

Departamento de Economia política
Escola de Ciências Sociais e Humanas

Os Paraísos Fiscais e a Concorrência Fiscal

Ana Lúcia Costa Santos

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Dr. Vasco Branco Guimarães, Professor Auxiliar Convidado
ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2017

Resumo

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos Paraísos Fiscais e da Concorrência Fiscal. Para tal, abordamos as diferenças entre Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Preferenciais, bem como a transparência fiscal internacional, uma vez que esta assume uma enorme relevância no combate à concorrência fiscal prejudicial e à evasão fiscal. Além disso, é analisada a Zona Franca da Madeira, ou Centro Internacional de Negócios da Madeira, sendo um exemplo de Auxílio de Estado. Relativamente ao Auxílio de Estado, é ainda abordado um caso prático, com o qual se pretende explicar as suas principais características. É ainda mencionado o Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, que representa o início da preocupação com a concorrência fiscal prejudicial, em que os países se comprometeram a não assumir comportamentos adversos. Por fim, são abordados alguns exemplos práticos de paraísos fiscais, bem como as cláusulas anti-abuso. A concorrência fiscal prejudicial assume cada vez mais relevância, atenta a globalização, sendo cada vez mais frequentes os relatórios e as medidas de combate a estas distorções. No entanto, não é possível eliminar a existência de distorções fiscais, uma vez que o regime fiscal aplicado por cada país depende dos fatores da economia interna, não sendo aceitável uma imposição exterior. Aos Estados-Membros e à União Europeia cabe apenas o papel de controlar os efeitos da concorrência fiscal prejudicial, para que o efeito seja minimizado.

Palavras-chave: Paraísos Fiscais, Auxílio de Estado, Zona Franca da Madeira, Cláusula Geral Anti-abuso.

Abstract

The purpose of this work is to study tax havens and tax competition. We address the differences between Tax Havens and Preferential Tax Regime, as well as international tax transparency, because of their enormous relevance against harmful tax competition. We analyzed The Free Trade Zone of Madeira or International Business Center of Madeira, which is an example of State Aid. A practical case of State Aid is also studied and their main characteristics explained. Also mentioned is the Code of Conduct, which represents the beginning of concern for harmful tax competition, where countries have committed themselves not to take adverse behavior. Finally, some practical examples of tax havens, as well as general anti-abuse rule, are discussed. Harmful tax competition is becoming more and more important with globalization, leading to reports and measures to combat these increasing distortions. However, it is not possible to eliminate the existence of fiscal distortions, because fiscal regime applied by each country depends on internal economic factors, and an external imposition is not acceptable. Therefore the role of the Member States and the European Union is to control the effects of harmful tax competition and minimize them.

Keywords: Tax Havens, State Aid, International Business Center of Madeira, General anti-abuse rule.

ÍNDICE

Introdução	1
Capítulo I – Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Preferenciais	4
1.1 Breves Noções sobre Paraísos Fiscais	4
1.2 Paraísos Fiscais <i>versus</i> Regimes Fiscais Preferenciais	10
Capítulo II – A Transparência Fiscal	13
2.1 Transparência Fiscal Internacional	13
2.2 A Transparência Fiscal Internacional e a Proteção de Dados	19
Capítulo III – A Zona Franca da Madeira/O Centro Internacional de Negócios da Madeira.....	24
3.1 O Centro Internacional de Negócios da Madeira	24
3.2 O atual regime e os seus benefícios fiscais	26
3.3 Os regimes fiscais anteriores	30
3.4 Sumário	34
Capítulo IV – Estudo de Jurisprudência	37
4.1 Enquadramento	37
4.2 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – Processos C-106/09P e C- 107/09P	40
Capítulo V – Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas	49
Capítulo VI – Exemplos práticos de países em concorrência fiscal prejudicial	55
Capítulo VII – Normas específicas anti-abuso	65
Conclusão	73
Referência Bibliográficas	81

Introdução

Na presente dissertação pretendemos abordar a problemática dos Paraísos Fiscais e a Concorrência fiscal. Com a crescente globalização a matéria da concorrência fiscal tem assumido cada vez mais relevo, da qual não se consegue dissociar a concorrência fiscal prejudicial, tantas vezes relacionada com os Paraísos Fiscais.

Os Paraísos Fiscais são atualmente conhecidos por todos, quer pela sua crescente importância, quer pelo acompanhamento de casos mediáticos que frequentemente invadem a televisão e os jornais. Assim, com o aumento desses casos surge também o preconceito e a tendência para relacionar os Paraísos Fiscais com a ilicitude e evasão fiscal. Porém, o facto de um País ter um regime fiscal mais favorável, não o torna por si só um Paraíso Fiscal e muito menos um País que pratica concorrência fiscal prejudicial.

Ora, com o presente trabalho pretendemos abordar alguns conceitos, que apesar de conhecidos por todos, são tantas vezes mal interpretados. Assim, numa primeira abordagem iremos tecer breves considerações sobre os Paraísos Fiscais tentando contribuir para uma ideia clara do que são, uma vez que não são suscetíveis de se resumir em um conceito absoluto. Como tal, face à sua impossibilidade de definição carecem de ser contrapostos com os Regimes Fiscais Preferenciais. Para que a ideia de Paraísos Fiscais possa ficar consolidada iremos abordar as semelhanças e diferenças entre estes e os Regimes Fiscais Preferenciais.

Com a análise do supra mencionado, vamos poder verificar que a diferença essencial reside na cooperação e no princípio da Transparência, sendo esta a principal questão focada pela OCDE no seu combate contra a concorrência fiscal prejudicial. No terceiro capítulo, propomos discutir precisamente essa questão, bem como a evolução dessas questões na OCDE.

Portugal tem também demonstrado grande interesse no combate à concorrência fiscal prejudicial, razão que levou à criação das denominadas cláusulas anti abuso, que como não poderá deixar de ser devido à sua grande relevância serão aqui abordadas, ainda que de forma não exaustiva. Aqui, será importante a distinção entre a evasão fiscal e a elisão fiscal, uma vez que esta segunda, ainda que possa ser moralmente condenável, não é de todo ilícita. De salientar que para nós a elisão fiscal é apenas o resultado da concorrência fiscal que deriva da própria evolução comercial e da globalização, não sendo prejudicial e contribuindo para a competitividade entre países.

Como não poderá deixar de ser ao focar estas matérias será ainda abordado o Centro Internacional de Negócios da Madeira, também denominado por Zona Franca da Madeira, geralmente definido erradamente como Paraíso Fiscal. Devido à sua importância, tantas vezes menosprezada, serão analisados os regimes que estiveram em vigência, bem como o atual, sendo este um auxílio de Estado que se pode caracterizar por Regime Fiscal Preferencial.

Devido à sua importância será dedicado um capítulo ao Código de Conduta no domínio da Fiscalidade das empresas, uma vez que representa o início da preocupação da União Europeia em combater as situações de concorrência fiscal prejudicial. Ainda que não vinculativo, representou um compromisso dos Estados-Membros em não adotar medidas que provocassem erosão fiscal nos sistemas fiscais dos restantes países.

Para completar a presente dissertação será dedicado um capítulo a exemplos práticos de países que fomentam a concorrência fiscal prejudicial, encontrando-se na Lista de países com regimes claramente mais favoráveis aprovada por portaria, sendo estes alvo das cláusulas anti-abuso presentes na legislação portuguesa. Por fim, será analisado um caso prático sobre auxílios de estado, nomeadamente o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – Processos C-106/09P e C-107/09P que se encontram relacionados, tendo sido negado o regime fiscal que o previa, uma vez que representava uma prática de concorrência fiscal prejudicial.

De salientar que, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico continua a desenvolver esforços no combate à erosão da base tributável e ao

desvio de lucros para os Paraísos Fiscais. Para tal, elaborou o Base Erosion and Profit Shifting Action Plan conhecido como Relatório BEPS, que contou com o apoio político do G20. O Relatório BEPS foi apresentado pela OCDE no decorrer da reunião dos Ministros das Finanças dos Estados-Membros do G20, ocorrida em Julho de 2013, que consistia num plano de ações a aplicar no combate à concorrência fiscal prejudicial e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação. O plano das quinze ações pretendia alterar a inércia dos países relativamente aos paraísos fiscais e assinalar a existência de regras mais rigorosas no seu combate.

Porém, a sua aplicação encontra-se ainda em fase embrionária, uma vez que a maior parte dos relatórios das ações surgiram apenas em 2015. Assim, a referência na presente dissertação relativamente à sua aplicação e aos benefícios alcançados será diminuta, sendo certo que tratando-se de um instrumento de Soft Law surge como uma recomendação aos países, não tendo carácter vinculativo. É indiscutível a sua enorme relevância na tentativa de combate à concorrência fiscal prejudicial, no entanto a sua execução dependerá do compromisso e vontade de cada país.

Em suma, pretendemos focar as questões que podem ajudar a compreender os paraísos fiscais e o seu papel na concorrência fiscal, abordando os esforços e progressos alcançados nesta matéria.

Capítulo I – Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Preferenciais

1.1 – Breves Noções sobre Paraísos Fiscais

Quando se pensa em Paraísos Fiscais⁽¹⁾ pensa-se num país sem qualquer regulamentação fiscal, que isenta de imposto qualquer capital proveniente do estrangeiro e que por isso é o cenário ideal para branqueamento de capitais e evasão fiscal. A verdade é que para essa visão tem em muito contribuído as últimas notícias de escândalos fiscais. Gerou-se em torno dos Paraísos Fiscais um preconceito, sendo apenas visível o aspeto da ilicitude.

No entanto, nem sempre os Paraísos Fiscais estão relacionados com práticas ilícitas ou concorrência desleal. Não é de todo ilícito ter uma conta nos denominados Paraísos Fiscais, ou seja, o recurso a estes locais não é só por si ilícito, para isso terá que existir uma falta de declaração dos rendimentos no país de origem.

Mas afinal o que são os Paraísos Fiscais? Definir o que são não é tarefa fácil, sendo aliás um conceito há muito debatido e que não reúne consenso. Diga-se desde já, que também não é nossa intenção definir em concreto esse conceito, uma vez que este evolui e adapta-se à regulamentação e necessidades dos seus utilizadores. Porém, a título de curiosidade, importa esclarecer que a expressão Paraísos Fiscais surge de um erro de tradução do inglês “tax haven”, que significaria “refúgio fiscal”, com a palavra “heaven” (paraíso). (cfr. Santos, José Gomes, Os paraísos fiscais e Portugal, pp. 3.)

(1) Cfr. Zielke Rainer, The Changing role of Tax Havens – An Empirical Analysis oh the Tax Havens worldwide, 2011, BFD, Vol. 65, number 1, pp. 44, que descreve que “os paraísos fiscais podem ser percecionados como países de baixa fiscalidade e regimes preferenciais que oferecem às subsidiárias de grupos multinacionais oportunidades para reduzir a sua taxa de impostos e que se caracterizam pelos três seguintes fatores: um paraíso fiscal com baixas taxas de imposto; um paraíso fiscal deve ter concluídas convenções sobre dupla tributação com outros países; um paraíso fiscal deve ter implementado ou estar empenhado com os princípios fiscais internacionalmente aceites”.

Ora, como ponto de partida refira-se a noção de Paraíso Fiscal que consta do Relatório da OCDE, “os paraísos fiscais são os países que conseguem financiar os seus serviços públicos com baixos ou nulos impostos sobre o rendimento e que se oferecem a si próprios como locais para serem usados por não residentes para escapar à tributação no seu país de residência.”⁽²⁾ Acontece que, esta definição não é suficiente para elucidar o que são os Paraísos Fiscais.

Um país que consiga financiar os seus serviços públicos com baixos ou nulos impostos sobre um determinado tipo de rendimento, não é só por si um paraíso fiscal, uma vez que esse financiamento pode ser obtido por uma redução da despesa, por recursos naturais ou ainda, através de receitas provenientes do jogo, sendo estes meramente exemplificativos. Por sua vez, o facto de se oferecerem a si próprios como locais para serem usados por não residentes para escapar à tributação no seu país de residência é sem dúvida uma das características, porém certamente não será a única.⁽³⁾

Além dessa definição, podemos ainda referir a mencionada pelo Ilustre Prof. Dr. Menezes Leitão, que considera um Paraíso Fiscal como “(...) um país ou um território que atribua a pessoas físicas ou coletivas vantagens fiscais suscetíveis de evitar a tributação no seu país de origem ou de beneficiar de um regime fiscal mais favorável que o desse país, sobretudo em matéria de imposto sobre o rendimento e sobre as sucessões (...)”⁽⁴⁾.

Considerar um país como Paraíso Fiscal depende sempre do país de origem, ou seja, depende do nível de tributação que este pratica, quanto mais alta for a tributação, maior será a tendência para considerar um país com tributação inferior um Paraíso Fiscal. Daí que a característica essencial também não poderá ser a baixa tributação, uma vez que qualquer país poderá funcionar como paraíso fiscal em relação a outro.

(2) OCDE – Harmful Tax Competition: An emergin global issue – Acedido em www.oecd.org

(3) Segundo alguns autores, os países com reduzidas taxa de impostos, não são paraísos fiscais propriamente ditos, mas territórios com um regime fiscal preferencial, com os quais concordamos.

(4) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Estudos de Direito Fiscal, 1999. Nesta obra, o Prof. Dr.Menezes Leitão cita o autor André Beauchamp, em Guide Mondial des Paradis Fiscaux.

Ora, como mencionado, a definição de Paraíso Fiscal altera consoante o país de origem em questão, podendo resultar de um conceito absoluto, de comparação ou de uma enumeração em lista.⁽⁵⁾ No caso de Portugal, inicialmente o legislador pareceu seguir esta primeira via, quando aditou ao Código de imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas os artigos 57º-A e 57º-B.

Nestes artigos, o legislador fez referência a “regimes fiscais claramente mais favoráveis” tendo especificado que se considerava que uma pessoa coletiva estava sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável quando no território da mesma não fosse tributada em imposto sobre o rendimento ou houvesse lugar a uma tributação sobre o rendimento nesse território inferior a 20%. Assim, a noção de regime fiscal claramente mais favorável era um conceito absoluto, uma vez que se reportava especificamente a países ou territórios em que o rendimento não fosse tributado ou em que a tributação do rendimento fosse inferior a 20%.⁽⁶⁾

Posteriormente, com a reforma fiscal introduzida pela Lei 30-G/00, de 29 de Dezembro⁽⁷⁾ foram adotadas medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais, alterando-se o Código do imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, o Estatuto dos Benefícios Fiscais, a Lei Geral Tributária, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código de Procedimento e de Processo Tributário e Legislação Avulsa. Com esta alteração o supra mencionado artigo 57º-A passou a considerar que uma pessoa coletiva estava sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma estivesse na lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, ou quando aquela não fosse aí tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRS ou ao IRC, ou quando, relativamente às importâncias pagas ou devidas, o montante de imposto pago fosse igual ou inferior a 60% do imposto que seria devido se a referida entidade fosse

(5) Vide Ferreira, Mónica Sofia, *Concorrência e Evasão fiscal Internacional*, pp. 75 a 77

(6) www.info.portaldasfnancas.gov.pt – Código do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

(7) www.pgdlisboa.pt

considerada residente em território português. Ora, verificou-se uma alteração de método na definição de regime fiscal claramente mais favorável. Passou-se a adotar os métodos de enumeração em lista e por comparação, ou seja, a enumeração em lista quando é expressamente referida a lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças e o método de comparação, quando a ausência de tributação, ou a percentagem dela é comparada à praticada em território português. Atualmente, encontra-se em vigor a Lei 7-A/2016 de 30 de Março, mantendo quase a mesma redação.⁽⁸⁾

Em suma, na legislação portuguesa são considerados Paraísos Fiscais ou regimes claramente mais favoráveis, os territórios que constarem da lista aprovada pela portaria do Ministro das Finanças, ou quando a entidade residente no território não for aí tributada com um imposto sobre o rendimento semelhante ou análogo ou quando o montante de imposto pago for igual ou inferior a 60% do imposto que seria pago, caso estivesse em território português. Atualmente, encontra-se em vigor a lista constante da Portaria nº 345-A/2016, de 30 de Dezembro, que alterou a Portaria nº 292/2011 de 8 de Novembro, que por sua vez alterou a primeira Portaria 150/2004 de 13 de Fevereiro, onde enumera os países, territórios e regiões com regimes de tributação claramente mais favoráveis.⁽⁹⁾

A legislação portuguesa não menciona paraíso fiscal, refere-se a regime claramente mais favorável, numa decisão atenta à evolução que esta matéria tem sofrido ao longo dos tempos. Vejamos, o termo regime claramente mais favorável é mais abrangente e por isso suscetível de enquadrar situações que não sejam consideradas como Paraísos Fiscais clássicos, pretendendo-se mais eficaz no combate à evasão fiscal. No que concerne à evasão fiscal, devido à sua importância será várias vezes mencionada ao longo da presente dissertação. Ora, retomando a ideia subjacente à escolha do termo “regime claramente mais favorável” verifica-se que o legislador pretendeu ir ao encontro de uma

(8) www.pgdlisboa.pt

(9) Segue-se uma enumeração por listas, à semelhança do sucedido no Reino Unido. Como supra mencionado, a Portaria que enumera a lista dos Regimes claramente mais favoráveis é a Portaria 345-A/2016 de 30 de Dezembro.

de uma nova realidade sobre os Paraísos Fiscais, em que o foco se situa na cooperação e transparência.⁽¹⁰⁾

A visão dos Paraísos Fiscais modificou-se por razões que não serão aqui abordadas devido à dimensão do presente trabalho, mas que levou a uma alteração na denominada “Lista Negra dos Paraísos Fiscais” da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante OCDE). Ao colocar-se a questão do lado da cooperação na troca de informações e na transparência, a lista foi substancialmente reduzida, apenas constando os territórios que se recusaram a cooperar e a seguir algumas das recomendações.⁽¹¹⁾

Assistiu-se assim, a uma nova realidade, na qual qualquer território desde que cooperante deixaria de ser enquadrado como um Paraíso Fiscal, ou pelo menos, como um Paraíso Fiscal nos termos até aqui definidos. O critério da ausência de troca efetiva de informação foi permitindo ao longo do tempo a retirada dos territórios da mencionada lista, através da assinatura de acordos em que os países se comprometiam a cooperar e trocar informação, deixando de fazer sentido a lista.

A OCDE admitiu ainda que aos Países não cooperantes fossem aplicadas sanções, tais como a não concessão de deduções, créditos fiscais ou quaisquer outros benefícios às operações por estes efetuadas, a aplicação de retenção na fonte a pagamentos a favor de sujeitos passivos nele residentes, a aplicação de taxas e encargos às operações por este executadas e a não realização de convenções para evitar a dupla tributação. Porém, não há notícias da sua aplicação.

(10) Trata-se de uma cláusula aberta para que a Administração Tributária possa considerar como paraíso fiscal, casuisticamente, países não incluídos na referida lista negra.

(11) A questão da cooperação e troca de informação surgiu com o acordo “Model agreement on Exchange of Information on Tax Matter”, aprovado em Abril de 2002, pelo Fórum da OCDE. Esse acordo foi desenvolvido pela OCDE em cooperação com países não membros e contou com a aprovação dos Ministros das Finanças do G20.

