

PARAÍSOS FISCAIS – Planeamento Fiscal Internacional e Combate à Evasão Fiscal

Introdução

O forte desenvolvimento tecnológico verificado desde o século passado permitiu uma maior proximidade entre os diferentes povos de todo o mundo, ao ponto de ser comum ouvirmos dizer que vivemos numa aldeia global.

Com esta expressão pretende-se afirmar que vivemos num mundo unificado pelos meios de comunicação de massa, em que estamos cada vez mais próximos uns dos outros e em que a vida social, cultural, económica e política é cada vez mais afectada por influências internacionais.

Este fenómeno de globalização, proporcionado graças à crescente informatização, ao desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, trouxe consigo, também, a abolição de barreiras que entravavam a circulação de bens e serviços entre os diferentes países.

Consequentemente, quer a nível individual (médicos, engenheiros, arquitectos, desportistas, etc.) quer a nível empresarial (pequenas, médias e grandes empresas), assistimos ao desenvolvimento das respectivas actividades em vários países e zonas do mundo.

Se este é um aspecto positivo da globalização, não é menos verdade que existem aspectos negativos.

A eliminação de fronteiras no comércio internacional fez com que a concorrência entre os diferentes Estados para atrair investimento passasse a ser maior, recorrendo, muitas das vezes, a incentivos fiscais e, até, a verdadeiras práticas de dumping fiscal.

A existência de diferentes sistemas fiscais e de taxas de imposto, abre caminho para que as empresas e indivíduos possam minimizar ou evitar os impostos a pagar, passando a recorrer a técnicas de planificação fiscal internacional de forma a localizar os seus proveitos em jurisdições mais atractivas em termos fiscais.

É certo que o sistema fiscal a implantar em determinado Estado é uma questão soberana e que só a ele diz respeito, não se pretendendo que todos os países tenham a mesma estrutura fiscal. No entanto, verifica-se, com frequência, o recurso a práticas de concorrência fiscal nociva que proporcionam o aparecimento dos chamados “free riders”, isto é, empresas ou indivíduos que beneficiam da despesa pública efectuada no seu país de residência, evitando contribuir para o seu financiamento. Esta concorrência fiscal nociva existe quando “um Estado pretende, agressivamente, atrair fluxos de capital e rendimentos, que efectivamente pertençam a outros Estados, estimulando a evasão e fraude fiscal nesses Estados. Essa situação tem sido qualificada através da expressão inglesa “*poaching*” (caça ou pesca furtiva), na medida em que a atracção dos rendimentos não aparece como um efeito indirecto das medidas fiscais adoptadas pelo Estado, sendo antes o seu objectivo principal a atracção de fluxos financeiros que não têm elementos de conexão com o Estado, e que portanto deveriam antes caber a outro Estado”¹.

Estas práticas fiscais concorrenciais produzem efeitos perniciosos nos Estados que as não praticam:

- Distorcem os verdadeiros fluxos financeiros;
- Minam a integridade e justeza dos sistemas fiscais;
- Desencorajam o cumprimento por parte de todos os contribuintes;

¹ “O controlo e combate às práticas tributárias nocivas” – Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, CIAT-Conferência Técnica “Aspectos Fundamentais Nas Acções De Controlo Das Administrações Tributárias”, Lisboa, 2003.

- Aumentam os custos administrativos de fiscalização da máquina fiscal;
- Obriga o Estado a dirigir a carga fiscal para factores menos móveis, como o trabalho, a propriedade e o consumo;²

Considerando o crescente recurso a estas práticas de evasão fiscal³, sobretudo, mas não só, por empresas multinacionais, os governos dos Estados afectados na sua base tributável confrontam-se na necessidade de encontrar um equilíbrio entre, por um lado, a defesa e reconstituição da sua base tributável e, por outro lado, evitar que uma carga fiscal excessiva afaste os agentes económicos e o investimento.

É certo que não podemos negar os aspectos positivos provocados pela globalização e pela crescente concorrência entre empresas no mercado global. No entanto, a concorrência fiscal pode levar à proliferação de práticas fiscais prejudiciais, com todas as consequências adversas daí resultantes. Daí a necessidade de os governos terem que tomar medidas, incluindo intensificar a cooperação internacional, para proteger os seus sistemas fiscais e evitar a redução, à escala mundial, da qualidade de vida causada pela introdução de políticas fiscais orientadas, antes de mais, para a captação dos fluxos de capital e financeiros.⁴

² Cfr. “Harmful Tax Competition: na Emerging Global Issue”, OECD, Paris, 1998, pp. 15 e ss.

³ Evasão fiscal surge aqui entendida no seu sentido amplo, isto é abrangendo quer as práticas de evasão fiscal lícitas ou elisão fiscal, quer a fraude fiscal. Vd, entre outros, Nuno Sá Gomes, “Lições de Direito Fiscal”, II Volume, FDL, Lisboa, 1984, pp 143 e ss; Diogo Leite de Campos “ Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal”, Vislis Editores, 1999.

⁴ Cfr. “Harmful Tax Competition: na Emerging Global Issue”, OECD, Paris, 1998, pp. 18 e ss.

Directamente relacionados com estas práticas fiscais nocivas estão os chamados “paraísos fiscais” e os países ou territórios sujeitos a regimes de tributação privilegiada.

É esta a temática a ser desenvolvida no presente trabalho.

Nele começaremos por analisar o conceito de “paraíso fiscal”, para, de seguida, indicarmos, no âmbito do planeamento fiscal internacional, algumas formas de utilização dos paraísos fiscais. Um terceiro aspecto a desenvolver será a reacção dos Estados à utilização abusiva dos paraísos fiscais, realçando-se as medidas adoptadas, quer a nível internacional quer nacional, para combater a utilização abusiva dos paraísos fiscais. Por fim, faremos uma análise do Centro Internacional de Negócios da Madeira, dado tratar-se de um território nacional considerado offshore.

Capítulo I

Definição e Características Gerais dos Paraísos Fiscais

A- Definição de Paraíso Fiscal

A internacionalização dos negócios levou a que as empresas multinacionais, e não só, procurem transferir os seus lucros para jurisdições onde a tributação sobre os rendimentos seja inexistente ou sujeita a taxas muito baixas.

Os paraísos fiscais assumem, por isso, uma relevância suprema no que se refere à evasão fiscal internacional, pelo que os Estados afectados por esta fuga ou migração dos rendimentos procuram reagir contra estas práticas.

No entanto, esta reacção não é fácil, começando os problemas logo na definição de “paraíso fiscal”.

Embora não exista uma definição clara e absoluta do que é um paraíso fiscal, este é usualmente entendido como uma circunscrição territorial na qual se proporciona aos não residentes a isenção ou redução de impostos em relação ao país de residência.

Este é, contudo, um conceito relativo, pois um país com tributação mediana poderá ser considerado paraíso fiscal por um país de tributação elevada, enquanto que um país com o mesmo nível de tributação já não o considerará paraíso fiscal.

Esta dificuldade é reconhecida pela própria OCDE ao afirmar que o facto de um país impor taxas zero ou nominais sobre o rendimento não é condição suficiente para que estejamos perante um paraíso fiscal, devendo antes ser conjugado com toda uma série de critérios complementares.⁵

⁵ Cfr. OECD, “Harmful Tax Competition: an emerging global issue”, Paris, OECD, pp 22 e s.s

De acordo com o Relatório da OCDE os factores chave a utilizar para determinar se uma dada jurisdição é ou não um paraíso fiscal são:

- a) o país não deverá impor tributação ou, se o fizer, deverá ser baixa, ou ser visto como oferecendo condições para ser usado pelos não residentes como meio para escapar aos impostos do país da sua residência;

A ausência ou baixa tributação sobre o rendimento é considerada o ponto de partida para a caracterização de uma jurisdição como paraíso fiscal, embora não seja suficiente, por si só, para caracterizar uma jurisdição como paraíso fiscal.⁶ No entanto, levanta-se o problema da relatividade do conceito de “baixa tributação”, o qual pressupõe a definição antecipada de um parâmetro de tributação normal ou adequada.

- b) deverão existir leis ou práticas administrativas que impeçam a efectiva troca de informações com outros Governos sobre contribuintes beneficiários dessa baixa tributação;⁷

Trata-se de leis ou práticas que impedem a tributação no país de residência (ex: existência de segredo comercial e bancário, permissão de contas anónimas, etc.).

⁶ A OCDE reconhece que cada país tem o direito de decidir se deve tributar ou não os rendimentos e, caso o decida fazer, qual a taxa a aplicar – cfr. OECD “Harmful Tax Competition – na emerging global issue”, OCDE, Paris, 1998.

⁷ Este é um aspecto a que a OCDE tem dado especial atenção. Do grupo de trabalho “Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information” surgiu o “Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters” que, embora não tenha carácter obrigatório, determina os critérios a seguir na troca de informações entre Estados.

- c) deverá existir falta de transparência relativamente ao seu funcionamento, o que permite práticas ilegais, como a lavagem de dinheiro ou evasão fiscal;

Trata-se, aqui, da dificuldade sentida por outros países de tomarem conhecimento da situação concreta do regime fiscal efectivamente aplicado, dada a ausência de regras claras de funcionamento do sistema legislativo, das normas jurídicas e das práticas administrativas.

- d) não se exija que a actividade económica desenvolvida no território seja substancial, o que conduz à atracção de investimentos por razões meramente fiscais;⁸

É um indicador de que a jurisdição em causa pretende apenas atrair investimento ou transacções induzidas por razões de natureza meramente fiscal.

Este relatório faz, ainda, a distinção entre paraíso fiscal e regime fiscal preferencial prejudicial:

Paraíso fiscal será, então, como se disse, um país que consegue financiar os seus serviços públicos com baixos ou nulos impostos sobre o rendimento e que se oferece a si próprio como local para ser usado por não residentes para escapar à tributação no seu país de residência, enquanto que regime fiscal preferencial prejudicial será um país que obtém receitas fiscais importantes sobre o rendimento mas cujo sistema fiscal tem aspectos de concorrência fiscal prejudicial.

⁸ Com o decorrer a OCDE começou a dar menos ênfase a este critério, ao ponto de ter deixado de ser considerado como factor chave na identificação de paraísos fiscais. Para mais desenvolvimentos v. "The OECD's Project on Harmful Tax Practices : The 2001 Progress Report.

Caracterizam o regime fiscal preferencial prejudicial⁹:

- a) a inexistência de tributação sobre o rendimento ou aplicação de taxas muito baixas;
- b) a existência de “ring-fencing”, isto é parte do território nacional isolada das demais e na qual se pratica um regime tributário diferente do nacional e que se aplica apenas a não residentes ou em que as empresas que beneficiam desse regime são explícita ou implicitamente proibidas de operar no mercado doméstico;
- c) a falta de transparência, vista como a possibilidade de aplicação leis e regulamentos mais favoráveis, possibilidade de negociar taxas de imposto

Regimes fiscais preferencial prejudicial

Esta distinção resulta muito ténue e de um interesse diminuto, uma vez que, em termos práticos, as medidas aplicadas no combate à evasão fiscal internacional pelas jurisdições que não sejam paraísos fiscais pouco a têm em conta, optando antes por critérios nacionais que poderão ir da publicação de listas oficiais em que se indicam quais as jurisdições consideradas paraísos fiscais (Portugal, França, Austrália), de medidas objectivas (Alemanha considera paraíso fiscal o território que tribute o rendimento a uma taxa inferior a 25%) ou de conceitos relativos (a França utiliza a expressão “regime fiscal privilegiado”).

Daqui se conclui que a inexistência de um conceito único de “paraíso fiscal” dificulta a aplicação de medidas de combate à evasão fiscal, podendo

⁹ cfr. OECD “Harmful Tax Competition: an emerging issue”, Paris, OCDE, 1998, pp 25 ss.

levar a situações extremas e igualmente indesejáveis como a dupla tributação ou a não tributação.

No caso de Portugal, sem prejuízo da análise mais pormenorizada que se fará mais à frente, a definição de paraíso fiscal assenta em três critérios alternativos que constam do artº. 59º, nº. 2 e 60º, nº. 3 do CIRCI:

- a) o território de residência da pessoa singular ou colectiva constar da lista aprovada pelo Ministério das Finanças;¹⁰
- b) a entidade residente no território não ser tributada em imposto idêntico ou análogo ao IRS ou IRC;
- c) ou quando o montante de imposto pago for igual ou inferior a 60% do que seria devido se a referida entidade fosse considerada residente em território português;¹¹

¹⁰ Cfr. Portaria nº. 150/2004, DR-Iª Série-B, nº. 37, de 13 de Fevereiro.

¹¹ Para uma crítica a este critério v. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão “O Controlo e Combate às Práticas Tributárias Nocivas”, Conferência Técnica do CIAT, Lisboa, 2003.

B- Características Gerais dos Paraísos Fiscais

Os paraísos fiscais apresentam uma série de características comuns e que passaremos, de seguida, a indicar:

1) Impostos baixos ou inexistentes

A primeira característica geral dos paraísos fiscais é a baixa tributação ou a ausência de impostos.

Vimos já que a relatividade do conceito de baixa tributação não só cria dificuldades ao combate à evasão fiscal, como pode dar origem a verdadeiras situações de injustiça (dupla tributação ou não tributação). Talvez seja essa a razão pela qual grande número de países opte pela publicação de listas onde constam as jurisdições que consideram paraísos fiscais (p. ex. Portugal, Espanha, Alemanha, França, Bélgica, etc.).

Algumas dessas listas apresentam uma divisão por grupos dos paraísos fiscais, tendo por base o nível de tributação aplicado.

A Alemanha foi o primeiro país a publicar, em 1972, uma lista estatutária dos paraísos fiscais, a qual apresenta três categorias¹²:

- a) Países onde não há tributação sobre o rendimento;
- b) Países em que o imposto sobre o rendimento tem uma taxa reduzida;
- c) Países em que são garantidos privilégios consideráveis;

Também a Bélgica apresentou, em 1991, uma lista de países considerados como paraísos fiscais pelo facto de a carga fiscal sobre as empresas ser menor do que na Bélgica¹³.

¹² Cfr. Caroline Doggart “Paraísos Fiscais”, Vida Económica, 3ª Edição, 2003, pp28 e ss.

¹³ Cfr. Caroline Doggart, ob.cit.

As categorias indicadas são:

- a) paraísos fiscais absolutos;
- b) países que permitem entidades com impostos baixos;
- c) jurisdições fiscais amigáveis;
- d) países que dão benefícios a empresas financeiras e holdings;

Por seu lado a OCDE, no seu relatório de Junho de 2000 intitulado “Towards Global Tax Co-Operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices”, identificou 47 regimes fiscais preferencias em países membros da OCDE e apresentou uma lista de 35 jurisdições que caíam dentro dos seus critérios de identificação de paraísos fiscais.

2- Estabilidade Política

Todo o investimento envolve risco, seja ele económico, financeiro ou político.

O risco político é um indicador a ter em conta quanto aos investimentos a efectuar num paraíso fiscal.

A possibilidade de ocorrência de mudanças políticas drásticas que afectem a actividade económica do país e, por arrastamento, os objectivos traçados pelos investidores é um factor importante que merece a devida atenção.

A existência de forças políticas com ideias económicas e sociais completamente antagónicas em relação às estabelecidas, de instabilidade social forte, conflitos armados, grupos separatistas, entre outras, são indicadores de instabilidade que poderão dar origem a mudanças de orientação política que venham a afectar os investimentos efectuados, através de nacionalizações, expropriações, interferência no funcionamento das empresas, liberdade de transferência de fundos, carga fiscal sobre os rendimentos, etc.

A título de exemplo dir-se-á que o risco político de um investimento no Luxemburgo, enquanto país democrático integrado na União Europeia, com fronteiras completamente estabelecidas, instituições políticas consolidadas, será muito menor do que um investimento na Libéria, em que a instabilidade política e social decorrente da guerra civil existente é enorme¹⁴.

3- Segredo Bancário

O negócio bancário offshore revela-se como uma actividade altamente lucrativa que não tem parado de crescer.

Dentro da actividade bancária ressaltam os fundos offshore, com um nível de rentabilidade muito elevado.

Para o sucesso da actividade bancária em paraísos fiscais muito tem contribuído o facto de neles vigorar o princípio do segredo bancário em que a identidade dos clientes é protegida por lei, garantindo-se uma total confidencialidade, ao ponto de em alguns países a violação do segredo ser considerada crime. Na Suíça, por exemplo, o sigilo é protegido pela lei civil e criminal, podendo um funcionário de um banco ser preso por mais de seis meses ou multado por revelar assuntos dos clientes ou ser retirada a licença a um banco transgressor.¹⁵

O segredo bancário é uma das características dos paraísos fiscais que mais reacções negativas tem provocado na comunidade internacional, uma vez que está frequentemente associado a negócios de lavagem de dinheiro de grupos ligados ao narcotráfico e terrorismo internacional.

Organismos como a OCDE, União Europeia(UE),Fórum de Estabilidade Financeira (FSF) ou a Task Force de Acção Financeira (FATF), forçam os

¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de risco político cfr. “Os Paraísos Fiscais”, José Manuel Braz da Silva, Almedina, 2004, pp 24 ess.

¹⁵ Cfr. Caroline Doggart “Paraísos Fiscais”, Vida Económica, 3ª edição, 2003, p.370.

paraísos fiscais a alterar a sua política de sigilo bancário, procurando celebrar acordos que permitam uma troca efectiva de informações.

