verdadeiramente representativo, acentuando o déficit democrático não apenas em relação aos cidadãos europeus, mas também entre os próprios Estados-Membros, cuja capacidade de influenciar os arranjos normativos é assimetricamente distribuída.

Nesse contexto, conferem-se vantagens aos arranjos formais, cuja configuração normativa é mais clara e sistematicamente delimitada por parâmetros processuais e substantivos, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que

⁵¹ WESSEL, Ramses A. *Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of 'soft' international agreements*, West European Politics, v. 44, n. 1, 2021, p. 73, doi: <https://doi.org/10.1080/01402382.2020.17338094>

⁵² VERELLEN (2016): “garantir a responsabilização política também na área cada vez mais importante dos acordos políticos ‘não vinculativos’ exige não apenas responsabilização perante os Estados-Membros, mas também perante os cidadãos da UE, representados no Parlamento Europeu” apud WESSEL, p. 83.

estabelece que “um acordo internacional não pode ter o efeito de prejudicar os princípios constitucionais” (WESSEL, 2021)⁵³. Esse entendimento ressalta o papel das formas jurídicas tradicionais como salvaguardas contra o esvaziamento dos fundamentos constitutivos da União.

Ademais, o autor reflete sobre o uso ponderado da *soft law* nas relações externas pela Comissão Europeia, prática que parece ter sido implicitamente aceita pelo TJUE, desde que respeite os princípios fundamentais do direito da União. Tais princípios funcionam como um critério normativo de controle, permitindo avaliar se esses instrumentos estão em conformidade com os requisitos de legalidade e com a legitimidade democrática da União Europeia.

Para o autor, o fato de os mecanismos mais brandos de arranjos normativos não estarem sujeitos ao mesmo ônus das garantias constitucionais não lhes confere o direito de se sobreporem a elas, tampouco de violarem a ordem constitucional ou comprometerem os princípios que fundamentam a relação entre a União Europeia, seus Estados-Membros e instituições, sob pena de “criar um universo paralelo” (WESSEL, 2021)⁵⁴. Isso porque os contornos legislativos delineados pela ascensão das *soft laws* como instrumento de convergência normativa em contextos de pluralidade jurídica, embora frequentemente justificados pela complexidade das matérias tratadas, podem fragilizar a centralidade do parlamento e deslocar o centro da produção normativa para esferas menos permeáveis ao controle democrático.

O termo conclusivo formulado por Wessel sintetiza, de forma contundente, o paradoxo levantado inicialmente e que permeia toda a discussão: são justamente as qualidades que tornam a *soft law* aplicável — sua flexibilidade, adaptabilidade e consenso — que, ao mesmo tempo, a tornam suscetível à erosão da legalidade formal e da legitimidade democrática. Os instrumentos de *soft law* repousam, assim, sobre um dilema fundamental: seriam as estratégias adotadas por meio de normas não vinculativas uma expressão autêntica da comunidade jurídica europeia ou apenas a manifestação soberana e fragmentada dos interesses dos Estados-Membros?

Esse dilema se manifesta de forma concreta no campo da tributação internacional. O banco de dados de impostos corporativos da OCDE (JULIANA; HEITMULLER, 2024)⁵⁵, por exemplo, revela que, no caso de padrões tributários internacionais de menor caráter vinculativo, como os resultados do Projeto BEPS, é comum que os países adotem versões modificadas. Essas

⁵³ WESSEL, *op. cit.*, p. 81.

⁵⁴ WESSEL, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁵ JULIANA Cubillos González; HEITMULLER, Frederik. *Influence of Domestic Constituencies in the Implementation of International Tax Standards and Legitimacy of Global Tax Governance*, Intertax, v. 52, issue 3, 2024, p. 209. A autora utiliza dados extraídos do Banco de Dados de Impostos Corporativos da OCDE, disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-fourth-edition.pdf> (acessado em 30 de dezembro de 2023).

adaptações nacionais, ainda que inspiradas por compromissos multilaterais, frequentemente extrapolam ou reduzem o escopo originalmente acordado, ilustrando como a *soft law* pode operar dentro de uma lógica que relativiza a uniformidade normativa e reforça a margem soberana dos Estados.

