

A OCDE E O COMBATE ÀS PRÁTICAS DA CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL: PONTO DE SITUAÇÃO E PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO

Clotilde Celorico Palma

Resumo

Neste artigo procede-se a um ponto de situação dos trabalhos do Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial. Para o efeito, numa perspectiva crítica, faz-se uma incursão pelos trabalhos desenvolvidos e questiona-se, ainda, qual o seu futuro, fazendo-se, em especial, uma referência ao caso do regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira

Abstract

The author presents in this article a situation point of the works of the OECD Forum on Harmful Tax Practices. For the effect, she makes, in a critical perspective, an incursion in the work already carried through by the Forum and calls into question, which will be the future of this initiative of the OECD. A special reference is made to the case of the new legal framework of the International Business Center of Madeira recently approved by the European Commission.

1. Nota introdutória

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE) tem estado fortemente empenhada em combater as práticas identificadas e qualificadas como consubstanciando uma “concorrência fiscal prejudicial”. As formas como o tem feito, através, fundamentalmente, do Fórum para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, estão, todavia, longe de ser isentas de críticas. No presente artigo propomos analisar o trabalho que tem vindo a ser prosseguido neste contexto e as consequências que tem surtido e virá a produzir a nível internacional.

2. O Relatório da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial

2.1 Âmbito de aplicação

Os trabalhos que têm vindo a ser prosseguidos pela OCDE no contexto das práticas da concorrência fiscal prejudicial, têm a sua génese na constatação, por parte dos países do então G7, de que o “*O desenvolvimento de 'nichos fiscais' destinados a atrair actividades financeiras e outras actividades móveis pode produzir uma concorrência fiscal prejudicial entre os Estados, provocando um risco de distorção das trocas e dos investimentos e, a termo, de erosão das bases fiscais nacionais*”¹.

Face a tal constatação, os países do G7 encorajaram a OCDE a prosseguir os trabalhos no domínio da concorrência fiscal prejudicial, tendo em vista a criação de um quadro multilateral no contexto do qual os países, individual e colectivamente, pudessem limitar o alcance de tais práticas, devendo, para o efeito, apresentar um relatório em 1998².

Eis, pois, como nos surge o designado Relatório de 1998 da OCDE, aprovado em 9 de Abril de 1998³, documento extremamente interessante para quem se dedica ao estudo

¹ Cfr as conclusões a que os países do G7 chegaram no comunicado da Cimeira de Lyon de 1996.

² Sobre esta matéria e o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas vide, entre nós, Nuno de Sampayo Ribeiro, Regimes Fiscais Preferenciais, *Fisco*, Lisboa, 2002, Clotilde Celorico Palma, “A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais: Novas formas de discriminação fiscal?”, *Ciência e Técnica Fiscal* nº403, Julho-Setembro de 2001, António Carlos dos Santos e Clotilde Celorico Palma, “A regulação internacional da concorrência fiscal nefasta”, *Ciência e Técnica Fiscal* nº395, Julho-Setembro de 99, Clotilde Celorico Palma, “O combate à concorrência fiscal prejudicial – Algumas reflexões sobre o Código de Conduta comunitário da Fiscalidade das Empresas”, *Fiscália*, Setembro de 99, nº21, “A concorrência fiscal sob vigilância: Código de Conduta comunitário da Fiscalidade das Empresas versus Relatório da OCDE sobre as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial”, *Revisores & Empresas*, Jan/ Mar/99 e Freitas Pereira, “Concorrência Fiscal Prejudicial – O Código de Conduta da União Europeia”, *Ciência e Técnica Fiscal* nº390, Abril-Junho 98. Vide também, sobretudo sobre os trabalhos da OCDE, Jacques Malherbe, “Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union”, *Intertax*, vol. 30, Issue 6-7, 2002, Piero Bonarelli, “L’approccio dell’OCSE nella lotta ai paradisi fiscali – Nuove strategie contro la ‘concorrenza dannosa’”, *Il Fisco*, 21/2002, Terry Dwyer, “Harmful tax competition and the future of offshore financial centres, such Vanuatu”, *Pacific Economic Bulletin*, May 2001, Marshall J. Langer, “Harmful Tax Competition: Who are the Real Tax Havens?”, *Tax Notes International*, 18 December 2000, Tulio Rosembuj, “Harmful Tax Competition”, *Intertax*, Vol. 27, Issue 10, 1999, Eric Osterweil, “The OECD and the EU: two approaches to harmful tax competition”, *The EC Tax Journal*, Vol. 3, Issue 2, 1999, Alex Easson, “The EU and OECD Responses Compared”, *The EC Tax Journal*, Vol. 1, 1998, Carlo Pinto, “EU and OCED to fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?”, *International Tax Review* nº 386, 1998, Zagaris, “OCDE Report on Harmful Tax Competition: Strategic Implications for Caribbean Offshore Jurisdictions”, *Tax Notes International*, nº 17, 1998, Jeffrey Owens, “Curbing Harmful Tax Competition. Recommendations by the Committee on Fiscal Affaires”, *Intertax*, 1998/8-9.

³ Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, *OCDE*, Paris, France, 28 de Abril de 1998, doravante por nós designado por “Relatório”.

O Relatório é estruturado em três capítulos onde se trata, respectivamente, dos efeitos do fenómeno da globalização a nível dos sistemas fiscais, dos factores identificativos dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais e das recomendações aprovadas para combatê-los. A Suíça e o Luxemburgo abstiveram-se da aprovação do Relatório, designadamente, por motivos ligados ao segredo bancário, conforme declarações constantes do respectivo Anexo II, participando como observadores nas reuniões. O Luxemburgo, a esse propósito, salienta que não partilha da convicção implícita no Relatório de que o segredo bancário é, automaticamente, fonte de concorrência fiscal prejudicial.

destas matérias⁴, que vem enunciar um conjunto de princípios e de acções a empreender, cristalizados, essencialmente, nas dezanove recomendações e nas linhas directrizes (“*guidelines*”) que a OCDE formula nesse documento tendo em vista a implementação efectiva de um combate às práticas da concorrência fiscal prejudicial e que deverão ser acolhidas pelos países membros e, se possível, alargadas a países não membros.

Conforme se refere no Relatório, a principal preocupação da OCDE são “*as actividades financeiras e outros serviços geograficamente móveis*”, conceito suficientemente amplo para permitir inserir um extenso leque de actividades, com os problemas daí emergentes, como se poderá constatar da leitura do primeiro relatório de progressos do Fórum da

Tal como notamos in op. cit. (2), “*A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais.....*”, “*O Relatório de 1998 trata-se de um compromisso de natureza política, à semelhança do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas.*

(.....)

Note-se, todavia, que este facto não deverá ser menosprezado, uma vez que, concomitantemente, são aprovadas dezanove recomendações cujo objectivo consiste no combate às práticas fiscais prejudiciais, comprometendo-se os países membros a não adoptar novas medidas que estejam abrangidas pelo respectivo âmbito de aplicação ou a não reforçar e a rever as já existentes, bem como a remover as práticas prejudiciais ou os regimes preferenciais já existentes (denominada regra dos três R: refrear, rever e remover as práticas prejudiciais). Ou seja, muito embora se trate “simplesmente” de um compromisso de natureza política, o certo é que juridicamente os países membros se comprometem a adoptar uma série de medidas de ‘conformação’ dos respectivos regimes fiscais, que obrigam, necessariamente, à assunção de obrigações jurídicas.”

Note-se que, para além da OCDE e da União Europeia, também a Organização Mundial do Comércio trata das práticas da concorrência fiscal prejudicial.

⁴ O Relatório da OCDE, contrariamente ao Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas aprovado por Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados membros de 1 de Dezembro de 1997, é um documento extremamente interessante do ponto de vista académico, desenvolvendo, ao longo das suas quase cem páginas, importantes pensamentos sobre a concorrência fiscal prejudicial, sobre os quais vale a pena reflectir. O Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas é um dos três elementos do designado “Pacote fiscal”, aprovado no Ecofin de 1997 (que compreende, igualmente, uma proposta de directiva sobre os rendimentos da poupança e uma proposta de directiva sobre os juros e *royalties*, entretanto já aprovadas). Este Código, que se trata de um mero compromisso de natureza política, pretende, basicamente, combater as medidas fiscais que, no domínio da fiscalidade directa das empresas, se revelem como prejudiciais na óptica da concorrência. Para esse efeito, são, desde logo, qualificadas como potencialmente prejudiciais, na acepção do Código, todas aquelas medidas que se traduzam na não existência de tributação ou na existência de um nível de tributação significativamente inferior ao nível geral. Nos termos do Código, os Estados membros que possuam medidas qualificadas como prejudiciais deverão proceder ao respectivo desmantelamento, regra geral, até 2003, devendo, igualmente, “congelar” os seus regimes, não introduzindo novas medidas passíveis de se qualificarem enquanto tal. Com efeito, de acordo com as conclusões do Conselho Ecofin de 26 e 27 de Novembro de 2000, as medidas qualificadas como prejudiciais deverão ser desmanteladas até 1 de Janeiro de 2003. Todavia, tendo em consideração circunstâncias particulares, admite-se que os efeitos de determinados regimes se possam prolongar para além do ano 2005, facto que implica uma análise casuística por parte do Conselho que foi levada a efeito recentemente no Ecofin de 20 e 21 de Janeiro de 2003.

Para levar a efeito os trabalhos de avaliação das medidas fiscais dos Estados membros, foi constituído, em Maio de 1998, o

Grupo do Código de Conduta, um grupo ad hoc do Conselho da União Europeia.

OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial⁵ entregue em Junho de 2000⁶. De acordo com declarações de responsáveis deste projecto⁷, a OCDE não se opõe a toda a concorrência fiscal, reconhecendo que tem um aspecto benéfico, pelo que *“Nos pays membres sont disposés à se livrer à une concurrence loyale dans des activités de services financiers à la fois ouvertes et transparentes. La concurrence fiscale peut avoir des effets positifs. Par exemple, si un pays met en oeuvre une réforme fiscale depuis longtemps nécessaire, cela peut encourager d’autres pays à adopter des réformes analogues afin de ne pas perdre leur compétitivité internationale relative »*.

Quanto ao âmbito de aplicação territorial, pretende-se alargar a acção igualmente aos países não membros. Neste sentido, a recomendação n.º 19 do Relatório determina que se empreenda um diálogo com os países não membros, de forma a promover as respectivas recomendações, incluindo as linhas directrizes.

Trata-se, pois, de um projecto ambicioso, suscitando a este propósito naturais dúvidas quanto à legitimidade de uma organização internacional como a OCDE, através de um texto não jurídico, pretender impor obrigações aos seus países membros. Esta questão ainda é mais pertinente quando a OCDE pretende estender os seus princípios a países não membros, facto este que tem suscitado fortes oposições da parte de países e territórios qualificados como paraísos fiscais, designadamente, um grupo de países da Caraíbas, tendo vindo a ser fundamentadamente sustentado pelas autoridades de Vanuatu e dos Barbados, e veio a ser ultimamente reconhecido na nova posição da Administração americana.

2.2 Distinção entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais

O objectivo do Relatório consiste, essencialmente, em disciplinar as práticas da concorrência fiscal prejudicial quer ao nível dos designados paraísos fiscais quer ao nível dos regimes fiscais preferenciais dos países membros, pretendendo, para o efeito, distinguir entre uns e outros.

⁵ Para efeitos de execução dos trabalhos e de acordo com a recomendação n.º 15, os países membros foram convidados a criar um Fórum cuja atribuição seria pôr em prática os princípios directores e outras recomendações constantes do Relatório. Este Fórum reuniu pela primeira vez em Novembro de 1998 e tem reunido frequentemente. Do Fórum têm saído as principais conclusões neste contexto.

⁶ *“Report on Progress in Identifying and Elimination Harmful Tax Practices”* (2000) (OCDE, Paris).