Esta pressão internacional tem vindo a dar os seus frutos.

A Suíça, por exemplo, alterou a sua disposição legal sobre o sigilo bancário permitindo a sua anulação desde que tenha sido assinado com outro Estado uma convenção que contemple a troca de informação ou um tratado de assistência mútua em assuntos criminais. Esta troca de informações está, no entanto, sujeita a um dever de reciprocidade, dado que as autoridades suíças não podem fornecer mais informação do que aquela que receberia caso fossem elas a solicitá-la¹⁶.

Nas Maurícias, após investigação do Fórum de Estabilidade Financeira, foi publicada a Lei de Crime Económico e Antilavagem de Dinheiro de 2000, que impõe práticas de conhecimento do cliente nos bancos e instituições financeiras e requer profissionais experientes para denunciar transacções suspeitas¹⁷.

4- Controlo Cambial

O sistema cambial e a moeda do país são um outro factor a ter conta nos investimentos realizados em paraísos fiscais.

Por norma, nos paraísos fiscais o controlo cambial aplica-se apenas aos residentes, os quais estão impedidos de cambiar moeda interna, a não ser que obtenham uma autorização para o efeito.

Quanto às contas externas abertas por não residentes e em moeda estrangeira, estas não são objecto de controlo.

A existência, em alguns paraísos fiscais, de uma legislação de controlos de câmbios complexa, obriga a que se analise cuidadosamente a respectiva legislação interna quanto a investimentos de grande envergadura.

¹⁶ Sobre a actividade bancária suíça v. "Swiss banking", de Ariel sergio Goekmen, ITPA Journal, Vol.V, Nº.I, st. Petersburg, 14-15 June 2004, de International Tax Planning Association.

¹⁷ Cfr. Caroline Doggart "Paraísos Fiscais", Vida Económica, 3ª Edição, 2003, p.357.

Outro factor a considerar é a convertibilidade da moeda, sendo conveniente que os activos possuídos no paraíso fiscal estejam denominados na mesma moeda do país de origem ou numa divisa internacional¹⁸.

5- Acordos de Dupla Tributação

O facto de um paraíso fiscal ter acordos de dupla tributação celebrados com outros Estados poderá proporcionar aos seus utilizadores a possibilidade de elaborarem um planeamento fiscal com a finalidade de obter mais benefícios fiscais e mais ganhos. Não deixa de ser curioso que estas convenções sejam celebradas com o propósito de evitar a dupla tributação, reprimir a evasão e fraude fiscal, mas, ao mesmo tempo, possibilitem a sua utilização, ainda que abusiva, no sentido de fuga ao imposto.¹⁹

No entanto, estes tratados incluem, na maior parte dos casos, medidas contra a evasão fiscal:

- aplicam-se só aos residentes dos Estados contratantes;
- contêm cláusulas que impedem a sua utilização para fins de evasão fiscal;
- estabelecem a possibilidade de existir troca de informações entre os países signatários, sempre que a aplicação do Acordo o exija;²⁰

Porém, nem todos os paraísos fiscais assinaram acordos de dupla tributação, permitindo a sua utilização pelos contribuintes com a garantia de uma maior confidencialidade nas suas operações.

¹⁸ As Ilhas Virgens Britânicas, p.ex., têm como moeda corrente o dólar americano, enquanto que na Ilha de Man é a libra esterlina a moeda corrente.

¹⁹ Fenómeno designado por *treaty shopping*, que consiste em um contribuinte inserir-se nos benefícios de um tratado fiscal que normalmente não lhe estariam disponíveis, o que se consegue através da interposição de uma pessoa colectiva residente num país que tenha um vantajoso tratado fiscal.

²⁰ V. OCDE, Artº. 26º do Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património.

6- Constituição de Sociedades

Os paraísos fiscais têm legislação muito específica e vasta sobre a constituição de sociedades, procurando ir ao encontro dos interesses dos seus utilizadores e em que o leque de escolha de formas societárias é enorme.

Nas Ilhas Virgens Britânicas permite-se a constituição de empresas limitadas por acções, não há um requisito de capital mínimo, não é necessário apresentar ou divulgar balanços, as reuniões anuais obrigatórias podem realizar-se em qualquer parte do mundo.²¹

Já as Antilhas Holandesas oferecem vantagens fiscais apenas a empresas de responsabilidade limitada, formadas segundo a legislação local. Exige-se a constituição por escritura pública, pode emitir acções ao portador e precisa apenas de um accionista. Anualmente tem de se realizar uma assembleia geral de accionistas nas Antilhas, mas estes podem fazer-se representar por procuração. Todas as corporações das Antilhas têm que apresentar uma declaração de impostos anual, acompanhada de folha de balanço e de uma conta de ganhos de capital, mesmo que a empresa esteja sujeita a taxa zero de tributação. As empresas têm que estar registadas, mas não é preciso registar o nome dos accionistas.²²

Ao pretender instalar-se num paraíso fiscal deve a empresa em causa ver as exigências legais para a sua constituição, assim como os custos que tal implica (registo, notário, etc.), a obrigatoriedade de possuir escritórios de representação, capital mínimo exigido, a forma de realização das assembleias gerais, a possibilidade de serem emitidas acções ao portador, os níveis de tributação aplicados, etc.

²¹ Cfr. Caroline Doggart “Paraísos Fiscais”, Vida Económica, 3ª Edição, 2003, p. 374.

²² Cfr. Caroline Doggart “Paraísos Fiscais”, Vida Económica, 3ª Edição, 2003, pp. 247-248.

7 – Diversidade de produtos fiscais

Sendo este um aspecto a desenvolver no capítulo seguinte, indicar-se-ão apenas de forma sumária os principais produtos fiscais oferecidos pelos paraísos fiscais:

- a)** Holdings offshore;
- b)** Trusts;
- c)** Companhias de seguros cativas;
- d)** Fundações;
- e)** Fundos de Investimento offshore;
- f)** Offshore Bancário;
- g)** Companhias de “Trading”
- h)** Companhias de navegação;
- i)** Sociedades de administração de patentes e de outros Direitos de Propriedade Intelectual;

8- Logística

Os paraísos fiscais oferecem a quem neles se pretende instalar uma panóplia de meios que lhes permita alcançar os seus objectivos.

Assim, por norma estão apetrechados de uma rede de telecomunicações e serviços postais de qualidade superior. Existem ligações aéreas regulares com os principais centros financeiros de todo o mundo. Possuem excelentes serviços de apoio ao nível jurídico e administrativo. A rede de hotéis é de boa qualidade e diversificada.

Capítulo II

O Planeamento Fiscal Internacional - Formas de Utilização dos Paraísos Fiscais

I- Introdução

Os paraísos fiscais, enquanto meio de planeamento fiscal internacional, podem ser utilizados como meio de gestão fiscal legítima, assim como podem servir para situações de elisão fiscal (tax avoidance) ou de evasão fiscal (tax evasion).²³

Este capítulo é dedicado às técnicas de utilização dos paraísos fiscais no âmbito do planeamento fiscal internacional. Face à possibilidade de utilização abusiva destas técnicas trataremos, no capítulo seguinte, das medidas legislativas direccionadas à evasão fiscal.

Considerando que a temática do planeamento fiscal internacional coloca-se, sobretudo, mas não só, a nível das pessoas colectivas (com as empresas multinacionais a assumirem principal destaque) , daremos especial atenção às técnicas de planeamento por elas utilizadas, sem que, contudo, se deixe de indicar métodos de planeamento fiscal utilizados por pessoas físicas.

A decisão de investir no estrangeiro não atende apenas ao factor fiscal. Há todo um conjunto de factores que pesam sobre essa decisão:

²³ Na elisão fiscal estamos perante actos, por si só, lícitos e cuja prática permite obter uma vantagem fiscal que, todavia, é considerada abusiva (*extra legem*), na evasão fiscal existe uma violação directa da lei (*contra legem*). Sobre este assunto v., entre outros, “A Cláusula Geral Anti-Abuso No DireitoTributário”, de Gustavo Lopes Courinha, 2004,Almedina e “Evasão fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal”, de Diogo Leite de Campos, in Problemas Fundamentais do Direito Tributário, 1999, Vislis Editores.

- viabilidade comercial;
- custos da mão de obra;
- existência de mão de obra especializada;
- incentivos governamentais;
- acesso ao mercado;
- mercado potencial;
- estabilidade política e económica;
- localização geográfica;
- meios de comunicação e transporte;

Contudo, o pagamento de impostos sobre o rendimento não deixa de ser um factor a que é dada uma especial atenção e que possui uma importância capital na decisão final.

II- Técnicas utilizadas no planeamento fiscal internacional

Faremos, de seguida, uma análise de algumas das mais usadas técnicas de planeamento fiscal internacional, conscientes de que a imaginação e criatividade nesta área é tal que, com toda a certeza, muitas ficarão por analisar.

1- Holdings offshore

No âmbito da internacionalização de uma empresa esta pode optar pela criação de uma empresa intermediária num paraíso fiscal que aplicará os capitais necessários para possuir filiais estrangeiras.

Uma *holding* é uma sociedade cujo objectivo é gerir participações sociais de outras sociedades e uma das finalidades com a sua criação é a obtenção de vantagens fiscais.

A *holding* acumula os rendimentos provenientes de várias empresas situadas em mais do que um Estado que poderão ser canalizados através da distribuição de dividendos, royalties, empréstimos etc.

Deste modo, a localização da *holding* deve ser feita criteriosamente, procurando que fique instalada em local que isente ou tribute a taxa reduzida os rendimentos estrangeiros ou que proporcione privilégios fiscais a determinadas empresas.

Uma *holding* situada em zona offshore pode proporcionar um conjunto de vantagens e de benefícios fiscais:

a) Dissimulação da identidade dos investidores

Quando a internacionalização de uma empresa passa pela aquisição de uma outra já devidamente estabelecida, pode haver interesse em que as ordens de compra de acções seja feita por várias sociedades localizadas em diferentes centros offshore, que adquirirão a sociedade pretendida de forma discreta.

b) Diferimento de imposto em relação aos dividendos

Caso a empresa mãe se situe em país que tribute na totalidade os dividendos recebidos de filiais estrangeiras será do seu interesse estabelecer uma *holding* num paraíso fiscal que isente este tipo de rendimentos, de forma a que seja esta a receber os dividendos. O diferimento de imposto implica que os lucros obtidos no exterior sejam tributados apenas quando se proceder à transferência do dividendo. A *holding* pode acumular os lucros recebidos das várias filiais e reinvesti-los, evitando, desta forma, os impostos que sobre eles recairiam caso fossem remetidos para o país da empresa mãe.

c) Redução da retenção de impostos sobre dividendos

O país onde está localizada a *holding* pode ter um conjunto de Acordos de Dupla Tributação (ADT) mais favorável do que o do Estado residência. Assim, a interposição de uma sociedade intermediária pode permitir a poupança de imposto retido na fonte sobre dividendos.

Imagine-se que o Estado A não possui qualquer ADT com o Estado B, que faz retenção na fonte sobre os dividendos a uma taxa de 40%.

Este mesmo Estado B possui um ADT com o Estado C que estabelece que a retenção na fonte sobre os dividendos entre empresas destes dois Estados será de 5%.

Por sua vez o Estado C possui um ADT com o Estado A, que estabelece que a retenção na fonte sobre dividendos será de 4%.

Se a empresa do Estado A constituir uma empresa *holding* no Estado C que detenha a sua filial no Estado B, os dividendos serão transferidos do Estado B para o Estado C e tributados a 5%. Posteriormente serão remetidos para o Estado A e tributados a 4%, obtendo-se, assim, uma poupança de 31% do dividendo.

d) Diferimento do imposto sobre mais valias

A interposição de uma sociedade intermediária situada em zona offshore que não tribute as mais valias resultantes da venda do investimento externo permite uma maximização do rendimento, dado que um imposto desta natureza aumentaria o custo de saída.

e) Maior aproveitamento do crédito de imposto

Quando o país da sociedade mãe tributa os dividendos recebidos de filiais estrangeiras atribui crédito de imposto para os impostos pagos pelas filiais estrangeiras. Se todas as filiais estrangeiras pertencerem a uma *holding* offshore é possível converter estes diversos rendimentos num só, proveniente do Estado onde se encontra localizada a *holding*, a

fim de se criar uma taxa de crédito que não desperdice crédito de imposto.

f) Concessão de empréstimos

O financiamento do desenvolvimento de uma empresa pode ser feito mediante o recurso a capitais próprios ou mediante o recurso a empréstimos.

Ambos os modos de financiamento não são neutros do ponto de vista fiscal. De facto, enquanto os dividendos não são dedutíveis fiscalmente e estão sujeitos a retenção na fonte quando são distribuídos aos sócios, os juros são dedutíveis, reduzindo, assim, a base tributável da empresa tomadora do empréstimo, sendo tributados por retenção na fonte apenas aquando do seu vencimento.

Estes factos podem levar a que as empresas relacionadas convertam em empréstimos aquilo que na realidade é um “apport” de capital.

Se os empréstimos forem feitos por uma empresa do grupo situada num regime fiscal que não tribute os juros há uma clara maximização dos proveitos fiscais do recurso ao empréstimo.

De salientar, no entanto, que este é um aspecto que poderá estar relacionado com a subcapitalização das empresas e a que a OCDE tem estado muito atenta, estando prevista a possibilidade de os Estados contratantes redefinirem as contas de forma a que o Estado da fonte possa impor um novo resultado.²⁴

2- *Holdings Offshore* que administram o uso de licenças, patentes e outros direitos de propriedade intelectual

²⁴ Cfr. Artº. 9º e 10º, e respectivos comentários, do Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património, OCDE, 2003.

A administração dos direitos de propriedade intelectual pode ser efectuada com o recurso a uma sociedade criada especificamente para esse fim.

Uma empresa multinacional, p.ex, detentora destes direitos (patentes, direitos de autor, marca, Know-How, franchising) pode ceder a licença para o seu uso a uma sociedade offshore que depois os cede a uma filial estrangeira.

As royalties²⁵ a pagar pelo uso destes direitos serão pagas então, à empresa offshore, a qual deverá situar-se num Estado que não tribute ou que tribute a taxas muito baixas as royalties recebidas.

As vantagens daqui decorrentes são que as royalties são aceites, nos Estados de tributação elevada, como despesa dedutível, é possível acumular rendimento do royalty a uma taxa de imposto nula ou reduzida e previne-se a tributação do rendimento proveniente dos pagamentos dos royalty no Estado da empresa-mãe.

A escolha da localização da empresa *holding* offshore detentora dos direitos de propriedade intelectual terá que obedecer a rigorosos critérios de selecção, uma vez que há Estados que possuem legislação que nega o benefício de isenção ou deferimento de tributação quando os lucros são acumulados por empresas subsidiárias estabelecidas em paraísos fiscais. Neste caso, o recurso a uma empresa intermediária estabelecida num Estado com o qual exista um acordo de dupla tributação poderá ser a solução.

Para além disso, o artº. 12º, nº. 4 do Modelo de Convenção em Matéria de Impostos Sobre o Rendimento e o Património da OCDE recorre ao princípio “at arm’s length”²⁶ para a determinação do preço justo estabelecendo que

²⁵ O “Modelo de Convenção em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e o Património” da OCDE considera que royalties são as retribuições de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, incluindo os filmes cinematográficos, de uma patente, de uma marca de fabrico ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou de um processo secretos, e por informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico – artº 12º, nº. 2.

²⁶ De acordo com este princípio o preço a determinar nas transacções entre empresas relacionadas deverá corresponder ao que seria estabelecido entre empresas independentes, numa situação de plena

“quando, devido a relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efectivo ou entre ambos e qualquer outra pessoa, o montante das royalties, tendo em conta o uso, o direito ou as informações pelos quais são pagas, exceder o montante que seria acordado entre o devedor e o beneficiário efectivo na ausência de tais relações, as disposições do presente Artigo são aplicáveis a este último montante...”

3- Empresas financeiras offshore

Os empréstimos de uma empresa-mãe a uma sua filial situada em território estrangeiro podem ser efectuados com o recurso a uma empresa financeira offshore que conceda crédito comercial.

Ao ser esta sociedade financeira offshore (*conduit finance company*) a conceder o empréstimo consegue-se que os juros sejam canalizados para esta sociedade, que paga pouco ou nenhum imposto sobre o juros recebido.

As vantagens conseguidas são:

- a) aos empréstimos é aplicado apenas um nível de tributação (juros), enquanto que à entrada de capital seriam aplicados dois níveis de tributação (lucros apurados e dividendos).
- b) O financiamento a empresas do grupo é feito mediante débito;
- c) Os juros representam, deste modo, custos para efeitos fiscais, quando se o empréstimo fosse feito directamente seriam lucros a tributar no Estado da empresa mãe.
- d) A retenção na fonte relativa ao rendimento dos juros é baixa ou inexistente, sendo acumulada num espaço fiscal livre de impostos ou com impostos baixos.