Assim, os instrumentos de *soft law* oscilam entre representar uma construção jurídica comum e consolidada e constituir arranjos normativos paralelos, com potencial de enfraquecer os princípios constitutivos da ordem jurídica europeia. Nesse cenário, torna-se particularmente relevante analisar como os diferentes ordenamentos jurídicos absorvem e operacionalizam normas internacionais de caráter não vinculativo, como as diretrizes sobre preços de transferência.

Apesar dessa harmonização normativa no plano interno, os desafios de legitimidade se intensificam no âmbito pós-nacional, onde a ausência de mecanismos institucionais robustos compromete a equidade e a transparência na formulação das normas tributárias internacionais. É justamente nesse ponto que o trabalho de Juliana C. González e Frederik Heitmüller⁵⁶ oferece importantes subsídios para a reflexão. Ao examinarem a aplicação dos padrões do Projeto BEPS em distintas jurisdições, os autores trazem à lume os mecanismos institucionais e os processos decisórios internos que moldam a forma como os compromissos internacionais são incorporados, reinterpretados ou mesmo redimensionados em nível nacional.

Os déficits institucionais apontados por Wessel encontram ressonância na análise de González e Heitmüller, ao evidenciar que, mesmo quando normas *soft* são formalmente adotadas, sua legitimidade permanece dependente de estruturas políticas e institucionais que garantam equidade e representatividade. Os autores recorrem à noção de uma democracia ideal, segundo a qual todos os cidadãos deveriam exercer influência equitativa nas decisões de alcance global. Contudo, na ausência de uma estrutura centralizada de governança, ou seja, de um “Estado mundial”, essa influência ocorre apenas de forma indireta, por meio da mediação dos Estados-nação. Para que as normas fiscais internacionais possam ser consideradas legítimas, dois critérios fundamentais deveriam ser atendidos: (i) a existência de uma distribuição equitativa de influência entre os países participantes e (ii) a fidelidade das posições governamentais às preferências dos respectivos eleitorados nacionais.

Entretanto, os estudos indicam que nenhum desses critérios é plenamente observado. Há, de um lado, uma assimetria considerável na distribuição de poder entre os países, refletindo-se na capacidade desigual de influência sobre os resultados das negociações internacionais. De outro, verifica-se um déficit de alinhamento entre as posições adotadas pelos governos

⁵⁶ JULIANA Cubillos González; HEITMULLER, Frederik. *Influence of Domestic Constituencies in the Implementation of International Tax Standards and Legitimacy of Global Tax Governance*, Intertax, v. 52, issue 3, 2024.

e as preferências efetivas de seus cidadãos, comprometendo a legitimidade democrática do processo decisório internacional.

Ainda assim, González e Heitmüller ponderam que, embora tais lacunas representem desafios significativos à representatividade, elas não caracterizam, por si sós, um esvaziamento completo do conteúdo democrático na governança fiscal global. Isso porque os Estados-nação continuam a desempenhar um papel institucional relevante, ainda que indireto, por meio de mecanismos como a ratificação parlamentar e a supervisão legislativa, os quais preservam, em alguma medida, a influência dos cidadãos nos processos decisórios internacionais. Assim, para os autores, os déficits democráticos identificados não são necessariamente tão abrangentes ou evidentes quanto algumas interpretações mais críticas sugerem.

Não obstante a percepção dos autores, observa-se que a própria existência desse núcleo mínimo de representatividade pode obscurecer déficits mais profundos de legitimidade democrática. Isso porque a atenção ao controle efetivo — em suas dimensões procedimental, institucional e substantiva — tende a ser diluída diante da aparência de participação formal no processo decisório transnacional.