⁷ Referimo-nos, em concreto, às declarações prestadas por Jeffrey Owens, chefe da Divisão dos Assuntos Fiscais da OCDE, que tem seguido desde o início este projecto, numa entrevista concedida ao *“L’Observateur OCDE”*, Dezembro de 2000.

Tal como Jeffrey Owens salienta⁸, nos últimos quinze anos praticamente todos os países da OCDE adoptaram, sob diversas formas, regimes fiscais preferenciais, enquanto no mesmo período de tempo o número de paraísos fiscais aumentou para mais que o dobro. Conforme refere⁹, é difícil dar dados precisos quando falamos de rendimentos não declarados, mas sabe-se que, por exemplo, mais de 1000 milhões de dólares são investidos em fundos extraterritoriais e que o número de tais fundos aumentou mais de 1 400% nos últimos quinze anos.

2.2.1 Factores de identificação dos paraísos fiscais

Relativamente aos paraísos fiscais são, basicamente, apontados pelo Relatório quatro factores de identificação para efeitos da respectiva qualificação enquanto tal (factores chave), a saber:

a) Tributação inexistente ou insignificante dos rendimentos

Este factor é apresentado como condição necessária mas não suficiente para a qualificação como paraíso fiscal, não se definindo, contudo, o que se entende por um nível de tributação insignificante¹⁰. Com efeito, este critério é, em simultâneo:

- . uma condição necessária para a identificação dos paraísos fiscais, podendo ser suficiente para a respectiva qualificação enquanto tal caso se combine com o facto de a jurisdição em apreço se apresentar, ou ser reconhecida, como um local em que os contribuintes se podem evadir à tributação nos respectivos países de residência;
- . um ponto de partida para a classificação de uma jurisdição como tal, devendo ser confirmado pela verificação cumulativa de outros critérios.

b) Falta de uma troca efectiva de informações

⁸ In "L' Observateur OCDE", Janeiro de 1999.

⁹ In "L' Observateur OCDE", Dezembro de 2000.

¹⁰ À semelhança, aliás, do que se verifica relativamente ao Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas. Note-se que se entendeu que preenchiam este critério territórios desde as Bahamas e as Ilhas Cayman, que não têm impostos sobre o rendimento, Guernsey e Jersey, que, em termos genéricos, aplicam uma taxa de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas de 20% aos residentes e uma isenção a actividades financeiras prosseguidas por não residentes, até às Antilhas Holandesas e Chipre, que têm uma taxa relativamente alta de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas mas tributam os não residentes a uma taxa que não excede os 5%.

Para o preenchimento deste critério importa aferir, para além dos aspectos legais, os aspectos administrativos, podendo-se concluir que existem práticas administrativas que conduzem à não existência de uma efectiva troca de informações.

- c) Falta de transparência relativamente às disposições legais ou administrativas, derivada, nomeadamente, da não publicação das regras do regime ou do seu acesso de uma forma restrita¹¹.
- d) Ausência de actividades económicas substanciais, traduzida na falta de imposição de que a actividade económica desenvolvida seja relevante, o que redundará na atracção de investimentos por motivos estritamente fiscais.

A este propósito interessa-nos particularmente referir a alteração dos critérios de qualificação de um território como paraíso fiscal, ocorrida em sequência da alteração da posição dos Estados Unidos relativamente a esta problemática após a tomada de posse da Administração Bush. De facto, o Secretário de Estado do Tesouro Paul O'Neill (que entretanto se demitiu em Dezembro de 2002), veio sustentar o entendimento de que os EUA não poderiam apoiar decisões que pretendam impor a qualquer país qual é que deverá ser o seu nível de tributação ou o seu sistema fiscal, nem participariam em qualquer iniciativa de harmonização dos sistemas fiscais a nível mundial. A questão essencial, em seu entendimento, será o combate ao sigilo, que permite a evasão fiscal e a lavagem de dinheiro¹². Na sua perspectiva, o projecto da OCDE vai longe demais, podendo, todavia, ser útil no tocante à troca de determinadas informações específicas e limitadas, necessárias ao combate a actividades ilegais. O objectivo primordial deverá ser o da promoção da concorrência fiscal leal e não o do combate às práticas da concorrência fiscal prejudicial.

De salientar que os Estados Unidos não emitiram nenhuma opinião especificamente em relação aos regimes fiscais preferenciais, facto que levou a maioria dos países membros da OCDE a, erradamente, adoptarem tal entendimento exclusivamente em relação aos paraísos fiscais.

¹¹ Note-se que nos termos do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas não se prevê o critério da transparência para efeitos de avaliação da prejudicialidade dos regimes, limitando-se o Conselho a convidar os Estados membros a cooperarem plenamente na luta contra a evasão e a fraude fiscais, nomeadamente no âmbito do intercâmbio de informações entre si (cfr o disposto no respectivo ponto K). Não nos poderemos esquecer, a este propósito, que os Estados membros da União Europeia dispõem de uma considerável rede de convenções para evitar a dupla tributação que permitem proceder à troca de informações.

¹² Veja-se, neste sentido, *Herald Tribune*, 12-13 de Maio de 2001.

Nestes termos, foi decidido pela maioria dos países membros da OCDE que o critério relativo ao *ring fencing* não deveria ser tomado em consideração para efeitos da qualificação de um paraíso fiscal como cooperante, devendo, sim, relevar-se o critério da troca de informações. Este entendimento encontra-se traduzido no resultado dos trabalhos prosseguidos desde então, conforme se poderá constatar da leitura do segundo relatório de progressos do Fórum, de Abril de 2002, mantendo-se inalteráveis os critérios de aplicação dos factores de identificação dos regimes fiscais preferenciais dos países membros.

O desequilíbrio que esta orientação veio introduzir num exercício que se arrogava, desde o início, de preocupações de não discriminação entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais¹³, levou a que as delegações portuguesa e belga se abstivessem da aprovação do referido relatório de progressos de trabalhos do Fórum...

Assim, a partir daquela data, a qualificação de uma jurisdição como paraíso fiscal de acordo com as exigências da OCDE passa a estar, fundamentalmente, ligada aos critérios da inexistência de uma efectiva troca de informações e da falta de transparência.

2.2.2 Factores de identificação dos regimes fiscais preferenciais

Quanto aos factores chave de identificação dos regimes fiscais preferenciais, o Relatório indica factores muito idênticos aos já anunciados para os paraísos fiscais, a saber:

a) Taxas de tributação efectivas nulas ou mínimas

Este factor, à semelhança do que se verifica relativamente aos paraísos fiscais, é necessário mas não suficiente para efeitos da qualificação de um regime como preferencial. Assim, é visto como um ponto de partida necessário para determinar se um regime fiscal é ou não nocivo, devendo, contudo, ser conjugado com a verificação de um ou alguns dos outros factores chave previstos.

¹³ Esclarecedoras neste contexto são as declarações de Jeffrey Owens, in “L’ Observateur OCDE”, Dezembro de 2000, que, perante a pergunta sobre o que é que a OCDE entende, em geral, por concorrência fiscal prejudicial, vem responder que a OCDE tem três critérios operativos para definir as práticas da concorrência fiscal prejudicial, não fazendo qualquer distinção entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais: a falta de uma efectiva troca de informações, a falta de transparência e o facto de atrair empresas sem actividades económicas substanciais a nível do mercado doméstico, desde que tal seja acompanhado de um nível de tributação nulo ou baixo.

- b) Regimes *ring fencing*, ou seja, parcial ou totalmente isolados dos mercados domésticos do país em causa

O *ring fencing* pode assumir diversas formas revestindo uma dupla faceta: o facto de o regime, implícita ou explicitamente, excluir os residentes dos benefícios concedidos e o facto de o regime proibir, implícita ou explicitamente, as empresas que beneficiam do regime, de operar no mercado nacional (critério este que se considera preenchido quando os beneficiários do regime podem aceder à realização de operações no mercado doméstico do país em causa mas deixam de usufruir dos benefícios concedidos, sendo-lhes aplicado o regime geral) ;

- c) Falta de transparência quer ao nível da concepção do regime quer ao nível da respectiva aplicação prática (aspectos legislativos e práticas administrativas).
- d) Falta de uma troca efectiva de informações relativamente aos contribuintes que beneficiam do regime.

Relativamente aos regimes fiscais preferenciais, o Relatório indica ainda outros factores a ter em consideração para efeitos da respectiva qualificação enquanto tal, como, por exemplo, a definição artificial da base tributável, o não acolhimento dos princípios internacionais de fixação dos preços de transferência, concretamente, das Directrizes da OCDE de 1995 ¹⁴, a isenção do pagamento de imposto no país de residência relativamente aos rendimentos estrangeiros, a existência de níveis de taxas ou de bases tributáveis negociáveis, a existência de regras sobre confidencialidade, o facto de a medida fiscal ser o motivo principal para a decisão do exercício da actividade, a ratio entre as actividades desenvolvidas e o volume do investimento e do rendimento obtido e a falta de uma rede ampla de convenções para evitar a dupla tributação.

Tal como o Relatório salienta, a importância de cada um dos factores chave depende, em grande parte, do contexto particular, isto é, deverá ser aferida casuisticamente.

Note-se que o Relatório prevê que na avaliação de um regime como preferencial se tenham em consideração os respectivos efeitos económicos, dado se considerar existirem motivos extra fiscais que poderão justificar a existência e manutenção de certos regimes. É neste sentido, aliás, que deverão ser interpretados os respectivos parágrafos 27 e 80 a 84. De salientar que Portugal aprovou este Relatório no pressuposto de que os referidos parágrafos se interpretam em tal sentido, tendo para o efeito feito uma declaração formal nesse contexto ¹⁵. Este facto, traduzindo-se na obrigatoriedade de realização de uma

¹⁴ Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD, 1995).

¹⁵ Note-se que foi igualmente por intervenção da delegação portuguesa (e também da espanhola) que foi inserido

análise económica dos regimes, é particularmente relevante, nomeadamente para efeitos de defesa de regimes que têm em vista o desenvolvimento económico de certas regiões.

2.3 Consequências da qualificação como paraíso fiscal ou regime fiscal preferencial

Os países membros da OCDE comprometem-se no contexto do Relatório, em conformidade com as linhas directrizes constantes da recomendação nº 15, à denominada regra dos três R: refrear, rever e remover as práticas prejudiciais. Ou seja, de acordo com o compromisso assumido, os países membros vinculam-se a não adoptar novas medidas que estejam abrangidas pelo respectivo âmbito de aplicação ou a não reforçar e a rever as já existentes, bem como a remover as práticas prejudiciais ou os regimes preferenciais já existentes.

Em conformidade com o previsto no Relatório, os países deverão remover os aspectos nocivos dos respectivos regimes constantes da lista no prazo de cinco anos a contar da data de aprovação dos princípios directores. Contudo, no que respeita aos contribuintes que beneficiem destes regimes em 31 de Dezembro do ano 2000, prevê-se que os benefícios deverão ser eliminados, o mais tardar, em 31 de Dezembro de 2005¹⁶.

Quanto aos paraísos fiscais, o Relatório prevê a elaboração de uma lista para o efeito, bem como a existência de contra medidas firmes e adequadas, susceptíveis de constituírem uma relevante fonte dissuasória do desenvolvimento de novos paraísos fiscais. As consequências da classificação de uma jurisdição como paraíso fiscal não cooperante, são, basicamente, as seguintes:

- Figura na lista dos paraísos fiscais não cooperantes
- São-lhe aplicadas medidas sancionatórias pelos países da OCDE (“*defensive measures*”), nomeadamente:
 - . Não concessão de deduções, isenções, créditos fiscais e outros benefícios às operações efectuadas com a jurisdição

expressamente no ponto G do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas que, para além dos cinco critérios meramente exemplificativos enunciados no seu ponto A, para efeitos de qualificação das medidas como prejudiciais se deverá ter em consideração a respectiva proporcionalidade face aos objectivos económicos pretendidos. Em especial, determina-se no ponto G que, “*Desde que as medidas sejam utilizadas para apoiar o desenvolvimento económico de regiões específicas, avaliar-se-á se as mesmas são proporcionais e orientadas para os objectivos económicos pretendidos. No âmbito dessa avaliação, será prestada especial atenção às características e condicionalismos particulares das regiões ultraperiféricas e das pequenas ilhas, sem atentar contra a integridade e a coerência da ordem jurídica comunitária, incluindo o mercado interno e as suas políticas sociais*”.