O recurso a duas empresas intermediárias numa estrutura *stepping-stone conduit* pode permitir minimizar a retenção na fonte quando existem convenções tributárias e também pagar baixos ou nenhuns impostos sobre o rendimento dos juros acumulados no mesmo espaço fiscal:

- “uma empresa principal para a acumulação de rendimentos de juros livres de imposto provenientes dos empréstimos feitos à empresa intermediária financeira;
- uma *conduit company* : (i) para receber o juro sobre dinheiro emprestado a vários países anfitriões à taxa mínima de retenção na fonte de acordo com as convenções tributárias e (ii) pagar o juro sem imposto retido na fonte à empresa principal. Os rendimentos na *conduit company* pode ficar isentos ou sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas relativamente ao pequeno juro *spread* nos empréstimos recíprocos (*back-to-back loans*).²⁷

4- Offshore Bancário

Nos centros bancários offshore estão instalados bancos cujo principal objectivo é atrair depósitos de não residentes para depois emprestar também a não residentes.

Existe um valor mínimo para abertura de uma conta, sendo o capital aplicado da forma mais rentável e atendendo ao risco desejado pelo cliente.

Nestes centros é usual verem-se aí instalados “bancos cativos”, isto é sociedades constituídas por multinacionais, com o objectivo de fornecer serviços bancários às empresas do grupo, aos clientes e fornecedores.

²⁷ Conferência Técnica CIAT, Lisboa, 2003, “Aspectos Fundamentais das Acções de Controlo das Administrações Tributárias” – Planeamento Fiscal a Nível Internacional (Empresas de Fachada, Negociação de Convenções, Subcapitalização, etc.)

Consegue-se, desta forma, para as empresas do grupo, acesso a melhores condições de crédito e depósito, bem como uma redução do montante das comissões bancárias pagas.

Estes centros isentam de imposto os juros provenientes da realização de depósitos por não residentes, não apresentam restrições cambiais, não obrigam à constituição de reservas, o segredo bancário tem uma importância acrescida e apresentam pessoal qualificado e experiente.

Dentro das condicionantes destes centros destacam-se a legislação contra a lavagem de dinheiro, que obriga as instituições bancárias a terem que proceder a um verdadeiro inquérito para apurar a origem do dinheiro e a identidade do cliente, e a desregulamentação do mercado offshore proveniente da inexistência de um órgão de supervisão.²⁸

5- Empresas comerciais offshore

As características de uma empresa multinacional levam a que os seus produtos sejam vendidos em mais do que um país.

A interposição de uma empresa intermediária situada em paraíso fiscal permite poupanças de imposto consideráveis: a empresa-mãe, situada em espaço de tributação elevada, vende os bens à sucursal estrangeira, situada em paraíso fiscal, a um preço baixo e esta, por sua vez, vende os mesmos bens a um preço elevado. Como os lucros são obtidos no paraíso fiscal, o imposto que poderia ter sido aplicado caso a empresa mãe vendesse directamente os bens ao preço que vende a sua intermediária é evitado.

Neste esquema pode nem haver circulação física dos bens, pois estes são, por norma, despachados directamente para o cliente final. A empresa

²⁸ Para mais desenvolvimentos v. José Manuel Braz da Silva, “Os Paraísos Fiscais”, Almedina, 2000, pp 204 e ss.

intermediária recebe uma comissão ou é facturado pelas empresas a um preço acordado mais baixo, para se obter uma margem de lucro.

Esta subvalorização dos bens fornecidos à empresa situada no paraíso fiscal e sobrevalorização dos produtos vendidos por esta, conhecida por *preços de transferência*²⁹, propicia condições para que os lucros surjam nos locais mais vantajosos, isto é, naqueles onde o imposto a pagar pelos lucros obtidos é menor ou até inexistente.

Também no que se refere aos *preços de transferência* a reacção da OCDE tem-se feito notar. Uma vez mais recorre-se ao princípio de “arm’s length price”, ou de plena concorrência, para proceder ao ajustamento dos lucros.³⁰ O critério adoptado trata os membros do grupo multinacional como entidades separadas e atende aos lucros, ou ao preço, que seria estabelecido caso se tratasse de relações comerciais entre empresas independentes.

6- Trust

Um Trust é uma organização financeira que detém a propriedade e a administração de bens pertencentes a uma determinada pessoa (física ou coletiva).

Podemos identificar três entidades distintas:

- 1- O proprietário dos bens (settlor ou doador)
- 2- O Trustee
- 3- Beneficiário do bem

Há, pois, uma diferenciação entre o possuidor legal e o possuidor em exercício, em que o “doador” transfere os seus activos para o trustee, que os

²⁹ Cfr. V. “Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations”, OCDE, 2001.

³⁰ Cfr. Artº. 9º do Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património, 2003, OCDE.

vai gerir, garantindo aquele que o seu nome não vai constar em qualquer documento formal.

Os activos são tratados como um fundo autónomo que só pode reverter a favor dos beneficiários indicados no documento de constituição do Trust (Deed of Trust).

Caso o Trustee goze de autonomia, assume a boa gestão dos activos e pode responder pelos seus actos, caso contrário gere os activos através das ordens proferidas pelo settlor.

O settlor pode reservar para si certos direitos (introduzir alterações na lista de beneficiários, substituir o trustee, poder de veto sobre a alienação de activos, poder de alterar a lei que impende sobre a validade ou a administração do trust) ou transferi-los para outra pessoa, denominada “protector”.³¹

Por seu lado o trustee deve:

- tomar posse e preservar a propriedade do trust;
- administrá-lo de forma negligente e prudente;
- actuar pessoalmente;
- ser imparcial entre beneficiários;
- informar os beneficiários sempre que solicitado;
- manter a contabilidade;
- investir os fundos do trust de acordo com o estatuto ou “deed of trust”;

O trust pode ser:

- não-discrecionário: concede legalmente direitos aos beneficiários e atribui ao trustee a possibilidade de não seguir as instruções precisas do doador;

³¹ Para mais desenvolvimentos v. “Os Paraísos Fiscais”, de José Manuel Braz da Silva, 2000, Almedina, pp 200 e ss.

- discricionário: os beneficiários individuais não têm direitos adquiridos e o trustee possui amplo poder sobre o investimento dos fundos do trust e de distribuição aos beneficiários. Por norma, o doador aconselha o trustee relativamente aos investimentos julgados necessários, estando este legalmente obrigado a não dissipar e a gerir convenientemente tais activos.

A vantagem deste tipo de trust está em demonstrar perante as autoridades fiscais que não existe qualquer interesse dissimulado, pois os beneficiários só serão tributados após os proveitos do fundo terem sido distribuídos.

A vantagem de o fundo do trust estar situado em zona de nula ou baixa tributação está na isenção de imposto sobre o capital, mais valias e outros rendimentos.³²

7- Zona Franca Comercial e Industrial

A zona franca caracteriza-se por ser uma área geograficamente limitada em que se oferecem condições aduaneiras especiais, como a exclusão dos direitos aduaneiros, isenções ou reduções fiscais sobre os lucros, inexistência de taxas ou impostos à exportação ou importação de mercadorias e matérias primas.

Desta forma, a instalação de uma empresa nestas zonas para aí, por exemplo, fabricar produtos destinados a outros mercados pode ser um investimento de interesse, sobretudo porque é normal que, para além dos benefícios acima mencionados, os Estados ofereçam um pacote de outros

³² Sobre os aspectos a considerar na constituição de um trust, v. José Manuel Braz da Silva “Os Paraísos Fiscais”, Almedina, 2000, p. 202.

incentivos e subsídios (empréstimos a juro bonificado, rendas subsidiadas, liberdade de repatriamento de capitais, etc.).

A criação destas zonas tem por objectivo:

- atrair mais investimento comercial e industrial;
- criação de emprego;
- obtenção de *know-how*;
- aumentar as exportações;

8- Companhias de Seguros Cativas

Uma companhia de seguros cativa é uma companhia que segura, apenas, os riscos dos seu detentores e é por eles detida a 100%.

Uma companhia de seguros cativa pura segura, apenas, os riscos da empresa mãe, enquanto que uma companhia de seguros cativa mista segura os riscos de um conjunto de empresas independentes, mas que actuam dentro do mesmo ramo (Ex. Oil Insurance das Bermudas, constituída por um conjunto de 31 petrolíferas e que tem por finalidade a cobertura da responsabilidade decorrente dos derramamentos de petróleo)³³.

Se estiver instalada num paraíso fiscal o rendimento dos prémios beneficiará da isenção de imposto ou da sua tributação a níveis baixos.

9- Companhias de Navegação

A companhia de navegação pode ter proprietários de um país, operar num outro país, ter a sede administrativa num terceiro Estado e a embarcação estar registada num outro Estado.

³³ Cfr. Caroline Doggart “ Paraísos Fiscais”, Vida Económica, 2003, pp 145 e ss.

O registo de um navio exige que se pondere a necessidade ou utilidade de ter um pavilhão (bandeira) de conveniência.

As vantagens de ter um pavilhão de conveniência são:

- menos burocracia no registo de uma navio;
- protecção da identidade do verdadeiro titular, permitindo, assim, escapar a eventuais boicotes ou bloqueios;
- escolha de tripulações de conveniência, com evidente redução de custos;
- minimização dos custos fiscais, desde a construção do navio (operações de financiamento a taxas favoráveis com recurso a empresas situadas em paraísos fiscais, aproveitamento de subsídios atribuídos a fundo perdido por parte de alguns Estados), à forma de exploração (leasing, aluguer ou por conta própria). Estas operações podem ser desenvolvidas por várias empresas do mesmo grupo, situadas em países diferentes, com regimes mais favoráveis para cada tipo de operação.

10- O Treaty Shopping

No ponto 5 do Capítulo I já fizemos uma breve referência ao fenómeno do treaty shopping.

Trata-se, então, de fazer o aproveitamento, por parte de uma empresa de um país terceiro, de um acordo de dupla tributação (ADT)³⁴ celebrado entre dois Estados, no sentido de diminuir a sua carga fiscal, canalizando os seus negócios por meio desta empresa intermediária.

³⁴ Um ADT tem por finalidade eliminar a dupla tributação de um rendimento que pode resultar do facto de o Estado A tributar todos os rendimentos obtidos pelos seus residentes, independentemente da sua localização, e o Estado tributar todos os rendimentos obtidos no seu território. Implica, por isso, concessões dos Estado contratantes para benefício mútuo.

O Treaty shopping pode ocorrer em duas situações:

- Método *direct conduit*
- Método *stepping stone*

Ambos os métodos implicam recurso a uma empresa intermediária a constituir num dos Estado contratantes, por forma a que a empresa do Estado não contratante possa beneficiar do ADT, distinguem-se por o método *direct conduit* fazer uso de uma isenção de imposto no país intermediário, enquanto que no método *stepping-stone* a responsabilidade financeira nesse país é reduzida através de uma despesa contrabalançada.

É, pois, uma técnica utilizada para evitar retenções na fonte quando haja lugar ao pagamento de juros, dividendos ou royalties.

Este aproveitamento abusivo dos ADT provocou a reacção dos Estados contratantes, fazendo incluir nos Acordos cláusulas que excluem a sua aplicação às chamadas *conduit companies* ou sociedades ecrã e restringem a sua aplicação aos “beneficiários efectivos”.³⁵

Ao mesmo tempo, assistimos à consagração nas diversas legislações internas do princípio do *abuso do direito* com a introdução de cláusulas gerais anti-abuso.

Há, também, quem considere que o treaty shopping deverá aproximar-se do conceito de fraude à lei, uma vez que o contribuinte beneficia, por recurso a manobras fraudulentas, de vantagens que, segundo o espírito da convenção, não lhe deveriam ser concedidas.³⁶

³⁵ Cfr. Artºs 10º a 12º do Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património, 2003, OCDE.

³⁶ V. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão “O Controlo e Combate às Práticas Tributárias Nocivas”, CIAT, Conferência Técnica: Aspectos Fundamentais Nas Acções de Controlo das Administrações Tributárias”, Lisboa, 2003.

Capítulo III

Medidas de Combate às Formas de Planeamento Fiscal Internacional

Este capítulo divide-se em três partes. Na primeira, faremos uma análise das recomendações da OCDE para combater e neutralizar a concorrência fiscal prejudicial. Na segunda parte indicar-se-ão algumas das medidas mais utilizadas pelos países de tributação elevada contra a evasão fiscal. Por fim, a terceira parte é dedicada às disposições legais do Direito Português que visam, igualmente, combater a evasão fiscal.

I- As recomendações da OCDE para eliminar a concorrência fiscal prejudicial

O relatório de 1998 da OCDE “Harmful Tax Competition – Na Emerging Global Issue” (a que se passará a referir por, apenas, Relatório) dedica o seu capítulo III, intitulado “Counteracting Harmful Tax Competition”, ao tema das medidas que deverão ser tomadas para combater a evasão fiscal e a concorrência fiscal prejudicial.

O relatório reconhece que o combate à evasão fiscal internacional começa sempre e em primeiro lugar pelas medidas nacionais e só numa fase posterior se passará à tomada de medidas multilaterais. No entanto, é necessário intensificar a cooperação internacional no sentido de se reforçarem essas medidas.

As recomendações adiantadas no relatório dividem-se em três categorias:

- A- Recomendações referentes a legislação interna: tendo em conta as várias medidas contra a evasão fiscal encontradas nas legislações nacionais, as Recomendações indicam como aumentar a sua eficácia.
- B- Recomendações referentes aos tratados sobre dupla tributação: as Recomendações procuram assegurar que os benefícios constantes nos tratados fiscais não tornem, ainda que involuntariamente, as políticas de concorrência fiscal prejudicial mais atractivas ou dificultem aplicação das medidas internas de combate à evasão fiscal. Procuram, ainda, assegurar que a troca de informações relativamente à aplicação dos tratados sejam usadas numa forma mais eficaz.
- C- Recomendações para intensificar a cooperação internacional: as Recomendações adiantam novas vias para que os países sejam capazes de agir colectivamente contra a concorrência fiscal prejudicial.

O Relatório faz a distinção entre as medidas direccionadas a paraísos fiscais e a regimes fiscais preferenciais prejudiciais. No que àqueles diz respeito, a via a seguir deverá ser a de tomar medidas defensivas, no sentido de reprimir os seus efeitos prejudiciais, reconhecendo que a existência de contramedidas firmes e coordenadas será um forte elemento dissuasivo ao surgimento de novos paraísos fiscais. Quanto aos regimes fiscais preferenciais prejudiciais as contramedidas deverão procurar anular os seus benefícios e encorajar os países onde esses regimes se situam (particularmente os que pertencem à OCDE) a modificá-los ou a extingui-los.

A- Recomendações referentes a legislação interna

1- Recomendações referentes a *Controlled Foreign Corporations (CFC)*³⁷ ou a regras equivalentes:

Os Estados que não possuem legislação contra a utilização abusiva deste tipo de sociedades deverão adoptá-la e aqueles que já a possuem deverão procurar que a sua aplicação seja feita de modo a refrear as práticas fiscais prejudiciais.

As normas sobre CFC procuram eliminar os benefícios do adiamento da remessa dos rendimentos para o país de residência e começaram por ter a função de combater a elisão fiscal (Tax avoidance) desencorajando a migração legal de certo tipo de rendimentos.

Apesar de estas regras serem um meio para combater práticas fiscais nocivas, a sua eficácia diminui devido a não serem aplicadas por todos os Estados e mesmo naqueles que as aplicam não cobrem todas as situações de concorrência fiscal prejudicial.

Por isso, enquanto as especificidades dos sistemas domésticos não permitirem a harmonização das normas sobre CFC ou o desenvolvimento de um modelo de regras contra as CFC, é necessário uma maior coordenação no sentido de reforçar a aplicação das regras existentes.

Recomenda-se, ainda, um exame mais minucioso das inter-relações entre CFC, Fundos de Investimento estrangeiros e

³⁷ Empresa situada no estrangeiro, preferencialmente em território de baixa ou nula tributação, cuja constituição teve por finalidade a redução, o adiamento ou a não submissão aos impostos do país de residência dos seus detentores. V. Entre outros Tiago Caiado Guerreiro “O Novo Regime Fiscal da SGPS”, Vida Económica, 2003, pp89 e ss.

Legislação sobre Trust, de forma a aperfeiçoar a sua eficácia no combate à prática de concorrência fiscal prejudicial.

2- Recomendações referentes a Fundos de Investimento Estrangeiros ou regras equivalentes:

As normas sobre CFC que submetem o rendimento dessas empresas ao imposto aplicam-se apenas às empresas estrangeiras controladas por accionistas residentes com uma participação significativa (p.ex. mais de 10%). Assim, os residentes podem adiar o imposto interno através da compra de acções em fundos mútuos estrangeiros. Se tais fundos são detidos por muitos, não serão controlados por um grupo pequeno de accionistas residentes, nem nenhum accionista residente possui uma participação significativa no fundo. Deste modo, os detentores de fundos mútuos estrangeiros não estarão sujeitos às normas de protecção anti-abuso existentes na legislação sobre CFC dos países residentes. Para contrariar esta situação vários países adoptaram normas equivalentes sobre fundos de investimento estrangeiro com esta finalidade, embora não sejam muitos comuns nos Estados Membros. Noutros países, esta política das regras do fundo de investimento estrangeiro é mais alargada uma vez que pretendem eliminar o diferimento para todos os investimentos passivos em entidades estrangeiras.

As recomendações quanto aos Fundos de Investimento Estrangeiro são semelhantes às destinadas às CFC's: os países que ainda não têm regras deste tipo devem considerar adoptá-las e os que as já têm devem procurar aplicá-las aos rendimentos e entidades cujas práticas são consideradas como constituindo concorrência fiscal prejudicial.