Acontece que, como se trata de um tema sensível e em constante alteração, ficou definido na declaração final da Cimeira do G20, em Hangzhou, China, que ocorreu em Setembro de 2016, o pedido à OCDE para informar os ministros das finanças e os governantes dos Bancos Centrais, até Junho de 2017, dos progressos alcançados em matéria de transparência fiscal. Na “nova lista” deverá constar quais os territórios que não progrediram para atingir um nível satisfatório da aplicação dos acordos assinados anteriormente e que permitiram a sua retirada da “Lista Negra dos Paraísos Fiscais”.⁽¹²⁾ A alteração surge na sequência da elaboração do Base Erosion and Profit Shifting Action Plan (doravante Relatório BEPS), pelo que será um dos resultados deste plano de ações. Assim, com esta iniciativa espera-se que a mera intenção de cooperar deixe de ser só por si relevante, sendo necessário um comportamento que ilustre estas medidas, uma vez que não ser classificado como um Paraíso Fiscal mas agir como um, pode beneficiar estes países e em nada contribui para o combate à concorrência fiscal prejudicial.

Os Paraísos Fiscais em sentido clássico apresentariam as seguintes características: impostos nulos ou muito reduzidos sobre pelo menos uma categoria de rendimentos, estabilidade política, alto nível de confidencialidade, meios de comunicação e infraestruturas e visibilidade adequada, porém discreta através de veículos credíveis.⁽¹³⁾

Como se verificou a caracterização como Paraíso Fiscal sofreu alterações, pelo que atualmente as grandes características serão a ausência de cooperação e a ausência efetiva de troca de informações.

No entanto, será que a visão clássica se alterou assim tanto? A verdade é que as características essenciais permanecem, sendo a estas que se recorre quando se pensa em Paraísos Fiscais. Então, a ausência de cooperação e troca de informações serão apenas mais duas características a juntar às anteriormente enumeradas. Como já mencionado supra, é impossível pensar em concorrência fiscal prejudicial, sem pensar em Paraísos fiscais. Mas será que toda a concorrência fiscal é prejudicial?

(12) www.publico.pt – G20 pede à OCDE uma lista negra de paraísos fiscais – 05 de Setembro de 2016

(13) Palma, Clotilde Celorico, Fiscalidade (16), Edição do Instituto Superior de Gestão, 2003, pp. 53 a 56.

A concorrência fiscal consiste em captar capital estrangeiro ou tentar evitar que o investimento já existente se desloque, pelo que geralmente os países procedem à redução da carga fiscal. Para nós essa concorrência é positiva, promovendo a competitividade entre os países e colocando a pressão do lado da despesa. A redução de impostos, ou de alguns impostos só pode ser considerada como concorrência fiscal prejudicial quando é unicamente fundamentada pela atração de investimento estrangeiro, sem se verificar quaisquer outras atividades que o possam atrair, obviamente conjugada com um total sigilo e ausência de transparência. A redução de impostos ou de algum imposto, não é só por si uma prática de concorrência prejudicial, uma vez que os países não se encontram todos ao mesmo nível no que concerne à necessidade de obter receita. Entendemos que também não se trata de concorrência fiscal prejudicial os denominados regimes fiscais preferenciais, razão pela qual lhe dedicaremos a segunda parte deste primeiro capítulo. De seguida, e de forma a tentar consolidar a problemática dos Paraísos Fiscais vamos indicar as semelhanças e diferenças entre estes e os regimes fiscais preferenciais.

1.2 – Paraísos Fiscais *versus* Regimes Fiscais Preferenciais

Os Regimes Fiscais Preferenciais podem ser entendidos como regimes fiscais mais ligeiros ou mais atrativos ao investimento exterior. Assim, permitem que as empresas que investem nestes territórios possam ter um maior rendimento disponível, ou seja, permitem que estas possam maximizar os seus lucros. Porém, estes territórios não podem por este fator ser considerados como Paraísos Fiscais, ou territórios em concorrência fiscal prejudicial.

Em muitos dos casos, os Regimes Fiscais Preferenciais surgiram como resposta às necessidades de regiões desfavorecidas, devido às suas condições geográficas ou climáticas, que sem o incentivo fiscal não seriam suscetíveis de atrair investimento.

Assim, ao desagrar a carga fiscal permitiu-se a atração de investimento indispensável ao desenvolvimento. É verdade que acabam por gerar mobilização de empresas e rendimentos, uma vez que permitem às empresas maximizar os seus lucros, porém, contribuem também para a competitividade, pressionando os restantes países ou territórios a equilibrar as despesas e receitas, de forma a não praticar taxas excessivas sobre os rendimentos.

Na visão clássica de Paraíso Fiscal seria possível verificar que estes são país ou territórios com tributação nula ou insignificante, em que há uma quase ausência de atividades suscetíveis de captar investimento, uma vez este é captado quase exclusivamente através da falta de tributação.⁽¹⁴⁾ Ora, tendo em conta tudo o que foi abordado no ponto supra, são também características dos Paraísos Fiscais a ausência de transparência relativa às disposições legais e administrativas, bem como a total falta de cooperação na troca efetiva de informações com os restantes países ou territórios. Apesar da alteração da visão dos Paraísos Fiscais, a verdade é que o facto de surgirem compromissos de cooperação não faz com que deixem de ser verdadeiros Paraísos Fiscais. Quer isto dizer que, não basta a intenção de cooperação é necessário que ela se verifique na prática.⁽¹⁵⁾ Tal fundamentou o pedido de uma “nova lista” à OCDE, tal como referido supra. Ora, é precisamente aqui que reside uma das grandes diferenças entre Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Preferenciais.

Os Regimes Fiscais Preferenciais trocam informação e cooperam, encontrando-se sujeitos às regras e fiscalização das autoridades competentes. Pense-se, por exemplo, no caso da Zona Franca da Madeira, que está sujeita às regras e fiscalização do Banco de Portugal, tendo que informar e cooperar no que lhe é solicitado. Acontece que, é autorizada pela União Europeia e aproveita as Convenções de Dupla Tributação em que Portugal intervém.

(14) Silva, João Manuel Braz da, Os Paraísos fiscais – casos práticos com empresas portuguesas.

(15) Ferreira, Rogério Fernandes, Paraísos Fiscais: A atualização da lista “negra” e a nova metodologia – www.rfflawyers.com – acedido em 09.09.2017. Na Portaria nº 345-A/2016, verifica-se a eliminação da lista dos Territórios de Jersey, Ilha de Man e Uruguai, uma vez que se verificou um grande desenvolvimento o plano da tributação internacional com a celebração de Convenções de eliminação de dupla tributação.

Devido à sua importância, dedicar-lhe-emos um capítulo da presente dissertação. Conforme já mencionado, o objetivo do Regime Fiscal Preferencial é permitir a atração de investimento, que de outra forma não seria possível devido às características dos países ou territórios, pelo que o regime é exclusivamente, ou quase exclusivamente aplicável a não residentes.

Acresce que, podem ainda ser-lhes aplicáveis regras específicas, como por exemplo, um limite mínimo de investimento, ou um limite mínimo de trabalhadores que as empresas sedeadas têm que cumprir. Por vezes, os benefícios que concedem estão definidos por um período limitado. Porém, existe uma certa confidencialidade nas operações, sendo esta indispensável ao investimento, mas assegura-se um mínimo de informação e fiscalização.

Em suma, os Paraísos Fiscais caracterizam-se por tributação inexistente ou muito reduzida, por falta de atividade económicas substanciais capazes de atrair investimento, apenas sendo atraído pela falta de tributação, ausência de cooperação e transparência e falta de troca efetiva de informação com outros países ou territórios.⁽¹⁶⁾

Por sua vez, os Regimes Fiscais Preferenciais caracterizam-se por uma tributação mais reduzida, aplicável apenas ou quase exclusivamente a não residentes e um manifesto interesse na adoção de práticas que permitam o combate à concorrência fiscal prejudicial, através de efetiva troca de informação e cooperação.⁽¹⁷⁾

Em conclusão, após a distinção entre os Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Preferenciais verificamos que a principal distinção se centra na cooperação e na efetiva troca de informações.

(16) Palma, Clotilde Celorico, *Fiscalidade* (16), Edição de Instituto Superior de Gestão, 2003, pp. 53 a 56

(17) Verifica-se alguns progressos feitos na matéria de troca de informações com paraísos fiscais, através de acordos para a troca de informação fiscal. No caso de Portugal, foram celebrados acordos com Andorra, Antigua, Barbuda, Belize, Estados de Guernesey, Gibraltar...etc.

Capítulo II – A Transparência Fiscal

2.1 - Transparência Fiscal Internacional

No presente capítulo propomos abordar a questão da transparência fiscal internacional, uma vez que conforme referido no capítulo anterior tal tem atingido cada vez mais importância no combate à evasão e fraude fiscal, tantas vezes relacionados com Paraísos Fiscais e a concorrência fiscal entre países. Conforme mencionado, a troca de informação é atualmente uma das formas de caracterizar um país como Paraíso Fiscal, sendo certo que é a Transparência Fiscal que permite essa troca de informações.

A importância do combate à evasão e fraude fiscal é tão elevada que em 2009, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) alargou o Fórum de transparência fiscal (Global Forum on transparency and Exchange of information for tax purposes)⁽¹⁸⁾ a países não-membros. Com este alargamento, os países permitiram a revisão das suas legislações, bem como sugestões para melhorar as suas práticas e leis, com o objectivo de aumentar a transparência na troca de informações.⁽¹⁹⁾

Além disso, verificou-se uma crescente criação de mecanismos para a prática da transparência fiscal internacional, tais como o Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), proveniente dos EUA, o Common Reporting Standard (CRS), da OCDE e a Directiva relativa à troca automática de informações fiscais (DAC2), da EU.⁽²⁰⁾

(18) O Fórum de transparência fiscal (Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes) foi criado em 2002 pela OCDE, sendo de extrema importância no desenvolvimento de práticas de troca efetiva de informações entre os países.

(19) De salientar que, atualmente o Fórum de transparência fiscal (Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes), conta com 132 países e 15 organizações internacionais como observadoras.

(20) Ferreira, Rogério Fernandes, O novo regimes de comunicação das informações financeiras, Nº 35/6, Outubro de 2016 – www.rffadvogados.pt – acedido em 10.09.2017

É certo que, todos estes mecanismos têm âmbitos e procedimentos diferentes, mas versam todos sobre a transparência fiscal nas trocas de informações e são um claro exemplo da importância desta matéria ao nível mundial. Não podemos esquecer que a globalização tem um papel preponderante em todos os assuntos fiscais, isto porque é cada vez mais fácil a deslocalização de pessoas e capitais, tornando cada vez mais difícil a resolução de problemas a um nível interno.

A OCDE tem-se debruçado inúmeras vezes sobre a transparência fiscal internacional, com especial relevo na troca de informações. Assim, para que tal seja possível, é necessário que cada país possa ter acesso a dados corretos e atualizados sobre os seus cidadãos. Porém, como se trata de dados pessoais, o acesso deve assegurar a confidencialidade e o respeito pelos direitos e garantias fundamentais.

Os países (como supra mencionado, inclui estados não membros, pelo que optamos por esta designação) de forma a realizar a troca efetiva de informação devem estabelecer acordos de troca de informações tributárias (tax information Exchange agreement), definindo quais as modalidades, informação, impostos e indivíduos visados nas suas trocas de informações.

No que concerne às modalidades de trocas de informações, a OCDE elaborou o *Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes*⁽²¹⁾, no qual são enumerados 6 (seis) tipos de troca de informações, nomeadamente: a troca de informações automática (automatic exchange of information), a troca de informações espontânea (spontaneous Exchange of information), a troca de informações a pedido (Exchange of information on request), a troca de informações através de fiscalização simultânea (simultaneous tax examination), a troca de informações por fiscalização estrangeira (visit of authorised representatives of the competent authorities) e a troca de informações por sector empresarial (industry – wide exchange of information).

(21) Manual on the implementation of Exchange of information Provisions for tax purposes – OECD – disponível em www.oecd.org – acedido em 10.09.2017

Começemos por analisar a troca de informações automática⁽²²⁾, sendo esta a troca de dados frequente ou continuada entre os serviços tributários, sem ser necessário um pedido prévio, ou seja, como o nome indica são transmitidas automaticamente ao país que estabeleceu o acordo de cooperação. Por sua vez, a troca de informações espontânea⁽²³⁾ consiste na remessa de informações voluntárias que um país considera relevante para outro, a título de exemplo as informações obtidas durante investigações internas, mas cujo conteúdo têm interesse para outro país. A troca de informações a pedido⁽²⁴⁾ corresponde à situação em que a autoridade de um país requer informação específica à autoridade competente de outro país. Normalmente, essas informações estão contidas em bases de dados, porém podem ser solicitadas a instituições financeiras, ou aos indivíduos visados. A troca de informações através de fiscalização simultânea⁽²⁵⁾ consiste na celebração de um acordo entre duas ou mais administrações tributárias para que fiscalizem simultânea e independentemente no seu território as empresas ou indivíduos que considerarem relevantes.

(22) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, pp. 7 “information which is exchanged automatically is typically information comprising many individual cases of the same type, usually consisting of details of income arising from sources in the source country, e. g., interest, dividends, royalties, pensions...”

(23) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, pp. 7 “information is exchanged spontaneously when one of the contracting parties, having obtained information in the course of administering its own tax laws which it believes will be of interest to one of its treaty partners for tax purposes passes on this information without the other having asked for it”.

(24) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information, pp. 7 “Exchange of information on request refers to a situation where the competent authority of one country asks for particular information from the competent authority of another contracting party”.

(25) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information, pp. 8 “A simultaneous tax examination is an arrangement by two or more countries to examine simultaneously and independently, each on its territory, the tax affairs of (a) taxpayer (s) in which they have a common or related interest with a view to exchanging any relevant information which they so obtain”.

As informações recolhidas são posteriormente alvo de troca entre os países em questão. A troca de informações por fiscalização estrangeira⁽²⁶⁾ ocorre quando membros da administração interna de um país promovem a fiscalização no outro país. Essa fiscalização pode ser ativa ou passiva, sendo certo que na maior parte das vezes esses membros assumem uma posição meramente de observadores das fiscalizações internas já em curso. Por fim, a troca de informações sobre setores económicos⁽²⁷⁾, sendo esta a troca de informações fiscais que ocorre sobre um ou vários setores específicos da economia, ou seja, não se debruça especificamente sobre uma empresa. A informação recolhida é colocada em bases de dados, tendo como objetivo que os agentes fiscalizadores possam efetuar uma pesquisa mais eficiente e rápida quanto às empresas de determinado setor.

Todas estas trocas de informações assumem especial relevo se pensarmos que fiscalizar e combater a evasão fiscal com recurso a medidas internas é insuficiente, pelo que é mais benéfico e eficaz assumir um conjunto de medidas que todos os países possam utilizar. Assim, é de extrema importância a celebração de tratados internacionais, convenções e acordos, que permitem a harmonização de medidas.⁽²⁸⁾

Nesta linha de raciocínio, refira-se o *Tax information Exchange agreement*⁽²⁹⁾, ou acordos de troca de informações fiscais, sendo estes instrumentos mais específicos que as

(26) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, pp. 8 “travel to a foreign jurisdiction for purposes of gathering information for a particular case may be useful in certain circumstances. However, this visit has to be authorised by the foreign jurisdiction (and be permitted by the laws of sending country), otherwise it would represent a breach of sovereignty.”

(27) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, pp. 8 “An industry-wide exchange of information does not concern a specific taxpayer but an economic sector as a whole, for instance, the pharmaceutical industry or the oil industry”.

(28) Cfr. Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes, pp. 3 “The goal of the present manual is to provide officials dealing with exchange of information for tax purposes with an overview of the operation of exchange of information provisions and some technical and practical guidance, in order to improve the efficiency of such exchanges”.

(29) Cfr. Tax information exchange agreements, “the purposes of this agreement is to promote international co-operation in tax matters through exchange of information. It was developed by the OECD Global Forum working group on effective exchange of information” – www.oecd.org – acedido em 15.09.2017

convenções, com a finalidade de fixar o *standard* do que constitui trocas de informações eficientes. O objetivo destes acordos *standard* foi promover a cooperação e a troca de informações em questões fiscais, tendo sido desenvolvido pela OECD Global Forum working group on Effective Exchange of information. Em Junho de 2015, o OECD Committee on Fiscal Affairs (CFA) aprovou dois modelos de acordos bilaterais.

O modelo protocolo (Model Protocol) podendo este ser usado pelos países que pretendessem expandir o âmbito dos seus acordos de troca de informação fiscal e incluir a troca de informação automática e a troca de informação espontânea. Foi também desenvolvido um modelo template para pedido de informação (Model template for requests of information), para pedidos de troca de informações fiscais entre países.⁽³⁰⁾

De salientar que, um número elevado de acordos bilaterais foram baseados nestes modelos, encontrando-se disponíveis para consulta no site da OCDE (em rodapé), nomeadamente os acordos celebrados por Portugal, como por exemplo o acordo bilateral de Portugal com as Ilhas Caimão em 13 de Maio de 2010.

Ora, ainda sobre a problemática da troca efetiva de informações fiscais, assume bastante importância o Decreto-Lei nº 64/2016 de 11 de Outubro⁽³¹⁾, que foi aprovado no seguimento dos compromissos internacionais que Portugal assumiu, no que concerne à troca de informações e cooperação administrativa em matéria financeira e fiscal. O diploma agora em apreço tem por referência o previsto no âmbito do FACTA (Foreign Account Tax Compliance), sendo composto por três anexos. O supra mencionado Decreto-Lei estipula as regras complementares para a execução dos mecanismos de cooperação internacional de combate à evasão fiscal, bem como, as regras sobre a obrigatoriedade de cumprimento das normas de comunicação e diligência. Com o mencionado diploma, foi transposta para o ordenamento nacional a Diretiva 2014/107/EU, de 9 de Dezembro de 2014, que introduziu as alterações à Diretiva 2011/16/EU, no que concerne à troca automática de informações.

(30) Bastos, Frederico Silva, Transparência Fiscal Internacional e administração tributária em rede

(31) www.pgdlisboa.pt

O Decreto-Lei ora em análise vem concretizar o objetivo do regime da troca de informações, definindo quais as instituições financeiras visadas pela obrigatoriedade de reporte e quais as contas alvo de declaração. O legislador definiu pela negativa quais as entidades excluídas do escopo do diploma, nomeadamente, aquelas que atuam essencialmente ao nível nacional, ou seja, que têm uma carteira de clientes nacionais, apresentando estas ausência de sucursais e filiais fora do país. A exclusão de entidades que atuam exclusivamente num plano nacional prende-se com o facto dos mecanismos até agora mencionados, pretenderem um combate à evasão e fraude fiscais internacionais. Assim, justifica-se que também as Entidades Públicas e os Fundos de Pensões fiquem isentos da sua aplicação.

A aplicação destas normas gera a obrigatoriedade de comunicação anual por parte das Entidades abrangidas, pelo que quando detetam contas ou movimentos sujeitos a reporte, devem indicar os nomes, endereços, país, número de identificação fiscal, número de conta e todos os elementos que disponham e que sejam relevantes e atualizados. De salientar que, pelo escopo do diploma são também abrangidas contas de cidadão dos Estados Unidos da América ou residentes fiscais em Estados-Membros da União Europeia. Porém, de nada serviria a existência da obrigatoriedade de comunicação, se não fossem estipuladas consequências para os infratores. Para tal, o artigo 119º-B (incumprimento das regras de comunicação e diligência devida a aplicar pelas instituições financeiras), do Regime Geral das Infrações Tributárias⁽³²⁾, dispõe que “ As omissões ou inexactidões comunicadas pelas instituições financeiras reportantes (...), são puníveis com coima de € 250,00 a € 11.250,00”. Por sua vez, o número 2 do supra mencionado artigo dispõe que “ O incumprimento dos procedimentos de diligência devida, de registo e conservação dos documentos destinados a comprovar o respetivo cumprimento pelas instituições financeiras reportantes (...) são puníveis com coima de € 250,00 a € 11.250,00”.⁽³³⁾

(32) Lei nº 15/2001, de 05 de Junho, disponível no site WWW.PGDLLISBOA.PT

(33) Ferreira, Rogério Fernandes, O novo regime de comunicação das informações financeiras – Nº 35/6 Outubro 2016 – www.rffadvogados.pt

De salientar que, as instituições financeiras reportantes que não detetem qualquer conta sujeita a comunicação, deverão emitir declaração ainda que apenas parcialmente preenchida.