¹⁶ É evidente que, ainda assim, esta data não poderá ser determinante quando se esteja perante um regime autorizado para produzir efeitos para além da referida data, como, v.g, um regime de auxílios de Estado autorizado pela Comissão, existindo, neste caso, direitos adquiridos e legítimas expectativas juridicamente salvaguardados.

- . Aplicação de uma retenção na fonte relativamente a determinados pagamentos a favor de sujeitos passivos nela residentes
- . Aplicação de determinadas taxas e outros encargos (“*transational charges or levies*”) às operações efectuadas com a jurisdição
- . Introdução de normas sobre troca de informações pontuais e detalhadas sobre as operações efectuadas com a jurisdição e aplicação de sanções em caso de informações incompletas ou falta de informação
- . Reforço da troca de informações e cooperação relativamente às operações efectuadas com a jurisdição
- . Consagração da não dedução de custos para a constituição ou aquisição de sociedades na jurisdição
- . Não conclusão de convenções para evitar a dupla tributação com a jurisdição

De notar que o leque das contra medidas ou medidas defensivas aplicáveis aos paraísos fiscais constantes da lista (questão que suscita, em especial, delicados problemas de legitimidade face às normas de direito internacional), tem sido uma problemática analisada no Fórum das Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, tendo-se entendido que deverão ser aplicadas de forma coordenada. Em especial, têm sido analisadas as modalidades de medidas defensivas a adoptar, conforme se poderá constatar no primeiro relatório de progresso dos trabalhos do Fórum entregue em Junho de 2000.

3 Os trabalhos prosseguidos pelo Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial

3.1 Os paraísos fiscais

3.1.1 A primeira lista dos paraísos fiscais

O Fórum, em cumprimento do respectivo mandato, tem reunido várias vezes, tendo sido produzido bastante trabalho ¹⁷. Ao nível das prioridades e em conformidade com o previsto na recomendação n.º 16¹⁸, foi desde logo considerado pela OCDE que teríamos

¹⁷ Ao todo, já ocorreram vinte reuniões do Fórum, tendo-se a primeira realizado entre 13 a 15 de Outubro de 1998. A par destas reuniões, vieram a ocorrer outras reuniões de grupos de trabalho entretanto constituídos para o estudo de determinados específicos, bem como encontros com as autoridades dos territórios qualificados como paraísos fiscais e seminários para divulgação dos princípios constantes do Relatório.

¹⁸ Nos termos da qual se estabelece que o Fórum tem por mandato elaborar, no ano posterior ao da sua primeira reunião, uma lista dos paraísos fiscais.

de começar os trabalhos pela elaboração de uma lista de paraísos fiscais que deveria ser formalmente apresentada para aprovação na reunião ministerial da OCDE de Junho de 2000.

Destarte, logo na primeira reunião do Fórum o Secretariado da OCDE apresentou o primeiro *draft* de uma pequena lista algo arbitrária, que, curiosamente, não englobava nenhum país membro, ficando muito aquém das tradicionais listas de paraísos fiscais que qualquer manual de direito fiscal aponta. A esta lista foram aditados mais países e territórios a pedido de países membros, tendo sido incluídas cerca de 47 jurisdições, ou seja, a lista nunca atingiu a extensão das tradicionais listas de paraísos fiscais...¹⁹A lista final resultou da aplicação dos critérios de avaliação referidos supra, semelhantes aos previstos para a avaliação dos regimes fiscais preferenciais dos países membros, não se tendo afastado a aplicabilidade de qualquer um deles. Em especial, de notar que nenhum dos critérios chave mereceu especial ponderação.

À elaboração da lista seguiram-se uma série de reuniões entre os membros do Fórum e as autoridades dos países e territórios elencados, de forma a sensibilizá-los para os princípios constantes do Relatório e para o trabalho desenvolvido neste contexto, com o objectivo de obter compromissos de adesão a tais princípios. De acordo com a metodologia adoptada, o Secretariado da OCDE prosseguiu contactos com as referidas jurisdições de forma a obter os referidos compromissos. Em linhas gerais, as jurisdições deveriam assumir um sério e efectivo compromisso de alto nível, isto é, ao nível das respectivas autoridades governamentais, em como se iriam conformar com os princípios constantes do Relatório, apresentando programas de desmantelamento dos aspectos prejudiciais dos seus regimes num prazo razoável e um compromisso de não introduzir novos aspectos prejudiciais, bem como de proceder à troca de informações (extensão da regra dos três R aos paraísos fiscais, embora em moldes diversos dos aplicáveis aos regimes fiscais preferenciais). Os diversos compromissos obtidos foram classificados consoante o seu grau de envolvimento efectivo com os princípios do Relatório. Caso o compromisso se traduzisse numa efectiva vontade de envolvimento com tais princípios e, conseqüentemente, de desmantelamento dos aspectos prejudiciais dos seus regimes, as jurisdições em causa seriam obsequiadas com a respectiva exclusão da lista a publicar em Junho de 2000 e classificadas como cooperantes, qualificação esta que teria por efeito excluí-las da aplicação das medidas defensivas.

Numa primeira fase, foram obtidos compromissos de alto nível das autoridades governamentais das Bermudas, das Ilhas Cayman, da Islândia, do Chipre, de Malta, das Maurícias e de São Marino, tendo sido publicada em Junho de 2000 a primeira lista de paraísos, a saber: Andorra, Anguilla, Antigua e Barbuda, Antilhas Holandesas, Aruba,

¹⁹ Note-se que a lista portuguesa dos paraísos fiscais, aprovada por Portaria n.º 1272/2001, de 9 de Novembro, contém 83 jurisdições.

Bahamas, Baharain, Barbados, Belize, Dominica, Federação de St Christopher & Nevis, Gibraltar, Grenada, Guernsey/Sark/Alderney, Ilhas Cook, Ilha de Man, Ilhas Virgens Americanas, Jersey, Libéria, Montserrat, Niue, Panama, Principado do Liechtenstein, Principado do Mónaco, República das Maldivas, República das Ilhas Marshall, República de Nauru, República das Sychelles, República do Vanuatu, Samoa, Santa Lúcia, São Vicente e as Grenadines, Tonga e Turk & Caicos.

Relativamente a esta lista, ficou desde logo acordado que se trataria de uma lista aberta em evolução contínua, no sentido de que poderiam entrar novos países ou territórios (inclusive aqueles que não cumprissem os compromissos assumidos), podendo igualmente sair todos aqueles países e territórios que constam da lista mas que poderiam vir a assumir compromissos de alto nível face aos princípios constantes do Relatório de 1998.

Neste sentido, o Conselho recomendou que os países que aprovaram o Relatório de 1998, através do Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE, levassem a cabo um diálogo intensivo com as jurisdições que constavam da lista, de forma a se obterem novos compromissos no sentido de eliminarem as respectivas práticas prejudiciais em conformidade com os princípios constantes do Relatório.

Ficou igualmente desde logo acordado que seria produzida uma lista de paraísos fiscais não cooperantes até 31 de Julho de 2001.

3.1.2 A segunda lista dos paraísos fiscais

Em conformidade com o procedimento acordado, o Secretariado da OCDE prosseguiu os contactos com as jurisdições constantes da lista, tendo em vista a obtenção de compromissos. Neste contexto e dada a alteração dos critérios de qualificação de um paraíso fiscal como cooperante, como referimos, os trabalhos vieram a atrasar-se, culminando com a publicação, a 18 de Abril de 2002, de uma nova lista de paraísos fiscais com apenas sete referências, a saber: Andorra, Libéria, Liechtenstein, Ilha de Marshall, Principado do Mónaco, Nauru e Vanuatu.

Entretanto, atenta a preocupação quanto à troca de informações, foram prosseguidos trabalhos sobre um modelo a adoptar neste contexto, tendo sido aprovados no Fórum global da OCDE para a troca de Informações, igualmente em Abril de 2002, dois modelos, bilateral e unilateral, nesse sentido.²⁰

3.1.3 A futura lista dos paraísos fiscais

²⁰ The OECD Agreement on Exchange of Information on Tax Matters (DAFFE/CFA (2002)24/final).

Após todas as facilidades concedidas, como vimos, resultou uma “singela lista” de sete paraísos fiscais, os paraísos fiscais resistentes, tudo fazendo levar a crer que a próxima lista a publicar seria restrita apenas a três ou quatro países, até, muito provavelmente, chegarmos a um ponto em que todos os paraísos fiscais seriam cooperantes, ou seja, basicamente, se comprometessem a trocar informações de acordo com o modelo aprovado, mantendo regimes de nula ou baixa tributação.

Acontece que todo este processo se encontra numa fase de impasse.

Com efeito, o impacto das negociações da Directiva da poupança na UE e da respectiva aprovação²¹, irá, decerto, alterar o rumo dos trabalhos. Como é sabido, a Directiva assenta num sistema de troca de informações. Ora, a Bélgica, a Áustria e o Luxemburgo aprovaram a Directiva com a condição de manterem o sistema da retenção na fonte até entrar em vigor um mecanismo de troca de informações com a Suíça, Andorra, Liechtenstein, Mónaco, São Marino e os EUA.

O aval a este regime de excepção abriu uma enorme brecha no exercício da OCDE, tendo, naturalmente, as jurisdições dos países não membros questionado a legitimidade de esta pretender impor a troca de informações a país não membros quando na UE se excepcionam os próprios Estados membros. Mas a machadada final foi dada recentemente, aquando do Fórum global organizado pela OCDE em Ottawa a 14 e 15 de Outubro de 2003. No Fórum pretendeu-se discutir o *level playing field* do exercício e, a este propósito, as autoridades de Antigua e Barbados vieram, invocando a Directiva da Poupança, suspender o seu compromisso com a OCDE, i.e, o acordo quanto à troca de informações, preferindo, assim, voltar a fazer parte da lista dos paraísos fiscais.....

Por outro lado, a OCDE anunciou recentemente que tinha obtido novos acordos de troca de informações com as autoridades de Nauru e Vanuatu.

Por enquanto, a última reunião do Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal prejudicial marcada para os dias 19 a 21 de Novembro de 2003 foi adiada, e ainda não foi publicada nenhuma nova lista de paraísos fiscais, aguardando-se o agendamento de uma nova reunião.....

3.2 Regimes fiscais preferenciais

Quanto aos regimes fiscais preferenciais dos países membros, adoptou-se uma espécie de procedimento de auto-confissão (“processo de auto-revisão”), ao abrigo do qual os países membros informaram o Fórum da lista dos respectivos regimes susceptíveis de

²¹ Trata-se da Directiva 2003/48/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros publicada no JO L 157/38, de 26.6.2003 (um dos três elementos do designado Pacote Fiscal).

serem qualificados como tal ao abrigo dos critérios constantes do Relatório ²². Foram posteriormente constituídos grupos de trabalho para procederem ao levantamento dos regimes fiscais preferenciais, tendo o Secretariado da OCDE elaborado uma listagem final, que foi submetida à avaliação do Fórum. As medidas constantes desta listagem final foram analisadas no Fórum à luz dos supra referidos critérios, com exclusão dos critérios de natureza económica, cuja aplicabilidade ficou adiada para momento posterior.

Aquando da aplicabilidade dos aludidos critérios às situações concretas detectadas, verificou-se que determinados aspectos seriam merecedores de uma explanação mais detalhada, pelo que foi decidido proceder à elaboração de notas de aplicação (“*application notes*”) dos mesmos que permitissem uma maior clarificação das situações. Nestes termos, foi acordado proceder à elaboração de notas de aplicação relativamente ao *ring fencing*, às *rulings*, ao *shipping*, aos fundos de investimento e às *holding*.