3- Recomendações referentes a isenções ou outras formas de isentara rendimentos estrangeiros no contexto da concorrência fiscal prejudicial

Os países que aplicam o método de isenção para eliminar a dupla tributação de rendimentos provenientes do exterior, deverão adoptar regras que garantam que o rendimento estrangeiro que beneficiou de práticas fiscais tidas como concorrência fiscal prejudicial não possa beneficiar do método de isenção.

Recomenda-se um mínimo de restrições que deverão ter por base:

- a) *os países de onde é proveniente o rendimento exterior:* a isenção não deverá ser concedida a rendimentos provenientes de países incluídos numa lista de paraísos fiscais ou de regimes fiscais prejudiciais;
- b) *o tipo de rendimento:* rendimentos estrangeiros que claramente podem ser atribuídos a práticas que constituem concorrência fiscal prejudicial não deverão beneficiar da isenção;
- c) *A taxa efectiva de imposto a que o rendimento foi sujeito:* os sistemas que praticam o método de isenção têm, por norma, restrições baseadas numa taxa mínima de imposto efectivamente paga no estrangeiro. No entanto, recomenda-se que tal prática seja conjugada com os outros aspectos³⁸ do sistema fiscal preferencial prejudicial indicados no Capítulo II do Relatórios

³⁸ Os outros aspectos a ter em consideração são: Taxas de imposto inexistentes ou baixas; existência de regimes “ring-fencing”, falta de transparência; falta de troca de informações.

4- Recomendações referentes a regras sobre trocas de informações

Os países que não possuem de regras referentes à troca de informações sobre transacções internacionais e operações externas dos seus contribuintes deverão adoptá-las, devendo a troca de informações entre países ser feita de acordo com estas regras.

Pretende-se a introdução de medidas que ajudem os países a obter informações sobre as actividades externas dos seus contribuintes e que possam ser relevantes para aplicar convenientemente as suas regras sobre rendimentos.

A troca de informações deverá obedecer ao disposto no artº. 26 do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património.

5- Recomendações sobre regulamentos e práticas administrativas

Os países em que o fornecimento de informações referentes à situação particular de um contribuinte está dependente de regras pré-determinadas, deverão tornar públicas as condições para concederem, negarem ou revogarem essa informações.

A publicação, de uma forma que proteja a confidencialidade do contribuinte, das condições para que seja concedida informação sobre um contribuinte, garante a transparência da política fiscal de um país relativamente a certas actividades que podem facilmente ser re-localizadas e é essencial para a aplicação de medidas destinadas a evitar que a concorrência fiscal prejudicial se desenvolva num ou mais países.

6- Recomendações referentes a regras sobre preços de transferência

Os países deverão seguir os princípios sobre preços de transferência estabelecidos nas *Guidelines de 1995, da OCDE*,³⁹ e abster-se de aplicar ou não aplicar as suas regras sobre preços de transferência numa forma que constitua concorrência fiscal prejudicial.

7- Recomendações referentes ao acesso a informações bancárias para fins fiscais

No contexto das medidas para combater a evasão fiscal, os países deverão rever as suas leis, regulamentos e práticas que regulam o acesso à informação bancária, no sentido de remover os impedimentos para aceder a tal informação pelas autoridades fiscais.

B- Recomendações referentes a Tratados sobre Dupla Tributação

Os Estados deverão aproveitar a celebração de tratados para estabelecerem medidas para combater as práticas fiscais prejudiciais.

1- Recomendações referentes a uma maior e mais eficaz utilização das trocas de informações

Os Estados deverão tomar a seu cargo o estabelecimento de programas para intensificar a troca de informação relevante

³⁹ Cfr. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OCDE, 1995.

relativa a transacções em paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais que constituam concorrência fiscal prejudicial.

Procura-se que a informação obtida por um país seja partilhada com todos os países com que esteja relacionada.

2- Recomendações relativas aos benefícios atribuídos pelos tratados

Os países deverão incluir nos seus tratados fiscais normas destinadas a restringir o direito aos benefícios atribuídos aos rendimentos e empresas de forma a evitar um aproveitamento prejudicial dos mesmos e considerar como as normas existentes nas suas convenções fiscais podem ser aplicadas como o mesmo propósito.

O Modelo de Convenção deverá ser alterado de forma a incluir esse tipo de normas.

Evitar que residentes de Estados terceiros beneficiem das disposições dos Tratados bilaterais (exs. negar às empresas que não tenham uma actividade económica substancial os benefícios do Tratado uma vez que não são consideradas como o verdadeiro proprietário dos rendimentos formalmente a elas atribuídos, negar os benefícios do tratado a práticas consideradas concorrência fiscal prejudicial).

3- Recomendações referentes à clarificação do estado das regras domésticas anti-abuso e interpretação dos tratados fiscais

Os comentários ao Modelo de Convenção deverão remover qualquer incerteza ou ambiguidade no que respeita à compatibilidade das medidas da legislação doméstica anti-abuso

com o Modelo de Convenção. Ajudar-se-ia, assim, a garantir que as medidas domésticas anti-abuso e a jurisprudência são compatíveis com os Tratados.

4-Recomendações referentes à lista de normas específicas de exclusão dos benefícios constantes nos Tratados

O Comité deverá preparar um conjunto das disposições usadas pelos países para excluir dos benefícios dos tratados fiscais certas entidades ou tipos de rendimentos. Esta lista será usada pelos países membros como um ponto de referência nas negociações de tratados fiscais e uma base para discussão no Fórum.

5- Recomendações referentes a Tratados Fiscais com Paraísos Fiscais

Os Estados deverão pôr término aos Tratados já celebrados com paraísos fiscais e abster-se de assinar novos tratados com paraísos fiscais.

Pôr término a um Tratado pode dar origem a incidentes políticos e diplomáticos envolvendo quer os países contratantes quer países terceiros. Assim, esse acto terá maior credibilidade se forem vários países a tomar tal atitude em relação aos paraísos fiscais.⁴⁰

6- Recomendações referentes à coordenação de acções de repressão

Os países deverão coordenar programas (exames simultâneos, projectos específicos de trocas de informação, actividade de formação conjuntas) destinados a combater práticas fiscais

⁴⁰ O critério para identificar um paraíso fiscal encontra-se na Secção II do Capítulo II e é uma importante base de apoio para os países que pretendam tomar a decisão de pôr término a um Tratado assinado com um paraíso fiscal.

prejudiciais referentes a rendimentos ou a benefícios atribuídos aos contribuintes.

Exs: realização de auditorias conjuntas de dois países a empresas subsidiárias, acções de formação conjuntas relativas a temas como preços de transferência, implementação de CFC ou regras sobre Fundos de Investimentos Estrangeiros.

7- Recomendações referentes à assistência a reclamações fiscais

Os países deverão ser encorajados a rever as suas regras referentes às reclamações e direitos dos outros países, devendo o Comité prosseguir o seu trabalho nesta área, tendo em vista delinear normas que possam ser incluídas em convenções fiscais para aquele objectivo.

C- Recomendações para intensificar a cooperação internacional no combate à concorrência fiscal prejudicial

Embora um Estado possa actuar de forma isolada no combate às práticas fiscais concorrenciais, a verdade é que uma acção multilateral terá outra força.

Aliás, se um país actuar isolado pode até piorar a situação em que se encontra. Por exemplo, como resultado das suas medidas isoladas para combater a concorrência fiscal prejudicial, pode acontecer que a actividade alvo dessas medidas pura e simplesmente mude para um outro lugar que não esteja a aplicar medidas para combater tais práticas. Assim, esta acção individual não resolveu o problema, apenas o deslocou para um outro lugar.

O sucesso de muitas das medidas atrás indicadas depende da possibilidade de as mesmas serem aplicadas de forma coordenada. Esta

conjugação de esforços reforçará a eficácia das medidas unilaterais e envolverá um conjunto de elementos, dos quais se destacam:

- A adopção de um conjunto de Princípios (*Guidelines*) destinados a assegurar que os países membros abster-se-ão de adoptar regimes fiscais preferenciais que constituam concorrência fiscal prejudicial e que gradualmente eliminem os regimes fiscais preferenciais prejudiciais actualmente existentes.
- a criação de um corpo subsidiário do Comité, o “Forum on Harmful Tax Practices”, para tomar em consideração, entre outras coisas, a discussão contínua de experiências relacionadas com os problemas colocados pelos paraísos fiscais e pelos regimes fiscais preferenciais prejudiciais e a eficácia das medidas tomadas para responder a tais práticas.
- a preparação de uma lista de jurisdições que constituam paraísos fiscais;
- o desenvolvimento e a promoção de princípios de Boa Administração Fiscal (Good Tax Administration) relevantes no combate às práticas fiscais prejudiciais.

1- Recomendações para *Guidelines* e um Forum on Harmful Tax Practices

Os Estados membros deverão adoptar os Princípios⁴¹ estabelecidos para fazer frente aos regimes fiscais preferenciais

⁴¹ Os princípios estão indicados no quadro III do Relatório e procuram que os Estados não adoptem ou reforcem medidas legislativas ou administrativas que constituam prática fiscal prejudicial, identifiquem as suas medidas legislativas que poderão ser consideradas prejudiciais e as comuniquem ao Fórum que elaborará uma lista onde elas constarão, removam, num espaço de 5 anos a contar da data da aprovação das *Guidelines*, as características prejudiciais dos seus regimes fiscais, que comuniquem ao Fórum a existência de medidas que não estejam incluídas na lista e que constituam práticas fiscais prejudiciais, que coordenem, através do Fórum, as medidas internas ou constantes em Tratados destinadas a fazer frente às práticas fiscais prejudiciais adoptadas por outros países e que o Fórum encoraje os Estados não membros a adoptarem estes Princípios. *V.Harmful Tax Competition- An Emerging Global Issue*, Recommendation 15, pp 53 e ss.

prejudiciais e estabelecer um Fórum⁴² que implemente a aplicação desses princípios e outras recomendações do Relatório.

2- Recomendação para produzir uma lista de Paraísos Fiscais

O Fórum deverá ser mandatado para estabelecer, no prazo de um ano após a sua primeira reunião, uma lista de paraísos fiscais⁴³, tendo em conta os critérios avançados na secção II do Capítulo II. A lista servirá para que os Estados membros coordenem as suas medidas destinadas a fazer frente aos problemas postos pelos paraísos fiscais e encorajará estas jurisdições a reverem as suas políticas.

Esta lista não será um constrangimento para que os Estados apliquem medidas anti-abuso destinadas a combater práticas fiscais prejudiciais.

3- Recomendação referente às ligações com paraísos fiscais

Os países que têm ligações políticas, económicas ou outras com paraísos fiscais deverão certificar-se de que essas ligações não contribuem para uma concorrência fiscal prejudicial e que, em particular, os países que têm dependências consideradas paraísos fiscais se certifiquem que estes paraísos fiscais não são utilizados

⁴² Sobre os poderes e competências do Fórum ver, igualmente, a Recomendação 15 do Relatório (cfr nt 41).

⁴³ O Relatório OCDE de Junho de 2000 intitulado “Towards Global Tax Co-Operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful tax Practices” identificou: a) 47 regimes fiscais preferenciais prejudiciais estabelecidos em países membros da OCDE; b) apresentou uma lista de 35 países que estavam dentro dos critérios para identificação de paraísos fiscais. Em 18 de Abril 2002 o Comité dos assuntos Fiscais da OCDE identificava 7 paraísos fiscais não cooperantes: Andorra, Liechtenstein, Libéria, Mónaco, Ilhas Marshall, Nauru e Vanuatu

de forma a aumentar ou a promover a concorrência fiscal prejudicial.

4- Recomendação para desenvolver e promover activamente Princípios de Boa Administração Fiscal (Good Tax Administration)

O *Strategic Management Forum* seja responsável pelo desenvolvimento e promoção activa de um conjunto de princípios que guiem as administrações fiscais na implementação das Recomendações do Relatório.

Os princípios servirão para intensificar a coordenação entre as administrações fiscais, facilitarão a coordenação na aplicação de medidas de combate à evasão fiscal e identificarão e combaterão a prática fiscal concorrencial prejudicial.

5- Recomendação para que países não-membros se associem às recomendações

O Fórum deverá dialogar com países não-membros, no sentido de promover a aplicação das Recomendações do Relatório, incluindo as *Guidelines*.

II- MEDIDAS GERAIS CONTRA A EVASÃO FISCAL

Como vimos, algumas das Recomendações da OCDE para combater a evasão fiscal internacional reconhecem a existência de medidas unilaterais tomadas por parte de alguns Estados, procurando que elas continuem e que sejam reforçadas pelas próprias recomendações.

A segunda parte deste capítulo será, então, dedicada a analisar algumas dessas medidas destinadas a neutralizar as vantagens de regimes fiscais preferenciais instalados noutros países.

Destas contra-medidas analisaremos:

- 1- aplicação de regras ou princípios de abuso de direito;
- 2- Legislação sobre o controlo de empresas estrangeiras;
- 3- Normas de residência e emigração;
- 4- Medidas contra Treaty Shopping
- 5- Normas sobre preços de transferência;
- 6- Subcapitalização

1- Aplicação de regras ou princípios de abuso de direito

Praticamente todos os países de elevada tributação possuem normas destinadas a questionar a validade de operações que formalmente são regulares, mas que, debaixo dessa aparência legal, escondem intenções exclusivamente, ou pelo menos principalmente, fiscais.

Entramos, assim, na área do negócio jurídico simulado, uma vez que há uma divergência entre a declaração negocial e a vontade real.

Para determinar se determinada operação com efeitos fiscais corresponde ou não à vontade real dos declarantes é necessário averiguar se a mesma possui (i) substância económica suficiente para ser respeitada para fins

fiscais e (ii) qual a motivação subjectiva que esteve na sua origem, isto é se as partes tiveram outras intenções além das de obter benefícios fiscais.

Se a operação não teve uma finalidade comercial predominante (**princípio da finalidade comercial**) ou se a realidade económica e social não prevalece sobre a redacção literal das disposições legais (**princípio da prevalência da substância sobre a forma**), a norma é que tal negócio seja considerado nulo, e atribui-se primazia à realidade económica da operação em detrimento da forma jurídica adoptada. Desta forma, ignora-se a operação realizada com o fim de evasão fiscal, sendo a mesma substituída por uma transacção normal e o imposto é aplicado como se o contribuinte não realizasse a operação ignorada mas uma operação tributável semelhante.

A aplicação duma medida deste tipo poderá levar a que um Estado desconsidere a personalidade jurídica de uma empresa intermédia localizada em paraíso fiscal, ignorando-se as transacções efectuadas apenas com a finalidade de evitar a tributação.⁴⁴

2- Legislação sobre o controlo de empresas estrangeiras (*Controlled Foreign Corporation – CFC*)

Os rendimentos obtidos no estrangeiro só são tributados, em regra, quando são recebidos no país de residência do seu titular.

Deste modo, é possível adiar o pagamento de imposto retardando o seu envio (ou, até, não enviando) para o país de residência, mediante a interposição de uma empresa situada num terceiro país (Controlled Foreign

⁴⁴ Ex do que se acaba de afirmar é o caso norueguês conhecido como o caso *Panamá*, datado de 1937. O que se passou foi que alguns armadores noruegueses estabeleceram uma empresa no Panamá em sociedade com uma outra empresa norueguesa que detinha 52% da empresa panamiana. Os armadores venderam dois navios à empresa e o tribunal decidiu que a empresa norueguesa estava sujeita à tributação norueguesa na sua parte do rendimento da empresa do Panamá. A razão da decisão foi ter sido considerada a empresa do Panamá como um acordo pro-forma.

Corporation –CFC), controlada pelo titular dos rendimentos e onde os mesmos são acumulados.

Estas empresas situam-se, normalmente, em paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais.

Os Estados têm procurado reagir contra este tipo de planeamento fiscal abusivo mediante a imposição de normas internas que estendem a sua aplicação até à área onde o rendimento estrangeiro é acumulado e que determinam que esse rendimento é tributado independentemente de haver ou não distribuição.

A legislação interna pode ser aplicada às CFC independentemente do local da sua residência (método mundial) ou apenas a certas jurisdições caracterizadas por serem de baixa tributação (método da jurisdição).

As normas sobre o controlo de CFC têm por finalidade impedir a transferência de rendimento a empresas não residentes associadas, apoiar outra legislação na luta contra a evasão fiscal ou alcançar uma política de neutralidade de exportação de capital.

Apesar de praticamente todos os países de tributação elevada terem legislação sobre CFC, as normas variam muito de legislação para legislação, sendo esta uma daquelas iniciativas unilaterais que necessita de ser uniformizada ou aproximada de acordo com as recomendações da OCDE que acima foram indicadas.

Há diferenças no que se refere:

- *ao conceito de CFC*: as normas de CFC aplicam-se nos casos em que os accionistas residentes têm uma influência substancial ou controlo sobre uma empresa estrangeira, mas a definição de influência substancial e de controlo não é uniforme;
- *como deve ser tributada*: as normas aplicam-se apenas ao rendimento atribuível à CFC, pelo que nem todas as transacções podem ser sujeitas à legislação do controlo das empresas estrangeiras;

- *quem deve ser tributado*: o accionista residente deve possuir uma percentagem mínima de acções da CFC antes de lhe serem aplicadas as normas de atribuição, mas essa percentagem mínima varia de Estado para Estado;^{45/46}

3- Normas sobre residência e emigração⁴⁷

Um país que tribute de maneira geral o rendimentos dos seus cidadãos, onde quer que eles residam, não terá que se preocupar com a mudança de residência, uma vez que daí não resultará qualquer perda de receita.