2.2 – A Transparência Fiscal Internacional e a Proteção de Dados

No ponto anterior do presente capítulo, foram identificados vários mecanismos que contribuem para a transparência fiscal internacional, com o intuito de combater a evasão e fraude fiscal. Acontece que, esses mecanismos suscitam muitas das vezes questões relacionadas com a privacidade e a proteção de dados, nomeadamente no que concerne à recolha dos dados, bem como na conservação e fins da informação. Esta questão ganha contornos efetivamente importantes se pensarmos que a recolha e troca de informação se processa a uma escala global. É certo que à recolha de informação são impostas regras de diligência devida (*due diligence*), porém acarreta sempre um risco para a proteção dos dados. Assim, têm surgido organismos internacionais independentes, como é o caso do Article 29 Data Protection Working Party⁽³⁴⁾, em que sugerem medidas e elaboram críticas no contexto da privacidade de dados. Para que a recolha de informação possam ser efetuada de forma segura será necessário que a legislação sobre o assunto seja clara, exista uma delimitação do objetivo, que a informação recolhida seja efetivamente fundamental e durante um lapso de tempo razoável, o processamento dos dados seja feito de forma eficaz e justa, que os estabelecimentos responsáveis pela recolha de informação possam assegurar o cumprimento das exigências de cuidado e zelo e certificar que os dados recolhidos não são posteriormente usados para outros fins e criar mecanismos que se possam acionar em caso de quebra de confidencialidade da informação.

(34) “Article 29 Data Protection working party: Its main missions are: provide expert advice to the states regarding data protection...” – www.ec.europa.eu – acedido em 22.09.2017

As questões suscitadas pela proteção de dados foram realçadas com as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente nos casos Digital Rights Ireland e Schrems. Sem abordar detalhadamente estes casos devido à dimensão do presente trabalho e porque não é o tema central aqui em apreço, cumpre apenas mencionar que no caso Digital Rights Ireland⁽³⁵⁾ a sociedade comercial que se dedicava à promoção e proteção dos direitos cívicos e dos direitos do homem, em especial no universo das tecnologias de comunicação, declarou ser proprietária de um telefone móvel que estaria a ser alvo de controlo ilegal por parte das autoridades irlandesas, através do tratamento e conservação de dados relativos às suas comunicações. Por conseguinte, a sociedade comercial que deu nome a este caso pediu a anulação dos diferentes atos de direito interno que possibilitavam às autoridades irlandesas adotar medidas que obrigavam os fornecedores de serviços de telecomunicações a conservar os dados de telecomunicações, uma vez que entendia serem incompatíveis com a Constituição irlandesa. Além disso, colocou ainda em causa a validade da Diretiva 2006/24⁽³⁶⁾, tendo em conta a Carta dos Direitos Fundamentais, bem como da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Esta situação gerou a remessa para o Tribunal de Justiça de diversas questões prejudiciais para apreciação da validade da supra mencionada diretiva.⁽³⁷⁾

Por sua vez, o caso Schrems⁽³⁸⁾ teve origem após a criação por parte de Maximilian Schrems de um grupo não-governamental que tinha como objetivo divulgar práticas controversas em matéria de proteção de dados, nomeadamente dos dados pessoais dos utilizadores do Facebook.

(35) Acórdão Digital Rights Ireland – Processo C-293/12 – www.curia.europa.eu – acedido em 23.09.2017

(36) Diretiva 2006/24 – www.eur-lex.europa.eu/legal content - altera a diretiva 2002/58/CE – relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicação.

(37) www.curia.europa.eu – acedido em 23.09.2017

(38) Acórdão Schrems – acedido em www.curia.europa.eu em 23.09.2017

Essas práticas colocariam em causa o princípio denominado de Safe Harbour Decision, ou “Porto Seguro”, que certificaria a adequada proteção no tratamento de dados pessoais transferidos da EU para entidades estabelecidas nos EUA. A decisão Porto seguro permitiu a livre transmissão de informações pessoais entre os Estados-Membros da EU e as empresas dos EUA, desde que estas anuíssem aos princípios em questão.⁽³⁹⁾

Ora, devido à decisão Porto Seguro, os dados pessoais dos utilizadores do Facebook residentes nos Estados-Membros da EU eram transferidos para servidores da filial do Facebook situada nos EUA e objeto de tratamento. Acontece que, em 25 de Junho de 2013, Maximillian Schrems apresentou uma queixa na qual requeria que fosse proibida a transferência dos seus dados pessoais para os EUA, alegando que o direito e práticas nesse país não permitiam uma proteção adequada da informação, referindo-se às revelações levadas a cabo por Edward Snowden sobre a atividade dos serviços de informação dos Estados Unidos. Porém, a queixa foi arquivada por falta de fundamento, uma vez que foi considerado que a questão da adequação da proteção de dados pessoais nos Estados Unidos devia ser vista em conformidade com a Decisão 2000/520, acrescentando que a mesma estava a ser respeitada e estava assegurado o nível de proteção. Maximillian Schrems interpôs recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, tendo este declarado a proibição de transferência de dados pessoais para fora do território nacional, com a exceção do país terceiro conseguir assegurar um nível adequado de proteção da vida privada e dos direitos e liberdades fundamentais. No caso concreto, o Supremo Tribunal de Justiça concluiu que tratando-se de acesso massivo e indiscriminado a informação pessoal, não seria possível certificar a segurança no tratamento dos dados. Face ao exposto, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu suspender a instância e remeter questões prejudiciais para o Tribunal de Justiça da União Europeia, doravante TJUE. O TJUE considerou que a queixa não devia ter sido arquivada, uma vez que nada obsta a que as autoridades nacionais de proteção de dados investiguem a situação denunciada.

(39) Silva, Heraclides Sequeira dos Santos, A proteção de dados pessoais na era global: o caso schrems, 2017 – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Considerou ainda que, a decisão Porto Seguro apenas se destinava a empresas privadas que obtivessem dados pessoais da EU e apenas quando as mesmas se vinculassem, não se aplicando a autoridades públicas. Tal permitiria o uso indevido e abusivo da informação recolhida, quer por empresas que não subscrevessem a decisão Porto Seguro, quer pelos Serviços de informação dos Estados Unidos. Assim, o TJUE declarou inválida a decisão Porto Seguro por não garantir a proteção suficiente dos dados pessoais, bem como o tratamento adequado dessa informação.

Em suma, do supra exposto retira-se a importância da proteção de dados, com total aplicação em matéria fiscal, principalmente no que concerne à troca efetiva de informações entre países.

Importa ainda referir que, em Maio de 2018 entrará em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados que irá substituir a atual diretiva e as legislações nacionais de proteção de dados, sendo diretamente aplicável em todos os Estados-Membros da União Europeia. O Regulamento Geral de Proteção de Dados, doravante RGPD, pretende reforçar os direitos existentes e prevê novos direitos, tais como o acesso facilitado dos cidadãos aos seus dados, o que inclui o acesso a informações sobre a forma como os dados são tratados, o direito à portabilidade dos dados, o que facilita a transmissão de dados pessoais entre os prestadores de serviços, a clarificação do direito ao desaparecimento dos dados, sempre que a pessoa visada deixe de permitir o seu tratamento e não haja fundamentos legítimos para a sua conservação, o direito de saber se os seus dados pessoais foram alvo de pirataria informática, pelo que as empresas e organizações terão de informar sobre violações graves, bem como notificar a autoridade de controlo competente, ou seja, a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD). As regras estabelecidas no RGPD devem também ser aplicadas a empresas estabelecidas fora da EU, quando estas comercializem bens ou serviços no interior da UE.

O RGPD permitirá assim regular algumas situações em que o tratamento da informação era abusiva ou negligente, uma vez que as coimas associadas às infrações serão um fator dissuasor, evitando-se casos como os supra abordados.

Capítulo III - A Zona Franca da Madeira/ O Centro Internacional de Negócios da Madeira

3. 1– O Centro Internacional de Negócios da Madeira

O Centro Internacional de Negócios da Madeira⁽⁴⁰⁾, doravante CINM, a que corresponde a Zona Franca da região autónoma da Madeira, foi criado nos anos 80 com o objetivo de fomentar o desenvolvimento económico daquela região. O CINM abrange um conjunto de incentivos fiscais que pretendem atrair investimento externo. A criação do CINM obedeceu a um processo de análise e ponderação, baseado em modelos já aplicados a regiões igualmente periféricas e com economias semelhantes, com exemplos de políticas bem-sucedidas de desenvolvimento. Desta forma, e porque a região apresentava essas características foi aprovado pela Comissão Europeia, no âmbito do regime de auxílio de Estado concedido a Portugal, o regime fiscal mais favorável do CINM. Atualmente, o CINM produzirá efeitos até 2027 e inclui três áreas principais de investimento, a Zona Franca Industrial, o Registo Internacional de Navios – MAR e os Serviços Internacionais. De salientar que, inicialmente o CINM incluía quatro áreas de investimento, a Zona Franca Industrial, o Registo Internacional de Navios – MAR, os Serviços Internacionais e os Serviços Financeiros. Porém, os Serviços financeiros que compreendiam atividades bancárias, seguradoras e entidades de leasing e factoring foram retirados por ser considerado um sector prejudicial, ou seja, serviços que possibilitam práticas de concorrência fiscal prejudicial. Atualmente, a Zona Franca Industrial engloba as atividades relacionadas com mercadorias. Os serviços internacionais dizem respeito a atividades comerciais não financeiras. Por sua vez, o Registo Internacional de Navios – MAR abarca os registos dos atos e contratos relacionados a navios e embarcações.⁽⁴¹⁾

(40) www.ibc-madeira.com

(41) Ferreira, Rogério Fernandes, O Centro Internacional de Negócios da Madeira (2016), www.rff.advogados.pt – acedido em 24.09.2017

O CINM permite o acesso a um regime fiscal preferencial, sendo que a este respeito remetemos para o Capítulo I, no ponto 1.2, sendo reconhecido e aprovado pela UE, nomeadamente pela Comissão Europeia por se tratar de um auxílio de Estado. Além disso, o CINM é regulamentado e supervisionado pelas entidades competentes, quer a nível nacional, quer a nível internacional, o que permite uma total transparência e acesso à informação. Tal como mencionado nos Capítulos supra, uma das características dos paraísos fiscais é a falta de transparência e cooperação, pelo que o CINM distingue-se destes devido à total transparência, cooperação e troca efetiva de informação. Face a isto, o CINM não poderá ser classificado como um paraíso fiscal.⁽⁴²⁾

O atual regime (regime IV) encontra-se em vigor para todas as entidades sedeadas no CINM entre 2015 e 2020 e produz efeitos até 2027. Após essa data deverá ser acordado com a Comissão Europeia a sua prorrogação, bem como a necessidade de alterações ao regime fiscal vigente. O regime fiscal do CINM encontra-se regulamentado no artigo 36º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais, sendo certo que analisaremos detalhadamente cada regime em ponto próprio do presente trabalho.

Importa ainda referir que, o CINM ou Zona Franca da Madeira está concessionado à Sociedade de Desenvolvimento da Madeira, doravante SDM, por um período inicial de 30 anos, tendo sido prorrogado o prazo por mais dez anos. A SDM foi criada em 1984, por investidores públicos e privados, tendo como responsabilidades a articulação do Governo da Região Autónoma da Madeira, a emissão de licenças para operação no CINM e a cobrança das respetivas taxas.

(42) Dinis, Eduardo Pedro Fernandes, O centro internacional de negócios da Madeira: Comparação do seu regime com o dos Paraísos Fiscais (2011) – www.rcaap.pt – acedido em 24.09.2017

3.2 – O atual regime e os seus benefícios fiscais

O atual regime de benefícios fiscais prevê a criação e/ou instalação de novas empresas até ao final de 2020, que poderão beneficiar de taxas reduzidas de imposto sobre os lucros, doravante IRC, de 5% até ao final de Dezembro de 2027. Tal como mencionado supra, o artigo 36º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais, sob a epígrafe “*Regime aplicável às entidades licenciadas na Zona Franca da Madeira a partir de 1 de Janeiro de 2015*” dispõe sobre o regime e as suas exceções. Assim, nos termos do supra citado artigo, beneficiam da taxa reduzida as entidades licenciadas no âmbito da zona franca industrial no que diz respeito aos rendimentos provenientes das atividades de natureza industrial, previstas no nº 1 e qualificadas nos termos dos nºs 2 e 3 do artigo 4º do Decreto Regulamentar nº 53/82, de 23 de Agosto. O Decreto Regulamentar em questão visa regular diversos aspetos do funcionamento da Zona Franca da Madeira, designadamente quanto aos tipos de atividades que nela podem ser desenvolvidas e quanto ao respetivo regime aduaneiro.⁽⁴³⁾

Acresce que, beneficiam ainda desta taxa reduzida as entidades devidamente licenciadas que se dediquem a atividade de transporte, quer marítimos, quer aéreos, excetuando-se os rendimentos derivados do transporte de passageiros ou de carga entre portos nacionais. Mais acresce que, podem ainda beneficiar da taxa reduzida as entidades com rendimentos derivados de atividades exercidas no âmbito institucional da zona franca, desde que as operações realizadas seja desenvolvidas com entidades instaladas na zona franca ou com não residentes em território nacional.

Em suma, a taxa mencionada é aplicável aos lucros obtidos em operações levadas a cabo exclusivamente com entidades não residentes em território nacional ou com entidades licenciadas no CINM, o que lhe confere o carácter excecional e de captação de investimento externo.

(43) www.ibc-madeira.com – acedido em 25.09.2017

Porém, no que concerne à Zona Franca Industrial as operações nela desenvolvidas beneficiam da taxa de imposto reduzida, mesmo quando incluam entidades residentes em território nacional.

As entidades supra referidas devem iniciar as suas atividades no prazo de seis meses, ou no prazo de um ano tratando-se das atividades industriais ou de transportes marítimos e aéreos, após a data de licenciamento, caso contrário perdem o benefício do regime aqui em apreço. Para além disso, deve ainda respeitar um dos requisitos de elegibilidade previstos, nomeadamente, a criação de um a cinco postos de trabalho, no prazo de seis meses após o início da atividade e investir no mínimo € 75.000,00 na aquisição de ativos fixos tangíveis ou intangíveis, no prazo de dois anos após início de atividade; a criação de seis ou mais postos de trabalho, no prazo de seis meses após início de atividade.

Além dos requisitos de elegibilidade, o supra mencionado artigo prevê ainda limites máximos de aplicabilidade da taxa reduzida. Assim, as entidades instaladas no CINM ficam sujeitas a um dos limites máximos anuais aplicáveis, ou seja, apenas beneficia do regime fiscal mais favorável, 20,1% do valor acrescentado bruto obtido anualmente, ou 30,1% dos custos anuais de mão-de-obra incorridos, ou 15,1% do volume anual de negócios. O restante valor será tributado à taxa normal. Acontece que, estes não são os únicos limites previstos no artigo 36º-A do EBF, uma vez que a Lei nº 64/2015, de 1 de Julho, aditou o artigo 4º no que concerne aos *plafonds* máximos aplicáveis à matéria coletável a que poderá ser aplicada a taxa reduzida de IRC. Ora, o benefício fiscal terá um limite de acordo com o *plafonds* máximo aplicável à matéria coletável, ou seja, um limite de 2,73 milhões de euros de matéria coletável pela criação de um a dois postos de trabalho; de 3,55 milhões de euros de matéria coletável pela criação de três a cinco postos de trabalho; de 21,87 milhões de euros pela criação de seis a trinta postos de trabalho; 35,54 milhões de euros pela criação de trinta e um a cinquenta postos de trabalho; 54,68 milhões de euros pela criação de cinquenta e um a cem postos de trabalho e de 205,50 milhões de euros pela criação de mais de cem postos de trabalho.

Conclui-se que os limites máximos de matéria coletável são definidos de acordo com o número de postos de trabalho criados pelas entidades.

No entanto, as entidades instaladas no CINM podem beneficiar de uma dedução de 50% à coleta de IRC desde que cumpram, pelo menos, duas das condições, sendo elas contribuir para a modernização da economia regional, através da inovação tecnológica de produtos e de processo de fabrico ou de modelos de negócio; contribuir para diversificar a economia regional, através do exercício de novas atividades de elevado valor acrescentado; promover a contratação de recursos humanos qualificados; contribuir para a melhoria das condições ambientais e criar postos de trabalho, no mínimo quinze, durante um lapso de tempo não inferior a cinco anos. Estas medidas visam fomentar a criação de postos de trabalho e desenvolvimento da região, para que a instalação das entidades no CINM não seja fictícia, apenas com o intuito de obter vantagens fiscais.⁽⁴⁴⁾

O artigo 36º-A do EBF enumera ainda as entidades excluídas do regime preferencial da CINM, sendo estas as entidades que exerçam atividade intragrupo e cuja atividade essencial seja consultoria para negócios, consultoria para gestão ou atividades financeiras de seguros; entidades que se dediquem ao setor siderúrgico, fibras sintéticas, carvão e construção naval; entidades que exerçam atividade nos setores da agricultura, silvicultura, pesca, aquicultura e indústria extrativa; empresas em dificuldades e entidades que se encontrem sujeitas a recuperação, ainda pendente, após decisão da Comissão Europeia que declare um auxílio ilegal e incompatível com o mercado interno.

As sociedades instaladas no CINM beneficiam do regime de *participation exemption*, ou seja, não concorrem para a determinação do lucro tributável os dividendos recebidos e as mais-valias realizadas com a transmissão de partes sociais, conforme o disposto nos artigos 51º e 51º-C do CIRC, desde que os requisitos dos artigos estejam preenchidos. Assim, apesar de instaladas no CINM, as sociedades podem beneficiar do regime de *participation exemption*, como qualquer outra sociedade em território nacional.

(44) Zona Franca da Madeira: Menos empresas, mais receita fiscal (Fevereiro 2017) – www.publico.pt – acedido 25.09.2017

Acresce ainda que, os sócios e os acionistas não residentes em território nacional ou em países incluídos na lista negra de regimes fiscais claramente mais favoráveis, beneficiam de isenção de retenção na fonte no que concerne ao pagamento de dividendos na proporção dos lucros que tenham sido tributados à taxa reduzidas de IRC, ou que derivem de rendimentos obtidos fora do território nacional. Essa dispensa de retenção na fonte é igualmente destinada a sócios residente em território nacional, quando se tratem de dividendos pagos por sociedade de transporte marítimo ou por empresas sediadas na Zona Franca Industrial. Os lucros distribuídos a sócios ou acionistas residentes em território nacional encontram-se igualmente isentos de retenção na fonte para participações superiores a 10%, detidas por um prazo não inferior a 12 meses, nos termos do artigo 97º, nº 1, alínea c) do CIRC. Assim como, os sócios e acionistas não residentes em Portugal beneficiam igualmente de isenção de retenção na fonte no pagamento de mais-valias realizadas na venda de participações em sociedades licenciadas no CINM, desde que pagas a entidades não residentes em país referidos na lista de regimes claramente mais favoráveis. Beneficiam ainda de isenção no pagamento de juros, royalties e serviços.

Por fim, as entidades instaladas no CINM beneficiam ainda de isenção de 80% em imposto sobre documentos, contratos ou quaisquer outros atos que requeiram registo público, se forem realizados com entidades não residentes em território nacional ou licenciadas no CINM. Estas entidades beneficiam ainda de 80% de isenção no IMI e IMT, que seja devido pelas aquisições de bens imóveis destinados à sua instalação.