Os regimes em causa foram enquadrados em nove categorias distintas, a saber, seguros, actividades financeiras e *leasing*, fundos de investimento, actividades bancárias, regimes *headquarters*, centros de distribuição, centros de serviços, *shipping* e actividades diversas.

Todo o trabalho elaborado foi sempre levado a efeito com uma preocupação constante de se manter um equilíbrio entre os paraísos fiscais e os regimes fiscais preferenciais dos países membros, de forma a se evitarem quaisquer tipos de discriminação indesejáveis. Assim, tal como se referiu, a aplicação dos critérios de avaliação previstos no Relatório foi efectuada sem qualquer ponderação especial e sem exclusão de qualquer um deles. Só desta forma, aliás, se poderia dar cumprimento ao espírito de equilíbrio constante do Relatório e desde o início norteador dos trabalhos empreendidos.

Em Junho de 2000 veio a ser publicado o já referido primeiro relatório de progresso dos trabalhos do Fórum, após aprovação na reunião ministerial da OCDE do mesmo mês.

No relatório de progresso são enunciados os regimes fiscais preferenciais dos países membros identificados como potencialmente prejudiciais, referindo-se claramente que ainda não foram objecto de avaliação final, dado se irem desenvolver as referidas notas de aplicação e uma vez que não foram tidos em consideração os critérios de avaliação de natureza económica previstos no Relatório de 1998.

Assim, na categoria de “Seguros” temos os seguintes regimes dos países membros enunciados como potencialmente prejudiciais: *Offshore Banking Units*- Austrália, Centros de Coordenação – Bélgica, *Aland Captive Insurance Regime* – Finlândia, Centro de Serviços Financeiros e de Seguros de Trieste – Itália, Centro de Serviços Internacionais – Irlanda, Centro Internacional de Negócios da Madeira – Portugal, Provisões para Flutuações das Companhias de Resseguro – Luxemburgo e Companhias

²² Note-se que idêntico procedimento foi adoptado em sede do Grupo comunitário do Código de Conduta.

Estrangeiras do Ramo Não Vida – Suécia. Na categoria de “Actividades financeiras e de leasing” temos: Centros de Coordenação – Bélgica, *Venture Capital Companies* – Hungria, Regime Preferencial para Empresas com actividades no estrangeiro – Hungria, Companhias Internacionais de Comércio – Islândia, Centro Internacional de Serviços Financeiros – Irlanda, Zona do Aeroporto de Shannon – Irlanda, Centro de Serviços Financeiros e de Seguros de Trieste – Itália, *Finance Branch* – Luxemburgo, Reservas para Riscos de Grupos Financeiros Internacionais – Países Baixos, *Finance Branch* – Países Baixos, Centros de Coordenação do País Basco e de Navarra – Espanha e *Administrative Companies* – Suíça.

Na categoria de “Fundos de investimento” temos os seguintes regimes: *Mutual Funds/Portfolio Investment Companies* – Grécia, Centro de Serviços Financeiros Internacionais – Irlanda, *Management Companies* – Luxemburgo e Centro Internacional de Negócios da Madeira – Portugal.

Na categoria de “Actividades bancárias”, estão referidas as seguintes medidas: *Offshore Banking Units* – Austrália, *International Banking Centres* – Canadá, Centro Internacional de Serviços Financeiros – Irlanda, Centro de Serviços Financeiros e de Seguros de Trieste – Itália, *Offshore Activities of Foreign Exchange Banks* – Coreia, Sucursais Exteriores no Centro Internacional de Negócios da Madeira – Portugal e *Istanbul Offshore Banking Regime* – Turquia.

Na categoria de “Regimes *headquarter*” temos as seguintes medidas: Centros de Coordenação – Bélgica, Centros *Headquarter* – França, *Monotoring and Co-ordinating Offices* – Alemanha, *Offices off Foreign Companies* – Grécia, *Coast-plus Ruling* – Países Baixos, Centro Internacional de Negócios da Madeira – Portugal, Centros de Coordenação do País Basco e de Navarra – Espanha e *Administrative Companies* – Suíça
Companhias de Serviços – Suíça.

Na categoria dos “Regimes dos Centros de Distribuição” estão previstas as seguintes medidas: Centros de Distribuição – Bélgica, Centros Logísticos – França, *Coast-plus/Reasale Minus Ruling* – Países Baixos e Zonas Francas Turcas – Turquia.

Relativamente à categoria de “*Shipping*” prevêm-se as seguintes medidas: *Shipping* Internacional- Canadá, *Shipping* Internacional – Alemanha, *Shipping Offices* – Grécia, Regime do *Shipping* (Lei 27/75) – Grécia, *Shipping* Internacional – Itália, *Shipping* Internacional – Países Baixos, *Shipping* Internacional – Noruega e Registo Internacional de Navios da Madeira – Portugal.

Finalmente, na categoria de “Actividades diversas” encontramos os seguintes regimes: *Ruling on Informal Capital* – Bélgica, *Ruling on Foreign Sales Corporation Activities* – Bélgica, *Non-resident Owned Sales Corporation Activities* – Canadá, *Ruling on Informal Capital* – Países Baixos, *Ruling on Foreign Sales Corporation Activities* – Países Baixos e *Foreign Sales Corporations* – Estados Unidos.

Por outro lado, foi-se avançando a feitura das notas de aplicação, notas estas que já foram aprovadas, tendo-se nas últimas reuniões procedido a uma revisão da avaliação provisória efectuada de acordo com as orientações constantes destas notas. Todavia, as conclusões de tal avaliação não conseguiram ser consensuais no que se reporta, principalmente, aos regimes belgas, luxemburgueses, dos Países Baixos e da Suíça. Contrariamente ao previsto e adicionando as supracitadas contrariedades no que toca aos paraísos fiscais, o terceiro relatório de progresso do Fórum não chegou, assim, a ser publicado, por falta de consenso.

De salientar que nunca se chegou a fazer, até à data, qualquer avaliação de natureza económica.

3.3 O caso do regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira

Como é sabido, o regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira (CINM) tem vindo a ser analisado quer na OCDE, quer no contexto da União Europeia, à luz dos princípios decorrentes do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas, sede em que importa igualmente ter presente a questão dos auxílios de Estado de natureza fiscal. De acordo com o novo regime aprovado pela Comissão a 11 de Dezembro de 2002 (serviços internacionais e zona franca industrial) e a 22 de Janeiro de 2003 (*shipping*) e entre nós publicado pelo Decreto-Lei n.º 163/2003, de 24 de Julho, que veio conferir uma nova redacção ao art.º 34.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, estão expressamente excluídas actividades de natureza financeira, facto determinante para o rumo favorável dos trabalhos ao nível das duas instâncias²³.

No caso da OCDE, importa salientar que no aludido relatório de progressos de Junho de 2000 são indicados provisoriamente como potencialmente preferenciais determinados aspectos do regime (o antigo regime fiscal das Sociedades Gestoras de Participações Sociais foi igualmente indicado como tal, mas foi decidido não fazer constar do relatório regimes *holding* dado se entender que careciam de estudo mais aprofundado).

Com efeito, o regime do CINM foi incluído nas categorias do seguros, dos fundos de investimento, das actividades bancárias, dos regimes *headquarter* e do *shipping* internacional.

²³ Sobre esta questão *vide*, da autora, “O novo regime fiscal do Centro Internacional de Negócios da Madeira”, Semanário Económico de 5 de Junho de 2003, “O novo regime fiscal do Centro Internacional de Negócios da Madeira – Enquadramento e características fundamentais”, Fisco n.º 107/108, Março de 2003, Ano XIV, “Características fundamentais do novo regime fiscal do Centro Internacional de Negócios da Madeira”, Revista TOC n.º 42, Setembro de 2003 e Sampayo Ribeiro, Nuno, “O novo regime do Centro Internacional de Negócios da Madeira”, texto distribuído na Conferência da Associação Portuguesa de Consultores Fiscais “Harmonização Fiscal Europeia”, ocorrida em Lisboa em 15 de Maio de 2003.

Relativamente ao *shipping* e às SGPS, face às notas de aplicação entretanto aprovadas, deixámos de ter problemas com estas medidas, afastando-se qualquer tipo de prejudicialidade dos regimes, conforme foi desde logo reconhecido em documentos internos produzidos pela OCDE²⁴. Por outro lado, tendo-se retirado as actividades financeiras do novo regime aprovado pela Comissão Europeia em sede de auxílios de Estado, concluiu-se que as actividades financeiras de seguros, fundos de investimento, *headquarters* e actividades bancárias foram abolidas.

Subsistia, contudo, a questão da data da produção de efeitos destas actividades, questão esta que foi igualmente resolvida, primeiramente nas instâncias comunitárias. De acordo com a autorização da Comissão em sede de auxílios de Estado, tais medidas podem produzir efeitos até 31 de Dezembro de 2011²⁵, suscitando-se, todavia, a questão de saber

²⁴ A este propósito interessa esclarecer que o *shipping* foi qualificado transitoriamente no Relatório de progressos de Junho de 2000 como potencialmente prejudicial devido ao Secretariado da OCDE ter optado por conceder um tratamento comum ao transporte internacional e à cabotagem. Dado que as entidades não residentes beneficiavam de diferente tratamento fiscal nas duas situações (com aplicação de benefícios no primeiro caso e aplicação da taxa normal no segundo) considerou-se que o regime era *ring fencing*, embora o tratamento concedido relativamente à cabotagem fosse idêntico para residentes e não residentes.....(considerou-se que ao não se conceder as vantagens fiscais no caso da cabotagem se estava a restringir o acesso ao mercado doméstico). Esta situação absurda veio a ser corrigida na nota de aplicação relativa ao *shipping*, pelo que o regime não foi qualificado como prejudicial.

²⁵ Como é sabido, o regime fiscal do CINM é um todo unitário e coerente, criado em 1980 por Portugal para fazer face às notórias e persistentes dificuldades económicas de uma pequena ilha ultraperiférica, como um instrumento fundamental da política de desenvolvimento da Região Autónoma da Madeira. O CINM foi concebido e instituído com o objectivo fundamental de contribuir para o desenvolvimento económico e social da região, através da diversificação e modernização da respectiva estrutura produtiva de bens e serviços, de forma a ser um programa coerente e eficiente, adequado às especificidades de uma economia de uma ilha ultraperiférica, de pequeno tamanho e profundamente afectada por diversos tipos de dificuldades.

O anterior regime fiscal do CINM consta do artº 33º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, tratando-se de um regime global unitário que abrange as actividades financeiras e os serviços internacionais, o registo internacional de navios da Madeira (MAR) e a Zona Franca Industrial. Foi enquanto um todo unitário e coerente que Portugal notificou em 1986 este regime à Comissão Europeia, nos termos do disposto no nº3 do então artº93º do Tratado. O regime foi autorizado pela Comissão, nos termos do previsto na alínea a) do nº3 do artº92º do Tratado, como um auxílio de Estado compatível com o mercado comum, por decisão de 26 de Maio de 1987, dado o nível de vida da população anormalmente baixo e a grave situação de desemprego.