Outra dimensão relevante da discussão proposta pelos autores refere-se às tensões institucionais presentes na estrutura interna dos governos nacionais, as quais se manifestam de forma particularmente significativa no campo fiscal. Diferentes órgãos públicos possuem mandatos e prioridades que nem sempre convergem. Enquanto os ministérios das finanças buscam conciliar objetivos de arrecadação com metas macroeconômicas mais amplas, as administrações tributárias tendem a priorizar a eficiência e a viabilidade operacional na arrecadação de receitas. Essa diferenciação de enfoques é especialmente pronunciada em países em desenvolvimento, nos quais a capacidade de arrecadação é frequentemente utilizada como principal indicador de desempenho das instituições fiscais.

A experiência portuguesa revela uma significativa congruência técnica e normativa com os padrões multilaterais, evidenciada, por exemplo, na Lei n.º 119/2019, que, ao alterar o artigo 63.º, n.º 15 do Código do IRC, atribui à Autoridade Tributária e Aduaneira, por meio da Portaria n.º 268/2021, competência para regulamentar elementos centrais do regime de preços de transferência. Entre os aspectos regulados estão: os métodos de determinação dos preços (alínea a), os critérios de avaliação da comparabilidade (alínea b), a aplicação do princípio da plena concorrência a acordos de partilha de custos, serviços intragrupo e reestruturações empresariais (alínea c), os procedimentos de ajustamento (alínea d), e os requisitos documentais exigidos (alínea e). Embora essa regulamentação se inspire nas diretrizes da OCDE, sua formalização no ordenamento jurídico nacional demonstra uma apropriação institucional coerente com as exigências do sistema fiscal português.

Dessa forma, o dilema aqui formulado — se os instrumentos de *soft law* realmente expressam uma vontade jurídica comum ou apenas reforçam assimetrias interestatais — encontra, nas análises dos autores referidos e no caso português, elementos que o qualificam, embora não o superem. As adaptações nacionais, como as verificadas no ordenamento jurídico português, demonstram um grau relevante de internalização técnica e normativa dos padrões multilaterais. No entanto, persistem os limites estruturais da governança fiscal global, especialmente no que se refere à legitimidade democrática e à distribuição equitativa de influência entre os Estados. Assim, embora os mecanismos de *soft law* revelem potencial para promover convergência regulatória, sua eficácia normativa, quando analisada em conjunto no âmbito da ordem jurídica pós-nacional, permanece condicionada à existência de canais institucionais capazes de assegurar responsabilidade e representatividade.

À luz do exposto, a adoção consensual da *soft law* no direito nacional vai além de um simples instrumento de harmonização normativa, configurando uma dinâmica que redefine os limites da soberania fiscal. Essa soberania deve ser repensada considerando as múltiplas camadas institucionais e normativas que a concretizam, abrangendo desde recomendações e orientações em nível comunitário até leis e portarias no âmbito interno. A diversidade dessas formas internas, aliada ao caráter flexível das *soft laws*, frequentemente gera uma internalização assimétrica que contribui para a fragmentação regulatória no âmbito comunitário. Reconhecer a soberania fiscal em camadas exige aceitar essa pluralidade normativa, mas também fortalecer os mecanismos institucionais de controle, participação e responsabilidade política durante o processo de formação das normas brandas. Assim, a legitimidade da *soft law* dependerá crescentemente de sua capacidade de articular-se com as garantias fundamentais e com os princípios constitutivos da ordem jurídica à qual se integra, sob pena de representar não uma efetiva convergência regulatória, capaz de expressar autenticamente a comunidade jurídica europeia, mas sim a promoção de uma fragmentação normativa revestida de consenso aparente.