Para concluir este ponto, apenas salientar que as entidades instaladas no CINM podem usufruir de todos os Tratados para evitar a Dupla Tributação, que estejam ratificados por Portugal.

3.3 – Os regimes fiscais anteriores

Neste ponto do presente capítulo são indicados os traços gerais dos regimes fiscais anteriores ao agora em vigor no CINM. Assim, começamos por dizer que o CINM já esteve sujeito a três outros regimes fiscais.⁽⁴⁵⁾ O primeiro regime (Regime I) consta do auxílio estatal N204/86, sendo certo que o seu período de vigência foi o maior de todos, pelo que compreendeu o lapso temporal de 1987 a 2011. Tal como supra mencionado, neste primeiro regime o CINM incluía um centro de serviços financeiros, um centro de serviços internacionais, uma Zona Franca Industrial e um centro de registo marítimo internacional. Porém, o centro de serviços financeiros apenas existiu durante a vigência deste primeiro regime, uma vez que a OCDE ao ter em conta o código de conduta sobre a fiscalidade das empresas considerou que este sector era prejudicial. Assim, entendeu-se que este sector não respeitava o mercado comum e potenciava a concorrência fiscal prejudicial. No entanto, o período previsto para a produção de efeitos do primeiro regime foi respeitado na íntegra. No que concerne a isenções, encontrava-se prevista a isenção do imposto sobre o rendimento coletivo, para todas as entidades instaladas no CINM, até à data de 31 de Dezembro de 2011. Isto significa que, até essa data as empresas que desenvolviam a sua atividade no CINM não eram tributadas em IRC. As empresas instaladas no CINM estavam ainda isentas de imposto relativamente a juros e lucros, quando estes fossem liquidados ou distribuídos pelos seus sócios. Os montantes liquidados pelas empresas instaladas no CINM, devido a assistência técnica e propriedade intelectual também estavam isentos de imposto. Este primeiro regime produziu efeitos até 31 de Dezembro de 2011.

O segundo regime (Regime II) perdurou entre 2003 e 2006, e produziu efeitos até 31 de Dezembro de 2011. Foi neste segundo regime que os serviços financeiros foram abolidos, conforme mencionado supra.

(45) Loja, João Pedro Gouveia, Zona Franca da Madeira: Análise dos sucessivos regimes e perspectivas de Futuro (2014) – www.rcaap.pt – acedido em 26.09.2017

Com este novo regime, as empresas instaladas no CINM passaram a ser tributadas, ou seja, passou-se de uma tributação inexistente em sede de IRC, para uma tributação reduzida deste imposto. Porém, as taxas de IRC aplicáveis às empresas tiveram um aumento progressivo, isto porque em 2003 e 2004 estava previsto a tributação a uma taxa de 1%. Posteriormente, em 2005 e 2006, a taxa de IRC fixou-se em 2%. Por último, a taxa de IRC estipulada foi de 3%, no período compreendido entre 2007 e 2011. As taxas aqui mencionadas constavam do artigo 35º do EBF⁽⁴⁶⁾, que à semelhança do atual artigo 36º-A do EBF, disponha sobre o regime especial aplicável às entidades licenciadas na Zona Franca da Madeira a partir de 1 de Janeiro de 2003, ora revogado. Este regime representou uma grande alteração face ao regime anterior, pois além da alteração na tributação do IRC, foram criados plafonds limites à matéria coletável sujeita a benefício fiscal em sede de IRC. Assim, as empresas instaladas no CINM podiam beneficiar de uma isenção em sede de IRC no montante de € 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil euros), caso criassem entre um a dois postos de trabalho. Caso criassem de três a cinco postos de trabalho, a matéria coletável sujeita a benefício seria no valor de € 2.000.000,00 (dois milhões de euros). A criação de seis a trinta postos de trabalho originaria no limite um benefício de € 12.000.000,00 (doze milhões de euros) na matéria coletável. Se a empresa em questão criasse de trinta e um até cinquenta postos de trabalho, o benefício fiscal na matéria coletável seria de 20.000.000,00 (vinte milhões de euros). Caso a empresa criasse de cinquenta e um até cem postos de trabalho teria no limite um benefício de 30.000.000,00 (trinta milhões de euros). Por fim, se a empresa criasse mais de cem postos de trabalho, o limite do benefício na matéria coletável corresponderia a € 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de euros).

No entanto, estas não foram as únicas alterações face ao primeiro regime, uma vez que as empresas que pretendessem beneficiar dos benefícios fiscais deviam obrigatoriamente respeitar um dos seguintes requisitos: criação de um a cinco postos de

(46) WWW.portaldasfinancas.gov.pt – acedido em 05.09.2017

trabalho, durante os seis meses iniciais de atividade e um investimento mínimo de 75.000,00 € (setenta e cinco mil euros) na aquisição de ativos fixos, corpóreos e incorpóreos, durante os dois anos iniciais da atividade; criação de seis ou mais postos de trabalho durante os seis meses de início de atividade.

A acrescer à redução da taxa em sede de IRC as empresas que se dediquem a atividades industriais beneficiavam de uma dedução de 50% à coleta, desde que contribuíssem para a modernização da economia regional, para a diversificação da economia regional, para a permanência de recursos humanos altamente qualificados na região autónoma, para o desenvolvimento das condições ambientais e criassem pelo menos 15 postos de trabalho, durante um período de cinco anos ou mais.

Ora, do que aqui ficou descrito, é possível verificar que as principais diferenças entre estes dois regimes se devem à procura de desenvolvimento e fomentação de emprego na região autónoma da Ilha da Madeira. As alterações assentam essencialmente na criação de emprego, uma vez que o direito de usufruir dos benefícios fiscais está dependente desse requisito.

O terceiro regime (Regime III) vigorou entre Janeiro de 2007 a Dezembro de 2013, com produção de efeitos até 31 de Dezembro de 2020. O artigo 36º do EBF⁽⁴⁷⁾ (Regime especial aplicável às entidades licenciadas na Zona Franca da Madeira a partir de 1 de Janeiro de 2007) contou com três redações, a primeira em vigor até Novembro de 2013, com a Lei nº 83/2013 de 09 de Dezembro, a segunda em vigor até Dezembro de 2013, com a Lei nº 83-C/2013 de 31 de Dezembro e a terceira em vigor até Setembro de 2014, com a Lei nº 75-A/2014 de 30 de Setembro. Porém, ao compararmos as três redações verificamos que as alterações são essencialmente nos plafonds máximos aplicáveis à matéria coletável sujeita a taxa reduzida, em função da criação de postos de trabalho. Assim, na primeira redação o supra mencionado artigo estipulava que pela criação de um a dois postos de trabalho, o valor máximo da matéria coletável sujeita a redução de taxa em sede de IRC é de € 2.000.000,00 (dois milhões de euros), pela criação

(47) WWW.portaldasfinancas.gov.pt – acedido em 05.09.2017

de três a cinco postos de trabalho, o plafonds máximo é de € 2.600.000,00 (dois milhões e seiscientos mil euros), pela criação de seis a trinta postos de trabalho, o plafonds máximo é de € 16.000.000,00 (dezasseis milhões de euros), pela criação de trinta e um a cinquenta postos de trabalho, o limite é de € 26.000.000,00 (vinte e seis milhões de euros), pela criação de cinquenta e um a cem postos de trabalho, o limite é € 40.000.000,00 (quarenta milhões de euros) e pela criação de mais de cem postos de trabalho, o plafonds máximo é de € 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de euros).

Acontece que, na segunda redação do supra mencionado artigo, ou seja, com a Lei nº 83-C/2013, de 31 de Dezembro, os plafonds máximos da matéria coletável sujeita a redução de imposto em sede de IRC foram aumentados, aumento esse que se estendeu ao IV Regime, agora em vigor. Face ao exposto, pela criação de um a dois postos de trabalho, o limite de matéria coletável suscetível de redução de IRC é de € 2.730.000,00 (dois milhões, setecentos e trinta mil euros), pela criação de três a cinco postos de trabalho, o limite é de € 3.550.000,00 (três milhões, quinhentos e cinquenta mil euros), pela criação de seis a trinta postos de trabalho, o limite é € 21.870.000,00 (vinte e um milhões, oitocentos e setenta mil euros), pela criação de trinta e um a cinquenta postos de trabalho, o limite é € 35.540.000,00 (trinta e cinco milhões, quinhentos e quarenta mil euros), pela criação de cinquenta e um a cem postos de trabalho, o limite é € 54.680.000,00 (cinquenta e quatro milhões, seiscientos e oitenta mil euros) e pela criação de mais de cem postos de trabalho, o limite é € 205.500.000,00 (duzentos e cinco milhões e quinhentos mil euros). Assim, verifica-se que tem existindo uma preocupação em aumentar o valor dos plafonds limitativos aplicáveis à matéria coletável sujeita a benefícios, para fomentar o investimento e simultaneamente o emprego e desenvolvimento da região autónoma, sendo certo que esse foi/é o objetivo da existência deste auxílio de estado.

Acresce que, este terceiro regime passou a prever entre os anos de 2007 e 2009, uma taxa em sede de IRC de 3%, entre os anos de 2010 e 2012, uma taxa de 4% e entre os anos de 2010 e 2012, uma taxa de 5%.

Ora, da observação dos regimes supra mencionados, verifica-se que os plafonds limites da matéria de coletável sujeita a benefício fiscal foram aumentando, bem como a taxa prevista em sede de IRC, que proporcionalmente tem aumentado também. De salientar que, apenas o primeiro regime incluía serviços financeiros, tendo sido retirado nos regimes subsequentes. Todas as regras instituídas nos regimes pretenderam diminuir as dificuldades e isolamento da Região Autónoma da Madeira.⁽⁴⁸⁾

3.4 – Sumário

O CINM foi criado como instrumento para o desenvolvimento e crescimento económico da Região Autónoma da Madeira, tendo como objetivo atrair investimento estrangeiro.⁽⁴⁹⁾ Desde a sua criação que o CINM tem impacto no mercado de trabalho e consequentemente nas receitas geradas pela região autónoma, uma vez que a Comunidade Europeia autorizou a Zona Franca, mas com a instituição de critérios de criação de postos de trabalho. Isto porque, o objetivo não era criar um “*offshore fiscal centre*”, mas um centro de investimento estrangeiro que ajudasse nas necessidades de desenvolvimento de uma zona periférica. Assim, a Zona Franca da Madeira não é um paraíso fiscal, é um regime fiscal preferencial, uma vez que a baixa tributação não é suficiente para classificá-la como tal.

O CINM está sujeito a todas as regras nacionais e internacionais, bem como à fiscalização das entidades competentes, que no caso concreto é atribuída à Autoridade Tributária Regional, que é uma unidade executiva das Finanças e da Administração Pública Regional da Madeira. Esta entidade é responsável por fiscalizar o funcionamento

(48) Dinis, Eduardo Pedro Fernandes, O Centro Internacional de Negócios da Madeira: Comparação do seu regimes com o dos Paraísos Fiscais (2011) – www.rcaap.pt – acedido em 26.09.2017

(49) www.rtp.pt – Centro de negócios da Madeira registou 177 novas empresas em 2016 – acedido em 26.09.2017

do CINM, nomeadamente verificar se as regras impostas pelo Governo Regional da Madeira são cumpridas e arrecadar e gerir os impostos legalmente previstos. Tal como mencionado nos pontos supra do presente capítulo, a Zona Franca da Madeira já esteve sujeita a quatro regimes fiscais diferentes.

O primeiro regime com período de vigência de 1987 a 2011, em que a data limite da produção de efeitos era 31 de Dezembro de 2011, que incluía Serviços financeiros, serviços internacionais, registo internacional de Navios e a Zona Franca Industrial e que previa uma taxa em sede de IRC de 0%.

O segundo regime iniciou-se em 2003 e terminou em 2006, com produção de efeitos até 31 de Dezembro de 2011. Neste regime foram retirados os serviços internacionais, uma vez que potenciavam a prática de concorrência fiscal prejudicial. A taxa prevista em sede de IRC aumentou proporcionalmente em cada ano de vigência, pelo que de 2003 a 2004, a taxa passou a ser 1%, entre 2005 e 2006, a taxa fixou-se em 2% e entre 2007 e 2011, estabeleceu-se nos 3%. Também neste regime ficou instituído os plafonds limitativos de matéria coletável sujeita a benefício fiscal, sendo certo que ao longo dos regimes, esses limites têm sido alargados, conforme já mencionado nos pontos 3.2 e 3.3 do presente trabalho.

O terceiro regime esteve em vigor de 2007 a 2013, com produção de efeitos até 31 de Dezembro de 2020. A taxa de IRC fixou-se em 3% nos anos de 2007 a 2009, em 4% nos anos de 2010 a 2012 e em 5%, nos anos de 2013 a 2020. Por último, o quarto regime com vigência entre 2015 e 2020, com produção de efeitos até 31 de Dezembro de 2027, sendo certo que a taxa de IRC se fixou em 5%. Os plafonds limitativos de matéria coletável sujeita a taxa de IRC reduzida são os indicados no ponto 3.2, para o qual se remete. De salientar que, os limites máximos previstos tem por base o número de postos de trabalho criados pelas empresas, pelo que a taxa em sede de IRC aplicável à mesma, pode variar atualmente entre os 5% (taxa mínima previstas) e os 21% (taxa normal prevista), sendo certo que apenas atinge o limite máximo quando atinge a matéria coletável máxima e cria o limite máximo de posto de trabalho.

Como se pode verificar, cada um dos regimes tinha um período de vigência, com uma data limite de produção de efeitos, pelo que mais uma vez reforça-se a ideia de se tratar de um regime fiscal preferencial.

Em suma, a Zona Franca da Madeira é um regime fiscal preferencial criado para desenvolver economicamente uma zona periférica, à semelhança do que acontece com as ilhas Canárias, na sua Zona Especial Canária (ZEC).⁽⁵⁰⁾

É certo que sempre existirão algumas empresas que utilizam este auxílio de estado de forma abusiva, mas tal não é suficiente para considerar a Zona Franca da Madeira como paraíso fiscal e para não se reconhecer os benefícios para a região autónoma da Madeira.⁽⁵¹⁾ A verdade é que sem este auxílio de estado, o investimento estrangeiro não existiria, diminuindo postos de trabalho e receitas arrecadadas.

(50) www.jornaldenegocios.pt – Clotilde Celorico Palma: Zona Franca é um auxílio sob a forma fiscal – acedido em 07.09.2017

(51) Relatório da deputada Ana Gomes – Parlamento Europeu – Madeira: um regime de Zona Franca

Capítulo IV – Estudo de Jurisprudência

4.1 – Enquadramento

No presente capítulo propomos analisar um caso prático, nomeadamente o caso plasmado nos processos C-106/09P e C-107/09P, da Comissão Europeia e de Espanha, respetivamente, sendo certo que se encontram relacionados e foram apensados para decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante Tribunal de Justiça).⁽⁵²⁾

Os Estados-Membros têm liberdade de escolher a política económica que consideram mais justa e adequada, podendo repartir a carga fiscal entre os diversos tipos de produção e setores como julgarem mais conveniente. Porém, ao exercer essa competência devem respeitar a legislação europeia.

O Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (doravante TFUE) define o auxílio de estado como uma vantagem concedida numa base seletiva às empresas por parte das autoridades nacionais, que podem revestir qualquer forma. No entanto, os Estados-Membros devem procurar assegurar a neutralidade fiscal, tratando os contribuintes numa lógica de igualdade. Assim, os auxílios de estado são em regra geral proibidos, uma vez que fomentam distorções na concorrência entre empresas e são suscetíveis de provocar a concorrência fiscal prejudicial, carecendo por isso de autorização.⁽⁵³⁾

Ora, no âmbito do TFUE uma medida não deve favorecer “*certas empresas ou certas produções*”, com carácter subjetivo e com o intuito de favorecer em específico e em especial.

(52) www.curia.europa.eu – acedido em 14.09.2017

(53) Vide Projeto de comunicação da comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1 do TFUE – www.ec.europa.eu – acedido em 27.09.2017

Daqui resulta que, apenas são auxílios de estado as medidas que concedem vantagens de forma seletiva a certas empresas, categorias ou sectores, mas com carácter objetivo.⁽⁵⁴⁾ Isto quer dizer, que as medidas não se podem destinar a um grupo restrito, mas a todas as empresas que cumpram os requisitos pré-definidos para usufruir dos benefícios, ainda que o número de empresas susceptíveis de os preencher seja de facto diminuto.

A seletividade deverá ser regional, setorial e material. A seletividade regional⁽⁵⁵⁾ significa que a medida é aplicável a uma determinada zona de um território, nomeadamente no caso de se tratar de uma região periférica.

(54) Cfr. Projeto de comunicação da comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1 do TFUE, pp. 36 - “o facto de o âmbito de aplicação de uma medida ser determinada de forma objetiva, não é, por si só, suficiente para estabelecer o carácter geral da medida e não exclui a seletividade”. “processo T-379/09 Itália/Comissão – A medida em causa no presente caso era uma isenção parcial de imposto especial de consumo sobre o diesel utilizado para o aquecimento de estufas. O Tribunal Geral salientou que o facto da isenção poder beneficiar todas as empresas que escolham a produção com efeito de estufa não foi suficiente para estabelecer o carácter geral da medida.”

(55) Cfr. Projeto de comunicação da comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1 do TFUE, pp. 41 a 42 – “As medidas de âmbito de aplicação regional ou local podem não ser seletivas se certos requisitos foram preenchidos. Neste contexto, é necessário estabelecer uma distinção entre três cenários relativos a medidas fiscais. No primeiro cenário, que resulta na seletividade regional de uma medida, a administração central de um Estado-Membro decide unilateralmente aplicar um nível inferior de tributação numa área geográfica definida. O segundo cenário corresponde à desconcentração simétrica dos poderes fiscais – um modelo de repartição das competências fiscais no qual todas as autoridades infraestatais a um determinado nível (regional, distrital ou outro) de um Estado-Membro têm o mesmo poder autónomo de direito ou de facto para decidir a taxa de imposto aplicável no seu território de competência, independentemente da administração central. (...) No terceiro cenário, verifica-se a desconcentração assimétrica de poderes fiscais – só determinadas autoridades regionais ou locais podem adotar medidas fiscais aplicáveis no seu território. Neste caso, a avaliação do carácter seletivo da medida em caus depende de se a autoridade em questão é suficientemente autónoma em relação à administração central do Estado-Membro.

A seletividade sectorial significa que a medida apenas se aplicará a alguns setores pré-estabelecidos, nomeadamente a sectores que necessitem de especiais incentivos à produção. Por fim, a seletividade material⁽⁵⁶⁾ significa que apenas é aplicável a algumas empresas ou setores que cumpram os requisitos definidos.

Conclui-se assim que, as medidas de carácter geral que estão à disposição de todas as empresas que operam num Estado, não são seletivas, uma vez que estas têm carácter excecional, não pretendendo contudo vantagens injustificadas para um grupo específico de empresas ou sector. Assim, o facto do âmbito de aplicação de uma medida ser determinada de forma ampla, não exclui a seletividade.

De seguida, passaremos à análise do caso concreto. Porém, salienta-se que não se abordará todas as questões referidas no acórdão do Tribunal de Justiça, devido à dimensão do presente trabalho, pelo que apenas serão analisadas as questões mais pertinentes para o tema aqui em apreço.

Assim, o foco da presente análise recairá no regime de auxílio de estado, conceito de seletividade e concorrência fiscal prejudicial.

(56) Cfr. Projeto de comunicação da comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1 do TFUE, pp. 36 a 37 – “(...) pode ser de jure e de facto. A seletividade de jure resulta diretamente dos critérios jurídicos para a concessão de uma medida que está formalmente reservada apenas a certas empresas (por exemplo, com um determinada dimensão, situadas numa determinada zona, que desenvolvem a sua atividade em determinados setores, com uma determinada forma jurídica, sociedades constituídas durante um determinado período, empresas que pertencem a um grupo com determinadas características ou sociedades responsáveis por determinadas funções no seio de um grupo). A seletividade de facto pode ser estabelecida, nos casos em que, apesar dos critérios formais para a aplicação da medida serem formulados em termos gerais e objetivos, a estrutura da medida é tal que os seus efeitos favorecem significativamente um grupo específico de empresas.”