De acordo com este acto, ficou decidido que o período de aplicação do regime seria limitado a três anos a contar da data do primeiro caso concreto abrangido, devendo a Comissão proceder ao respectivo reexame no termo deste período, de forma a avaliar se a prorrogação dos auxílios se justificaria.

até que ponto se poderia respeitar esta data no âmbito dos trabalhos sobre a concorrência fiscal prejudicial. A este propósito, Portugal defendeu desde sempre que o regime do CINM se trata de um regime específico de auxílios de Estado a uma pequena ilha ultra periférica, que desde o início foi concebido como um programa com produção de efeitos até 31 de Dezembro de 2011, estando em causa direitos adquiridos. Neste contexto, atendendo ao princípio da coesão económica e social e concretamente ao disposto no nº2 do art.º 299º do Tratado e estando em causa direitos adquiridos, sempre defendemos que a referida data de produção de efeitos deveria ser respeitada. Ora, foi precisamente este, no aspecto que nos ocupa, o sentido do acordo político sobre o Pacote Fiscal a que se chegou no Ecofin de 20 e 21 de Janeiro de 2003. Neste Ecofin, em sede do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas, foi salvaguardada expressamente a data de produção de efeitos do regime das actividades financeiras do CINM até 31 de Dezembro de 2011²⁶. Tal decisão foi, obviamente, respeitada ao nível da OCDE²⁷.

Em suma, quer no contexto do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas, sede em que apenas estava em causa a medida relativa às actividades financeiras do CINM²⁸,

Ora, a autorização pela Comissão como auxílio de Estado de natureza regional, foi concedida nos seguintes termos: admissão de novas entidades até 31 de Dezembro de 2000 e concessão dos benefícios até 31 de Dezembro de 2011.

²⁶ Relembre-se que, nos termos do disposto nas conclusões do Conselho Ecofin de 1 de Dezembro de 1997, que aprovaram o Código de Conduta, prevê-se que os regimes qualificados como prejudiciais sejam desmantelados, cessando os seus efeitos em 31 de Dezembro de 2005, excepto se, após, avaliação pelo Conselho, se justificar um prazo mais longo, situação na qual o Conselho decidiu, devidamente, enquadrar o caso das actividades financeiras do CINM.

²⁷ Mencione-se a este propósito, a posição de Portugal relativamente à utilização de critérios económicos (nunca se fez uma avaliação em termos económicos) e ao critério do *ring fencing* aos regimes fiscais preferenciais. O regime do CINM é transparente, procedendo-se à troca de informações, pelo que só preenchia os critérios da ausência de tributação e do *ring fencing* (e este último, note-se, em termos parciais, no aspecto relativo ao facto de os beneficiários terem acesso à realização de operações no mercado doméstico com perda de benefícios), pelo que, caso se retirasse este critério para efeitos de avaliação dos regimes fiscais prejudiciais, nunca poderia ser qualificado enquanto tal.

²⁸ Nesta sede acresciam ainda outro tipo de argumentos relevantes, tais como o facto de o Relatório Primarolo não ter sido formalmente aprovado e de o processo de avaliação da medida relativa às actividades financeiras do CINM não ter sido completado satisfatoriamente. O Grupo do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas tem vindo a reunir-se várias vezes em Bruxelas, tendo o seu principal trabalho consistido na elaboração, em Novembro de 1999, de um relatório que identifica 66 medidas de Estados membros e de territórios dependentes, “qualificadas” como prejudiciais, mais conhecido por Relatório Primarolo, nome da Senhora Secretária de Estado inglesa que tem vindo a presidir o Grupo desde a sua constituição. O Relatório Primarolo nunca foi objecto de aprovação oficial pelo Ecofin (de salientar que em conformidade com o acordo político sobre o Pacote Fiscal que se obteve no Ecofin de 20 e 21 de Janeiro de 2003, o Pacote Fiscal, incluindo os trabalhos desenvolvidos no contexto do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas, deverá ser aprovado até o Conselho de Março de 2003), sendo certo que se encontra repleto de notas de rodapé que reflectem discordâncias dos Estados membros. Assim, não poderíamos falar da existência de um consenso nem de uma qualificação oficial das 66 medidas como prejudiciais, pelo que vários Estados membros se questionavam sobre o prosseguimento dos trabalhos, entre os quais a Bélgica, o Luxemburgo, a Áustria e Portugal. Por outro lado, conforme fizemos notar em nota de rodapé aposta ao Relatório Primarolo (nota nº8), Portugal nunca concordou com a avaliação que foi feita relativamente ao regime das actividades financeiras do CINM. Com efeito, contrariamente ao procedimento previsto no ponto G do

quer na OCDE, concluiu-se que, face às alterações entretanto introduzidas no regime do CINM, as actividades prejudiciais tinham sido abolidas (conforme se referiu supra, aguarda-se a publicação do terceiro relatório de progressos do Fórum de onde constam estas conclusões relativamente às quais se obteve um consenso).

Por outro lado, em ambas as instâncias foi garantida a produção de efeitos do regime do art.º 33.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, na sua globalidade, i.e, abrangendo os benefícios para as actividades financeiras, até 31 de Dezembro de 2011.

4. Consequências dos trabalhos empreendidos pela OCDE

Os trabalhos levados a efeito pela OCDE têm suscitado diversos tipos de reacções²⁹. Da parte dos países membros da OCDE temos desde os mais entusiastas (que, regra geral, não têm grandes problemas com as consequências dos princípios constantes do Relatório nos seus sistemas fiscais) a países que se abstiveram da aprovação do Relatório e que têm vindo, ao longo dos trabalhos, a relembrar as implicações desse facto, a países que se têm insurgido, verbalmente e/ou por escrito, relativamente à metodologia e a alguns procedimentos adoptados na sequência dos trabalhos, até àqueles que se limitam, meramente, a participar diplomaticamente nas reuniões.

Ao nível dos países não membros da OCDE temos, num extremo, aqueles que desde logo numa primeira fase resolveram comprometer-se com os princípios constantes do Relatório, e, noutro, os “paraísos fiscais resistentes”, que continuam a considerar a acção da OCDE como uma intervenção ilegítima na sua soberania.

É evidente que o trabalho em causa é bastante delicado. De início duvidava-se da obtenção de qualquer tipo de atenção por parte das jurisdições constantes da lista inicial... O certo é que se conseguiram compromissos, que, muito embora valham o que valham, indiciam pelo menos uma vontade de tomar em consideração os trabalhos da OCDE (com diversas conotações, é igualmente certo...)

Estes compromissos contemplam os diversos aspectos dos regimes que deverão ser alterados, centrados, basicamente, na troca de informações, e são acompanhados de uma calendarização. Tratando-se de compromissos muito recentes, será prematuro falar dos resultados realmente obtidos na prática e, conseqüentemente, da respectiva eficácia. Mas,

Código de Conduta (disposição inserida no Código por intervenção das delegações portuguesa e espanhola), não foi analisada pelo Grupo a questão relativa à proporcionalidade da medida face aos objectivos económicos pretendidos, uma vez que o segundo relatório que para o efeito foi entregue por Portugal não foi objecto de discussão no seio do Grupo. De facto, contrariamente ao procedimento que foi adoptado relativamente a todos os demais relatórios entregues pelos outros Estados membros, a Presidente concluiu, após distribuição do relatório aos Estados membros, que o seu silêncio se traduzia na anuência quanto à avaliação da medida como prejudicial.

²⁹ Sobre esta questão veja-se, entre nós, Nuno de Sampayo Ribeiro, op. cit. (2).

uma coisa é certa, os territórios e países constantes da lista queixam-se da aplicação de sanções por parte de outros países...³⁰ Conforme reconhece Jeffrey Owens³¹, num primeiro momento, o facto de as jurisdições constarem da lista vai ter um impacto negativo de deslocalização de empresas. Todavia, a longo prazo, dado estes territórios se conformarem com os princípios da OCDE, crê (de uma forma excessivamente optimista, a nosso ver), que haverá uma situação inversa de retorno.

Em suma, ao nível dos paraísos fiscais, desconhecemos qualquer medida concreta que entretanto tenha sido adoptada pelos respectivos Governos no sentido da sua conformação com os princípios da OCDE. Conhecemos, sim, compromissos políticos, declarações de intenções. Relativamente aos países membros e territórios dependentes, conhecem-se alguns resultados, derivados, igualmente, de compromissos assumidos a nível comunitário³². A este propósito, veja-se o que se verificou em relação ao regime da Zona Especial Canária (ZEC), aos regimes prejudiciais da Irlanda e recentemente, as anunciadas reformas a empreender nos regimes de Guernsey, Jersey e na Ilha de Man. Relativamente ao regime da ZEC³³, trata-se de um processo que teve início em 1994, ano em que as autoridades espanholas introduziram modificações à lei que disciplinava o regime económico e fiscal das Canárias³⁴, nos termos das quais se introduzia uma taxa de tributação sobre o rendimento das pessoas colectivas de 1%, com data de produção de efeitos até 2024. Tratava-se de um regime geral, aplicável a todos os sectores da actividade económica, incluindo o sector financeiro. Este regime, todavia, nunca chegou a entrar em vigor, dada a oposição dos serviços da Comissão face às novas Orientações em matéria de auxílios de Estado com finalidades regionais (publicadas em 10 de Março de 1998), e às novas regras relativas aos auxílios de Estado às medidas que se reportam à fiscalidade directa das empresas (Comunicação da Comissão publicada a 10 de Dezembro de 1998). Após negociações com a Comissão, o regime veio a ser profundamente alterado, tendo acabado por ser aprovado em 2000³⁵. De acordo com o novo regime, aplicável até 31 de Dezembro de 2008, excluem-se expressamente as

³⁰ Neste sentido, veja-se, nomeadamente, a intervenção que o Ministro dos Negócios Estrangeiros da República do Panamá, José Miguel Aleman, fez na International Bar Association Conference, em fins de Outubro de 2002. Nesta intervenção, veio afirmar que, em resultado de o seu país constar da lista dos paraísos fiscais, muitos países lhe aplicaram “sanções discriminatórias”. Conforme referiu, o comércio internacional do Panamá foi seriamente afectado por medidas adoptadas pelo México, Argentina, Brasil, Espanha e Itália. Neste contexto, referiu que apenas o Peru levantou recentemente todas as medidas “sancionatórias” aplicadas ao Panamá em sequência do facto de ser qualificado como paraíso fiscal.

³¹ In “L’ Observateur OCDE”, de 7 de Dezembro de 2000.

³² Quer no mero plano da fiscalidade quer a nível dos auxílios de Estado.

³³ Sobre o regime da ZEC vejam-se os diversos artigos publicados na edição da revista Noticias de la Unión Europea dedicada a esta temática (nº 101, de 2000).

³⁴ Ley 19/1994, de 6 de Junho de 1994.

³⁵ State Aid Nº 708/98 – Canary Islands (Spain) Operating Aids Regime: Canaries’Special Zone (ZEC); Ref. SG (2000) D/101213.

actividades financeiras, seguradoras e os centros de coordenação³⁶, aplicando-se uma taxa reduzida que varia entre 1% a 5% à parte dos lucros provenientes das actividades prosseguidas na ZEC (a taxa varia em função da data de licenciamento e do número de postos de trabalho criados).

Quanto ao caso da Irlanda, tinha três regimes prejudiciais, a saber, o *International Financial Services Centre* (“IFSC”), o *Shannon Customs Free Airport Zone* (“SCFAZ”) e as *Qualifying Manufacturing Companies*, de acordo com os quais se previa a aplicação de uma taxa de 10% em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, em vez da taxa normal de 32%. A Comissão europeia, em sede de auxílios de Estado de natureza fiscal, negociou com a Irlanda um procedimento de *phasing out* destes regimes, de acordo com o qual a data de produção de efeitos terminará em 31 de Dezembro de 2005 relativamente aos dois primeiros e em 31 de Dezembro de 2010 no tocante ao último. Por sua vez, a Irlanda introduziu em 1 de Janeiro deste ano uma taxa de 12,5% em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas como taxa geral aplicável aos rendimentos qualificados como “*trading income*”. A questão que se suscita agora é a de saber até que ponto este regime se poderá qualificar como preferencial face ao Relatório. Parece-nos difícil defender que a taxa geral de 10% não é uma taxa baixa, quando comparada com as taxas dos restantes países. Conforme referimos supra, em sede do Código de Conduta este problema não se coloca, podendo os Estados membros competir entre si caso estejamos perante taxas gerais do imposto, desde que os residentes e os não residentes beneficiem de um “*level playing field*”.