Ordens jurídicas complexas no contexto da reserva de lei

A investigação percorrida até aqui demonstra que as *soft laws* emergem de um contexto internacional com o objetivo coordenar ordens jurídicas diversas na construção de um mercado único. Sua validade repousa justamente na capacidade de serem amplamente aplicáveis, abarcando uma multiplicidade de situações e sistemas. Por isso, é natural que sua aplicação se adapte às especificidades do contexto normativo, institucional e temporal onde se insere, absorvendo particularidades locais sem, contudo, perder sua função orientadora supranacional. Esse fenômeno revela a complexidade da *soft law*, cuja eficácia depende tanto de sua flexibilidade quanto da aceitação pelos entes jurídicos envolvidos.

Sob essa perspectiva, e fundamentando-se nos ensinamentos de Ana Paula Dourado⁵⁷, pode-se compreender que as fontes do direito operam de maneira coordenada, complementar e em cascata. Nesse arranjo, a distinção entre criação e aplicação do direito torna-se tênue, sobretudo em contextos marcados por elevada imprecisão normativa. A criação de normas, portanto, não se restringe ao parlamento, sendo igualmente protagonizada por órgãos do governo, administrativos e pelo Poder Judiciário, especialmente em áreas tecnicamente complexas como a tributária, onde múltiplas camadas de normatividade coexistem e interagem. Tal multiplicidade contribui para a formação de um sistema jurídico dinâmico, no qual as normas secundárias complementam e detalham as regras primárias, preenchendo lacunas e conferindo maior operacionalidade ao ordenamento.

Dourado observa, entretanto, que essa atuação não deve ser interpretada como uma prática generalizada de extrapolação da função aplicativa por parte da administração e do Judiciário. Em regra, a aplicação da lei parlamentar — cuja elaboração compete exclusivamente ao parlamento — configura uma atividade vinculada, sobretudo no que se refere ao tipo jurídico do imposto. Contudo, a autora alerta que, diante de normas parlamentares altamente indeterminadas, pode haver regulamentações que, ao recorrerem a argumentos extralegis e escolhas políticas não justificadas juridicamente, acabam por criar normas de caráter universal, o que evidencia um deslocamento do lugar da criação normativa para além do parlamento, suscitando debates sobre legitimidade, controle democrático e limites da discricionariedade administrativa e judicial.

Assim, Dourado assinala que, mesmo sem comprometer o princípio da competência das fontes, observa-se, no direito fiscal, a um desdobramento legítimo do ato normativo primário em atos normativos secundários de concretização. Esses atos, em consonância com o modelo de fontes em cascata, devem respeitar as normas superiores, mas são aptos a ocupar os espaços deixados vagos pela legislação parlamentar. Tal arranjo normativo permite que diferentes graus de normatividade se articulem de forma coordenada, suprimindo lacunas com maior eficácia e evitando soluções baseadas em decisões casuísticas. Com isso, reforçam-se as funções tradicionalmente atribuídas à reserva de lei fiscal, promovendo maior estabilidade e generalidade ao sistema jurídico-tributário (DOURADO, 2005)⁵⁸.

A constatação de que a produção normativa não se restringe ao Parlamento, mas se desdobra em atos de órgãos administrativos e decisões judiciais, especialmente em contextos de elevada complexidade técnica e indeterminação legislativa, desafia o modelo tradicional

⁵⁷ DOURADO, Ana Paula. *Separation of powers in tax law*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2010. Tradução livre a partir do original em inglês, realizada com o auxílio do Google Tradutor.

⁵⁸ DOURADO, Ana Paula. *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 218-219.

da reserva de lei e evidencia tensões importantes para o Estado Democrático de Direito. A flexibilização desse princípio pode ser funcional diante da necessidade de operacionalização eficaz das normas, mas exige contrapartidas institucionais em termos de controle, transparência e responsabilidade jurídica.