Já um país que aplique um sistema de tributação territorial sofrerá com a emigração se as fontes do rendimento dentro da sua jurisdição forem afectadas.

São conhecidos casos de pessoas que transferiram a sua residência para jurisdições de conveniência, com a única finalidade de evitar a tributação sobre os seus rendimentos, mas que, no entanto, continuam a viver de facto onde sempre viveram.⁴⁸

Começam, por isso, a surgir normas com vista a contrariar esta situação e a tratar a emigração como um facto tributável.

Os métodos geralmente aplicados são:

- a) aplicação de impostos de saída (*exit taxes*): com a emigração, os rendimentos obtidos são considerados como realizados para efeitos tributários e os ganhos de capital provenientes mas ainda não

⁴⁵ V. O que atrás (Cap. III, I-A,2) foi dito sobre a utilização de Fundos Mútuos estrangeiros como meio para escapar a esta imposição.

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos sobre CFRCv. Tiago Caiado Guerreiro “O Novo Regime Fiscal das SGPS”, Vida Económica, 2003.

⁴⁷ Sobre a necessidade de reformular o conceito de residência e domicílio v. Robert Anthony and Cécile Villacres “The Future of Tax Sharing Internationally: A Dream or a Reality”, in Tax Planning International Review, BNA, March 2002 e Nigel Goodeve-Docker “The Arcane World Of Domicile And Tax”.

⁴⁸ V. Rotondaro, “The Pavarotti case”, European Taxation, 2000, p. 385 e ss.

realizados relativos aos bens estimados devem ser avaliados e incluídos na base tributável.

Se o imposto de saída se aplicar a todos os bens ou rendimentos diz-se *general exit taxes* e se se aplicar apenas a alguns bens diz-se *limited exit taxes*.

- b) Extensão da incidência fiscal (*trailing taxes*): o contribuinte emigrado continua a ser considerado residente no país onde anteriormente residia, apesar de ter estabelecido residência noutro país. Continua, por isso, sujeito a imposto nos seus rendimentos gerais no país da sua anterior residência, sejam eles referentes a bens que já possuía na altura da emigração ou a bens adquiridos posteriormente.

Difere da modalidade anterior por ser liquidado não quando ocorre a mudança de residência, mas sim quando o rendimento é realizado.

4- Medidas contra treaty shopping

O uso abusivo de convenções fiscais é uma prática comum de evasão fiscal internacional.

A particularidade deste tipo de evasão fiscal está em recorrer ao direito internacional público (utilização de tratados celebrados entre Estados soberanos), suscitando, assim, dificuldades suplementares de resposta do Estado lesado, pois as medidas que tomar para combater esta prática terão que se fazer no quadro do respeito pelos tratados internacionais que celebrou. Por isso, as normas destinadas a combater esta prática surgem, normalmente, nos próprio tratados internacionais que celebra.⁴⁹

⁴⁹ V. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “O controlo e combate às práticas tributárias nocivas”, Conferência CIAT, 2003, Lisboa.

A OCDE, como se viu, estabeleceu recomendações no sentido de serem incluídas nas convenções fiscais normas destinadas a combater esta prática, apelando a uma maior troca de informações e à aplicação do princípio do “beneficiário efectivo”, consagrado no Modelo de Convenção nos artºs. 10º a 12º.

Independentemente desta consagração nas convenções fiscais de medidas destinadas a combater o uso abusivo dos tratados por parte de residentes de Estados terceiros, vários países, considerando inaceitável este aproveitamento, adoptaram medidas a nível de direito interno tendentes a anular estas práticas:

- medidas específicas que recusam os benefícios a entidades isentas de imposto no seu país de residência (as *holdings 1929* do Luxemburgo⁵⁰ estão excluídas das convenções tributárias do Luxemburgo);
- medidas abrangentes impostas de acordo com a legislação interna ou convenções (um Decreto Suíço de 1962 sobre Abuso, exclui os depositários ou mandantes de não residentes dos benefícios da convenção);
- as convenções dos Estados Unidos contêm um artigo (artº. 22) sobre os limites dos benefícios que exclui certos residentes dos benefícios da convenção;

5- Preços de Transferência⁵¹

Por ser uma das formas mais utilizadas de evasão fiscal (interna e internacionalmente) tem merecido por parte de todos os Estados uma atenção especial e praticamente todas as legislações de países de elevada tributação

⁵⁰ Sobre as Companhias Holding 1929, v. José Manuel Braz da Silva “Os Paraísos Fiscais”, Almedina, 2000, pp 99 e ss.

⁵¹ Sobre Preços de Transferência v. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OCDE, 2001

possuem normas destinadas a combater esta prática de planeamento fiscal internacional.

Medidas permitidas e aconselhadas pela OCDE que dedica o artº 9º do seu Modelo de Convenção a esta temática.

As *Guidelines* da OCDE estabelecem critérios, internacionalmente reconhecidos, de apreciação e valorização dos preços de transferência.

Na determinação do preço de transferência recorre-se ao princípio de plena concorrência (*arms length price*). De acordo com as orientações da OCDE *arm's length price* é “o preço que teria sido acordado entre partes não relacionadas envolvidas na mesma ou em transacções semelhantes nas mesmas condições ou condições semelhantes no mercado livre”.

No entanto, o estabelecimento do *arm's length price* não é tarefa fácil.

Sem pretender aprofundar o tema, uma vez que, embora relacionado, ultrapassa o âmbito deste trabalho, adiantaremos de forma muito breve alguns dos problemas que se levantam e considerações a ter em atenção:

- dificuldade em encontrar um preço de mercado aberto quando os mecanismos de mercado não entram em jogo ou quando se trata de adoptar uma determinada estratégia comercial;
- o recurso ao método comparativo (comparação entre as condições praticadas numa operação vinculada e as condições praticadas numa operação entre empresas independentes) nem sempre é possível;
- pode tratar-se de um produto único no mercado, sem qualquer semelhante, não havendo por isso possibilidade de comparar preços;
- os mercados em que operam as empresas independentes e as empresas associadas deverão ser comparáveis;
- um preço baixo pode ser uma estratégia de penetração num mercado que se pretende conquistar;

Apesar destas dificuldades, as medidas de combate à evasão fiscal internacional pela utilização de preços de transferência partem sempre do princípio de plena concorrência e da comparação entre preço praticado entre entidades associadas e preço praticado entre entidades independentes, atribuindo aos Estados a faculdade de corrigir o preço praticado sempre que entendam que este não corresponde àquele que seria praticado entre empresas independentes e, conseqüentemente, de tributar por este novo preço corrigido.

6- Subcapitalização⁵²

A subcapitalização é, igualmente, uma prática abusiva de evasão fiscal, resultante de empréstimos concedidos por sociedades não residentes com quem existem relações especiais. Empréstimos que rendem juros (geralmente a taxas elevadas) e cujos pagamentos constituem distribuições ocultas de dividendos, evitando-se assim a tributação que lhes era devida e beneficiando do regime de tributação mais favorável atribuído aos juros.

Esta prática tem merecido a reacção dos países por ela afectados. Por norma procedem à requalificação do “excedente” dos juros considerando-os como dividendos e tributando-os como tal.

As medidas de combate a esta prática variam de país para país, sendo possível identificar quatro tipos:

- medidas que têm em conta o princípio *arm's length*: averigua se as taxas de juro praticadas seriam as mesmas caso se tratasse de entidades independentes;
- medidas relacionadas com a *distribuição de lucros ocultos*: as medidas a aplicar tratam o juro do empréstimo como um dividendo;

⁵² O relatório da OCDE de 1987 afirmava que o termo subcapitalização é geralmente usado para descrever “capital social oculto” através de empréstimos excessivos, v. OCDE *Issues in International Taxation*, n.º.2: *Thin Capitalization*, Paris, 1987

- *não existência de normas*: jurisdições que não têm normas específicas sobre este assunto, tratando a subcapitalização com o recurso a medidas gerais contra a evasão fiscal, como o abuso de direito;
- medidas que determinam um *rácio fixo*: medidas que determinam um máximo para o *rácio* endividamento-capital social para restringir os empréstimos concedidos, controlando os accionistas não residentes. O devedor residente não pode deduzir o juro sobre os empréstimos provenientes de certos accionistas não residentes resultante do excesso do *rácio* endividamento-capital social especificado.

III- O Combate à Evasão Fiscal Internacional no Direito Português

A- Definição de Paraíso Fiscal

“Tendo em conta as dificuldades em definir “paraíso fiscal” ou “regime fiscal claramente mais favorável”, o legislador nacional, na esteira das orientações seguidas por outros ornamentos jurídico-fiscais, optou, nuns casos, por razões de segurança jurídica, pelo sistema de enumeração casuística e, noutros, por um sistema misto, estando, no entanto, ciente de que tais soluções obrigam a revisões periódicas dos países, territórios ou regiões que figuram na lista.”⁵³

⁵³ Portaria n.º. 150/2004, de 13 de Fevereiro, DR n.º. 37-Iª Série-B.

O critério que o Direito português utiliza para determinar se estamos na presença de um “paraíso fiscal” ou de um “regime fiscal claramente mais favorável é”:

- 1- Enumeração casuística: são considerados “paraísos fiscais” ou “regimes fiscais claramente mais favoráveis” os países, territórios ou regiões constante de uma lista oficial aprovada por portaria do Ministério das Finanças (v. Port. nº. 150/2004, de 13 de Fevereiro).
- 2- comparativo: a pessoa singular ou colectiva está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando (cfr. Artº. 59º, nº. 2 e 60º, nº. 3 do CIRC):
 - a. Residir em território onde não seja tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRS ou ao IRC, ou
 - b. Quando o montante do imposto pago for igual ou inferior a 60% do que seria devido se a referida entidade fosse considerada residente em território português.

Luís Menezes Leitão⁵⁴ considera este critério desajustado pelos seguintes motivos:

- a lista que define paraíso fiscal corre o risco de ficar desactualizada a qualquer momento e restringe as possibilidades de contestação judicial dessa qualificação;
- parece que o legislador quer considerar paraísos fiscais todos os Estados que não adoptaram o modelo português dos impostos sobre

⁵⁴ Cfr Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *ob cit.*

os rendimentos (um Estado que adopte uma tributação cedular em matéria de impostos sobre o rendimento será um paraíso fiscal?).

- o estatuído nos artigos 59º, nº. 3 e 60º, nº. 7, al.c) do CIRC obrigam o contribuinte a provar relativamente a entidades residentes em qualquer outro país do mundo, que elas não se encontram sujeitas a um regime fiscal privilegiado.

Apesar das suas deficiências, é este o critério que o legislador nacional usa para definir “regime fiscal claramente mais favorável” e que serve de base para o conjunto de normas de direito interno orientadas para o combate à evasão fiscal internacional que, a seguir, passaremos a analisar.

B- Cláusula geral antiabuso – artº 38º, nº. 2 da Lei Geral Tributária (LGT)⁵⁵

A cláusula geral anti-abuso (CGAA) surge no nosso sistema jurídico com a Lei nº. 87-B/98, de 31/12, que aprovou o Orçamento de estado para 1999.

Começou por ser inserida no Código de Processo Tributário vindo, posteriormente, a ser transferida para a LGT.

A sua redacção actual⁵⁶ foi introduzida pela Lei nº. 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

⁵⁵ Sobre este assunto v., entre outros, Gustavo Lopes Courinha “A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário”, Almedina, 2004, José Casalta Navais “Direito Fiscal”, Almedina, 2ª edição, 2004, pp 217 e ss, J. L. Saldanha Sanches, “Manual de Direito Fiscal”, Coimbra, 2ª edição, 2002, pp 120 e ss, Diogo Leite Campos “Problemas Fundamentais do Direito Português”, Vislis, 1999, pp 191 e ss.

⁵⁶ Artº. 38º, nº. 2 da LGT: “São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”

Esta norma permite que a Administração Fiscal anule os efeitos fiscais de um determinado negócio jurídico⁵⁷, desde que prove que a forma jurídica utilizada na realização do negócio, teve como único fim a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos.

São negócios ou actos jurídicos de planeamento fiscal lícito (tax avoidance) uma vez que não há a violação de qualquer norma jurídica, mas a que a administração fiscal retira eficácia por os considerar um aproveitamento abusivo da lei fiscal, dado excederem manifestamente os limites à liberdade contratual, nomeadamente a boa fé.⁵⁸

A aplicação desta norma não tem sido pacífica, havendo mesmo quem a considere inconstitucional.⁵⁹

A contestação nasce do facto de a eficácia jurídica de um negócio lícito e desejado pelas partes ser retirada administrativamente, apenas porque não corresponde aos desejos da Administração Fiscal em tributar pela forma mais onerosa para o contribuinte.

Acresce que a aplicação da CGAA contraria o direito do contribuinte à poupança fiscal e à liberdade de gestão fiscal. Na verdade, dentro da sua obrigação geral de pagar impostos o contribuinte é livre de escolher as formas menos onerosas e fá-lo-á dentro do livre exercício de um direito integrado na sua autonomia privada.

A aplicação da CGAA leva, também, a uma interferência da administração na gestão das empresas. É dever dos administradores de uma empresa tomar decisões de gestão com vista a, dentro do que a lei permite, obter a maximização dos lucros e a minoração dos custos. Optar pelo negócio jurídico que tivesse mais custos fiscais para a empresa poderia ser considerado uma acto de gestão danosa. No entanto, a Administração Fiscal vem tributar

⁵⁷ A liquidação de qualquer imposto com base em disposições antiabuso importa a abertura de um procedimento próprio, regulado no artº. 63º do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT).

⁵⁸ Cfr artº. 334º do Código Civil .

⁵⁹ cfr. Diogo Leite Campos, *ob. cit*, pp 215 e ss.

um negócio que as partes não desejaram e que possivelmente não celebrariam por considerarem que a carga fiscal que sobre ele impende é excessiva.

Aqueles que defendem esta cláusula alegam que a liberdade contratual tem limites, que a cláusula contribui para uma maior igualdade e proporcionalidade na distribuição da carga fiscal e que se deve atender ao princípio da prevalência da substância sobre a forma, isto é, a sujeição ao imposto deve se aferida em termos económicos e não puramente jurídicos.⁶⁰

As críticas apontadas pelos que contestam a aplicação duma cláusula desta natureza parecem-nos pertinentes. De facto, o direito de escolher a forma jurídica mais conveniente para pagar menos imposto, é um factor que deverá ser aceite enquanto critério de planeamento fiscal. Nada obriga a que o constituinte tenha que escolher a forma mais gravosa.

Por seu lado, a Administração Fiscal não deverá orientar-se unicamente por critérios de maximização da recita fiscal. As críticas que se fazem à interpretação puramente económica das normas fiscais têm aqui toda a razão de ser.

O critério a seguir deverá, pois, basear-se numa análise caso a caso. Se o negócio foi realizado por motivos fiscais, mas também económicos e/ou financeiros, deverá ser considerado válido. Se é fruto duma operação artificiosa⁶¹ que visa efeitos puramente fiscais, então o apelo ao princípio do abuso de direito e aos limites da liberdade negocial terá toda a razão de ser, devendo o negócio ser desconsiderado nos efeitos fiscais pretendidos.

Seguindo este critério, sempre que uma operação efectuada entre um residente no território nacional e uma entidade residente num regime fiscal claramente mais favorável tenha fins económicos e/ou financeiros (mesmo que

⁶⁰ Sobre a interpretação económica das normas fiscais v., entre outros, J.L. Saldanha Sanches, *ob . cit* pp 108 e ss e 120 e ss.

⁶¹ Como ex. veja-se o caso *Furnizz v. Dawson*, citado em “Lei Geral Tributária-Anotada e Comentada”, Vislis, 3ª Edição, 2003, p.182.

conste da Lista oficial do Ministério das Finanças), deverá ser considerada válida, ainda que daí resulte um benefício fiscal considerável.

Questão diferente é a de saber se esta cláusula tem aplicação no âmbito da elisão fiscal internacional quando está em causa a aplicação de uma Convenção sobre dupla tributação.

Por exemplo, se a empresa do País C constitui uma empresa no país B com a única finalidade de beneficiar das vantagens do Acordo de Dupla Tributação (ADT) que este tem com o país A, poderá a CGAA ser aplicada? Não será uma cláusula a aplicar apenas no âmbito do direito interno?

Trata-se de uma situação lícita que permite obter uma vantagem fiscal pela utilização abusiva de uma ADT. Uma situação não prevista e não desejada pelas partes contratantes.

A aplicação da CGAA nestas situações, sendo possível, deverá ser a última das opções, pois antes de mais deverão ser aplicadas, se existirem, as próprias disposições dos Tratados e, de seguida, os princípios de Direito Internacional Público de aplicação das Convenções de acordo com a boa fé (v. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados).

As normas gerais anti-abuso não são usuais nos Tratados Internacionais, sendo mais usuais as normas específicas anti-abuso. A Convenção Modelo da OCDE apresenta normas específicas quanto ao “beneficiário efectivo”, sobre a extensão da residência para fins unicamente tributários, sobre preços de transferência, subcapitalização, etc.