Quanto aos regimes de Guernsey, Jersey e da Ilha de Man, que aplicam isenções significativas às actividades financeiras em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, aplicando-se em regra a taxa de 20% às demais actividades, os respectivos Governos anunciaram que, a 1 de Janeiro de 2006, vão introduzir uma taxa geral de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas de 0% e uma taxa mais elevada (embora reduzida) para as actividades financeiras.....

5. Conclusões

Combater a concorrência fiscal prejudicial é um exercício melindroso que deverá ser pautado, essencialmente, por critérios de equilíbrio e de transparência. Ora, neste exercício afigura-se-nos que ambos os princípios têm sofrido violações não despidiendas, capazes de pôr em causa os inegáveis méritos que lhe estão subjacentes.

Do que temos vindo a dizer poderemos retirar diversas conclusões, que se poderão consubstanciar, se quisermos, na constatação genérica de um grande desequilíbrio em

³⁶ Real Decreto-Ley 3/2000, de 25 de Junho.

todo este exercício, quer em termos teóricos, desde logo na redacção e alcance do próprio Relatório de 1998, quer, naturalmente, em termos práticos, na forma como têm prosseguido os trabalhos. Este desequilíbrio não deixa de nos surpreender, dado não podermos deixar de constatar que, sob os auspícios de um combate a pretensas formas de concorrência fiscal prejudicial, estamos a criar novas formas de concorrência fiscal prejudicial... Que tipo de equilíbrio se pretenderá então prosseguir? Tratar-se-á este exercício, em algumas situações, de uma nova forma de ajustamento dos “regimes fiscais preferenciais” e dos “paraísos fiscais” existentes?³⁷

Com a recente tomada de posição de Antigua e Barbados, abriu-se outra brecha num equilíbrio desequilibrado. Não podemos criar novas formas de concorrência fiscal prejudicial e proceder, no fundo, a uma mera reorganização dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais identificados a favor de certos países. Será chegada a altura de a OCDE e de a UE compreenderem este facto? Vamos viver, certamente, momentos decisivos na luta contra as práticas da concorrência fiscal prejudicial.

Após estes trabalhos quais serão os regimes fiscais preferenciais e os paraísos fiscais que nos restam e porquê, são algumas das perguntas que se impõem, após constatarmos a forma como determinados países ou territórios têm vindo a ser tratados.

Até que ponto é que os trabalhos empreendidos respeitam, eles próprios, o tão apregoado critério da transparência, julgado, irrepitidamente, como essencial?

É evidente que não poderemos deixar de reconhecer os méritos subjacentes ao ponto de partida deste trabalho. Não queremos, de modo algum, pôr em causa os méritos de um programa de combate aos efeitos prejudiciais da concorrência fiscal e dos trabalhos que têm vindo a ser desenvolvidos pelo Secretariado da OCDE neste contexto, que temos o grato prazer de seguir desde o início. Não poderemos deixar de reconhecer, por outro lado, as naturais dificuldades inerentes a tão complexa tarefa, sobretudo com um espectro de acção tão alargado quanto esta. Nem tão pouco somos portadores de soluções perfeitas. Mas incumbe-nos apontar o dedo a soluções menos adequadas que podem pôr

³⁷ Neste sentido, veja-se Marshall J. Langer, in op. cit. (2). Em seu entendimento, a OCDE é um cartel que agrega os países mais ricos do mundo, muitos deles com elevadas taxas de tributação, e o exercício levado a efeito no domínio das práticas da concorrência fiscal prejudicial foi concebido para servir os seus interesses. Neste contexto, salientando a falta de legitimidade de actuação desta organização relativamente a países não membros, acusa a OCDE de todo este exercício ser pouco credível. A este propósito, nota que muitos dos territórios qualificados pela OCDE como paraísos fiscais, são-no, provavelmente, de acordo com uma definição razoável do que seja um paraíso fiscal. Mas também merecem tal qualificação países não membros que a OCDE por motivos políticos não qualificou como tal e, por outro lado, muitos países da OCDE são paraísos fiscais. A este nível, aponta como o mais importante paraíso fiscal do mundo uma ilha: Manhattan e como o segundo mais importante uma cidade localizada noutra ilha: Londres, demonstrando que, de acordo com os critérios constantes do Relatório, se qualificam enquanto tal.....Após várias considerações, o autor conclui que este exercício, para ser equitativo, deveria ser levado a efeito numa base muito mais alargada, como, por exemplo, no contexto das Nações Unidas, do Fundo Monetário Internacional ou da Organização Mundial do Comércio.

em causa o pretensão equilíbrio e transparência que necessariamente deverão pautar um exercício tão melindroso quanto este, em prol da respectiva credibilidade.

Iremos, pois, apontar quais são, em nosso entendimento, as principais críticas a tecer a este projecto, quer no seu aspecto teórico, quer a um nível prático, aquando da sua aplicação, para, finalmente, podermos concluir mais adequadamente sobre o futuro dos regimes fiscais prejudiciais e dos paraísos fiscais.

5.1 Quanto ao Relatório de 1998

5.1.1 Legitimidade da acção a desenvolver pela OCDE

A OCDE não tem poderes jurídicos para impor alterações ao sistema fiscal de nenhum país, todavia, dado o seu prestígio, tem um grande poder de influência junto dos países membros e não membros³⁸.

O próprio Relatório de 1998 se rodeou de cautelas no tocante à questão dos paraísos fiscais, ao referir que a OCDE não pretende impor aos países não membros alterações nos seus regimes fiscais.... Mas será exactamente assim? De acordo com os trabalhos prosseguidos temos duas listas de paraísos fiscais, construídas com recurso a diferentes critérios, nas quais só figuram as jurisdições que não assumiram compromissos de alto nível (mais facilitados, como vimos, relativamente à última lista). De acordo com tais compromissos, as autoridades governamentais asseguram uma conformação programada com os princípios constantes do Relatório, ou seja, no fundo um calendário de desmantelamento dos aspectos nocivos dos seus regimes e de assunção de regras relativas à transparência e troca de informações. Ora, o que é que a OCDE dá em troca para a subsistência de países que outra alternativa de desenvolvimento não têm a não ser serem paraísos fiscais? E no caso dos designados “*natural tax havens*”³⁹, qual será a acção a desenvolver pela OCDE?⁴⁰

³⁸ Sobre a legitimidade da OCDE, face às regras do direito internacional, para intervir no domínio da concorrência fiscal prejudicial através da formulação de recomendações que, designadamente, determinam a aplicação de sanções a países não membros, veja-se o interessante texto de Tulio Rosembuj cit in (2).

³⁹ Jurisdições que não necessitam de receita do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas para o financiamento das suas despesas públicas.

⁴⁰ A propósito da legitimidade da OCDE para intervir nestas situações, vide , em especial no que se refere a Vanuatu, Terry Dwyer, in op. cit (2). Tal como o autor refere, Vanuatu é um “*natural tax haven*”, tendo um sector significativo de agricultura de subsistência e dispendo de receitas derivadas da tributação indirecta, pelo que não necessita, designadamente, de impostos sobre o rendimento. Segundo o autor, a preocupação da OCDE neste domínio é a de organizar um “*tax cartel*” e os centros financeiros *off shore* deverão apenas colaborar no combate à criminalidade, não devendo harmonizar o seu sistema fiscal ou proceder a trocas de informações com a amplitude desejada pela OCDE.

5.1.2 Âmbito de aplicação desequilibrado

Tal como a delegação portuguesa fez sentir desde logo na União Europeia, aquando das negociações do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas, não faz sentido focar o combate às práticas da concorrência fiscal prejudicial apenas na tributação directa. De facto, a experiência mostra-nos como temos fortes problemas nesse domínio derivados da existência de regimes legais e administrativos distintos no contexto da tributação indirecta, como, por ex, no caso do imposto sobre o valor acrescentado.

Por outro lado, mesmo no contexto da tributação directa, há quem entenda que o âmbito de aplicação do Relatório poderá pecar por insuficiência⁴¹.

Uma outra questão extremamente delicada consiste, obviamente, na troca de informações. Os paraísos fiscais cooperantes têm desde sempre sublinhado a necessidade de as medidas propostas pela OCDE serem adoptadas igualmente por países membros e não membros⁴². Ora, esta questão é particularmente delicada para a Bélgica e para a Suíça, que se abstiveram da aprovação do Relatório, entre outros motivos, por razões ligadas ao segredo bancário.... Saliente-se que esta questão assume maior relevância sobretudo devido às dificuldades da negociação com países terceiros relativamente à troca de informações, dado o acordo político a que se chegou na União Europeia, no Ecofin de 20 e 21 de Janeiro de 2003, quanto à aprovação do Pacote Fiscal⁴³.

⁴¹ Neste contexto, veja-se a declaração do Luxemburgo quanto à sua abstenção do Relatório de 1998. De acordo com esta declaração, um dos motivos pelos quais o Luxemburgo decidiu abster-se prende-se com o facto de se limitar a acção de combate às práticas da concorrência fiscal prejudicial, contrariamente ao mandato de 1996, às actividades financeiras, excluindo-se as actividades industriais e comerciais.

⁴² A este propósito, vejam-se as preocupações desde sempre demonstradas, entre outros, pelo Governo do Panamá, nomeadamente, a já referida intervenção que o Ministro dos Negócios Estrangeiros da República do Panamá, José Miguel Aleman, fez na International Bar Association Conference, em fins de Outubro de 2002. Neste contexto, começou por salientar que o Panamá é um Estado soberano cujo desenvolvimento económico é condicionado por diversos factores, tais como a inexistência de recursos naturais e a sua pequena dimensão, que condicionaram a economia a direccionar-se para o sector dos serviços. Conforme invoca, o seu sistema fiscal contempla, legitimamente, uma série de benefícios fiscais cujo objectivo é atrair os investimentos locais e estrangeiros para determinados sectores de actividade, aplicando o princípio da territorialidade. De acordo com as suas declarações, o Panamá só está disposto a cooperar com a OCDE em matéria de transparência e de troca de informações sobre aspectos fiscais desde que as medidas propostas pela OCDE sejam implementadas por todos os países, quer se trate de países membros quer de não membros. Mais recentemente, num comunicado de imprensa de 10 de Dezembro de 2002, o Governo do Panamá vem, explicitamente, reportar-se à questão da proposta de Directiva relativa à poupança e à posição da Bélgica, Áustria e Luxemburgo, de acordo com a qual só estariam dispostos a trocar informações a partir de 1 de Janeiro de 2011. Conforme invoca o Governo do Panamá, deverá ser concedido um tratamento equitativo a países membros e não membros da OCDE em matéria de trocas de informação, de forma a se respeitar o desejado “*level playing field*”, pelo que considera inaceitável que no contexto das negociações da Directiva da poupança sejam concedidas condições diferentes aos países em causa.

⁴³ Na União Europeia, ao nível do Pacote Fiscal, são conhecidos os problemas suscitados pela Suíça quanto à adopção de um sistema de troca de informações no contexto dos rendimentos derivados da poupança, posição esta que tem arrastado a aprovação deste Pacote (recordar-se, uma vez mais, que a Bélgica, a Áustria e o Luxemburgo condicionaram a aprovação da directiva relativa à poupança à adopção, por parte de países terceiros, de mecanismos equivalentes de troca de informações, estando em curso tais negociações). Apesar do acordo político que no Ecofin de 20 e 21 de Janeiro de 2003

5.1.3 Insuficiente delimitação de conceitos fundamentais

Num exercício destes, importa, em primeiro lugar saber, de uma forma clara, o que se deverá entender por concorrência fiscal benéfica e prejudicial⁴⁴. A existência da concorrência fiscal é inevitável e resulta da diferente conformação dos sistemas fiscais tendo em vista uma série de objectivos, entre os quais avultam os de natureza económica e social⁴⁵. Níveis distintos de desenvolvimento determinam naturalmente a adopção de distintas taxas de tributação dos rendimentos e tais disparidades não se traduzem, necessariamente, em formas de concorrência fiscal prejudicial. Neste contexto importa, obviamente, fazer uma cuidadosa análise económica dos regimes em causa, antes de, precipitadamente, se anunciarem publicamente resultados temporários, tendo em vista aferir os níveis de desenvolvimento económico e social e a sua interligação com a componente fiscal, sendo certo que, nessa perspectiva, poderá tratar-se de uma forma de concorrência fiscal benéfica. Ora, esta questão não se encontra suficientemente tratada no Relatório, fazendo-se apenas uma abordagem muito ligeira, sobretudo em referências consagradas no parágrafo 27, referências estas que, até ao momento, não se reflectiram nos trabalhos da OCDE.