Por isso, para que esse modelo de fontes coordenadas em cascata não comprometa os pilares do Estado de Direito, é essencial que as instâncias normativas não eleitas atuem com base em critérios de publicidade, motivação, respeito à legalidade e possibilidade de controle judicial efetivo. A legitimação dessa expansão normativa depende, em última análise, da preservação dos princípios constitucionais que estruturam a autoridade e os limites do poder jurídico no Estado democrático.

Nessa linha, Dourado afirma que: “levando em consideração a realidade constitucional atual em diferentes países da OCDE e de fora da OCDE, as fontes jurídicas são coordenadas e complementares em cascata, guiando-se pelo tipo jurídico subjacente e buscando adicionar elementos mais concretos a esse tipo jurídico” (DOURADO, 2010)⁵⁹. Razão pela qual assevera que (i) “a validade implica, portanto, a vagueza, uma vez que as leis vagas têm em conta a situação típica e desvalorizam as particularidades de um caso, e desta forma podem ser aplicáveis a um grande número de situações”; e que (ii) aplicação da lei é um “espaço livre de argumentação de adequação baseado na própria lei e em princípios políticos e morais aceitos por uma comunidade específica” (DOURADO, 2010)⁶⁰

Para melhor compreender a necessidade de um tipo aberto da norma, a autora, fundamentada em Hart, explica que “a lei se têm de aplicar a uma “enorme massa de casos individuais”, e “num qualquer momento da sua aplicação, eles provarão ser indeterminados; eles terão aquilo que foi designado por textura aberta” (DOURADO, 2005)⁶¹. Disso decorre a permissão de complementação da lei por meio da administração. Isto porque, consoante destaca a autora, o Direito Fiscal implica em procedimentos de administração de massas que se subsume o “dever-regra de tipificação que vai explicar que a margem de livre apreciação do fisco seja uma margem de livre apreciação e não uma discricionariedade.”(DOURADO, 2005)⁶²

No que concerne a aplicação da lei, a autora elucida que decorre do processo de adequação do fato à norma jurídica, avaliando se os fatos se enquadram no que a norma prevê. Isso é

⁵⁹ DOURADO, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁰ Klaus Günther *apud* DOURADO, Ana Paula. *Separation of powers in tax law. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2010, p. 125.

⁶¹ H.L.A. HART *apud* DOURADO, Ana Paula. *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Coimbra: Almedina, 2005, p.13.

⁶² DOURADO, Ana Paula. *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade...*p. 27.

feito dentro de procedimentos institucionais estruturados, que garantem a imparcialidade e a legitimidade dessa avaliação, fatores essenciais para a confiança dos cidadãos no sistema jurídico.

Contudo, quando regulamentos ou decisões judiciais passam a ocupar espaços deixados vagos pela lei com conteúdo normativo próprio, inclusive recorrendo a argumentos extralegais ou escolhas políticas não justificadas juridicamente, desloca-se o eixo de produção normativa para esferas menos sujeitas ao controle democrático direto. Tal expansão pode comprometer a previsibilidade do direito, especialmente se não acompanhada de critérios rigorosos de validade, fundamentação e revisão judicial.

Outrossim, a internalização das normas de *soft law* não ocorre apenas por mérito técnico, mas frequentemente é impulsionada por relações de poder, interesses políticos e fatores simbólicos. Isso significa que a difusão do direito é tão política quanto jurídica, e entender seus caminhos exige olhar além da lógica interna das normas (SCHAUER, 2000)⁶³.

Frederico Schauer⁶⁴ parte do pressuposto de que o desejo de um país ser aceito, respeitado ou valorizado por um grupo ou comunidade internacional influencia diretamente o quanto esse país vai tentar harmonizar suas leis com as desse grupo, e o quanto suas leis acabarão por se assemelhar às leis desse grupo. Assim, leciona que nem sempre a decisão de um país em buscar modelos jurídicos estrangeiros é puramente técnica ou racional — fatores políticos e simbólicos têm papel central.