Sempre que determinada situação não possa ser analisada à luz destas normas específicas, então poderá a CGAA interna ter aplicação. No entanto, existem alguns riscos como, por exemplo, utilizarem-se critérios de análise e interpretação baseados no sistema jurídico interno, esquecendo as especificidades do direito internacional, e a insegurança para o contribuinte proveniente dos diferentes critérios de interpretação das diferentes administrações fiscais.

C- A inversão do ónus da prova

O princípio do ónus da prova em Direito Fiscal encontra-se regulado no artº. 74º da LGT, o qual deve ser complementado, no processo judicial, pelo artº. 100º do CPPT.⁶²

À administração tributária cabe o ónus da prova dos pressupostos dos factos constitutivos dos direitos que pretender exercer. Há, porém, excepções.

O artº 59º do CIRC é uma medida anti-abuso que revela uma situação de inversão do ónus da prova.

Estabelece que não serão aceites, em princípio, como encargos dedutíveis, certos pagamentos efectuados a pessoas singulares ou colectivas residentes em território onde estejam sujeitas a regime fiscal claramente mais favorável, a não ser que o contribuinte prove que tais encargos correspondem a operações efectivamente realizadas e que não têm um carácter anormal ou um montante exagerado. Estes pagamentos estão sujeitos a uma taxa de tributação autónoma, definida no artº. 81º, nº. 8 do CIRC (35% ou 55%, caso se trate de contribuintes isentos ou que não exerçam, a título principal, actividades de natureza comercial, industrial ou agrícola).

Esta regra evita que a administração tenha que demonstrar a falsidade da operação para poder cobrar o imposto e remete para o contribuinte a obrigação de provar que tais pagamentos têm origem em operações efectivamente realizadas.

A lógica desta inversão do ónus da prova está em que é o contribuinte quem se encontra em melhor posição para realizar a prova do direito que invoca.

O contribuinte deve mostrar a efectiva realização do negócio ou do serviço e que a despesa não é exagerada. Sobre este último aspecto, parece-nos que o critério a utilizar pelo contribuinte será o do *arm's length price*, isto

⁶² cfr. José Casalta Nabais, *ob. Cit*, pp393 e ss.

é, deverá provar que a relação entre o preço pago e os benefícios recebidos corresponde ao que normalmente é praticado no mercado para situações idênticas.

D- Controlled Foreign Companies

O artº 60º do CIRC constitui uma norma específica anti-abuso destinada a combater a evasão fiscal internacional a que normalmente estão associadas este tipo de sociedades.

O objectivo desta norma é desincentivar a transferência de rendimentos para estas sociedades, normalmente situadas em paraísos fiscais, ou, para utilizar a terminologia do legislador português, regime fiscal claramente mais favorável.

Há países (EUA e Canadá, p.ex) em que estas disposições se aplicam a todas as sociedades não residentes, independentemente do local ou país onde estejam colocadas.

Portugal, à semelhança da maioria dos países, restringe a sua aplicação às sociedades estabelecidas em regimes fiscais claramente mais favoráveis.

O nº. 1 do artº. 60º do CIRC estabelece que sejam imputados aos sócios residentes em território português, na proporção da sua participação social e independentemente de distribuição, os lucros obtidos por sociedades residentes fora do território nacional e aí submetidos a um regime claramente mais favorável.

Para que este regime se aplique é necessário que o sócio detenha, directa ou indirectamente, uma participação social de, pelo menos, 25%, ou, no caso de a sociedade não residente ser detida, directa ou indirectamente, em mais de 50%, por sócios residentes, uma participação social de, pelo menos, 10%.

A imputação corresponde ao lucro obtido pela sociedade, depois de deduzido o imposto sobre o rendimento incidente sobre esses lucros, a que houver lugar de acordo com o regime fiscal aplicável no Estado de residência dessa sociedade (artº 60º, nº. 2). Procura-se, assim, evitar a dupla tributação mediante a aplicação de uma técnica de transparência fiscal.

O nº 3 define os critérios para determinar quando é que a sociedade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável (constar da lista publicada pelo Ministério das Finanças, ou quando aí não for tributada em imposto sobre o rendimento igual ou idêntico ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60% do IRC que seria devido se a sociedade residisse em território nacional).

O nº 4 deste artigo exclui deste regime as entidades cuja actividade preencha cumulativamente as seguintes condições:

- a) os lucros sejam provenientes em, pelo menos, 75% do exercício de uma actividade agrícola ou industrial no território onde estão situadas ou do exercício de uma actividade comercial que não tenha como intervenientes residentes em território português ou, tendo-os, esteja dirigida predominantemente ao mercado do território em que se situa;
- b) A actividade principal da sociedade não residente não consista na realização das seguintes operações:
 - 1) Operações próprias da actividade bancária, mesmo que não exercida por instituições de crédito;
 - 2) Operações relativas à actividade seguradora, quando os respectivos rendimentos resultem predominantemente de seguros relativos a bens situados fora do território de residência da sociedade ou de seguros respeitantes a pessoas que não residam nesse território;

- 3) Operações relativas a partes do capital ou outros valores mobiliários, a direitos de propriedade intelectual ou industrial, à prestação de informações respeitantes a uma experiência adquirida no sector industrial, comercial ou científico ou à prestação de assistência técnica;
- 4) Locação de bens, excepto de bens imóveis situados no territórios de residência.

E- Subcapitalização

A subcapitalização consiste em mais uma prática abusiva de evasão fiscal a que o legislador português entendeu fazer frente mediante a introdução de uma cláusula anti-abuso específica – artº. 61º do CIRC.

Como vimos atrás, trata-se aqui de empréstimos concedidos por sociedades não residentes a uma empresa relacionada. Estes empréstimos podem ser não mais do que uma forma disfarçada de reforço de capitais próprios da sociedade residente. Estando sujeitos a juros, beneficiam de um regime de tributação mais favorável do que a distribuição de lucros.

O artº 61º, nº. 1 do CIRC limita a capacidade de endividamento de um sujeito passivo em relação a uma entidade não residente com quem possua relações especiais⁶³. Sempre que esse endividamento for excessivo os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável

Estabelece um limite máximo de endividamento correspondente ao dobro do valor da correspondente participação no capital próprio do sujeito passivo (artº. 61º, nº 3 do CIRC). No entanto, se exceder o coeficiente de endividamento estabelecido no nº 3 pode não ser aplicado o nº.1 desde que o

⁶³ Cfr. Artº. 58º, nº. 4 do CIRC

sujeito passivo demonstre, nos termos do nº. 6, que podia ter obtido o mesmo nível de endividamento e em condições análogas de uma entidade independente.

O legislador português consagrou nesta disposição legal as orientações da OCDE sobre esta matéria, adoptando o princípio *arm's length price*.

F- Preços de Transferência

No âmbito do combate à evasão fiscal a matéria referente a preços de transferência assume especial destaque pela atenção que tem merecido quer por parte das diferentes jurisdições, quer por parte da OCDE.

A regulação desta matéria tem por objectivo anular a manipulação de preços entre entidades relacionadas e evitar a deslocação de lucros ou prejuízos por razões fiscais.

A nível nacional os preços de transferência encontram-se regulados no artº. 58º do CIRC e na Portaria nº. 1446-C/2001, de 21 de Dezembro.

No Preâmbulo da Portaria indicada estabelece-se que “o regime dos preços de transferência tem como paradigma o princípio da plena concorrência... por se entender que a sua adopção permite não só estabelecer uma paridade no tratamento fiscal entre as empresas integradas em grupos internacionais e empresas independentes como neutralizar certas práticas de evasão fiscal e assegurar a consequente protecção da base tributável interna”.

Determina o artº 58º, nº. 1 do CIRC que nas operações comerciais efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis.

É a consagração, também, aqui, do princípio da plena concorrência.

A aplicação deste princípio deve, como regra⁶⁴, basear-se numa análise individualizada das operações (artº. 1º, nº 2 da Port. 1446-C/2001).

O método a utilizar na determinação do preço de plena de concorrência deverá ser o método comparativo (“o sujeito passivo deve adoptar... o método ou métodos susceptíveis de assegurar o mais elevado grau de comparabilidade”- artº. 58º, nº. 2 CIRC), estando os métodos a utilizar indicados nº. 3 do artº. 58º CIRC.

Estes métodos estão regulamentados na Port. 1446-C/2001, de 21/12, conforme estipula o nº. 6 do artº. 58 do CIRC.⁶⁵

No nº 4 do artigo que temos vindo a mencionar, é indicado o elenco das situações em que se considera que existem relações especiais entre duas entidades. A lei nº. 107-B/2003, de 31 de Dezembro, acrescentou a este artigo a alínea h) que considera que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra, o que se considera verificado entre “uma entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável residente em país, território ou região constante da lista aprovada pelo Ministério das Finanças”. Esta alteração implica que qualquer operação comercial que um sujeito passivo de IRC efectue com um residente em território com um regime de tributação claramente mais favorável estará sempre sujeita ao regime previsto para situações de relações especiais, mesmo que entre essas duas entidades não existam, de facto, quaisquer relações de dependência.

O nº6 impõe a organização e manutenção de um *Dossier Fiscal* sobre preços de transferência por um prazo de 10 anos.

⁶⁴ As excepções a este método estão contempladas nas alíneas a), b) e c) deste nº. 2 do artº. 1º da Portaria.

⁶⁵ Cfr. Artºs 4º a 10º da Portaria 1446-C/2001, de 21/12.

Caso não respeite o preço de mercado nas transacções com entidades relacionadas não residentes, o sujeito passivo está obrigado a proceder voluntariamente às correcções positivas da matéria colectável na respectiva declaração anual de rendimentos (Mod. 22) - artº 58, nº. 8 do CIRC e artº 3º, nº1 da Portaria 1446-C/2001, de 21/12.

Na declaração anual de informação contabilística e fiscal, o sujeito passivo deve declarar a existência ou não de transacções com entidades relacionadas, identificando as entidades envolvidas, o volume de negócios e mencionar a existência de eventual documentação sobre os preços praticados – artº. 58º, nº. 7

O não acatamento destas obrigações declarativas implica a inversão do ónus da prova, passando a ter que ser o sujeito passivo a provar que cumpriu as obrigações referentes à fixação das condições em transacções com entidades relacionadas. A administração fiscal, por seu lado, poderá proceder à correcção do lucro tributável, devendo, no entanto, efectuar os ajustamentos adequados que sejam reflexo das correcções feitas na determinação do lucro tributável do sujeito passivo artº 58, nº. 11 e artº 3º, nº. 2 da Portaria 1446-C/2001, de 21/12).

A administração pode, ainda, proceder a estes ajustamentos correlativos quando tal resulte de convenções internacionais celebradas por Portugal e nos termos e condições nas mesmas previstos – artº. 58º, nº. 12. Esta medida visa evitar a dupla tributação do mesmo rendimento.

Em virtude destas disposições legais “Portugal passou a dispor de um conjunto de normas coerente e quase completo⁶⁶ que possibilita aos contribuintes zelar pela observância do regime dos preços de transferência e,

⁶⁶ Fica a faltar a publicação de legislação específica sobre as penalidades aplicáveis às situações de incumprimento das obrigações impostas na Portaria 1446-C/2001, de 21/12 e a publicação de legislação que permita a celebração de acordos prévios sobre preços de transferência entre os contribuintes e a administração tributária.

simultaneamente, atribui à Administração Tributária os instrumentos necessários à efectiva fiscalização dessa observância”⁶⁷

No entanto, face à complexidade e à dinâmica desta matéria, estão constantemente surgir novas questões e desenvolvimentos.

As dificuldades resultantes da aplicação do método comparativo, levaram a que a OCDE lançasse em Maio de 2003 um convite geral para comentar este assunto, com o objectivo de providenciar algumas soluções e melhorar as linhas orientadoras nos *Transfer Pricing Guidelines*.⁶⁸

A correlação entre o princípio da independência e o conceito “relações especiais” começa a ser posta em causa, chegando ao ponto de não se atender a situação de relações especiais ou de as ficcionar.⁶⁹

Esta tendência de alguns ordenamentos jurídicos aplicarem de forma “mais liberal” o regime dos preços de transferência parece-nos ser de rejeitar. Se o contribuinte passa a estar sujeito ao livre arbítrio interpretativo da administração tributária, então deixa de contar com qualquer certeza e segurança jurídica, o que com toda a certeza irá afectar as transacções comerciais e financeiras entre as empresas relacionadas.

Parece-nos, pois, uma área em que as interpretações correctivas e/ou extensivas deverão ser evitadas.⁷⁰ E se atendermos a que a tendência interpretativa da Administração Fiscal orienta-se, tendencialmente, no sentido da maximização da receita fiscal, então os direitos dos contribuintes saem seriamente afectados. Na verdade, podemos estar na presença de verdadeiros impostos criados administrativamente o que violaria, no caso português, o

⁶⁷ Joaquim Pedro Lampreia “Os preços de transferência, os acordos de partilha de custos e a tributação de royalties”, in *Fiscalidade*, n.º. 15, Julho de 2003, p.44.

⁶⁸ Cfr. Rita Tavares de Pina, in *Comparabilidade em sede de Preços de Transferência*, in “Jurisprudência Fiscal Anotada”, Almedina, 2003, pp135 e ss.

⁶⁹ Cfr. Prof. Dra. Glória Teixeira, “Preços de Transferência: A Questão da Interpretação e Aplicação do art.º. 57º do CIRC”, in “Jurisprudência Fiscal Anotada”, Almedina, 2001, pp 55 e ss.

⁷⁰ Sobre o conceito de interpretação correctiva e extensiva v. José Oliveira Ascensão “O Direito-Introdução e Teoria Geral”, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição, 1983, pp 330 e ss.

princípio da reserva absoluta da Assembleia da República nesta matéria, sendo, por isso, inconstitucional.

Acresce, ainda, que esta interpretação favorável à administração, poderá (ou deverá) ser considerada inconstitucional, também pelo facto de quando aplicada às empresas resultar numa tributação não correspondente ao rendimento real.⁷¹

As dificuldades sentidas pela Administração Fiscal em qualificar os diferentes negócios jurídicos que podem surgir entre empresas relacionadas, sobretudo no sector financeiro em que a inovação é constante e a comparabilidade difícil, é outro dos problemas que se colocam no âmbito dos preços de transferência.

Daí a interpretação das normas sobre preços de transferência ter que ser feita numa perspectiva em que “a própria ordem jurídica, adaptando-se, adapta a lei a necessidades novas”⁷², respeitando contudo os limites constitucionais da segurança jurídica e da tributação das empresas pelo rendimento real.

G- Residência Fiscal

Os critérios sobre residência e domicílio fiscal encontram-se estabelecidos no artº 16º do CIRS, no artº. 2º do CIRC e 19º da LGT.

Enquanto medida de combate à evasão fiscal interessa-nos analisar o nº 3 do artº. 16º do CIRS.

Diz-se aí que “*são ainda havidas como residentes em território português as pessoas de nacionalidade portuguesa que deslocalizem a sua residência fiscal para país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, no*

⁷¹ Cfr artº. 103, nº. 2 e 104º, nº 2. ambos da CRP.

⁷² José Oliveira Ascensão, *ob. Cit.*, p. 318.

ano em que se verifique aquela mudança e nos quatro anos subsequentes, salvo se o interessado provar que a mudança se deve a razões atendíveis, designadamente exercício naquele território de actividade temporária por conta de entidade patronal domiciliada em território português”

Estabelece-se, assim, um tratamento diferente para a mesma situação. Isto é caso uma pessoa de nacionalidade portuguesa pretenda mudar a sua residência para um país que não esteja incluído na lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, poderá fazê-lo com a maior das facilidades, bastando para tal que comunique a sua nova residência habitual à administração tributária (v. Artº. 19º, nº. 2 da LGT), mas se o país para onde deseja passar a residir habitualmente constar da portaria do Ministro das Finanças, então terá que provar, perante a administração tributária, que existem razões atendíveis para isso.

Se o não conseguir provar continua a ser considerado residente em Portugal, não só no ano em que se verifica aquela mudança como nos quatro anos subsequentes, incidindo o IRS sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora do território nacional (cfr. artºs. 16, nº. 3 e 15º, nº. 1 do CIRS).

Estabelece-se, assim, uma extensão da incidência fiscal (*trailing taxes*), em que o emigrante continua sujeito a imposto quer sobre os seus rendimentos provenientes do país de origem, quer sobre os que obtém no país da sua nova residência habitual.

Creemos que a intenção do legislador terá sido combater situações em que se verifica a mera alteração de residência fiscal, continuando o contribuinte a residir de facto no território nacional.

No entanto, a aplicação deste artigo não deixa de levantar algumas reservas:

1-É de difícil conciliação com o direito de emigração consagrado constitucionalmente (cfr. CRP artº. 44º, nº. 2). É certo que o artigo 16º, nº. 3 do CIRS não proíbe a emigração para os territórios indicados na lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças mas, ao impor à pessoa que deseja emigrar o ónus de provar que a mudança se deve a razões atendíveis, coloca-o em situação desigual perante aqueles que pretendem emigrar para um país que não consta nessa lista e que por isso não têm que dar qualquer satisfação à administração fiscal. Deste modo, há uma clara violação do princípio da igualdade (cfr. artº. 13º da CRP).