No que concerne aos factores identificativos dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais dos países membros, verificamos que são de difícil distinção entre si, dado que, se não são iguais, são, no mínimo, muito idênticos. Em último caso, será um paraíso fiscal uma jurisdição que não pertença a um país membro e que não se comprometa a trocar informações (podendo mesmo, contrariamente aos regimes fiscais preferenciais, manter o seu sistema de tributação nula ou baixa). Persiste, desta forma, uma zona cinzenta de difícil delimitação, não deixando de ser curioso que, na prática, um dos factores determinantes para excluir um país ou território da qualificação de paraíso fiscal consista no facto de este não se tratar de um país membro da OCDE.....

No que concerne ao factor chave de identificação quer dos paraísos fiscais quer dos regimes fiscais preferenciais, não se define o que se entende por tributação baixa ou

se obteve, esta questão persiste. Com efeito, só as negociações com os Estados Unidos foram, até agora, consideradas satisfatórias. Embora se esboce, no acordo político a que se chegou, um esquema de troca de informações com a Suíça, importa ainda esperar pela respectiva aprovação e negociar idênticos esquemas com o Liechtenstein, o Mónaco, Andorra e San Marino, bem como com territórios dependentes ou associados dos Estados membros.

⁴⁴ Tal como nota Terry Dwyer, in op. cit. (2), caso a preocupação neste domínio seja a de um país atrair, por motivos fiscais, o investimento de outros países, então toda a concorrência fiscal é necessariamente prejudicial e, nesse caso, o problema só se resolveria se todas as jurisdições tivessem um sistema fiscal idêntico, com as mesmas taxas de imposto.....

⁴⁵ Cfr António Carlos dos Santos, *“Point J of the Code of Conduct or the Primacy of Politics over Administration”*, European Taxation, Vol. 40, nº9, 2000.

insignificante⁴⁶. Por outro lado, o que é que se deverá entender por uma “actividade económica real”?

Importaria igualmente definir com maior precisão o que se entende por “*level playing field*”, conceito ao qual ao longo do exercício se apela frequentemente.

5.2 Quanto aos trabalhos empreendidos pelo Fórum

5.2.1 Desigualdade de tratamento

Desde o início dos trabalhos empreendidos pelo Fórum que se constata, claramente, a existência de um tratamento desigual relativamente a diversos países ou regiões entre si. Da nossa parte, constatámos tal facto desde logo aquando da primeira reunião do Fórum. De facto, na primeira reunião do Fórum fomos surpreendidos com uma lista provisória dos territórios e países potencialmente qualificáveis como paraísos fiscais elaborada pelo Secretariado da OCDE. Tal lista, manifestamente curta face aos ensinamentos retirados de qualquer manual de fiscalidade internacional ou de qualquer livro sobre “paraísos fiscais”, incluía, designadamente, Macau, sendo omissa, nomeadamente, no tocante a Hong Kong, Singapura e Uruguai... Que dizer de tal facto? Estávamos quase em vésperas da passagem de Macau para a China. O regime de Macau foi estudado como potencial paraíso fiscal, tendo, inclusive, as autoridades de Macau apresentado uma exposição a nível técnico, fundamentando os motivos pelos quais se defendia que Macau não poderia ser qualificado como paraíso fiscal⁴⁷, num encontro especial para o efeito com o Secretariado da OCDE e os membros do Fórum, no qual estiveram igualmente presentes representantes do Governo da República. Após diversos contactos e uma vez esclarecido qual o regime fiscal de Macau e quais as consequências a este nível da passagem de tal território para a China (semelhantes às negociadas com Hong Kong), as autoridades da OCDE entenderam por bem deixar de qualificar Macau como paraíso fiscal, deixando para uma fase posterior a sua análise como regime fiscal preferencial em simultâneo com os casos de Hong Kong e Singapura .

Mas, em sede de desequilíbrios neste exercício, o fundamental, segundo o nosso ponto de vista, é o novo entendimento que o Secretariado da OCDE veio a dar à aplicação do critério da ausência de actividades económicas substanciais aos paraísos fiscais, em sequência da posição veiculada pela Administração Bush. Trata-se, em nosso entendimento, de uma gravíssima violação do princípio da igualdade de tratamento que

⁴⁶ Será que a taxa geral de 12,5%, aplicável na Irlanda, desde 1 de Janeiro de 2003, ao rendimento designado “*trading income*”, não será uma taxa baixa de acordo com este critério?

⁴⁷ O caso de Macau trata-se, precisamente, de uma daquelas situações especiais de um “*natural tax haven*”, em que o território não necessita de receitas fiscais provenientes do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas para fazer face às despesas, dado o peso das receitas do jogo.

vem pôr profundamente em causa a credibilidade dos trabalhos empreendidos pela OCDE, sob várias ópticas. Desde logo, como é óbvio, não faz sentido inserir uma brecha profunda no equilíbrio até então conseguido entre a aplicação dos factores identificativos dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais. Aliás, parece-nos não ter sido essa a intenção dos EUA (das declarações e entrevistas que ouvimos e lemos não se poderá retirar tal ilação), que se limitaram a realçar a relevância da troca de informações, aspecto que foi parcialmente tratado pela OCDE apenas no tocante aos paraísos fiscais. Por outro lado, após a OCDE ter conseguido obter compromissos baseados num determinado procedimento de qualificação dos paraísos fiscais completamente diferente e publicado uma lista em conformidade, obtendo compromissos das jurisdições, é evidente que seria melindroso explicar aos países e territórios em causa uma mudança dos critérios favorável às jurisdições que não assumiram tais compromissos, premiando-se os paraísos fiscais mais resistentes.

A posição do Governo dos Estados Unidos já vinha a ser revelada através de comunicações citadas pela imprensa, pelo que não apanhou propriamente de surpresa os membros do Fórum. Todavia, a sua comunicação oficial numa fase em que se avançava com a feitura da lista dos paraísos fiscais com base em determinados pressupostos, veio alterar radicalmente as regras do jogo, ao não se estender idêntico tratamento aos regimes fiscais preferenciais, e pôr em causa todo o trabalho desenvolvido pela OCDE. E isto, basicamente, porque não foi emitida qualquer opinião relativamente à aplicação dos critérios chave previstos no Relatório aos regimes fiscais preferenciais dos países membros. Não se tinha, até então, procurado atingir um equilíbrio na aplicação dos princípios do Relatório de 1998 aos paraísos fiscais e aos regimes fiscais preferenciais? Caso se pretenda alterar a filosofia do Relatório no tocante aos paraísos fiscais, não teremos igualmente que rever os critérios aplicáveis aos regimes fiscais preferenciais, designadamente o critério do *ring fencing*, intimamente relacionado com o critério da ausência de actividades económicas substanciais?

Ou será que vamos considerar como cooperantes países que apenas se comprometam a uma efectiva troca de informações, penalizando os países membros em termos de avaliação das respectivas práticas como prejudiciais e, conseqüentemente, para efeitos de desmantelamento dos seus regimes?

Importará ainda, a este propósito, fazer notar a discriminação existente aquando da publicação do primeiro relatório de progressos do Fórum. Será adequado, numa fase de realização dos trabalhos, publicar-se uma lista de regimes qualificados, provisoriamente, como potencialmente preferenciais, estando-se longe de terminar os trabalhos? Mesmo anunciando-se tal facto e referindo-se a necessidade da feitura de notas de aplicação sobre diversos aspectos para se avaliarem, mais tarde, os regimes de uma forma definitiva, não nos parece curial proceder-se à publicação dos trabalhos. É evidente que, mesmo uma publicação de qualificações provisórias de regimes como preferenciais, supostamente

desprovida de quaisquer efeitos prejudiciais, pretensamente pretendendo tornar transparente o exercício e mostrar trabalho perante países não membros, tem, dizem – nos as mais elementares regras de bom senso e confirma-nos a prática, efeitos prejudiciais na óptica da concorrência fiscal que poderão ser muito graves, senão irreparáveis.

5.2.2 Contrapartidas oferecidas pela OCDE

O que é que a OCDE tem para oferecer em contrapartida da alteração dos sistemas fiscais? Esta pergunta é pertinente quer relativamente aos paraísos fiscais quer no que concerne a certos regimes fiscais preferenciais dos países membros que têm subjacentes objectivos de desenvolvimento económico.

Uma das questões mais prementes que se suscitam neste contexto é a de saber quais as alternativas de desenvolvimento que a OCDE tem para “oferecer” no caso de países e territórios cujo modelo de desenvolvimento assenta, basicamente, na existência de um sistema fiscal privilegiado. Esta questão tem-se colocado, sobretudo, no caso dos paraísos fiscais (dado ainda não se ter procedido, conforme o referido, a uma avaliação económica dos regimes fiscais preferenciais), sendo neste contexto mais agudizada, dada a “menor legitimidade” que a OCDE tem para intervir nestes casos. Conforme refere Jeffrey Owens⁴⁸, foi associado a este exercício o Comité da OCDE de Ajuda ao Desenvolvimento, e têm sido estabelecidos contactos com o Banco Mundial e a Commonwealth, de forma a se ter em consideração as perspectivas de desenvolvimento de pequenos Estados.

Trata-se de uma questão extremamente melindrosa, que implica, naturalmente, relevantes consequências a nível financeiro. Até à data, porém, desconhecem-se os trabalhos empreendidos pela OCDE neste contexto.

5.3 Quanto ao futuro dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais privilegiados

O exercício de combate à concorrência fiscal prejudicial só faz sentido, obviamente, caso se adopte uma abordagem a nível mundial. Caso contrário, limitar tal exercício a países membros, forçando-os a abolir os aspectos prejudiciais dos respectivos regimes, mantendo intocáveis os regimes dos países não membros, provocaria novas formas de concorrência fiscal prejudicial. Só estendendo esta acção a um nível mais alargado se poderia atingir um equilíbrio. Independentemente de se questionar quanto à legitimidade da sua intervenção, a OCDE teve o mérito de pretender seguir um equilíbrio aquando da primeira qualificação dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, levada a

⁴⁸ In “L’ Observateur OCDE”, Dezembro de 2000.

efeito e reflectida no relatório de progressos dos trabalhos do Fórum de Junho de 2000. Ao ter abandonado tal equilíbrio, a OCDE determinou, obviamente, um diferente e preocupante rumo ao futuro desenvolvimento dos trabalhos e, conseqüentemente, à conformação dos regimes avaliados como prejudiciais quer na categoria de paraísos fiscais, quer na categoria de regimes fiscais prejudiciais. O ambiente internacional que se gerou após o 11 de Setembro de 2001, veio favorecer o desenvolvimento dos trabalhos da OCDE com especial ênfase na troca de informações, aspecto que consideramos essencial e que apenas refutamos na medida em que a OCDE não seguiu um procedimento idêntico relativamente à valorização deste critério relativamente aos regimes fiscais preferenciais.

Não poderemos dissociar desta nossa reflexão os trabalhos que têm vindo a ser desenvolvidos no contexto do combate à concorrência fiscal prejudicial pelo Grupo comunitário do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas. De facto, trata-se de trabalhos bastante similares e que têm sido prosseguidos com uma grande preocupação de coordenação⁴⁹, de tal forma que para falarmos do futuro dos regimes qualificáveis como prejudiciais teremos que ter em consideração se se tratam de Estados membros da União Europeia ou de territórios dependentes de Estados membros da União Europeia.