Para o autor, países frequentemente buscam alinhar suas legislações às de grupos ou comunidades internacionais para serem reconhecidos, respeitados e aceitos. Essa busca pela legitimação internacional influencia a escolha das fontes legais externas e a adoção de modelos normativos, como exemplificado pela influência moderada do Canadá em relação aos Estados Unidos, e pela adaptação das leis nos países que desejam ingressar na União Europeia. Além disso, aspectos simbólicos e históricos, assim como a acessibilidade das normas estrangeiras via tecnologia, afetam significativamente a circulação do direito. Portanto, a circulação transnacional do direito é guiada tanto por razões jurídicas quanto por dinâmicas políticas e culturais, que determinam quais normas são adotadas e como são interpretadas.

Desse modo, observa-se que, em contextos de imprecisão normativa, a distinção entre aplicação e criação do direito torna-se difusa, especialmente quando regulamentos administrativos ou decisões judiciais extrapolam a simples adequação técnica à legislação parlamentar e passam a incorporar conteúdo normativo próprio. Sempre que essas regras não

⁶³ SCHAUER, Frederico. *The politics and incentives of legal transplants*. Center for International Development at Harvard University, Working Paper N.º 44, Law and Development Paper N.º 2, April, 2000, p. 2.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 11-18.

puderem ser justificadas exclusivamente por argumentos jurídicos decorrentes da legislação vigente, e apresentarem pretensão de validade geral — ainda que com menor universalidade do que a lei parlamentar — devem ser compreendidas como expressão de criação normativa. Essa constatação revela uma deslocação parcial do centro da produção jurídica para esferas administrativas ou judiciais, menos sujeitas ao controle democrático direto, o que impõe a necessidade de que tais atos sejam submetidos a critérios rigorosos de validade e constitucionalidade. Assim, mais do que identificar a origem formal da norma, importa assegurar que sua produção esteja vinculada aos princípios de legitimidade, responsabilidade e publicidade que estruturam o Estado de Direito.

CONCLUSÃO

O presente relatório analisou o recurso à *soft law* como mecanismo prático de regulação normativa em contextos pluri-normativos, bem como seus reflexos no ordenamento interno, sob a ótica do princípio da reserva de lei, considerado em todas as suas dimensões. O exemplo concreto dos Preços de Transferência evidenciou um cenário de crescente complexidade, especialmente diante da dificuldade de alcançar a unanimidade para a aprovação de instrumentos jurídicos vinculantes, o que tem levado à recorrência à *soft law* como alternativa regulatória. Embora os Princípios da OCDE tenham sido concebidos em um ambiente de cooperação internacional, sua incorporação voluntária pelos ordenamentos nacionais tem gerado condições de concorrência desiguais para as empresas, à medida que sua interpretação e aplicação variam de acordo com as decisões soberanas de cada Estado-Membro, comprometendo a segurança jurídica e a eficácia do mercado único.

A partir desse cenário, formulou-se a seguinte questão de investigação: em que medida a utilização das *soft laws* no direito fiscal interno pode ser considerada legítima à luz do princípio da reserva de lei, entendido em todas as suas dimensões, e não apenas sob seu aspecto formal?

No caso português, observou-se a integração dessas diretrizes por meio de legislação ordinária e portarias regulamentares, revelando como instrumentos formalmente não vinculantes podem adquirir eficácia normativa. Ainda que tal internalização se dê por adesão soberana, o processo legislativo nacional acaba por servir de canal para a introdução de normas oriundas de instâncias supranacionais, as quais estão distantes da arena de deliberação democrática interna.

Para compreender essa dinâmica, analisaram-se as características das normas brandas que as tornam protagonistas no cenário internacional e constatou-se que a *soft law* fundamenta-se em uma legitimidade moral e social, reforçada por um “método aberto de coordenação, que busca promover a disseminação de boas práticas e a convergência em torno dos objetivos da União Europeia”⁶⁵. Apesar dessa vocação universal, enfrenta limites significativos quanto à sua legitimidade formal, por não seguir os procedimentos e garantias típicos do constitucionalismo nacional, ausentes no contexto pós-nacional.