Pode muito bem suceder que o contribuinte queira ir residir, de facto, para um desses territórios. Como justificar, então, uma obrigação deste tipo?

2-Viola o princípio comunitário da liberdade de circulação de pessoas: a livre circulação de pessoas implica, p.ex, que um trabalhador tenha livre acesso aos postos de trabalho disponíveis em todos os Estados-membros, nomeadamente onde são mais favoráveis os níveis de remuneração e as condições de trabalho. Ora, o Chipre é simultaneamente Estado-membro da União Europeia e membro da lista da Portaria aprovada pelo Ministro das Finanças.⁷³ Será que um residente no território nacional que pretenda emigrar para o Chipre é obrigado a explicar à administração tributária porque é que ali pretende residir? Uma disposição normativa como a que consta do artº. 16º, nº. 3 d o CIRS é

⁷³ Cfr Portaria nº. 150/2004, de 13 de Fevereiro, DR nº. 37, I Série-B

um obstáculo à liberdade de circulação de pessoas dentro do espaço comunitário e, como tal, no que a este espaço diz respeito, atendendo à primazia do direito comunitário sobre o direito interno, deve ser considerada nula.

3-O exercício de uma actividade temporária por conta de entidade patronal domiciliada em território português: esta indicação legal parece-nos não fazer muito sentido, sendo, até, evitável. Será que o que deverá ser tido em conta não é o exercício uma actividade (temporária ou permanente), *tout court*, independentemente da nacionalidade da entidade a quem é prestada?

4-Pode dar origem a dupla tributação: se a administração tributária não considerar válida a justificação apresentada pelo contribuinte para a sua mudança de residência fiscal para um destes territórios, pode muito bem suceder que os rendimentos que vier a auferir no território para onde vai residir sejam aí tributados e, por força do artº. 16, nº. 3, conjugado com o artº. 15º, nº. 1, ambos do CIRS, sejam tributados também no território nacional.

5-Discriminação em razão da nacionalidade: o estado português vai tributar rendimentos obtidos fora do território nacional só porque o seu detentor tem a nacionalidade portuguesa. Fosse um estrangeiro e tal já não aconteceria, ainda que sempre tivesse residido em território português.

H- Dedução de Menos Valias

O direito nacional não permite a dedução de menos valias resultantes de operações com entidades residentes em territórios indicados na lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças.

No apuramento do saldo positivo ou negativo das mais valias, respeitante às operações efectuadas por residentes previstas nas alíneas b), e) f) e g) do n.º 1 do art.º 10.º do CIRS, não relevam as perdas apuradas quando a contraparte da operação estiver sujeita no país, território ou região de domicílio a um regime fiscal claramente mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças – art.º 43.º, n.º 3 d CIRS.

Não são aceites como custos ou perdas do exercício os suportados com a transmissão onerosa de partes de capital, qualquer que seja o título por que se opere, quando detidas pelo alienante por período inferior a três anos e desde que as partes de capital tenham sido adquiridas a entidades com domicílio em país, território ou região com um regime de tributação claramente mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças. Não são, igualmente aceites como custos ou perdas do exercício os suportados com a transmissão onerosa de partes de capital, qualquer que seja o título que se opere, a entidades com domicílio em país, território ou região com regime de tributação claramente mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças (cfr art.º 23.º, n.ºs 5 e 7 do CIRC).

I- Encargos com imóveis

Os encargos provenientes de imóveis situados no território nacional são agravados quando o seu proprietário é uma pessoa física ou colectiva residente em território com regime fiscal claramente mais favorável.

Estabeleceu o legislador que não são dedutíveis à colecta certos encargos estabelecidos no n.º 1 do art.º 85.º do CIRS.

Assim, a al. a) do n.º 1, não é aplicável quando estes encargos forem devidos a favor de entidade residente em país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, e que não disponha em território português de estabelecimento estável ao qual os rendimentos sejam imutáveis:

Em relação à al. c) deste n.º 1 também não se aplica a entidades residentes em regime fiscal claramente mais favorável e que cá não disponham de estabelecimento estável, excepto se o valor anual das rendas for igual ou superior ao montante correspondente a 1/15 do valor patrimonial do prédio arrendado.

Quanto às pessoas colectivas estabelece o art.º 51.º, n.º 2 do CIRC que “no caso de prédios urbanos não arrendados ou não afectos a uma actividade económica que seja detidos por entidades com domicílio em país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, considera-se como rendimento predial bruto relativamente ao respectivo período de tributação, para efeitos do número anterior, o montante correspondente a 1/15 do respectivo valor patrimonial.”

Esta disposição só não será aplicável se a entidade não residente detentora do prédio demonstrar que este não é fruído por entidade com domicílio em território português e que o prédio se encontra devoluto (art.º 51.º, n.º 3 CIRC).

Recorde-se que o regime geral estabelece que uma empresa proprietária de um prédio em Portugal e que cá não tenha estabelecimento estável só será tributada se o imóvel estiver arrendado ou afecto a qualquer actividade económica.

A Lei nº. 55-B/2004, de 30/12, acrescentou a al. f) ao artº. 80º, nº. 2 do CIRC na qual estabelece uma disposição genérica para todas as entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e aí não possuam estabelecimento estável, determinando que os seus rendimentos prediais estão sujeitos a uma taxa de IRC de 15%.

A carga fiscal que recai sobre imóveis propriedade de entidades residentes em territórios constantes da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças é, também, mais pesada em termos de Imposto Sobre Imóveis: 5%, contra taxas que variam entre 0,4% a 0,8% se forem propriedade de entidades que não constem daquela lista (cfr. artº. 112º do Código do Imposto Municipal Sobre Imóveis – CIMI).

Outro agravamento da carga fiscal que impende sobre estas entidades não residentes é referente ao imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT) em que a taxa a aplicar é sempre de 15%, não se aplicando qualquer isenção ou redução, com excepção da isenção prevista no artº 7º do DL nº. 540/76, de 9 de Julho⁷⁴- cfr artº. 17º, nº. 4 do Código do Imposto Municipal Sobre Transmissões Onerosas de Imóveis (CIMT)

J- Limitações a isenções de imposto de selo

O nº. 3 do artigo 7º do Código do Imposto do Selo (CIS) nega a isenção de imposto referente aos empréstimos com características de suprimentos, incluindo os respectivos juros efectuados por sócios à sociedade em que seja estipulado um prazo inicial não inferior a uma ano e não sejam reembolsados antes de decorridos esse prazo, quando o sócio seja entidade domiciliada em

⁷⁴ O DL nº. 540/76, de 09/07, Institui um sistema de poupança-crédito destinado aos emigrantes portugueses . Artº. 7º, nº. 1- beneficiam de isenção de sisa as aquisições de prédios ou suas fracções autónomas efectuadas com empréstimos concedidos nos termos deste diploma; nº. 2 – os imóveis mencionados no nº anterior ficam também, durante dez anos, isentos de contribuição predial.

território sujeito a regime fiscal privilegiado a definir por portaria do Ministério das Finanças.

K- Limitações a outros benefícios fiscais

O Estatuto dos Benefícios Fiscais exclui de alguns dos benefícios que atribui entidades residentes em territórios sujeitos a um regime fiscal claramente mais favorável:

- a) o artº. 26º, nº. 2, al ab)- relativamente às mais valias realizadas por não residentes, ficam excluídas das isenções de IRS e IRC definidas no nº. 1, as entidades não residentes e sem estabelecimento estável em território português que sejam domiciliadas em país, território ou região, sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças. De acordo com o disposto no nº 3, al. a) deste artigo, também não é aplicável o nº. 1 às pessoas singulares não residentes e sem estabelecimento estável em território português que sejam residentes em país, território ou região, sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças.
- b) De acordo com o estipulado no artº. 31º, nº. 3, no que respeita às mais valias e aos encargos financeiros suportados quando as partes de capital tenham sido adquiridas a entidades com as quais existam relações especiais, nos termos do artº 58º, nº. 4 do CIRC, ou entidades com domicílio, sede ou direcção efectiva em território sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças...não se aplica o nº. 2 (estabelece que as mais valia e

as menos valias realizadas pelas SGPS e pelas SCR mediante transmissão onerosa...não concorrem para a formação do lucro tributável destas sociedades).

- c) Estes territórios estão, também, excluídos dos benefícios fiscais ao investimento de natureza contratual estabelecidos no artº.39º, por força do seu nº. 6.
- d) No que respeita às casas de renda condicionada, o nº. 7 do artº. 41º exclui das isenções nele estabelecidas os sujeitos passivos de imposto que tenham domicílio em território sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças.
- e) A isenção de imposto municipal sobre imóveis definida no artº. 42º, nºs 1 e 3, também não se lhes aplica, por força do seu nº. 8.

Capítulo IV

A Zona Franca da Madeira

A Zona Franca da Madeira, ou offshore da Madeira, foi criada em 1980 com a publicação do DL nº. 500/80, de 20 de Outubro.

Afirmava-se, então, no preâmbulo deste diploma legal, que a implementação de uma zona franca na Madeira tinha por objectivo criar as condições para o aparecimento de novos sectores industriais voltados para o desenvolvimento económico e social da Região. Tendo em conta esta finalidade, a zona franca terá natureza industrial, constituindo uma área de livre importação e exportação de mercadorias.

A este diploma legal seguiu-se-lhe o Decreto Regulamentar nº. 53/82, de 23/08, que veio dar cumprimento ao disposto no artº 3º daquele primeiro DL, isto é veio definir o regime jurídico-fiscal aplicável às mercadorias, a natureza, âmbito territorial, características da zona franca e regulamentação da actividade nela desenvolvida.

Estabelece o artº 1º deste Decreto Regulamentar que a zona franca é “um enclave territorial onde as mercadorias que nele se encontrem são consideradas como não estando no território aduaneiro para efeito da aplicação de direitos aduaneiros, de restrições quantitativas e de demais imposições ou medidas de efeito equivalente, sem prejuízo da aplicação de disposições que venham a ser tomadas em casos excepcionais.”

Permite-se a entrada na zona franca de mercadorias de qualquer natureza, seja qual for a sua quantidade e os países de origem, proveniência ou destino, salvo nos casos excepcionais indicados no nº. 2 do artº 3º.

São permitidas na zona franca todas as actividades de natureza industrial, comercial ou financeira, estando os pedidos de instalação das unidades económicas sujeitos a apreciação e deferimento do Governo Regional.

As empresas que pretendam realizar operações de carácter industrial deverão fazê-lo constar do pedido de instalação, fazendo a descrição pormenorizada de todo o processo de produção. Este pedido está sujeito, ainda, a parecer da Alfândega do Funchal quanto aos aspectos técnico-fiscais.

No artº. 6º do Dec-Reg citado estabelece-se as obrigações contabilísticas a que estão sujeitas as empresas instaladas na zona franca.

A saída de mercadorias da zona franca para o estrangeiro e para o território nacional deverá obedecer aos requisitos estipulados no artº. 8º. No nº. 8 deste artigo estabelece-se que serão livres de direitos aduaneiros as mercadorias nacionais ou nacionalizadas provenientes das zonas francas e que nelas tenham entrado nas condições referidas no nº. 4 do artigo 3º (entrada na zona franca mediante guias)...

Estas são, em traços muito largos, as principais características desta zona franca.

O decreto-lei nº. 502/85, de 30/12, veio reconhecer que os incentivos fiscais são um importante pólo de atracção e dinamização dos investimentos a realizar, introduzindo, assim, a possibilidade de as empresas cuja autorização viesse a ser autorizada naquela zona franca beneficiarem de um amplo conjunto de incentivos fiscais, cuja concessão seria efectuada em regime contratual, em função dos critérios de prioridade económica ou social que o Governo Regional viesse a definir.

Estabeleceu-se, assim, a possibilidade de as empresas virem a beneficiar de isenções referentes à contribuição industrial, imposto complementar, sisa, imposto de capitais e imposto complementar sobre os juros de empréstimos internos, mais valias, etc.

Na concessão destes benefícios deveria atender-se à utilização de recursos regionais, níveis de exportação, criação de postos de trabalho e ao sector de actividade.

Na concessão destas isenções e reduções de taxas de impostos sobre o rendimento deveriam ter-se presentes os efeitos decorrentes das medidas que fossem aplicáveis para eliminar as duplas tributações internacionais.

A contabilidade destas empresas deverá ser de forma a que se possa distinguir, clara e inequivocamente, o lucro das actividades exercidas na zona franca.

Pelo D.L. nº. 165/86, de 26/06, estabeleceu-se um novo conjunto de incentivos fiscais e financeiros que poderiam ser concedidos pelo Governo Regional, com os seguintes objectivos:

- promover a instalação de novos projectos de investimento;
- atrair e fixar factores de produção;
- apoiar o arranque e a estabilização das empresas instaladas.

Ali encontramos incentivos financeiros (artº. 5º), incentivos fiscais aos sócios (artº 6º), às empresas (artº. 7º), às operações de capitais (artº 8º), à transferência de tecnologia (artº. 10º), incentivos no âmbito da segurança social (artº. 9º).

No artº. 11º refere-se que o investimento estrangeiro poderá beneficiar deste regime de benefícios fiscais, garantindo-se, ainda, às empresas estrangeiras registadas na zona franca, bem como aos respectivos sócios e titulares,

- liberdade de repatriação de capitais investidos e lucros;
- liberdade de transferência de fundos referentes a operações comerciais;
- não imposição de restrições à importação de capitais e simplificação dos respectivos procedimentos administrativos;

Esta matéria de benefícios fiscais a atribuir pela Zona Franca da Madeira passou a estar regulada no Estatuto dos Benefícios Fiscais (DL n.º. 215/89, de 1 de Julho) vindo a sofrer várias alterações até aos nossos dias.⁷⁵

A- Os benefícios fiscais às zonas francas

Iremos, agora, fazer uma breve referência aos benefícios fiscais atribuídos às entidades instaladas na Zona franca da Madeira, constantes dos art.ºs. 33.º⁷⁶ e 34.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF).

1- Isenção de IRS ou de IRC, até 31 de Dezembro de 2011, em relação aos rendimentos obtidos nos termos definidos nas alíneas do n.º 1 do art.º 33.º, às:

- a) entidades instaladas na zona demarcada industrial;
- b) entidades devidamente licenciadas que prossigam a actividade da indústria de transportes marítimos;
- c) instituições de crédito e sociedades financeiras;
- d) entidades que prossigam a actividade de gestão de fundos de investimento;
- e) entidades que prossigam a actividade de seguro ou de resseguro, nos ramos “não vida”
- f) sociedades gestoras de fundos de pensões e as de seguro ou resseguro, no ramo “Vida”, e que assumam compromissos exclusivamente com não residentes no território português, exceptuados os respectivos estabelecimentos estáveis nele situados;
- g) sociedades gestoras de participações sociais;
- h) outras entidades não referidas nas alíneas anteriores

⁷⁵ A alteração mais recente ocorreu com a Lei n.º. 55-B/2004, de 30/12, que aditou o artigo 33.º-A (Lucro tributável das operações realizadas no âmbito das Zonas Francas da Madeira e da Ilha de Santa Maria).

⁷⁶ Este artigo aplica-se quer à Zona Franca da Madeira quer à da Ilha de Santa Maria.

2- as entidades que participem do capital social de sociedades instaladas nas zonas francas e referidas nas alíneas a), b), g) e h) do nº. 1, gozam, com dispensa de qualquer formalidade, de isenção de IRS ou de IRC, até 31 de Dezembro de 2011, no que se refere aos rendimentos indicados nas alíneas a) e b) do nº. 2 do artº. 33º do EBF;

3- o nº4 do artº 33º estabelece uma isenção de IRC relativamente aos juros de empréstimos contraídos por entidades instaladas na zona franca...

4- São atribuídas, ainda, isenções de IRS e IRC, sem indicação de qualquer limite temporal, aos rendimentos indicados nos nº. 5, 6, 7 e 8.

No nº 10 exclui-se destas isenções de IRS e IRC os rendimentos obtidos em território português, exceptuando as zonas francas.

No nº seguinte estabelece-se uma isenção do imposto de selo a entidades licenciadas nas zonas francas da Madeira e da Ilha de Santa Maria, bem como às empresas concessionárias de exploração das mesmas zonas francas, salvo as excepções aí indicadas, beneficiando estas de isenção de IRC até 2017 (cfr- nº. 12).

Os números 13, 14, 15 e 16 estabelecem normas referentes à residência.

A falta de apresentação de provas de não residente e de inexistência das condições previstas no nº. 1, al c), subalínea 2), ou o desconhecimento doloso ou negligente desta últimas, implica a sujeição às consequências penalizadoras do nº. 19.

Exige-se que as instituições de crédito e as sociedades financeiras que não exerçam em exclusivo a sua actividade na zona franca, organizem a sua contabilidade de modo a permitir o apuramento dos resultados das operações realizadas no âmbito das zonas francas.

No artº do 34º do EBF estabelece-se um *regime especial aplicável às entidades licenciadas na zona franca da Madeira a partir de 1 de Janeiro de 2003*.