4.2 - Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia – Processos C-106/09P e C-107/09P

Para iniciar a análise do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, cumpre em primeiro lugar lembrar que, Gibraltar é um território europeu cujas relações externas são assumidas por um Estado-Membro, ao qual se aplicam todas as disposições do Tratado da União Europeia. Gibraltar foi atribuído pelo Rei de Espanha à coroa britânica pelo Tratado de Utrecht, em 13 de Junho de 1713, no âmbito dos tratados que colocaram fim à guerra de sucessão de Espanha. Assim, trata-se de uma colónia da Coroa britânica sem integrar o território do Reino Unido. Porém, o poder executivo é exercido em Gibraltar, sendo-lhe reconhecido o direito a auto-determinação e a uma Constituição própria.

No caso em concreto, o Reino Unido pretendeu aplicar uma reforma no sistema fiscal relativamente às empresas em Gibraltar, pelo que em 12 de Agosto de 2002, notificou a Comissão Europeia, nos termos do Tratado da União Europeia, sobre a reforma que pretendia levar a cabo. Com a reforma fiscal, todas as empresas estabelecidas em Gibraltar passariam a ser tributadas sobre o número de trabalhadores (payroll tax), sobre a ocupação de instalações para fins comerciais (business property occupation tax, doravante BPOT) e de uma taxa de registo (registration fee). O imposto sobre o número de trabalhadores pressupõe que todas as empresas de Gibraltar estavam sujeitas a um imposto sobre o número de trabalhadores assalariados em Gibraltar, no montante fixo de 3.000 GBP por trabalhador ao ano. Por sua vez, o BPOT previa que todas as empresas de Gibraltar que ocupassem instalações em Gibraltar para fins profissionais pagariam um imposto de ocupação sobre as referidas instalações para fins comerciais, no montante equivalente a uma percentagem do valor devido a título de imposto predial em Gibraltar. Por fim, a taxa de registo pressupõe que todas as empresas de Gibraltar pagariam uma taxa de registo anual, que se fixaria em 150 GBP para as empresas não destinadas a gerar receitas e em 300 GBP para as empresas que gerassem receitas.

O imposto sobre o número de trabalhadores e o BPOT eram limitados a 15% dos lucros realizados pelas empresas, encontrando-se isentas caso não fosse detetada matéria coletável. Acresce que, os serviços financeiros e os serviços públicos estavam sujeitos a um imposto adicional, que recairia sobre os lucros gerados por estas entidades.

Ora, depois de ter avaliado a comunicação do Reino Unido, a Comissão Europeia considerou que o que a reforma fiscal pretendida era na realidade um auxílio de estado incompatível com o mercado comum e que por isso, não era suscetível de ser aplicada. A Comissão Europeia considerou que a reforma fiscal era seletiva a nível regional e material. Assim, a seletividade regional verificava-se no facto das empresas de Gibraltar estarem sujeitas a uma taxa de imposto inferior à taxa aplicada às empresas estabelecidas no Reino Unido, pelo que atribuía uma vantagem seletiva às empresas de Gibraltar. Por sua vez, a seletividade material verificava-se no facto dos impostos só se aplicarem às empresas que obtivessem lucros, favorecendo as que não tivessem, bem como a aplicação do imposto com limite máximo de 15% da matéria coletável, o que favorecia as empresas que apresentassem lucros pouco elevados em relação ao número de trabalhadores e às instalações ocupadas. Mais acresce que, o imposto sobre os trabalhadores e o BPOT favorecia as empresas que não se encontravam fisicamente em Gibraltar, uma vez que ficariam de fora do âmbito da tributação.

Posto isto, a Comissão Europeia deu início ao procedimento formal de investigação, em 16 de Outubro de 2002, sendo certo que a sua decisão baseou-se na aplicação das regras relativas aos auxílios de estado, como nas vantagens seletivas a nível material, nomeadamente, a condição relativa à realização de lucros com vantagens para empresas não lucrativas, diferente limites máximos que conferem vantagem a empresas que conseguem alcançar esses limites máximos e a isenção de tributação a empresas estabelecidas fora de Gibraltar. Concluiu-se pela inaplicabilidade do regime fiscal apresentado, por constituir um regime de auxílio de estado incompatível com o mercado comum.

No entanto, em 09 de Junho de 2004, Gibraltar e o Reino Unido interpuseram recursos de anulação da decisão controvertida apontada pela Comissão Europeia, com base em erros de direito e de apreciação relativamente à aplicação dos critérios de seletividade regional e material. Ora, o Tribunal Geral ou de Primeira Instância julgou procedentes os fundamentos apresentados pelos Recorrentes, pelo que anulou a decisão da Comissão Europeia.

Não conformados com a decisão do Tribunal Geral, a Comissão Europeia, bem como Espanha apresentaram recursos ao Tribunal de Justiça da União Europeia. A Comissão Europeia entendeu que a decisão do Tribunal Geral merecia censura, pois não considerou nenhum dos elementos do regime fiscal proposto como sendo seletivos, suscetíveis de conferir vantagens seletivas e por conseguinte como auxílio de estado.

Ora, um auxílio de estado é uma medida que confere a certas empresas um benefício fiscal e que coloca os seus beneficiários numa situação mais favorável do que a dos restantes contribuintes. Essas medidas são atribuídas pela autoridade pública. Porém, já não será um auxílio de estado se as vantagens resultarem de uma medida geral, aplicável indistintamente a todos os operadores económicos. A tributação baseada na realização de lucros e no limite máximo de tributação da matéria coletável é uma medida geral, que resulta da capacidade das empresas serem pouco ou muito rentáveis durante o exercício em causa. O Tribunal de Justiça atribuiu razão à Comissão Europeia, considerando que as medidas indicadas não eram só por si classificáveis como auxílio de estado, pelo que a diminuta tributação não era admissível, uma vez que era suscetível de gerar concorrência fiscal prejudicial.

Contudo, os argumentos da Comissão Europeia não se limitaram ao supra exposto, uma vez que considerou que as empresas não verdadeiramente estabelecidas no território de Gibraltar, denominadas no acórdão de “offshore” ou de empresas “caixa de correio”, beneficiavam efetivamente de vantagens de natureza seletiva.

Assim, ao contrário das empresas sedeadas em Gibraltar que estavam sujeitas a medidas gerais, não classificáveis como auxílio de estado, as empresas estabelecidas fora deste território usufruíam de vantagens seletivas. Ora, as vantagens de natureza seletiva são uma das características dos auxílios de estado, que devem ser determinadas tendo por referência a tributação dita normal. Conclui-se então que, a qualificação como regime fiscal seletivo, não está única e exclusivamente relacionada com benefícios concedidos às empresas, podendo apenas revestir a omissão quanto à carga fiscal aplicável. Consideramos que não deixa de ser um regime fiscal com natureza seletiva se permitir que algumas empresas não estejam sujeitas a tributação, pois na realidade essa omissão gera precisamente o mesmo efeito, ou seja, é igual estar regulado o benefício ou estar omissa com o intuito de proporcionar a vantagem.

É precisamente o que aconteceu no caso em apreço, que em vez de estipular normas gerais para todas as empresas, com as exceções que considerasse adequáveis, obteve o mesmo resultado ao ajustar e criar normas fiscais de modo a que a aplicação dessas implicasse uma carga fiscal diferenciada para as diferentes empresas.⁽⁵⁷⁾ Nada impossibilita os Estados-Membros de dispor de autonomia fiscal e determinar os valores tributáveis e a repartição fiscal entre os diferentes fatores de produção e sectores económicos, mas não pode omitir normas apenas com o intuito de conferir vantagens. Recordamos que Gibraltar pretendia, com o novo regime fiscal, um imposto sobre o número de trabalhadores e do BPOT (Business Property Occupation Tax), como únicos valores tributáveis, desde que preenchido o pressuposto da realização de lucros cuja tributação teria como limite máximo 15%.

(57) Cfr. Projeto de comunicação da comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, nº 1 do TFUE – “ Foi este o caso nos processos apensos C-106/09P e C-107/09P Comissão e Espanha/ Governo de Gibraltar e Reino Unido, relativos à reforma fiscal de Gibraltar, que favoreceu de facto as sociedades offshore. A reforma introduziu um sistema constituído por três impostos sobre os salários, um imposto de ocupação imobiliária e uma taxa de registo. O limite do imposto sobre os salários e do imposto de ocupação imobiliária seria 15% dos lucros. O Tribunal concluiu que esta combinação de impostos excluía a priori qualquer tributação de empresas offshore, uma vez que não tinham qualquer matéria coletável devido à ausência de trabalhadores e à ausência de imóveis em Gibraltar.”

É verdade que estes critérios tinham natureza geral, mas eram suscetíveis de provocar discriminação entre sociedades que se encontravam numa situação comparável à luz do novo regime fiscal, nomeadamente um sistema geral de tributação para todas as sociedades estabelecidas em Gibraltar. Desta forma, excluía de tributação todas as empresas “offshore”, uma vez que não tinham trabalhadores, nem ocupavam instalações para fins comerciais.

No entanto, também não basta para caracterizar uma vantagem como seletiva, a simples carga fiscal diferente da que resultaria da aplicação do regime geral, é necessário que se possa caracterizar e identificar as empresas beneficiárias, que em virtude das particularidades que apresentam, possam ser qualificáveis como categoria privilegiada. É precisamente o caso em apreço. Isto porque, o facto das empresas “offshore” não serem tributadas, não reveste carácter aleatório do regime fiscal apresentado. Os requisitos propostos no novo regime fiscal permitiriam precisamente que essas empresas, pela sua natureza, porque não tinham trabalhadores a seu cargo, nem ocupam instalações para fins comerciais, não fossem tributadas.

Assim, consideramos que nos encontramos perante vantagens de natureza seletiva, uma vez que as empresas “offshore”, são um grupo perfeitamente identificável, que devido às suas características e às regras do regime fiscal apresentado podem delas beneficiar.

O Tribunal de Justiça seguindo a linha de raciocínio supra exposta, concluiu pela procedência dos argumentos da Comissão Europeia e de Espanha, considerando que se tratava de auxílio de estado por atribuir vantagens seletivas às empresas “offshore”, que eram proibidas sem justificação e que não cumpriam as regras do mercado comum, e por isso suscetíveis de práticas em concorrência fiscal prejudicial.

Importa ainda referir que, o conceito de auxílio de estado não inclui as medidas estatais que impliquem alguma diferenciação entre empresas, caso as vantagens seletivas resultem da natureza ou da estrutura do sistema fiscal em que se inserem. Porém, essa diferenciação deve ser efetivamente justificada pelo Estado-Membro que a aplica, que como se referiu não sucedeu no caso agora em apreço.

Neste caso concreto foi solicitada autorização para conceder auxílio de estado em detrimento das regras do Tratado, pelo que fica sujeito ao dever de colaboração com a Comissão Europeia. Assim, fica deste modo, obrigado a transmitir todos os elementos que permitam aquela instituição verificar se as condições estão preenchidas. Ora, o Reino Unido não indicou qualquer justificação para conceder as vantagens seletivas de que beneficiariam as empresas “offshore”, incumprindo o dever a que estava obrigado.

Tal como referido supra, o Tribunal de Justiça considerou que o auxílio de estado era suscetível de fomentar práticas de concorrência fiscal prejudicial, algo que preocupa cada vez mais todos os Estados. Na realidade, a globalização tem colocado cada vez mais novos desafios a todos os países, sejam eles Estados-Membros ou não, isto porque nunca foi tão fácil as trocas comerciais, os investimentos além-fronteiras, a multiplicação de empresas e a circulação de pessoas. Com efeito, muitas empresas passíveis de tributação atravessam fronteiras para se estabelecerem em Estados que oferecem melhores condições fiscais. Alguns países criam incentivos fiscais de forma a atrair investimento estrangeiro, oferecendo uma tributação nula ou muito reduzida, frequentemente acompanhada por uma atenuação das obrigações regulamentares e administrativas. Quando estes países não obedecem às regras estabelecidas, não justificam os fundamentos da aplicação desse regime fiscal e atuam sem transparência no mercado comum, sem efetivamente trocarem informação com os restantes países, poder-se-á estar perante um paraíso fiscal.

A concorrência fiscal consiste na redução das taxas prevista num regime fiscal, com o intuito de atrair investimento estrangeiro e a competitividade do país, procurando obter vantagens que proporcionem uma melhor situação económica. A concorrência fiscal é uma realidade e é admissível até certo nível, sendo encarado como o comportamento normal no mercado comum que permite baixar a pressão fiscal.

Os Estados-Membros são livres de escolher os seus regimes fiscais e as taxas a aplicar nos seus impostos, desde que respeitem as regras comunitárias.

Desta forma, resta à União Europeia adoptar medidas que enquadrem a concorrência fiscal e definir características e situações que permitam classifica-la como prejudicial e contê-la.

A importância deste assunto é tal que, a Comissão Europeia decidiu adotar várias medidas com o objetivo de melhorar a transparência em matérias relacionadas com a fiscalidade. Entre essas medidas está a criação de um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, ao qual devido à sua relevância, dedicaremos um ponto autónomo na presente dissertação.

O regime dos auxílios de Estado são abrangidos por mecanismos de controlo estabelecidos pela União Europeia, sendo certo que pretendem proteger a concorrência entre empresas de eventuais distorções ou da concessão de medidas que favoreçam determinadas empresas em detrimento de outras. O intuito é antes de mais, proteger o mercado interno, de forma a garantir que não existem discriminações injustificadas contra estrangeiros ou não residentes, quaisquer formas de protecionismos não justificado em benefício de empresas ou de capitais nacionais. Porém, é sempre necessário distinguir entre medidas fiscais que constituem um auxílio de estado e as que correspondem ao regime fiscal normal adotado por um determinado Estado-Membro, uma vez que balizados por certos limites, os países conservam autonomia legislativa e fiscal. Ora, para apreciar se se está perante um auxílio de estado, é necessário averiguar se a vantagem obtida poderia ser alcançada em condições normais de mercado, sendo certo que a essa classificação depende da existência de uma perda ou renúncia a receitas fiscais pelas autoridades competentes.

O artigo 107º, nº 1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), dispõe que são proibidos os apoios públicos atribuídos a empresas que possam distorcer o mercado comum, mas unicamente na medida em que afetem as trocas comerciais entre Estados-Membros. Uma medida atribuída pelo Estado é suscetível de afetar o mercado comum quando favorece a posição concorrencial de uma empresa, grupos de empresas ou determinado sector, em relação a empresas, grupos de empresas

ou determinados sectores, com elas em concorrência.

De salientar que, para se poder considerar como auxílio de estado basta que a medida permita ao beneficiário uma vantagem, libertando-o de encargos que em condições normais teria que suportar. Esta situação é suficiente para considerar que existe uma concorrência fiscal desleal, suscetível de prejudicar o normal funcionamento do mercado comum. Assim, para caracterizar um auxílio de estado não é necessário que o impacto nas trocas comerciais seja significativo, desde que represente um benefício sem justificação. A caracterização como auxílio de estado também não está inteiramente relacionado com o montante, uma vez que este pode ser reduzido e concedido a empresas de menor dimensão, uma vez que a distorção da concorrência ocorre da mesma maneira, desde que não seja meramente hipotética.

Normalmente, pressupõe-se que um benefício atribuído a uma empresa estabelecida no mercado comum poderá estar em concorrência desleal e afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros. Isto porque, cada vez que é atribuído um auxílio de estado, a posição das empresas abrangidas por este, fica reforçada relativamente às demais, pelo que estas serão afetadas. A situação aqui descrita pode afetar as trocas comerciais do mercado comum, mesmo se a empresa beneficiária não esteja estabelecida em mercados internacionais, uma vez que o benefício pode dificultar que outras empresas se estabeleçam nesse mercado devido à manutenção ou aumento do fornecimento local.

Acontece que, para a classificação de uma distorção na concorrência ou no mercado comum, não é preciso definir o mercado ou verificar detalhadamente o impacto da medida no que concerne à posição concorrencial do beneficiário e demais concorrentes. Para tal, é suficiente apontar que o auxílio de estado é suscetível de afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros e de fomentar a concorrência fiscal prejudicial. No entanto, a Comissão Europeia entende que algumas atividades, devido às suas particularidades apenas têm impacto a nível local e, por isso, não são suscetíveis de afetar o mercado comum entre Estados-Membros. Essas particularidades prendem-se com o facto do benefício concedido não implicar que a procura ou os investimentos se desviem

da região em causa e não representa um obstáculo a que empresas com origem em outros Estados-Membros ali se estabeleçam; os produtos ou bens produzidos pela empresa que beneficia do incentivo são exclusivamente locais e são comercializados numa determinada zona definida; os efeitos produzidos na esfera das restantes empresas é inexistente ou diminuto.

O Tribunal de Justiça anulou a decisão do Tribunal Geral ou de primeira instância, sendo certo que à luz do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, aquele pode decidir definitivamente o litígio em causa, se estiver em condições para julgar. Ora, no caso agora em apreço, o Tribunal de Justiça considerou que os recursos de anulação da decisão do Tribunal Geral, interpostos pela Comissão Europeia e por Espanha, estavam em condições de ser julgados definitivamente.

Em suma, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou improcedente a decisão do Tribunal Geral que permitiu o regime fiscal apresentado, uma vez que considerou tratar-se de um auxílio de estado incompatível com o mercado comum e potenciador de concorrência fiscal prejudicial, conforme todas as considerações já aqui descritas. ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾

(58) Acórdão retirado de www.curia.europa.eu

(59) Projeto de comunicação da comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º do TFUE

V – Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas

O grupo do Código de Conduta foi criado a 09 de Março de 1998, pelo ECOFIN e ocupava-se sobretudo da elaboração de medidas de combate à concorrência fiscal prejudicial, nomeadamente aquelas que constam do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas (doravante Código de Conduta).⁽⁶⁰⁾ Importa salientar que, o Código de Conduta não é vinculativo juridicamente, mas os Estados-Membros que o adotaram comprometeram-se a proibir medidas fiscais que pudessem conduzir a situações de concorrência fiscal prejudicial. O supra mencionado grupo dedicava-se essencialmente a elaborar medidas anti-abuso, a fiscalizar a transparência fiscal, nomeadamente as trocas de informação e a divulgar os princípios existentes no Código de Conduta.

Ora, citando o Ilustre Prof. Dr. António Carlos dos Santos a concorrência fiscal consiste na “concorrência entre jurisdições fiscais, da concorrência entre Estado, da concorrência entre sistemas ou políticas fiscais. E não da concorrência entre empresas. A concorrência fiscal entre Estados não visa obter uma quota maior de mercado, mas direta ou indiretamente uma maior quota de crédito fiscal derivado da divisão internacional da base tributária global”.⁽⁶¹⁾

A concorrência fiscal nem sempre assumiu a importância atual, sendo certo que até aos anos noventa era vista com naturalidade e como resultado de um mercado comum livre. Para nós, essa ideia mantém-se, uma vez que a concorrência fiscal é o resultado da existência de vários regimes fiscais, uma vez que a autonomia e a soberania de cada Estado-Membro não permite impor um regime fiscal igual para todos. É certo que a situação aqui descrita, possibilita que as decisões fiscais de um país tenham influência nas receitas fiscais de outro.