Dessa forma, torna-se essencial examinar o modo como esses instrumentos são

⁶⁵ Consoante proferido pelo PARLAMENTO EUROPEU. Manuel Medina Ortega (Relator). Documento de trabalho: “sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (*soft law*)”, Comissão de Assuntos Jurídicos, 14 fev 2007.

incorporados no plano interno. Ainda que sua concretização ocorra por via legislativa, sob competência formal do Parlamento, a ausência de escrutínio prévio sobre as recomendações da Comissão Europeia compromete sua legitimidade jurídica desde a origem. A *soft law*, nesse sentido, revela-se como uma estratégia velada de atuação da Comissão para além de suas competências, razão pela qual a questão ultrapassa a lógica interna das normas.

Ademais, embora os países membros estejam comprometidos com a concretização dos objetivos comuns, é necessário considerar os interesses econômicos e políticos de cada Estado-Membro, inclusive os implícitos nas subestruturas institucionais e políticas da soberania interna. A circulação transnacional do direito é guiada não apenas por razões jurídicas, mas também por dinâmicas políticas e culturais, que influenciam quais normas serão adotadas e como serão interpretadas. Esse cenário favorece a multiplicidade de interpretações e práticas normativas, comprometendo a segurança jurídica e fragilizando os objetivos de previsibilidade, neutralidade e coesão fiscal, garantias essenciais do princípio da reserva de lei.

Nesse contexto, verifica-se uma confluência entre a soberania estatal e a vontade de ser reconhecido, respeitado e aceito dentro do espaço comunitário. Ignorar esses fatores no processo de integração europeia, mediante a adoção descoordenada da *soft law*, compromete a coerência normativa supranacional e enfraquece a legitimidade material desses instrumentos.

Em última análise, a preferência por estratégias normativas brandas e a preterição de instrumentos vinculantes mais robustos geram um ciclo paradoxal. A adesão voluntária a padrões internacionais, como os Princípios da OCDE, confere-lhes vinculatividade formal ao serem incorporados à legislação interna, embora resultem materialmente heterogêneos quando confrontados com os ordenamentos dos demais Estados-Membros. Essa apropriação assimétrica, orientada por conveniências políticas nacionais, gera descompassos regulatórios que fragilizam a coerência do mercado único. O cenário concreto demonstrado neste relatório aponta para a necessidade preterida de mecanismos vinculantes eficazes, frequentemente suplantados pela confiança excessiva na *soft law* como solução estrutural.

Portanto, não se trata de negar a relevância e utilidade da *soft law*, mas sim de reconhecer seus limites e os impactos decorrentes de sua aplicação. A legitimidade da *soft law* no âmbito do ordenamento jurídico interno, especialmente em matéria tributária, demanda mais do que a mera conformidade formal com os processos legislativos tradicionais. Exige-se uma coerência sistêmica alinhada aos objetivos europeus e o respeito irrestrito aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Esses elementos são imprescindíveis para conferir maior previsibilidade, uniformidade e legitimidade democrática ao processo de internalização da *soft law*. Urge, portanto, garantir que tal incorporação no ordenamento jurídico português não comprometa os objetivos

de integração europeia que justificam sua adoção. A recepção acrítica de instrumentos normativos que não respeitam os preceitos da reserva de lei em todas as suas dimensões pode, paradoxalmente, fomentar a fragmentação da ordem jurídica transnacional e desvirtuar a coerência da comunidade jurídica europeia. Dessa forma, os instrumentos de *soft law* devem ser assegurados por processos transparentes, que promovam a participação equitativa e efetiva dos entes interessados, possibilitando mecanismos institucionais de controle normativo desde sua gênese, de modo que sua aplicação reflita, de maneira autêntica, os compromissos constitucionais assumidos por seus membros na construção de uma comunidade jurídica coesa, funcional e democraticamente legitimada.