De acordo com este regime, os rendimentos das entidades licenciadas a partir de 1 de Janeiro de 2003 até 31 de Dezembro de 2006 para o exercício das actividades mencionadas no nº. 1 do artº. 34º, são tributados em IRC, até 31 de Dezembro de 2011, nos seguintes termos:

- nos anos de 2003 e 2004 à taxa de 1%
- nos anos de 2005 e 2006, à taxa de 2%
- nos anos de 2007 a 2011, à taxa de 3%.

Para beneficiarem deste regime devem estas entidades observar um dos requisitos indicados nas als a) e b) do nº. 2 (criação de 5/6 postos de trabalho e montante mínimo de investimento de €75000)

São estabelecidos limites aos benefícios a receber através da aplicação de plafonds máximos à matéria colectável objecto do benefício fiscal em sede de imposto sobre o rendimento de pessoas colectivas (cfr nºs. 3 e 4 do artº. 34º EBF).

O regime de tributação do nº. 1 aplica-se às SGPS, exceptuando-se os rendimentos obtidos no território português, não incluindo as zonas francas, ou em outros Estados membros da Comunidade Europeia, que são tributados nos termos gerais.

Estabelece-se, ainda, ^para as entidades que exerçam actividades industriais, benefícios na dedução de 50 % à colecta de IRC, desde que preencham , pelo menos, duas das condições indicadas nas alíneas do nº. 6.

A lei do Orçamento de Estado para 2005 (Lei nº. 55-B/2004, de 30/12), acrescentou ao EBF o artº 33º-A .

É um artigo direccionado para as instituições de crédito e sociedades financeiras, estabelecendo que se considera, para efeito do nº. 20 do artigo anterior (apuramento dos resultados das operações realizadas no âmbito das zonas francas) que pelo menos 85% do lucro tributável da actividade global destas entidades resulta de actividades exercidas fora do âmbito institucional das Zonas francas da Madeira e da Ilha de Santa Maria.

B- Trust off-shore

Apesar de a lei interna portuguesa não admitir esta figura, o DL nº. 352-A/88, de 3 de Outubro veio instituir para a zona franca da Madeira um regime jurídico para o trust, ressalvando-se no seu preâmbulo que o “objectivo deste diploma visa, tão-somente, a instituição de *trusts* apenas destinados a actividades off-shore, ou seja, com base num critério de extraterritorialidade, sem qualquer interferência no ordenamento jurídico interno e exclusivamente protagonizado por pessoas colectivas- as *trust companies*- que usufruem do mesmo estatuto”.

Ao longo deste diploma estabelecem-se as características do trust (artº. 2º), reconhece-se os trusts constituídos ao abrigo de lei estrangeira, estabelecem-se os requisitos para que o trust seja considerado off-shore (artº. 4º), a lei aplicável (a designar pelo instituidor-artº. 5º), estabelece-se que o trust deverá obedecer à forma escrita e assinado pelo instituidor, com reconhecimento notarial da assinatura (artº. 6º), indicam-se as cláusulas obrigatórias que o trust deve conter (artº 7º), indica-se o regime dos actos de constituição, modificação ou extinção do trust (artº 8º), estabelece-se a obrigação de registo destes actos e os elementos que devem constar do registo (artºs 9º e 10º), garante-se o segredo dos nomes do instituidor e dos

beneficiários e estabelecem-se sanções para a violação deste segredo (artº. 11º), impõe-se o pagamento de um quantitativo pecuniário anual (artº. 12º).

No capítulo III deste diploma legal estabelece-se o regime de constituição e funcionamento de sociedades e sucursais de *trust offshores*, destacando-se a obrigatoriedade de estas sociedades e sucursais necessitarem de autorização do Governo Regional da Madeira para a sua constituição e funcionamento.

Obriga-se a sua constituição sob a forma de sociedades anónimas e as suas acções serão nominativas numa percentagem não inferior a 51% do capital social (artº. 22º).

Podem constituir-se e subsistir com qualquer número de accionistas (artº 22º), exige-se capital social mínimo, estão sujeitas ao pagamento de uma taxa de instalação e de uma taxa anual de funcionamento (artº. 27º), no momento da emissão da autorização, têm que prestar uma caução para garantia do exacto e pontual cumprimento das obrigações que assumem e podem realizar as operações de investimento com residentes em território nacional, sob qualquer forma ou modalidade, nos mesmos termos e condições legais em que estes podem realizar tais operações com instituições estabelecidas noutro território cambial.⁷⁷

C- O Registo Internacional de Navios da Madeira (MAR)

O MAR surge através do DL nº. 96/89, de 28/ de Março, diploma que sofreu já algumas alterações⁷⁸ e que foi objecto de regulamentação pela Portaria nº. 715/89, de 23 de Agosto.

⁷⁷ Sobre os *Trust* na Zona Franca da Madeira v., ainda, o DL nº. 149/94, de 25/05 – Registo dos instrumentos de gestão fiduciária.

⁷⁸ Cfr. DL nº. 393/93, de 23/11, DL nº. 5/97, de 09/01, DL 31/97, de 28/01, DL 331/99, de 20/08 e DL 248/2002, de 8/11.

À semelhança do que fizemos com o *Trust* vamos fazer um breve apanhado dos aspectos mais importantes do DL 96/89, de 28/03.

Com a criação do MAR pretendeu-se “que este registo figure entre os registos internacionais considerados de qualidade, tanto mais que os navios que o vão utilizar arvorarão a bandeira portuguesa, pelo que se estabelece no presente diploma que todas as convenções internacionais de que o Estado Português seja signatário obrigarão também o Registo Internacional de Navios da Madeira. Ainda com vista a assegurar a qualidade do registo terão de ser garantidos sistemas eficazes de fiscalização dos navios.

Este registo, para além de vir a funcionar como elemento de dinamização da marinha de comércio nacional e factor de estancagem da passagem de navios portugueses para bandeira de conveniência, será também um importante factor de dinamização económica da Região Autónoma da Madeira e do País...”⁷⁹

O MAR tem por fim efectuar o registo de todos os actos e contratos referentes a ele sujeitos, estando as suas competências definidas no artº. 3º.

Os navios registados no MAR arvoram a bandeira portuguesa (artº 6º).

As sociedades e suas formas de representação bem como os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada que prossigam a actividade da indústria de transportes marítimos na Região Autónoma da Madeira farão parte da actividade desenvolvida no âmbito institucional da Zona Franca e como tal integrarão aquela zona para todos os efeitos, desde que o requeiram e sejam devidamente licenciadas.

A constituição e funcionamento destas entidades depende de autorização do Governo Regional da Madeira, estando sujeitas ao pagamento de uma licença de instalação e de uma licença anual de funcionamento, não estando, no entanto, obrigadas a ter a sua sede social na Região Autónoma da Madeira (artºs. 8º, nºs 1 e 2 e 11º, nº. 1). Os seus membros de administração, direcção

⁷⁹ Cfr. Preâmbulo do DL 96/89, de 28/03.

ou gerência não ficam sujeitos a requisitos de nacionalidade ou residência (artº. 12º).

Regem-se pelas disposições do Código das Sociedades Comerciais e do DL nº. 248/86, de 25/08, não estando, contudo, sujeitas aos requisitos de capital mínimo (artº. 9º, nºs. 1 e 2).

As entidades de nacionalidade estrangeira que pretendam constituir na Região Autónoma da Madeira sociedade ou estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou outra forma local de representação cujo objecto consista no exercício da indústria de transporte marítimo não carecem de autorização para efeitos de importação de capital (artº. 10º).

A compra e venda de navios registados no MAR não está sujeita a qualquer autorização (artº. 13º), podendo a venda de navios ser feita por declaração de venda, com reconhecimento presencial da assinatura do vendedor (artº 14º, nº. 1). A constituição de hipoteca terá que constar de documento assinado pelas partes, com reconhecimento presencial das assinaturas (artº. 14º, nº.2).

No artº 15º estabelecem-se normas quanto aos navios que são objecto de registo no MAR.

As entidades off-shore que requeiram o registo terão que fazer prova do licenciamento na Região Autónoma da Madeira, do título de aquisição do navio e da liquidação das taxas a que se refere o nº. 2 do artº. 8º (cfr. Artº. 17º, nºs 1 e 2).

Pode ser autorizado o registo temporário no estrangeiro de navios afretados a casco nu (artº. 18º).

O comandante e pelo menos metade dos tripulantes dos navios registados no MAR devem ser cidadãos portugueses, salvaguardando os casos indicados no nº. 2 do artº. 20º.

O regime fiscal aplicável é o correspondente à zona franca da Madeira (artº. 24º).

Os actos de registo comercial previsto neste diploma estão isentos de qualquer taxa ou emolumento (artº. 26º).

Os actos de registo dos navios implicam o pagamento de uma taxa aquando da efectivação do registo e de uma taxa de manutenção anual.

A terminar refira-se que o Decreto Legislativo Regional nº. 18/2004/M, de 28 de Julho, aprovou a orgânica do Serviço de Apoio Funcional ao Registo Internacional de Navios da Madeira.

Bibliografia

I- Nacional

Ascensão, José de Oliveira – O Direito – Introdução e Teoria Geral, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

Cadernos de Ciência Técnica e Fiscal – Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal, nº. 167

Caldas, António Castro, A transferência de Residência Fiscal de Sociedades em IRC, Fiscalidade, nº. 15, Julho de 2003

Campos, Diogo Leite de, Problemas Fundamentais do Direito Tributário – Evasão Fiscal, Fraude Fiscal e Prevenção Fiscal, Vislis, 1999

Campos, Diogo Leite de, Lei Geral Tributária- comentada e anotada, 3ª edição, Vislis, 2003.

Campos, João Mota de, Manual de Direito Comunitário, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000

Campos, Mónica Leite de: Os Paraísos Fiscais na Comunidade Europeia e a Gestão Bancária Internacional, Revista da Ordem dos Advogados, Janeiro de 1997

Catarino, João Ricardo, Impostos Sobre o Património, Vislis, 2004

CIAT – Conferência Técnica “Aspectos Fundamentais das Acções de Controlo das Administrações Tributária”, Lisboa, 2003

Courinha, Gustavo Lopes – A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, Almedina, 2004

Cunha, Patrícia Noiret Silveira da, A Fraude Fiscal no Direito Português, Revista Jurídica da FDL, nº. 22, Março 1998

Esteves, Jaime Cravalho, Imposto Sobre Sucessões e Doações cobrado por Avença e Directiva “Sociedades Mãe – Filiais” sobre Dividendos, Jurisprudência Fiscal Anotada, Almedina, 2001

Faria, Maria Teresa Barbot Veiga de, Paraísos Fiscais: Formas de utilização e medidas de combate à evasão fiscal

Faria, Maria Teresa Barbot Veiga de, A Diferenciação de Tratamento Fiscal Como Instrumento de Desenvolvimento das Economias Isoladas e de Pequena Dimensão, Economia e Prospectiva, nº. 13/14, Jul/Dez, 2000

Guerreiro, António Lima, Lei Geral Tributária Anotada, Rei dos Livros, 2000

Guerreiro, Tiago Caiado, O Novo Regime Fiscal das SGPS, Vida Económica, 2003

Guerreiro, Tiago Caiado, A Fiscalidade do Comércio Electrónico, Lisboa, 2000

Gomes, Nuno Sá, Problemas Fundamentais do Direito Tributário – Os benefícios fiscais na Lei Geral Tributária e na Legislação Complementar, Vislis, 1999

Gomes, Nuno Sá, Evasão Fiscal, Infracção fiscal e Processo Penal, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº. 177, Lisboa, 1997

Lampreia, Joaquim Pedro, Os preços de Transferência, os acordos de partilha de custos e a tributação de royalties, Fiscalidade, nº. 15, Julho de 2003

Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, O Controlo e Combate Às Práticas Tributárias Nocivas, Conferência CIAT, 2003

Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, Evasão e fraude fiscal internacional, Colóquio “A Internacionalização da Economia e Fiscalidade”, Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças, 1993.

Leservoisier, Laurent, Os paraísos fiscais, Europa-América, 1990

Magalhães, José, Constituição da República Portuguesa, Edoitorial Notícias, 2001

Magalhães, José, Dicionário da Revisão Constitucional, Europa-América, 1989

Miranda, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Vols I, II e III, Coimbra, 1983

Nabais, José Casalta, Direito Fiscal, 2ª Edição, Almedina, 2004

Palma, Clotilde Celorico, “A OCDE, a concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais: Novas formas de discriminação fiscal?”, *Cadernos de Técnica e Ciência Fiscal*, , 403, 2001

Pina, Rita Tavares de, *Comparabilidade em Sede de Preços de Transferência*, *Jurisprudência Fiscal Anotada*, Almedina, 2003

Pina, Rita Tavares de, *Atribuição de Proveitos/Custos a um Estabelecimento Comercial*, *Jurisprudência Fiscal Anotada*, Almedina, 2002

Ribeiro, José Antunes, *Estatuto dos Benefícios Fiscais-Anotado e Comentado*, *Dislivro*, 2004

Sanches, J.L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª Edição, Coimbra, 2002

Sanches, J.L. Saldanha, *O Combate à Fraude Fiscal e a Defesa do Contribuintes: Dois Objectivos Inconciliáveis*, *Revista Oroc – Revisores e Empresas*, Jul/Set 2000

Sanches, J.L. Saldanha, *O Abuso de Direito na Jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo: A IV Directiva Sobre As Contas Das Sociedades e as Normas do Balanço Fiscal*, *Direito Fiscal II*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2002

Silva, José Manuel Braz da, *Os Paraísos Fiscais*, Almedina, 2ª reimpressão, Junho 2004.

Sousa, Jorge Lopes de, *Código de Procedimento e de Processo Tributário*, 4ª Edição, Vislis, 2003,

Teixeira, Glória, *Preços de Transferência: A Questão da Interpretação e Aplicação do Artº 57º do CIRC*, *Jurisprudência Fiscal Anotada*, Almedina, 2001

Teixeira, Glória, *A Tributação do Rendimento, Perspectiva Nacional e Internacional*, Almedina, 2001

Teixeira, Glória, Duarte Barros, *Preços de Transferência*, *Vida Económica*, 2004

Xavier, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, Almedina, 1993.

II- Internacional

Anthony, Robert and Cécile Villacres, The Future of Tax Sharing Internationally: A Dream or a Reality!, Tax Planning International Review, BNA

Australian Taxation Office, Tax Havens and Tax administration, Australian Government, 2004 (www.ato.gov.au)

Avy-Yonah, Reuven, Globalization and Tax Competition: Implications for Developing Countries, University of Michigan Law School, 2001

Bronchi, Chiara, José C. Gomes-Santos, Reforming the Tax System in Portugal, OCDE, 2001

Cain, Charles A ., Offshore Asset Protection-To Trust or Not to Trust

CIAT, Intercambio de Informacion Y Administración Tributaria, Seminario International sobre “ Aspectos de la Tributación Internacional en el Contexto Actual Y Doble Tributación” (www.ciat.org)

Cools, Martine, International Transfer Pricing: Tensions Between Tax Compliance and Management Control, University of Antwerp, 2002

Doggart, Caroline, Paraísos Fiscais, Vida Económica, 3ª edição, 2003

Goekmen, Ariel Sergio, Swiss Banking, ITPA Journal, Vol. V, Number 1, June 2004

Goodeve-Docker, Nigel, The Arcane World of Domicile and Tax

Hay, Richard J., Offshore Financial Centres: the Supranational Initiatives

Martos, Juan Jesus, Las Nuevas Tecnologías como instrumento de fraude fiscal, Universidad Complutense, 2002

Mc Lees, John, The Impact of Tax Compliance Policies on Foreign Investment Decisions, Baker & McKenzie, Chicago, 2002

Owens, Jeffrey, The OECD work on Tax Havens, OCDE, July 2002

Red por la Justicia Fiscal, Declaración de La Red por La Justicia Fiscal, www.taxjustice.net

Saunders, Roy, Understanding Double Tax Treaties

Tanzi, Vito, Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Terminals, CIAT, 2000

Zagaris, Bruce, Application of OECD Tax Haven Criteria To Member States Shows Potential Danger To US Sovereignty

III-Documentos

Consumers in the online marketplace: the OECD guidelines three years later, OECD, 2003

Discussion Draft on The Attribution of Profits to Permanent establishment – Part I (General Consideration), OECD, 2004

Financial Stability Forum reviews vulnerabilities and efforts to strengthen the international financial system, FSF, September 2002

Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue, OECD, 1998

The OECD'S Project On Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report, OECD, 2004.

Towards Global Tax Co-Operation, Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations By the Committee on Fiscal Affairs-Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices, OECD, 2000

Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD,

Índice

Pag.

Introdução_____	01
Capítulo I – Definição e Características Gerais dos Paraísos Fiscais__	05
A- Definição de Paraíso Fiscal_____	05
B- Características Gerais dos Paraísos Fiscais_____	10
Capítulo II – O Planeamento Fiscal Internacional: Formas de utilização	
Dos paraísos fiscais_____	17
I- Introdução_____	17
II- Técnicas de Utilizadas no Planeamento Fiscal Internacional_	18
Capítulo III – Medidas de Combate às Formas de Planeamento Fiscal	
Internacional_____	32
I-As Recomendações da OCDE_____	32
II- Medidas Gerais Contra a Evasão Fiscal_____	45
IV- O Combate à Evasão Fiscal Internacional no Direito Portu	
guês_____	53
Capítulo IV- A Zona Franca da Madeira_____	76
Bibliografia_____	87