(60) Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas – Jornal Oficial – www.eur-lex.europa.eu acedido em 16.09.2017

(61) Santos, António Carlos dos, A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal (Planeamento e concorrência fiscal internacional, Universidade Nova/Fisco, 2003)

Porém, entendemos que a concorrência fiscal possibilita a diminuição da tributação, bem como a racionalidade e eficácia da despesa pública. Assim, o problema não reside na concorrência fiscal, mas na concorrência suscetível de provocar erosão fiscal, naquela que fomenta e potencia a concorrência fiscal prejudicial.

Em 1996, a Comissão efetuou um estudo sobre a fiscalidade na União Europeia, tendo ficado definido que uma das prioridades da União Europeia era a estabilização dos sistemas fiscais, nomeadamente com a criação de medidas fiscais que combatessem a concorrência fiscal prejudicial. Por sua vez, em 1997 ficaram definidas várias regras para alcançar o objetivo pretendido, sendo uma delas o Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas. Tal como supra mencionado, a Comissão baseou-se no trabalho do Grupo de Política Fiscal que contava com a participação de vários Estados-Membros. Ora, a participação desses Estados-Membros tinha como objetivo a criação e desenvolvimento de legislação contra a concorrência fiscal prejudicial, sendo certo que devido à soberania de cada Estado em matéria fiscal, qualquer que fosse a aprovação legislativa carecia da aceitação de todos. Assim, em Dezembro de 1997, o Código de Conduta foi aprovado através das conclusões do ECOFIN, como resultado do consenso entre os Estados-Membros.

O Código de Conduta é um instrumento de “*soft law*” que pretendia unificar os objetivos dos Estados-Membros, com carácter extraterritorial, com a finalidade de combater a concorrência fiscal prejudicial e criar a ideia de proteção das receitas fiscais.⁽⁶²⁾ No que concerne, aos auxílios do estado pretendeu-se criar medidas que protegessem a concorrência prejudicial entre empresas, evitassem eventuais distorções ao mercado comum e alterassem a propensão para o aumento da carga fiscal relativamente a rendimentos provenientes do trabalho, em relação a rendimentos de maior mobilidade. O código de Conduta era aplicável a todos os impostos. O Código de Conduta previa a criação de um grupo que avaliasse “as medidas fiscais suscetíveis de serem abrangidas

(62) Amaral, Karina Almeida de, O combate à concorrência fiscal através do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas: o caso português – Revista de Estudios Europeos Nº 64, pp. 127 a 134.

pelo âmbito de aplicação do presente código”, contando com a representação e contributo de representantes políticos de todos os Estados-Membros. De salientar que, o Código de Conduta está devido em pontos, pelo que iremos destacar de seguida os mais importantes.⁽⁶³⁾

O Ponto A reportava-se aos critérios de avaliação das medidas criadas, nomeadamente daquelas que pudessem ter uma “incidência sensível na localização das atividades económicas”.

No Ponto B definiu-se as medidas suscetíveis de serem prejudiciais como aquelas que “prevejam um nível de tributação significativamente inferior ao normalmente aplicado no Estado-Membro em causa”.⁽⁶⁴⁾ Por sua vez, o Ponto G disponha sobre “a necessidade de durante a avaliação, se apreciarem cuidadosamente os efeitos das medidas fiscais sobre os outros Estados-Membros, nomeadamente tendo em conta os níveis de tributação efetiva das atividades em causa em toda a comunidade”. Os Pontos C e D reportavam-se aos meios de reação contra as medidas adotadas, nomeadamente através do congelamento e do desmantelamento, o que significa que os Estados-Membros comprometiam-se a não criar novas medidas que fossem suscetíveis de concorrência fiscal e a analisar medidas já implementadas, para que as prejudiciais pudessem ser excluídas com a maior celeridade possível.

(63) Amaral, Karina Almeida de, Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, pp. 76 a 88

(64) Cfr. Amaral, Karina Almeida de, Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, pp. 79 – “ Na avaliação das medidas é necessário ter em conta cinco critérios, quais sejam, “se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não residentes; se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna...; se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade económica real nem qualquer presença económica substancial no Estado-Membro que proporciona essas vantagens fiscais; se o método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional se afasta dos princípios geralmente aceites a nível internacional...; se as medidas fiscais carecem de transparência, nomeadamente quando as disposições legais sejam aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente a nível administrativo.”

Por sua vez, no Ponto E ficou estabelecido que “os Estados-Membros informar-se-ão mutuamente das medidas fiscais, em vigor ou projetadas, suscetíveis de serem abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente Código”, sendo certo que ficou ainda estabelecido como objetivo estender a troca de informação a países terceiros.

No Ponto J, verificou-se que o Conselho constatou que parte das medidas fiscais abrangidas pelo código podiam estar enquadradas no âmbito de aplicação de auxílios de estado, sendo certo que a Comissão ficou responsável por publicar diretrizes e regras relativas a esses auxílios. Ora, relativamente aos auxílios de estado, a Comissão redigiu uma comunicação para aplicação de regras aos auxílios de estado que respeitassem a fiscalidade direta das empresas, destacando-se duas regras. Em primeiro lugar, ficou determinado que uma medida considerada prejudicial à luz do Código de Conduta, não deveria ser classificada como auxílio de estado obrigatoriamente. Porém, estabeleceu-se que a compatibilidade do auxílio de estado com o mercado comum devia ser analisado à luz das regras estipuladas no Código de Conduta.

Em segundo lugar, a Comissão verificou quais os critérios presentes nos auxílios de estado criados com o objetivo de desenvolver economicamente determinadas regiões. Contudo, a caracterização de auxílios de estado e a definição de concorrência fiscal prejudicial eram matérias que não reuniam consenso, uma vez que cada Estado-Membro tinha a sua apreciação e tentava proteger os seus interesses.

Assim, mesmo na elaboração do Código de Conduta verificou-se a existência de influência política, pois apesar da intenção dos Estados-Membros em combater a concorrência fiscal prejudicial, a alteração de práticas mostrou-se ainda muito difícil. De salientar que, os Estados-Membros podem decidir autonomamente o regime fiscal que pretende aplicar, podendo escolher o que tributar e com que taxas, uma vez que a autonomia nestas matérias não lhe pode ser retirada. O Código de Conduta estabeleceu no Ponto H, que fosse criado um grupo que analisasse as medidas fiscais que representassem a possibilidade de práticas de concorrência fiscal prejudicial.

Assim, as medidas ficaram dispostas em categorias, nomeadamente a categoria A, correspondente a Sociedades Holding, a categoria B, correspondente a Serviços financeiros e off-shore, a categoria C, correspondente a Outras medidas setoriais específicas, a categoria D, correspondente a Auxílios de carácter regional, a categoria E, correspondente a Outras medidas e a categoria F, correspondente a Territórios dependentes e associados.

Ora, a Zona Franca da Madeira é um auxílio de estado, pelo que foi analisada e as suas medidas fiscais consideradas como prejudiciais. Contudo, Portugal não concordou com a qualificação feita e recusou toda a análise realizada ao regime fiscal em vigor na Zona Franca da Madeira. Para tal, argumentou que o Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM) foi criado com o objetivo de contrariar as dificuldades económicas e de desenvolvimento da região, que derivavam da sua localização geográfica. Acrescentou-se ainda que, o primeiro regime autorizado encontrava-se em compatibilidade com o mercado comum. Como o código de conduta previa que as medidas fiscais empregadas para desenvolver economicamente as regiões periféricas poderiam ser avaliadas com o intuito de verificar se eram proporcionais e orientadas para o fim a que se destinavam, foi apresentado um relatório para discussão. Na verdade essa discussão não se verificou, mas foi aprovado um novo regime de incentivos fiscais que excluiu as atividades de natureza financeira.

Em suma, o Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas não tinha efeito vinculativo, sendo denominado de *soft law*. Foi uma tentativa de harmonizar regras e princípios de combate à concorrência fiscal prejudicial. De mencionar que, a concorrência fiscal internacional consiste na competição fiscal entre os Estados, não sendo possível combater todos os seus efeitos, uma vez que uma decisão fiscal de um Estado-Membro é suscetível de produzir efeitos nas receitas de outro. A concorrência fiscal internacional é o resultado de múltiplos sistemas fiscais, que devido à independência de cada um em matéria fiscal, não é possível ser afastada.

Assim, apenas é possível colocar em prática princípios de solidariedade e de combate a práticas abusivas, que encerrem em si uma concorrência prejudicial.

O Código de Conduta foi a primeira tentativa de alcançar uma harmonização e coordenação fiscal na União Europeia, sendo também o primeiro diploma de combate à concorrência fiscal prejudicial.

VI – Exemplos práticos de países em concorrência fiscal prejudicial

A Lista de Paraísos Fiscal da União Europeia encontra-se bastante reduzida, tendo hoje um carácter residual. Tal como mencionado no Capítulo II, a caracterização dos Paraísos Fiscais assentou na transparência fiscal, pelo que os países que se comprometeram a efetuar trocas efetivas de informação, viram retirado esse rótulo. Acontece que, Portugal mantém uma Lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis, em que a legislação tributária prevê regras mais regidas e exige maior transparência. De salientar que, não é ilegal recorrer a Paraísos Fiscais, ou a regime fiscais preferências, desde que a declaração de rendimentos seja efetuada. É certo que muitas das vezes são usados para fins ilícitos, nomeadamente lavagem de dinheiro, fraudes financeiras e comerciais e instituições fantasma. A lavagem de dinheiro ocorre por exemplo quando são usadas ações ao portador de sociedades, o que impossibilita reconhecer quem são os respetivos titulares. As fraudes financeiras e comerciais ocorrem porque é impossível saber qual o destino final do dinheiro remetido para uma sociedade de um paraísos fiscal. Tal como mencionado anteriormente, estas situações ocorrem devido ao sigilo bancário e profissional absoluto, daí a importância da transparência fiscal.

Os Paraísos fiscais não são todos iguais, uma vez que a fiscalidade direta de cada país depende apenas da sua autonomia, importa referir que alguns são mais benéficos para rendimentos das pessoas coletivas e outros para rendimentos de pessoas singulares.⁽⁶⁵⁾ Apenas serão abordados os Paraísos Fiscais com interesse para empresas, sendo certo que estes são em maior número, uma vez que determinados países pretendem aumentar o investimento estrangeiro, mas sem a existência de emigrantes. Assim, iremos abordar os seguintes Paraísos Fiscais: Bahrein, Chipre, Guernesey, Hong Kong, Libéria, Liechtenstein, Nauru, Panamá e Estado de Delaware.

(65) Braz, Manuel Poirier – Sociedades Offshore e Paraísos Fiscais – 2ª Edição Petrony – páginas 57 a 139

Apenas serão abordados os aspectos mais relevantes do regime fiscal de cada um, devido à dimensão do presente trabalho.

No Bahrein os lucros dos investimentos não são tributados, nem a propriedade imobiliária, os ganhos de capital, as sucessões ou doações. Não existem impostos sobre o consumo, com exceção do combustível, cuja taxa de imposto é de 12%. Existem alguns critérios para as empresas que pretendem investir, tais como: as empresas com atividades comerciais e de venda a público têm que ter um parceiro nacional com um mínimo de participação de 51%, necessidade de ter um parceiro nacional se for agência de turismo e no caso do setor farmacêutico, têm que ter um parceiro nacional com o mínimo de participação de 50%.

Por sua vez, os investimentos em infra estruturas, no setor financeiro e na construção civil são considerados preferenciais, com taxas nulas ou muito reduzidas. Para facilitar o investimento estrangeiro foi criado o Bahrein Investors Centre (BIC), que possibilita a criação das denominadas empresas na hora. As empresas constituídas podem ser de responsabilidade ilimitada, responsabilidade limitada, associação em participação, exempted joint stock company, empresas por ações de responsabilidade limitada, empresas em nome individual e holdings. Verifica-se que a preferência do investimento estrangeiro recai sobre as Bahrein Exempted Joint Stock Companies, que consistem em sociedades anônimas com ações nominativas, mas com dividendos pagos ao portador.

A única exigência é estabelecer escritórios no território, podendo exercer a atividade em qualquer local e podem ser totalmente detidas por não residentes. Contudo, apenas pode subsistir durante vinte e cinco anos, com possibilidade de serem renovadas por decisão de assembleia geral extraordinária, seguida de aprovação de ministros. Essas empresas estão limitadas a atividades que não comportem seguros, banca e corretagem e são compostas por um número mínimo de dois associados e dirigidas por dois a dez diretores, não existindo qualquer obrigatoriedade de nacionalidade ou residência. Tal como mencionado supra, não estão sujeitas a qualquer tipo de imposto.

De seguida iremos abordar alguns aspetos da economia do Chipre.⁽⁶⁶⁾ De salientar que, o Chipre é um Estado-Membro da União Europeia, que não conta da lista de Paraísos Fiscais, porém o investimento estrangeiro não é taxado, sendo um dos países da União Europeia com menor carga fiscal. Devido à sua importância, será mais detalhada a sua abordagem. O Chipre é atualmente um dos principais países para sociedades holding, financeiras, de gestão de direitos de autor e de trading. Essas atividades são suscetíveis de fomentar a concorrência fiscal prejudicial, mas até à data nada foi recomendado ou exigido, apesar de ser um Estado-Membro da União Europeia, o que se conclui pela sua convivência.

O Chipre conta ainda com ausência de regras rigorosas relativas a preços transferência, os pagamentos efetuados a empresas offshore não estão sujeitos a retenção na fonte, as transações de títulos estão isentos de tributação, bem como os dividendos e lucros dos sócios. Os lucros obtidos fora do Chipre encontram-se isentos de imposto, pelo que empresas não residentes ficam isentas. As fusões e aquisições podem ser realizadas sem quaisquer consequências fiscais e quando ocorrem perdas, estas podem transitar indefinidamente e podem ser cedidas como dedução de grupo.

Como Estado-Membro da União Europeia beneficia de uma rede de convenções de dupla tributação, o que o torna ainda mais atrativo a investimento estrangeiro. As convenções de dupla tributação reduzem ou eliminam as taxas de retenção na fonte estrangeiras sobre dividendos, juros e mais-valias. O Chipre encontra-se especialmente vocacionado para Sociedades Holding, pelo que se destaca as seguintes características do regime: isenção das participações, os dividendos estrangeiros beneficiam de isenção fiscal, desde que mantenham uma participação mínima de 1% na empresa que os paga; isenção de imposto sobre mais-valias na venda ou transferência de títulos; isenção de retenção na fonte sobre dividendos, juros e royalties; isenção de imposto sobre mais-valias e sobre o rendimentos apurado na liquidação de participações.

(66) pt.fbscopyprus.com – Incentivos Fiscais – Constituição de empresas no Chipre

Além disso, não existem regras de subcapitalização, as disposições de combate à evasão fiscal são bastante reduzidas, bem como reduzida regulamentação relativa a preços de transferência e reduzida carga fiscal na constituição de empresas. No entanto, para criar uma empresa no Chipre, os investidores estrangeiros devem obter autorização do Banco Central, mas essa autorização sempre será compensatória, uma vez que as empresas não residentes ficam isentas de controlos cambiais e autorizadas a manter divisas exteriores em instituições bancárias locais. As empresas para serem consideradas como “offshore” devem ser detidas por não residentes e apenas podem realizar transações “offshore”. As empresas estabelecidas no Chipre têm a vantagem de beneficiar de todos os acordos de dupla tributação de um Estado-Membro, acrescida de uma verdadeira isenção de impostos.

De seguida iremos abordar o regime fiscal de Guernsey, sendo esta uma ilha do Canal da Mancha, dependente da coroa Britânica, mas não integrante do Reino Unido. Em Guernsey podem constituir-se vários tipos de empresas, nomeadamente: non-resident foreign company, exempted private limited company, exempted investment scheme, exempted insurer, internacional body, branche e trust.⁽⁶⁷⁾ As non-resident foreign são dirigidas e controladas a partir do exterior, sendo tributadas a uma taxa de 20%, mas exclusivamente sobre os lucros obtidos em Guernsey.

As exempted private limited company encontram-se isentas de impostos, porém os seus acionistas devem ser não residentes e não devem negociar localmente. Estas devem liquidar uma taxa fixa de 600 libras e requerer a isenção anual. Porém, caso obtenham lucros em Guernsey, devem ser tributados a uma taxa de 20%. As exempted investment scheme são tributadas através de uma taxa fixa no montante de 600 libras, podendo requerer a isenção anual.

(67) É a designação das relações jurídicas resultants de um acto inter vivos ou mortis causa pelo qual uma pessoa, transmite e coloca quaisquer bens – com excepção de bens imóveis localizados em território português – sob o control e administração de um trustee em proveito de um beneficiário, que pode ser o próprio ou o trustee, ou visando a prossecução de um fim específico.

Apenas os dividendos liquidados a sócios residentes em Guernesey são sujeitos a uma taxa de 20%, encontrando-se isentos de qualquer tributação os dividendos liquidados a não residentes.

As exempted insurer estão sujeitas a uma taxa fixa de 3.380 libras anuais, com isenção relativamente a outros impostos. Estas são criadas com o intuito de não estabelecer negócios localmente, porém se o fizerem ficam obrigadas ao pagamento de uma taxa de 20% sobre os lucros.

As international body carecem de autorização da Income Tax Authority, que após verificar a natureza das atividades e o interesse económico para Guernesey, emite um certificado válido por cinco anos. Estas empresas podem negociar uma taxa de imposto de 0 a 30%, sendo normalmente bastante reduzido e que incide sobre os rendimentos obtidos.

As branche apenas são tributadas sobre lucros obtidos localmente e a uma taxa de 20%. Nas trust apenas são tributados os rendimentos obtidos localmente, desde que os sócios não sejam residentes. Assim, verifica-se que o regime fiscal acenta em captar investimento estrangeiro, através da isenção de tributação a não residentes e a lucros obtidos exteriormente.

Na lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação “claramente mais favoráveis” encontramos Hong Kong. A criação de empresas é bastante simples, encontram-se todas obrigadas às mesmas regras e os custos são reduzidos. É possível criar vários tipos de empresas, tais como: sociedades de responsabilidade limitada, filiais e escritórios de empresas estrangeiras, escritórios de representação, sociedades unipessoais e empresas associadas. Os lucros e dividendos estão isentos de tributação, com exceção dos provenientes de atividade comercial exercida localmente. No entanto, mesmo que a empresa exerça atividade em Hong Kong, se distribuir os seus lucros para o exterior, ficará isenta do imposto que lhes corresponder. Os lucros tributados estão sujeitos a uma taxa de 16,5%, não existindo tributação de dividendos.

Por sua vez, na Libéria a constituição das empresas é bastante simples, sendo certo que as não residentes não estão sujeitas a qualquer tipo de imposto, contudo, não podem ser detentoras de bens imóveis, nem podem dedicar-se a atividades da banca ou seguradoras. As empresas podem ser geridas a partir de qualquer país e o registo das mesmas é feito pelo Liberian International ship and corporate registry, uma entidade dependente do Ministério dos Negócios estrangeiros. A denominação das empresas pode ser escrita em qualquer idioma e o capital pode ser expresso em qualquer moeda. As empresas beneficiam de sigilo para todas as operações, uma vez que não estão sujeitas a fiscalização. As empresas podem assim contar com isenção de tributação e sigilo, o que caracteriza a Libéria como um Paraíso Fiscal.

O Liechtenstein é outro país que consta da lista de países, territórios e regiões com regime “claramente mais favoráveis”. O Liechtenstein à semelhança do Chipre está direcionado para sociedades Holding. Para além das sociedades holding, o regime fiscal também é bastante favorável a sociedades domiciliadas.