Indicações Bibliográficas

Manuais, Monografias, Artigos Científicos, Papers:

DOURADO, Ana Paula. *Legitimacy and vality of tax law in an international context*, Intertax, v. 52, issue 3, 2024.

-. *O princípio da legalidade fiscal: tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, Coimbra, 2005.

-. *Separation of powers in tax law*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2010.

FLORES, Maurício Pedroso. *Teorias do constitucionalismo e da legitimidade democrática no contexto pós-nacional*, Revista interdisciplinar de direito, v. 22, n. 1, 2024, doi: 10.24859/RID.2024v22n1.1519

GONÇALVES, Mara Sofia da Silva. *Soberania fiscal e integração europeia*, tese de doutoramento, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, 2015.

JULIANA Cubillos González; HEITMULLER, Frederik. *Influence of Domestic Constituencies in the Implementation of International Tax Standards and Legitimacy of Global Tax Governance*, Intertax, v. 52, issue 3, 2024.

KENNETT, Steven A., *Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment*, Alberta Law Review, v. 31, n. 4, 1993.

PEREIRA, Paula Rosado. *O novo regime dos preços de transferência*. Fiscalidade: Revista de Direito e Gestão Fiscal, ISG – Instituto Superior de Gestão, n. 5, Lisboa, jan. 2001, disponível em: https://www.isg.pt/wp-content/uploads/2021/02/5_2_Precos-de-Transferencia-Revista-Fiscalidade.pdf

RODRIGUES, Nuno Cunha, *A globalização do poder regulatório da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2024.

SARMIENTO, Daniel. *The function of EU soft law (chapter 3)*, In: *Traditional and alternative routes to european tax integration*, IBFD, Amsterdam, 2010, p.53-66.

SCHAUER, Frederico. *The politics and incentives of legal transplants*. Center for International Development at Harvard University, Working Paper n. 44, Law and Development Paper n. 2, april, 2000.

STEFAN, O. *Soft law and the enforcement of EU law*, In: *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017, p. 200-217.

TALLBERG, Jonas; ZÜRN, Michael. *The legitimacy and legitimation of international organizations: introduction and framework*, *Review of International Organizations*, 2019, <https://doi.org/10.1007/s11558-018-9330-7>.

THOMAS, Christopher A. *The uses and auses of legitimacy in internacional law*, Oxford Journal of Legal Sudies, 2014, p. 1-30, doi: 10.1093/ojls/gqu008.

TRUBEK, D. M.; COTTRELL, M. P.; NANCE, M. *Soft law, 'hard law,' and european integration: toward a theory of hybridity*, Paper, Universidade de Wisconsin Legal Studies, n. 1002, 2005.

WESSEL, Ramses A. *Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of 'soft' international agreements*, West European Politics, v. 44, n. 1, 2021, p. 72-92, doi: <https://doi.org/10.1080/01402382.2020.17338094>

Documentos oficiais

COMISSÃO EUROPEIA. O mercado único 1994. (COM (95) 238 final). Bruxelas, 16 de junho de 1995.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Diretiva relativa aos Preços de Transferência (COM(2023) 529 final). Estrasburgo, 12 set. 2023.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. ECOFIN report on tax issues – Approval (9960/25). Bruxelas, 18 jun. 2025.

OCDE (2017), *Convenção fiscal modelo sobre o rendimento e sobre o capital: versão condensada 2017*, OCDE Publishing, doi: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

PARLAMENTO EUROPEU. Manuel Medina Ortega (Relator). Documento de trabalho: “sobre as implicações institucionais e jurídicas do recurso a instrumentos jurídicos não vinculativos (soft law)”, Comissão de Assuntos Jurídicos, 14 fev 2007.