Assim, por um lado, temos que distinguir entre os paraísos fiscais cooperantes e não cooperantes com a OCDE e, de entre estes, aqueles que são territórios da União Europeia. Por outro lado, importará distinguir entre os regimes preferenciais, consoante se trate de regimes de Estados membros da União Europeia ou não.

De facto, caso se trate de regimes de Estado membros da União ou de territórios dependentes de Estados membros da União Europeia, importa ter em consideração o ponto de situação dos trabalhos levados a efeito no contexto do Grupo do Código de Conduta. Com efeito, ao nível deste Grupo, após a identificação, no chamado Relatório Primarolo, das medidas “qualificadas” como prejudiciais, prosseguem-se, actualmente, os trabalhos relativos ao desmantelamento (*rollback*) dessas medidas. É pois evidente

⁴⁹ Neste contexto, foi desde logo solicitado pela OCDE que um dos delegados dos países membros junto das reuniões do Fórum participasse igualmente nas reuniões do Grupo do Código de Conduta. Por outro lado, participa nas reuniões do Fórum, um representante da Comissão, a quem, normalmente, é atribuída a missão de fazer um ponto de situação dos trabalhos levados a efeito no seio do Grupo do Código de Conduta, que é seguido atentamente pelos países não membros da União Europeia (a Comunidade tem um estatuto especial na OCDE, sendo um membro de pleno direito sem direito a voto, representando a Comissão os interesses comunitários no seu conjunto). Dir-se-ia a este propósito que existe uma concorrência, até agora não prejudicial, entre os trabalhos prosseguidos nas duas instâncias. A este propósito, veja-se, na Comunicação da Comissão sobre as prioridades da política fiscal para os próximos anos (COM (2001) 260 final) que uma das prioridades que a Comissão aponta consiste no reforço do seu papel junto da OCDE no que se reporta ao combate às práticas da concorrência fiscal prejudicial, concretamente no tocante a um acordo quanto às medidas defensivas a aplicar às jurisdições não cooperantes com os princípios do Relatório.

que, por enquanto⁵⁰, impendem sobre os regimes de países membros da OCDE que são simultaneamente Estados membros da União Europeia, obrigações que não recaem sobre os países que não pertencem à União Europeia, obrigações estas que derivam não apenas do Código de Conduta para a Fiscalidade das Empresas (tratando-se neste caso, de obrigações não jurídicas, assumidas a um nível político), como também, designadamente, das regras de direito comunitário relativas aos auxílios estatais⁵¹. Digamos que os Estados membros da União Europeia que vejam os seus regimes qualificados como prejudiciais em ambas as instâncias têm uma obrigação reforçada quanto ao desmantelamento dos respectivos regimes, podendo mesmo ser obrigados a tal no sentido jurídico do termo, caso estejamos perante situações de auxílios de Estado considerados incompatíveis com o mercado interno⁵². O recurso às regras relativas aos auxílios de Estado é um poderoso instrumento de que a União Europeia dispõe para, juridicamente, impedir os Estados membros de adoptarem medidas que considere prejudiciais ou evitar que possam vir a ter efeitos que entenda como prejudiciais. São vários os Estados membros da União Europeia que invocam que alteraram ou irão, proximamente, alterar os seus regimes prejudiciais, a maioria apenas (por enquanto?), no “recato” das salas de reuniões, alguns publicamente, conhecendo-se, em alguns (poucos) casos, efectivas alterações aos regimes (como as supra mencionadas). Em causa estão, basicamente, actividades financeiras.

Actualmente, no panorama que vivemos a nível fiscal, impende uma forte presunção de prejudicialidade sobre os regimes fiscais dos países membros da OCDE e da União

⁵⁰ Não nos poderemos esquecer que o Código de Conduta também prevê, no respectivo ponto M, que “*seria benéfico que os princípios destinados a eliminar as medidas fiscais prejudiciais fossem adoptados num quadro geográfico tão amplo quanto possível. Para o efeito, os Estados-membros comprometem-se a promover a sua adopção nos países terceiros; do mesmo modo, comprometem-se a promover a sua adopção nos territórios a que não se aplica o Tratado*”. A este propósito, importa sublinhar que a extensão dos princípios do Código a territórios terceiros é uma questão que nunca foi tratada pelo Grupo do Código de Conduta.

⁵¹ A propósito do futuro dos regimes existentes em Andorra, Gibraltar, Guernsey, Jersey, Ilha de Man, Liechtestein, Madeira e Mónaco, veja-se o relatório do Centre for European Policy Studies de meados de Setembro de 2002. Neste contexto, o relatório conclui que o futuro das actividades financeiras poderá ser “*somewhat bleak*”, dadas as pressões da União Europeia e da comunidade internacional. Conforme se salienta, os centros de negócios, a médio longo termo, deverão optar por diversificar as suas actividades.

⁵² A este propósito, importará relembrar que as regras relativas aos auxílios de Estado de natureza fiscal foram objecto de alteração após a publicação do Código de Conduta, em consonância, aliás, com o previsto no respectivo ponto J., de acordo com o qual, constatando-se que parte das medidas abrangidas é susceptível de se qualificar como auxílios de Estado, a Comissão se compromete a publicar até meados de 1998 as directrizes para a aplicação das regras relativas aos auxílios de Estado às medidas que respeitem à fiscalidade directa das empresas. Por outro lado, regista-se no Código de Conduta a intenção de a Comissão “*analisar ou reanalisar caso a caso os regimes fiscais em vigor e os novos projectos dos Estados-membros, garantindo coerência e igualdade de tratamento na aplicação das normas e objectivos do Tratado*”, procedimento que veio a iniciar em 1999.

Não nos poderemos esquecer que a Comissão pode ainda actuar contra os Estados membros quando estejam em causa procedimentos qualificáveis como práticas desleais de comércio de acordo com o Acordo da Organização Mundial do Comércio. Foi nesta óptica que a Comissão reagiu no caso das *Foreign Sales Corporations (FSC)* dos Estados Unidos.

Europeia que concedam às actividades financeiras isenções ou reduções substanciais de taxas de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas. Esta presunção de prejudicialidade, configura-se, em teoria, como uma presunção ilidível, tratando-se, na prática, de uma presunção inilidível ou quase, não obstante as bem intencionadas cláusulas que postulam análises económicas quanto à proporcionalidade dos regimes. Deixemo-nos de falsos princípios. Na realidade, as actividades financeiras isentas ou com baixos níveis de tributação estão sob fogo cruzado⁵³ e, na prática, a eficácia dos mais legítimos argumentos contra que se possam invocar é bastante reduzida (ou nula?), não chegando, sequer, a ser devidamente analisados.

Os procedimentos adoptados, como referimos, são desequilibrados e favorecedores dos países e territórios qualificáveis como paraísos fiscais que não se tratem de territórios dependentes da União Europeia. Nestes termos, veja-se a diferença de tratamento na seguinte situação: país ou território X pertencente à União Europeia com um regime fiscal que concede uma isenção em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas às operações financeiras. De acordo com os critérios do Código de Conduta, o regime só poderá ser qualificado como prejudicial caso se trate de um regime especial que se afaste do regime geral⁵⁴. De acordo com os factores identificativos do Relatório da OCDE, o nível dos benefícios concedidos é visto independentemente da existência de diferentes níveis de tributação no país em causa. Caso se trate de um país membro da OCDE, o regime será qualificado como prejudicial (não como paraíso fiscal, por cortesia que lhe poderá ser negativa), ainda que seja transparente e que proceda à troca de informações. O mesmo regime, desde que pertença a um país ou território não pertencente à OCDE, desde que se comprometa a conformar o seu regime com os princípios da OCDE, essencialmente a trocar informações de acordo com um

⁵³ Veja-se o caso das reduções do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas nos Açores. Como é sabido, através do Decreto-Legislativo Regional nº 2/99/A, de 20 de Janeiro, a Região Autónoma dos Açores adaptou o sistema fiscal nacional às especificidades regionais, diminuindo as taxas de IRS e de IRC de acordo com o permitido (respectivamente, em 20% e 30%). A Comissão veio a considerar que as reduções da taxa do IRC se qualificavam como auxílios de Estado ao funcionamento incompatíveis com o mercado comum, tendo instaurado um procedimento formal de investigação. Após analisar as observações apresentadas pelas autoridades portuguesas, a Comissão veio concluir que as medidas adoptadas satisfazem as condições necessárias para serem considerados compatíveis com o mercado comum desde que não sejam concedidas a empresas que exerçam actividades financeiras ou de tipo “serviços intra-grupo” (“centros de coordenação, de tesouraria ou de distribuição), para os quais, em seu entendimento, a existência de desvantagens regionais reais tem pouco peso na decisão da sua localização. Nestes termos, concluiu que os auxílios foram ilegalmente concedidos pelas autoridades portuguesas, devendo as vantagens fiscais concedidas às empresas (relativas aos anos de 1999, 2000 e 2001) ser recuperadas.

⁵⁴ Neste contexto, não se poderá avaliar como prejudicial ao abrigo dos critérios do Código de Conduta o regime da Estónia, que não prevê qualquer tipo de tributação em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas. Nem tão pouco o novo regime da Irlanda, nem os regimes que Guernsey, Jersey e a Ilha de Man anunciaram. Como analisar estes regimes no contexto do Relatório da OCDE? Estes territórios foram qualificados como paraísos fiscais cooperantes, pelo que não constam da lista dos paraísos fiscais, não lhes sendo aplicáveis sanções e, como vemos, preparam-se para, assumindo o compromisso da troca de informações, manterem regimes de baixa tributação.

compromisso assumido perante esta instituição, podendo mesmo manter taxas de tributação baixas ou nulas, será um paraíso fiscal cooperante, não constando da respectiva lista, nem lhe sendo aplicáveis sanções, ainda que o seu regime seja *ring fencing*. Só assim se poderá explicar o sucesso que a OCDE teve na sua última lista de paraísos fiscais reduzida drasticamente para apenas sete países e territórios resistentes que insistem na ausência de legitimidade da sua intervenção nos seus sistemas fiscais. Em suma, caso o regime do nosso exemplo se tratasse de um regime pertencente a um país não membro da OCDE, seria tratado mais favoravelmente, bastando, para tal, um compromisso político (mais ou menos bem intencionado). É evidente que estas diferenças de tratamento irão condicionar o futuro destes regimes. Neste sentido, tememos, seriamente, pelos resultados dos trabalhos.

Será que os paraísos fiscais cooperantes vão assumir os seus compromissos? Ainda que tal suceda subsistirá sempre um desequilíbrio.

Entretanto os regimes dos países membros que, após o exercício final de avaliação, sejam qualificados com o preferenciais, deverão ser desmantelados até 31 de Dezembro de 2005 (salvo situações pontuais em que, nomeadamente, estejam em causa direitos adquiridos).

O futuro dos chamados “Centros de Negócios” que concedam benefícios fiscais às actividades neles desenvolvidas, passará, assim, pela aposta em actividades de natureza não financeira, ou seja, na diversificação de actividades que, caso se tratem de regimes de Estados membros da União Europeia, deverão conformar-se com as regras comunitárias, em especial relativas aos auxílios de Estado de natureza fiscal⁵⁵. Trata-se, contudo, de um processo que requer algum tempo.....

Lisboa, 5 de Janeiro de 2004

Clotilde Celorico Palma

⁵⁵ Veja-se, a este propósito, as conclusões de Jacques Malherbe in. op. cit. (2), *“The future of preferential tax regimes is of course heavily dependent on political decisions. In the mean time, a first effect of the EC and OECD initiatives seems to be a moratorium on the creation of more regimes. An example of such moratorium is the so-called ‘informal capital’ type of rulings. (.....) Besides finance centres, call centres and service centres, we would have ‘silk centres’. The implementation seems to be postponed”*.