As sociedades holding são aquelas que têm por objeto social a gestão de participações ou de propriedades. Por sua vez, as sociedades domiciliadas são detidas por aqueles que têm a sua sede no território, mas não exercem de facto a sua atividade no local. Estas pode ser de três tipos: o estabelecimento, a fundação e a sociedade anónima. O estabelecimento é uma pessoa coletiva semelhante ao comerciante em nome individual, que pode ter natureza comercial ou natureza não comercial, encontrando-se a sua responsabilidade limitada ao seu capital. O estabelecimento de natureza comercial prevê essa atividade no seu objeto social e é de facto exercida uma atividade de acordo com as regras comerciais, pelo que está obrigado a contabilidade organizada. O estabelecimento de natureza não comercial verifica-se quando não é exercida essa atividade e o seu objeto proíbe essa atividade, como por exemplo gestão de património. Apenas está obrigado a apresentar uma relação do património e uma declaração de não atividade comercial exercida. O estabelecimento tem o seu estatuto redigido a escrito, no qual contém a sua constituição e as disposições obrigatórias.

Caso o estabelecimento não tenha atividade no Liechtenstein e o seu capital não esteja representado por ações, fica isento de qualquer tributação sobre os lucros.

A fundação visa a gestão permanente de um património, sendo certo que o fundador pode ser uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva e pode permanecer no anonimato. A fundação é regulada pelos seus estatutos, constituídos de acordo com a vontade do fundador.

A sociedade anónima deve estar registada no registo comercial com a denominação “AG” (Aktiengesellschaft) e os seus acionista apenas têm responsabilidade limitada ao capital, sendo este representado por ações. Os estatutos têm obrigatoriamente menções obrigatórias. Caso a sociedade anónima se destine a atrair investimentos públicos tem que respeitar regulamentação complementar. As ações podem ser nominativas e conferir ou não direito de amortização, podendo ter em simultâneo ações ao portador e ações nominativas. No conselho de administração deve constar pelo menos um administrador a residir no Liechtenstein. A sociedade anónima deve ter contabilidade organizada e realizar um balanço certificado. Caso a sociedade anónima revista carácter de holding e não exercer atividade no território, mesmo que nele tenha representação, não fica sujeita a tributação.

No Liechtenstein é possível adquirir sociedades prontas, isto é, sociedades já constituídas, registadas e em funcionamento. Estas sociedades quando adquiridas permitem ao novo proprietário ficar com contas bancárias, firma, carimbos e todo o que seja indispensável para o funcionamento, sem existir qualquer custo acrescido com registos.

Acresce que, a pequena ilha da Micronésia denominada Nauru, também está registada na lista dos regimes “claramente mais favoráveis” da lei portuguesa. Nauru é especialmente vantajoso para sociedades holding, sendo certo que estas devem ser constituídas no mínimo por um acionista e no máximo por vinte.

Quanto à emissão de ações ao portador estão limitadas a vinte, uma vez que se exceder esse número será considerada uma sociedade comercial, porém quanto às restantes não existe qualquer limitação. As sociedades holding não podem recorrer à subscrição pública, caso em que carecem obrigatoriamente de autorização do governo.

Para constituir uma sociedade holding deve ser remetido um formulário a uma agência governamental, com indicação da denominação da sociedade, o objeto da mesma, a indicação ou não de nomeação de um administrador e a designação de sede social. A constituição deste tipo de sociedades é totalmente sigilosa e nenhuma informação é tornada pública. A responsabilidade é limitada ao capital, excepto se o administrador desrespeitar o âmbito de atividade, nomeadamente através de atividades comerciais, podendo ser responsabilizado. As sociedades holding em Nauru são constituídas por dois órgãos de funcionamento, a assembleia dos acionistas, que pode resumir-se apenas a um e o conselho de administração, que pode igualmente ser apenas um administrador. De salientar que, caso seja apenas um administrador, este deve estar autorizado para a atividade em Nauru, podendo ser uma pessoa coletiva. As sociedades holding em Nauru estão totalmente isentas de qualquer imposto ou taxa.

O Panamá que se tornou tão conhecido face aos acontecimentos mediáticos de fraudes fiscais, também consta da lista de países, territórios e regiões com regimes de tributação “claramente mais favoráveis”. O Panamá reconhece vários tipos de sociedades, porém a mais utilizada é a sociedade anónima. O Panamá não distingue entre sociedades com subscrição pública ou não, desde que as ações emitidas não sejam subscritas em território nacional, assim como, não distingue entre sociedade comerciais e de investimentos. Trata-se de um paraíso fiscal territorial, isto é, um país que não tributa os rendimentos obtidos em atividade internas e não distingue entre sociedades residentes e não residentes. Para a criação de uma sociedade anónima são necessários dois fundadores e que podem ter qualquer nacionalidade ou residência. O Registo comercial nacional deve aprovar a denominação da sociedade.

A sociedade anónima pode estipular o seu capital livremente, não se encontrando definido qualquer limite mínimo ou máximo, não existindo qualquer obrigatoriedade de transitar para o Panamá. As ações podem ser ao portador ou nominativas e não existe qualquer obrigatoriedade em identificar os acionistas, assim como não existe obrigação de mencionar uma sede, apesar dos estatutos normalmente a referirem.

A sociedade deve ser constituída por três administradores, porém estes não se encontram obrigados a residir no Panamá, nem têm obrigação de reunir em conselho de administração. Caso não tenha atividade localmente, não se encontra sujeita a quaisquer declarações fiscais, encontrando-se isenta de tributação. Porém, mesmo aquelas que exercem atividade local apenas são tributadas sobre o rendimento, sendo certo que a uma taxa bastante reduzida.

Por último, será abordado o regime do Estado de Delaware quanto às suas empresas com maior relevância, as Limited Liability Company. As Limited Liability Company são empresas de responsabilidade limitada e que permitem sigilo quanto à sua atividade e conferem isenção de impostos. Este tipo de sociedades está sujeito a registo junto da Secretaria de Estado de Delaware, sendo certo que os estatutos devem ser redigidos em língua inglesa e podem revestir qualquer tipo de atividade comercial. Porém, não são admitidas ações ao portador, pelo que devem ser sempre nominativas e registadas. Os acionistas podem assim, recorrer a serviços locais que funcionam como procuradores, permitindo manter o anonimato, sendo certo que os acionistas podem ser outras empresas estrangeiras. O diretor é obrigatoriamente uma pessoa singular, mas pode ter qualquer nacionalidade e não necessita de ter residência local. As Limited Liability Company não estão obrigadas a capital mínimo.

No Estado de Delaware não estão previstos impostos sobre a faturação, porém é necessário liquidar uma taxa anual de registo e licenciamento, que está dependente do tipo de empresa e do capital registado. As empresas estão isentas de apresentar declarações fiscais, caso não tenham património e não negociem nos EUA.

Se a sociedade for detida por não residentes que efetuem todas as operações fora dos EUA e que obtenham todos os rendimentos no exterior, fica isenta de qualquer tributação.

Em suma, do supra exposto resulta que existem Paraísos Fiscais para vários fins, pelo que a escolha depende do beneficiário. Além disso, é possível verificar que existem Paraísos Fiscais em todos os locais do mundo, não sendo exclusivo de países periféricos ou pouco desenvolvidos. A existência e subsistência de alguns é o resultado da conivência que existem em torno dos Paraísos Fiscais, uma vez que sempre serão vantajosos para alguns.

A concorrência fiscal é benéfica na medida que coloca a pressão do lado da despesa, “obrigando” os países a serem mais competitivos e a manterem um regime fiscal atrativo. No entanto, a ausência total de tributação, aliada à uma total ausência de troca de informação, apenas provoca erosão nos sistemas fiscais dos restantes países, atraindo investimento estrangeiro que pura e simplesmente não será tributado. Os rendimentos gerados ficarão totalmente isentos, não aproveitando a nenhum dos países envolvidos. Apesar do combate à concorrência fiscal prejudicial, a verdade é que na prática o resultado não é suficiente, o que leva a crer que esse combate é meramente aparente.

VII – Normas específicas anti-abuso

A concorrência fiscal prejudicial é um tema que preocupa cada vez mais os países, sendo certo que é lícito as empresas procurarem maximizar os seus lucros com recurso a planeamento fiscal. Tal como mencionado anteriormente é impossível eliminar a concorrência fiscal, uma vez que a fiscalidade direta é definida por cada país, de acordo com as suas necessidades e decisões do que tributar. Essa autonomia não pode ser retirada, o que impossibilita a criação de um regime fiscal uniforme. Sem um regime fiscal que seja igual para todos, a concorrência fiscal será sempre uma constante, pressionando os países a serem criativos na tentativa de captar investimento estrangeiro e equilibrar as despesas e receitas. Os múltiplos regimes fiscais possibilitam às empresas um planeamento fiscal, sendo este lícito desde que não seja praticado de forma abusiva. É exatamente para evitar situações abusivas que o legislador nacional criou medidas específicas anti-abuso.⁽⁶⁸⁾

O Decreto-Lei nº 37/95, de 14 de Fevereiro⁽⁶⁹⁾ veio criar medidas anti-abuso de combate à evasão fiscal e planeamento fiscal abusivo, tendo como função limitar o recurso a paraísos fiscais. A livre circulação de pessoas e bens permitiu uma maior internacionalização das empresas, o que facilitou a evasão e fraude fiscal. Este Decreto-lei surgiu como resposta a essa situação, sendo a resposta na legislação portuguesa, de forma a combater e preservar a receita. Para tal, foram alterados os códigos de rendimento das pessoas coletivas e de rendimento das pessoas singulares, para assegurar a adequada tributação a nível nacional. Além disso, foram criadas duas medidas anti-abuso que evitassem a deslocalização de receita fiscal para países com regime fiscal mais favorável. Foi criado a inversão do ónus da prova para situações em que deverá ser o contribuinte residente em território nacional a provar que efetivamente liquidou o montante devido a

(68) Palma, Clotilde Celorico – A comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso – Revista TOC 114 de Setembro 2009

(69) info.portaldasfinancas.gov.pt

não residentes, por conta de atividades realizadas e que não tem carácter anormal ou montante desproporcional, para que possa deduzi-lo na determinação do seu lucro tributável. Acresce que, ficou ainda previsto o regime de antecipação dos resultados que previsivelmente as sociedades situadas em regimes fiscais mais favoráveis e controladas por residentes em território nacional podem obter, o que se traduz na imputação ao sócio do lucro independentemente da distribuição, tendo em conta o capital social detido. Além disso, verifica-se na legislação portuguesa várias normas que pretendem ser um mecanismo de combate ao planeamento fiscal abusivo, pelo que de seguida serão devidamente abordadas.

O artigo 38º, nº 2 da Lei Geral Tributária⁽⁷⁰⁾, denominada cláusula geral anti-abuso descreve que “*São ineficazes no âmbito tributário os atos ou negócios jurídicos essenciais ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de fatos, atos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efetuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas*”.

A cláusula geral anti-abuso foi criada em 1999 e conforme supra transcrito, visa a ineficácia dos atos e negócios jurídicos obtidos por meios artificiosos ou fraudulentos, que pretendam a redução ou eliminação de impostos. Assim, para evitar essa vantagem injustificada, tais negócios são tributados de acordo com as normas aplicáveis, como se esses meios artificiosos ou fraudulentos não existissem, não produzindo o efeito pretendido. Porém, a aplicação da cláusula geral anti-abuso tem um carácter bastante residual, isto porque, a Administração Tributária opta, na maioria dos casos, pela aplicação das normas anti-abuso específicas, que serão abordadas no desenvolver do presente capítulo.

(70) info.portaldasfinancas.gov.pt – Lei geral Tributária

Essa opção pelas normas anti-abuso específicas deve-se à possibilidade de recorrer à inversão do ónus da prova, uma vez que recorrer à cláusula geral anti-abuso apenas permite que seja a Administração Tributária a provar que se encontram preenchidos os requisitos que possibilitam a aplicação das consequências previstas no artigo 38º, nº 2 da Lei Geral Tributária. Face ao exposto, são muito escassas as situações em que a Administração Tributária aplicou a cláusula geral anti-abuso, sendo apenas célebre um acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do processo 04255/10, datado de 15 de Fevereiro de 2011.⁽⁷¹⁾

Neste acórdão, conclui-se favoravelmente pela pretensão da Administração Tributária, considerando-se preenchidos os requisitos da Administração Tributária, considerando-se preenchidos os requisitos da cláusula geral anti-abuso, naquilo que seria um caso típico de elisão fiscal. O Tribunal concluiu que se estava perante um caso de um negócio artificial, que tinha como único objetivo a eliminação dos impostos que seriam suportados caso esse negócio não tivesse sido celebrado. O Tribunal considerou que o contribuinte ultrapassou os limites da liberdade de gestão, uma vez que o negócio celebrado incluía a criação de uma sociedade sediada na Zona Franca da Madeira, que permitia o financiamento de diversas sociedades do grupo, com o intuito de transformar juros em dividendos e assim, evitar a tributação pela aplicação do regime de eliminação de dupla tributação económica de lucros distribuídos, conforme estipulado no Código do imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas. Assim, o supra mencionado acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul representou uma alteração na aplicação da cláusula geral anti-abuso e um desenvolvimento no combate aos comportamentos evasivos e fraudulentos.

De seguida serão analisadas as medidas anti-abuso específicas, pelo que iniciaremos pelo artigo 63º do Código de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, doravante CIRC, denominada preços de transferência. O artigo 63º do CIRC dispõe que “nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de

(71) www.dgsi.pt

operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras, efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.”.

No número 2 do supra mencionado artigo é consagrado que “O sujeito passivo deve adoptar, para a determinação dos termos e condições que seriam normalmente acordados, aceites ou praticados entre entidades independentes, o método ou métodos susceptíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade entre as operações ou séries de operações que efectua e outras substancialmente idênticas, em situações normais de mercado ou de ausência de relações especiais, tendo em conta, designadamente, as características dos bens, direitos ou serviços, a posição de mercado, a situação económica e financeira, a estratégia de negócio, e demais características relevante dos sujeitos passivos envolvidos, as funções por eles desempenhadas, os ativos utilizados e a repartição do risco.”

Ora, conforme transcrito é necessário recorrer a métodos que garantam que os preços praticados seriam os normalmente aceites, caso não existisse uma relação especial entre as empresas. Os métodos utilizados podem ser 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 ou o método da margem líquida da operação. O método do preço comparável de mercado parte do pressuposto que o preço praticado nas empresas com relação especial deverá ser o mesmo das empresas em livre concorrência, nas transações do mesmo tipo. Como fatores de comparabilidade encontramos as características dos bens ou serviços, funções desempenhadas pelas partes na operação, os termos contratuais da operação, o circunstancialismo económico e as estratégias das entidades. O método do preço de revenda minorado significa que se não for possível aplicar o método do preço comparável de mercado, as autoridades fiscais devem calcular

e reajustar o valor a aplicar por referência ao preço de revenda, após a dedução do lucro adequado. O método do preço do custo majorado significa que o preço de transferência é reajustado por referência ao preço de custo, acrescido de um montante destinado a refletir uma margem de lucro adequada, ou seja, a margem de lucro que a empresa em questão aplica nas operações fora do grupo, quando se verificam condições semelhantes às da venda a empresas subsidiárias. Acontece que, o método do preço comparável de mercado suscita várias questões, nomeadamente, não tem em consideração fatores não fiscais que levam as empresas a fixar um determinado valor e não tem em consideração o serviço prestado entre empresas, uma vez que dentro do mesmo grupo podem existir empresas que se dedicam aos serviços administrativos, outras a serviços contabilísticos, a publicidade ou a pesquisa e desenvolvimento. O método do preço comparável de mercado obriga as empresas a comportarem-se como se não existisse qualquer vínculo entre elas e pode suscitar questões de dupla tributação a nível internacional.

Face ao exposto, a prática de preços de transferência pode gerar evasão fiscal por transferência indireta de lucros entre empresas do mesmo grupo, através de uma política de preços que vigora naquelas e que devido a essa relação especial pode conduzir a preços artificiais, completamente à margem dos praticados no mercado comum.

O preço de transferência ou transferência indireta de lucros consiste na diferença entre o preço estipulado e o preço normal praticado em mercado comum, sendo aquele que é fixado entre empresas independentes em situações semelhantes. Esta situação é mais recorrente em empresas do mesmo grupo que se localizam em diversas jurisdições, em que ocorre mais distorções. No entanto, essa situação acarreta a dificuldade de detetar se uma determinada transação se realizou a preços artificiais e qual o valor que devia ser praticado caso as empresas não se encontrassem em relação especial e atuassem em mercado comum e sem atividade concertada. O supra mencionado artigo descreve ainda que existem relações especiais entre duas entidades quando uma tem o poder de exercer, direta ou indiretamente influência considerável na outra, através de decisões de gestão.

Para tal, deverá deter direta ou indiretamente uma participação não inferior a 20% do capital ou dos direitos de voto, quando ambas têm os mesmos órgãos sociais, membros de administração, direção, gerência ou fiscalização, quando estão ligadas por contrato de subordinação, empresas em relação de domínio e quando uma empresa tem estabelecimento estável situado em território nacional e a outra está sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável, conforme a lista aprovada por portaria.

De salientar que, em Junho de 2006, a União Europeia aprovou um código de conduta em matéria de preços de transferência, ou seja, um compromisso não vinculativo dos Estados-Membros, que prevê um dossier único de preços de transferência para as multinacionais que exercem atividade no espaço comunitário.

Uma outra das medidas específica anti-abuso encontra-se presente no artigo 66º do CIRC, sob a epígrafe “Imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado”.⁽⁷²⁾ Quando as empresas não residentes em território nacional estão sedeadas em países com um regime fiscal claramente mais favorável e pelo menos 25% do seu capital, direitos de voto ou direitos sobre os rendimentos são detidos por residentes nacionais, os lucros ou rendimentos obtidos por aquelas são imputados diretamente estes. Assim, a tributação dos rendimentos transfere-se para a esfera dos detentores das empresas, evitando a isenção de tributação de rendimentos, uma vez que empresa está sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável.⁽⁷³⁾

A imputação feita ao detentor da empresa é referente ao período de tributação da entidade, tendo em conta a proporção do capital, do direito de voto, do direito sobre os rendimentos ou dos elementos patrimoniais detidos. No termos do supra mencionado artigo entendesse que a empresa está sedeadada em país com regime fiscal claramente mais

(72) Morais, Rui Duarte, Imputação de lucro de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (2005), Publicações Universidade Católica

(73) Relatório sobre a evolução do combate à fraude e evasão fiscal em 2008

favorável quando esse território consta da lista aprovada pela portaria e se verifica que está isenta ou não sujeita a um imposto semelhante ao aplicado a empresas nacionais, nos termos do CIRC, ou quando a taxa de imposto que lhe é aplicada é inferior a 60% da taxa prevista no CIRC, nomeadamente no artigo 87º do mesmo diploma.

No entanto, a aplicação desta medida específica anti-abuso não tem aplicação quando, estamos perante entidades não residentes cujo 75% dos lucros ou rendimentos de um determinado exercício são provenientes de atividade agrícola ou industrial exercida nesse mesmo território, ou atividade comercial/prestação de serviços não destinada ao território nacional. Também se encontram excluídas do âmbito da norma as empresas não residentes em território nacional que não se dediquem a atividades bancárias, atividades de seguradora, quando os rendimentos não resultem de seguros de bens fora de território da entidade, atividades relacionadas com partes sociais representativas de pelo menos 5% do capital social, dos direitos de voto, ou de participações em entidades residentes em país com regime fiscal claramente mais favorável, segundo a lista aprovada por portaria. Mais uma vez, a presente medida foi elaborada para evitar que situação de isenção ou reduzida tributação ocorram e que contribuintes nacionais fiquem isentos de tributação por recorrer a regimes fiscais claramente mais favoráveis.

Ora, existem três vias possíveis para os contribuintes se colocarem à margem do pagamento de impostos, sendo algumas legais e outras ilícitas, constituindo crimes ou contra-ordenações fiscais. Assim, a tributação fiscal pode ser reduzida *intra legem*, quando a redução fiscal é explícita e concedida pela lei, como por exemplo os casos de benefícios fiscais concedidos por determinado motivo, *extra legem* quando ocorre o aproveitamento da omissão de determinada situação nas normas fiscais, também denominada de elisão fiscal e *contra legem* quando a redução ou ausência de tributação se deve a atos ilícitos, também denominada de evasão fiscal. Por sua vez, o planeamento fiscal não abusivo é uma forma de minimizar os encargos fiscais, utilizando situações não reguladas pela legislação fiscal, porém cumprindo integralmente a lei.

Estamos assim, perante situações de elisão fiscal, isto porque ao abrigo do princípio da tipicidade fiscal, nenhum facto que não esteja expressamente previsto na lei, pode ser imputado ao contribuinte como infração. Assim, ao abrigo da liberdade concedida ao contribuinte, este pode escolher a aplicação de um regime tributário menos gravoso, desde que não transgrida nenhuma lei expressamente consagrada. A elisão fiscal pode verificar-se tanto a nível nacional, como a nível internacional. ⁽⁷⁴⁾

Face ao exposto, alguns países, nomeadamente Portugal, na impossibilidade de tipificar legalmente todos os comportamentos elisivos, criou a cláusula geral anti-abuso, bem como as cláusulas específicas anti-abuso, entre as quais se incluem as supra abordadas. Conclui-se que o planeamento fiscal tem que se desenvolver dentro da legalidade, não podendo ser abusivo, balizando-se pelo cumprimento das cláusulas anti-abuso previstas nas leis fiscais. As cláusulas anti-abuso pretendem evitar a elisão fiscal, tipificando-se a conduta que se quer combater através das cláusulas específicas anti-abuso, procurando reduzir ao máximo a concorrência fiscal prejudicial entre os países e ausência de tributação. ⁽⁷⁵⁾ A elisão fiscal ao nível internacional pode ser caracterizada como subjetiva, quando se opera através de um elemento de conexão subjetivo, como por exemplo a residência, ou objetiva, quando está em causa o local onde se produz o rendimento, ou seja, o local de atividade ou o estabelecimento. ⁽⁷⁶⁾

(74) Silva, Amândio Fernandes – O direito dos Contribuintes ao planeamento fiscal – Revista TOC 104 de 11/2008

(75) Fazendeiro, Vítor Hugo da Silva, Paraísos Fiscais: Análise das Técnicas de utilização e Medidas de combate à evasão fiscal à luz do Direito Fiscal Português (2011), Universidade do Porto – Faculdade de Direito

(76) Silva, Amândio Fernandes e Claro, Domingos – Conclusões da conferência internacional sobre planeamento fiscal – Revista TOC 106 de 01/2009

Conclusão

No presente trabalho foi abordada a temática dos paraísos fiscais e da concorrência fiscal. A concorrência fiscal prejudicial é o resultado da existência de vários sistemas fiscais, porém a harmonização destes não é possível, face à autonomia dos países na escolha da sua fiscalidade interna. A globalização tem aumentado a concorrência fiscal prejudicial, uma vez que é cada vez mais fácil a livre circulação de bens e pessoas e a proximidade com jurisdições mais distantes, encontrando-se à distância de um “*click*”. Atualmente, é possível um contribuinte português através do computador de sua casa aceder a contas e informações financeiras que detenha em Hong Kong, ou em qualquer parte do mundo. Esta situação permite que o recurso a paraísos fiscais ou países de baixa tributação seja cada vez mais fácil e eficaz. Porém, a concorrência fiscal não é sempre prejudicial, uma vez que é capaz de contribuir para baixar os níveis de tributação, colocando a pressão do lado da despesa. É certo que também é suscetível de criar a erosão fiscal nos países, pelo que é crescente a preocupação em combater a concorrência fiscal, sobretudo a concorrência fiscal prejudicial, que se encontra depende da boa vontade dos países em não adotar determinados comportamentos.

Assim, iniciámos o presente trabalho com breves noções sobre paraísos fiscais, sendo certo que para a sua caracterização não basta a ausência ou reduzida tributação, uma vez que qualquer país poderia ser classificado como um paraíso fiscal face a outro, bastaria que não tributasse determinada situação ou rendimento ou que a taxa aplicável fosse inferior. Para tal, será sempre de analisar a isenção ou baixa tributação em conjunto com a inexistência de troca efetiva de informação, falta de cooperação e sigilo nas suas operações. Por sua vez, os regimes fiscais preferências são aqueles que são mais favoráveis, tais como os auxílios de estado. No entanto, os auxílios de estado carecem de serem autorizados e justificada a sua concessão, quer devido à situação geográfica, quer devido a necessidades de desenvolvimento de uma determinada região.

Tal como mencionado na presente dissertação, o auxílio de estado deverá ter como principal característica a seletividade, sendo esta material, setorial e regional.

No terceiro capítulo foi abordada a questão da transparência fiscal, uma vez que a União Europeia e os Estados-Membros têm vindo a direccionar a problemática dos paraísos fiscais para a troca efetiva de informação. A denominada lista negra dos paraísos fiscais foi drasticamente reduzida, com base no compromisso em cooperar e transmitir informação. Porém, prevê-se que muitos dos países retirado, serão novamente incluídos, uma vez que não foi feito um esforço para cumprir o compromisso. A troca de informação entre os países pode ser feita de seis formas, nomeadamente: troca de informações automática, troca de informações espontânea, troca de informações a pedido, troca de informações através de fiscalização simultâneas, troca de informações por fiscalização estrangeira e troca de informações por sector empresarial. Acontece que, a troca de informações entre os países poderá colocar em risco os dados dos contribuintes, pelo que será sempre necessário garantir que a informação transmitida seja apenas a indispensável e que é assegurado o cumprimento lei da proteção de dados.

Ora, debruçando-se o presente trabalho sobre paraísos fiscais e a concorrência fiscal, não poderíamos deixar de dedicar um capítulo à Zona Franca da Madeira/Centro Internacional de Negócios da Madeira. Trata-se de um regime fiscal preferencial, ou auxílio de estado, autorizado pela União Europeia e atribuído para desenvolver a zona periférica em questão. A Zona Franca da Madeira já esteve sujeita a quatro regimes diferentes, sendo que em todos eles a taxa prevista em sede de IRC aumentou, bem como o número necessário de criação de postos de trabalho pelas empresas. As empresas sedeadas na Zona Franca da Madeira devem assim preencher os requisitos pré-definidos para beneficiar do regime fiscal preferencial. Além disso, o regime fiscal aplicado apenas vigora durante o período estipulado e a Zona Franca da Madeira está sujeita a fiscalização das Autoridades competentes, beneficiando de acordos de dupla tributação, prestando toda a informação solicitada e cooperando com os demais.

Para ilustrar a problemática em torno dos auxílios de estado analisou-se o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente no Processo C-106/09P e Processo C-107/09P, encontrando-se interligados. Trata-se de uma situação em que é concedido um auxílio de estado a Gibraltar, porém não é autorizado pela União Europeia, sendo considerado como suscetível de gerar situações de concorrência fiscal prejudicial. O auxílio de estado previa a concessão de isenção de tributação a empresas não residentes, através da omissão de normas que regulassem essa situação, permitindo uma total ausência de tributação não justificada e por um período indeterminado. Quer isto dizer que, o caso em concreto apresenta a particularidade de se conceder um auxílio de estado por omissão, ou seja, a reforma fiscal em si não acarretava um benefício fiscal, mas permitia que as sociedades offshore não fossem tributadas. Ao omitir normas concretas para as sociedades offshore permitia a sua não tributação. Desta forma, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que se tratava de um auxílio de estado injustificável e não autorizou a reforma fiscal nos termos propostos.

Foi ainda abordado o código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas devido à sua importância, uma vez que representou o início das medidas adotadas pela União Europeia e pelos Estados-Membros no combate à concorrência fiscal prejudicial e seus efeitos. Apesar de ser *soft law* e não vincular quem o subscreve, representou um compromisso dos Estados-Membros em não exercer práticas que possam provocar erosão no sistema fiscal de países terceiros.

Como não poderia deixar de ser, ao abordar a concorrência fiscal prejudicial era necessário descrever alguns exemplos de países que contribuem para a erosão do sistema fiscal de outros países. Assim, à luz da legislação nacional, nomeadamente da Lista de regimes fiscais claramente mais favoráveis aprovada por portaria, esses países podem ser classificados como paraísos fiscais. Muitos deles não constam na lista negra da União Europeia, uma vez que devido ao seu compromisso no que concerne à troca efetiva de informação, foram retirados.

Na realidade, em muitos deles o comportamento não foi efetivamente alterado e o absoluto sigilo continua a vigorar em todas as operações. Porém, encontrando-se presentes na lista de regimes fiscais claramente mais favoráveis aprovada por portaria, são lhes aplicáveis as cláusulas anti-abuso.

As cláusulas anti-abuso surgiram por influência comunitária, quando na década de noventa a preocupação com estas matérias aumentou. Assim, foram adotadas progressivamente as medidas anti-abuso de combate à concorrência fiscal prejudicial e à fraude fiscal. Além da cláusula geral anti-abuso, que se poderá aplicar em abstrato a qualquer situação, desde que preenchidos os requisitos da norma, verificamos a existência das cláusulas anti-abuso específicas, destinadas a regular certos negócios já classificados como potencialmente abusivos. Todas estas cláusulas justificam-se devido a comportamentos evasivos e fraudulentos dos contribuintes, bem como na necessidade de combater comportamentos abusivos que comprometam o princípio da igualdade na repartição de encargos tributários.

De salientar que, o combate à concorrência fiscal prejudicial e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação revestem cada vez mais importância, razão pela qual foi elaborado o Relatório BEPS. Este relatório é um plano que identifica ações necessárias para enfrentar a erosão da base tributária e a transferência de lucros, no qual são estabelecidos prazos para implementar as ações, bem como os recursos e metodologia necessárias à sua boa execução. O Relatório BEPS pretende assinalar o fim da inércia dos Estados e constituir uma nova época de intervenção ativa no combate à concorrência fiscal prejudicial, contribuindo para a implementação de melhores práticas nas atividades das empresas, nomeadamente no que concerne ao pagamento de impostos. O Relatório BEPS e as ações que prevê são meras recomendações, no entanto implicam alterações de legislação por parte dos Estados, pelo que é expectável que os sistemas fiscais nacionais adotem as medidas gradualmente. O Relatório BEPS apresentou uma lista de quinze ações, nomeadamente: Ação 1 – Abordar os desafios fiscais da economia digital; Ação 2 – Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos; Ação 3 – Reforçar as normas relativas às SEC; Ação 4 – Limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras

compensações financeiras; Ação 5 – Combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância; Ação 6 – Prevenir a utilização abusiva de convenções; Ação 7 – Prevenir que o status de EE seja artificialmente evitado; Ação 8/9/10 – Garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor; Ação 11 – Estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenómenos económicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los; Ação 12 – Exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planeamento tributário abusivo; Ação 13 – Re-examinar a documentação dos preços de transferência; Ação 14 – Tornar mais efetivos os instrumentos de resolução das disputas; Ação 15 – Desenvolver um instrumentos multilateral.

O Relatório relativo à ação 1 do BEPS foi publicado a 16 de Setembro de 2014, identificando os principais desafios provocados pela economia digital. Assim, o relatório relativo a essa ação analisou as questões fundamentais relacionadas com a fiscalidade da economia digital e conclui que não pode ser tratada apenas como um sector digital, uma vez que é parte integrante da economia como um todo. O Relatório relativo à ação 2 do BEPS identificou a melhor abordagem para neutralizar o impacto fiscal do recurso a mecanismos de desvio artificial de lucros. O Relatório relativo à ação 3 do BEPS abordava o combate à concentração de lucros em empresas residentes em jurisdições de baixa tributação controladas por parte de empresas residentes em jurisdições de elevada tributação. Assim, pretendia o combate à prática de desvio artificial de lucros através de recomendações para fortalecer as normas anti-abuso em vigor nos vários Estados. O Relatório relativo à ação 4 do BEPS procurou estabelecer recomendações para a criação de normas internacionais anti-abuso que visam a prevenção da erosão da base tributária. O Relatório correspondente à ação 5 do BEPS pretendeu o combate às práticas fiscais prejudiciais que suscitavam a aplicação de taxas de tributação concorrenciais em determinados tipos de rendimentos. O ponto de partida desta ação foi o Relatório da OCDE sobre a concorrência fiscal prejudicial “Harmful tax competition – An emerging

global issue” e procurou desenvolver soluções mais eficazes, dando prioridade ao aumento da transparência. O Relatório correspondente à ação 6 do BEPS teve como objetivo o combate à prática de utilização abusiva de Acordos para evitar a dupla tributação, identificando medidas para tal. No que concerne à convenção Modelo da OCDE, o relatório reconheceu a impossibilidade de adotar uma abordagem única para todos os Estados, pelo que deveria ser adotado um padrão mínimo de proteção para prevenir abusos. O Relatório correspondente à ação 7 do BEPS identificou as alterações necessárias à definição de Estabelecimento Estável na Convenção Modelo da OCDE, para prevenir que a imputação de um Estabelecimento Estável seja artificialmente evitado.

Os Relatórios das ações 8, 9 e 10 promoveram alterações às linhas gerais dos Preços de Transferências emitidas pela OCDE. A ação 8 tinha como objetivo criar regras para combater a erosão da base tributária e ao desvio de lucros relacionados com a detenção, exploração de intangíveis por parte de grupos económicos. A ação 9 pretendia um conjunto de medidas que assegurassem eventuais prejuízos acumulados por uma entidade, apenas devido a assumir contratualmente os riscos ou a cessão de capital. A ação 10 visava a implementação de regras para as operações não habituais de elevado risco, ou seja, as operações que apenas em casos excecionais seriam realizadas entre entidades independentes. O Relatório da ação 11 plasmava os dados disponíveis em matéria de erosão da base tributável e transparência de lucros e a definição de uma metodologia para o estudo e monitorização do impacto das medidas a ser implementadas no âmbito do Relatório BEPS. Com esta ação pretendia-se uma avaliação objetiva da real extensão e impacto da concorrência fiscal prejudicial na economia. O Relatório da ação 12 desenvolveu recomendações para que os regimes fiscais internos consagrassem obrigações de comunicação, informação e esclarecimentos à administração fiscal de esquemas de planeamento fiscal abusivo. A prevenção e o combate ao planeamento fiscal abusivo assenta na exigência da comunicação da informação pelos contribuintes. O Relatório da ação 13 continha uma proposta de revisão à estrutura da documentação a apresentar em matéria de preços de transferência nos grupos económicos multinacionais.

O Relatório da ação 14 procurou analisar e remover os obstáculos que impediam a resolução de disputas através de procedimentos extra judiciais instaurado entre autoridades competentes de cada Estado, podendo ser solicitado pelo contribuinte para evitar uma dupla tributação não conforme com a Convenção. Por fim, o Relatório da ação 15 tinha como objetivo analisar as questões relacionadas com o desenvolvimento de um instrumento multilateral que permita aos Estados alterar de forma eficiente os acordos para evitar a dupla tributação concluídos entre os mesmos. No relatório concluiu-se que o desenvolvimento de um instrumento multilateral, que permitisse a renegociação em simultâneo dos acordos de dupla tributação em vigor era uma solução desejável e exequível.

A aplicabilidade do Relatório BEPS e suas ações ainda é embrionária, sendo precoce retirar conclusões. Porém desde já se adianta que, para alcançar o êxito será necessário que a implementação das recomendações supra mencionadas seja feita de forma simultânea por todos os países. Tal como se mencionou anteriormente, a importância do Relatório BEPS é inegável, no entanto sendo um instrumento de soft law e tendo em consideração que algumas alterações dependem de modificações na legislação interna dos países, resta esperar que tenham intenção e vontade das aplicar. Estas regras mais rigorosas tendem a diminuir a atração de investimento estrangeiro e a dificultar a competitividade global. Assim, apesar da sua extrema importância e desenvolvimento nesta matéria poderá não alcançar todos os efeitos desejados. A aplicação do Relatório BEPS enfrentará dificuldades nos países em desenvolvimento, uma vez que podem não querer legislar contra os seus próprios interesses. Por outro lado, nos países desenvolvidos a implementação destas recomendações levarão a prescindir dos seus mecanismos para atrair investimento estrangeiro.

Em suma, verifica-se uma crescente preocupação no combate à concorrência fiscal prejudicial, uma vez que as distorções provocadas nos sistemas tributários colocam em risco a justiça contributiva e retiram receitas necessárias ao bom funcionamento do país, que as vê deslocalizadas para um país terceiro, sem qualquer tributação associada.

No entanto, acontecimentos recentes comprovam que há ainda muito a fazer nesta matéria, sendo certo que a existência de paraísos fiscais sempre servirão alguns interesses.

É possível combater alguns efeitos nefastos da concorrência fiscal prejudicial, nomeadamente limitando o seu aparecimento, porém nunca será possível extingui-la por completo, já que esse facto só seria possível com a existência de um único regime fiscal, comum a todos os países. No entanto, a soberania e autonomia dos países em matéria fiscal, nomeadamente na tributação direta, permitiriam sempre situações de concorrência fiscal prejudicial e a existência de regimes fiscais preferenciais. De salientar que, a concorrência fiscal é benéfica com limites, obrigando os países a ser competitivos e limitando a tributação aos sujeitos passivos.

Referências Bibliográficas:

- Bastos, Frederico Silva, Transparência Fiscal Internacional e Administração Tributária em rede, 2014, em www.rcaap.pt
- Braz, Manuel Poirier, Sociedades Offshore e Paraísos Fiscais, 2ª Edição, Petrony, 2013
- Dinis, Edmundo Pedro Fernandes, O Centro Internacional de Negócios da Madeira: Comparação do seu regime com o dos Paraísos Fiscais, 2011, em www.rcaap.pt
- Ferreira, Mónica Sofia, Concorrência e Evasão Fiscal Internacional, acessado em 09 de Janeiro de 2017, em WWW.rcaap.pt
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Estudos de Direito Fiscal, 1999;
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Evasão e Fraude Internacional, Almedina, 2013;
- Loja, João Pedro Gouveia, Zona Franca da Madeira: Análise dos sucessivos regimes e perspectivas de futuro, 2014, em www.rcaap.pt
- Nabais, José Casalta, Direito Fiscal, Almedina, Coimbra, 2010;
- OCDE – Harmful tax competition: An emergin global issue.
- OCDE – The global forum on transparency and Exchange of information for tax purposes;
- OCDE – Plano de ação para o combate à erosão da base tributável e à transferência de lucros, 2014;
- Palma, Clotilde Celorico, A comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso – Revista TOC 114, 2009.
- Palma, Clotilde Celorico, A OCDE e o combate às práticas de concorrência fiscal prejudicial: ponto de situação e perspectivas de evolução, Fiscalidade (16), Edição do Instituto superior de Gestão, Outubro de 2003, pp. 53 – 56
- Palma, Clotilde Celorico, O controlo da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia; ponto da situação dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta, 2006;
- Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal – Planeamento Fiscal abusivo – páginas 401 a 404, 2008;

- Sanches, J. L. Saldanha, Os Limites do Planeamento Fiscal, Coimbra Editora, Coimbra, 2006;
- Silva, António Fernando Correia da, Paraísos Fiscais: Prejuízos e Benefícios, 2014, em www.rcaap.pt;
- Silva, João Manuel Braz da, Os paraísos fiscais – casos práticos com empresas portuguesas, Almedina, 2007;
- Silva, Ricardo Jorge Rocha, Paraísos Fiscais, 2012, em www.rcaap.pt;
- Teixeira, Glória, Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2016;
- Xavier, Alberto, Direito Tributário Internacional, 2ª Edição atualizada, Almedina, Coimbra, 2007;