

CAPÍTULO IV ELISÃO FISCAL E ELEMENTOS DE CONEXÃO

§ 1º CONCEITO E NATUREZA DA ELISÃO FISCAL INTERNACIONAL

A expressão *elisão fiscal¹ internacional (tax avoidance)* não pode ser assimilada ao conceito de *evasão fiscal (tax evasion)*, pois não está em causa, necessariamente, um ato ilícito pelo qual o contribuinte viola a sua obrigação tributária (conexa com mais do que uma ordem jurídica), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de atos (em princípio) *lícitos*, praticados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, em face de uma pluralidade de regimes fiscais de ordenamentos distintos. Trata-se, em suma, de evitar a aplicação de certa norma ou conjuntos de normas através de atos ou conjuntos de atos que visem a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária em certa ordem jurídica (menos favorável) ou produzam a ocorrência desse fato noutra ordem jurídica (mais favorável).

O caráter mais favorável da ordem jurídica *escolhida* não se traduz necessariamente numa ausência de tributação, podendo os objetivos do contribuinte satisfazer-se com uma tributação mais moderada. E daí que o fenómeno não se restrinja à hipótese de um *conflito negativo* de ordenamentos tributários que, em virtude da definição ou conteúdo dos elementos de conexão acolhidos pelas suas regras de conflitos, se não reconhecem com vocação para submeter a tributo uma certa situação da vida com elementos de estraneidade.

O fenómeno da *elisão fiscal internacional* assenta, assim, num duplo pressuposto: a existência de dois ou mais ordenamentos tributários, dos quais um ou mais se apresentam, em face de uma dada situação concreta, como mais favoráveis que o outro ou outros; a faculdade de opção ou escolha voluntária pelo contribuinte do ordenamento tributário aplicável, pela influência voluntária na produção do fato ou fatos geradores em termos de atrair a respectiva aplicação².

¹ Boa expressão portuguesa, do latim *elidere*, eliminar, suprimir, também utilizada na gramática.

² Cft., sobre evasão e elisão fiscal internacional, em geral, ALFONSO SCHMID, *Die internationale Steuerflucht-Möglichkeiten und Behämpfungsmethoden*, St. Gallen 1961; PIERRE LEVINE, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions*

É precisamente a esta faculdade voluntária de opção ou escolha racional que se referem as expressões “planejamento fiscal” (*tax planning*), “montagens fiscais” ou “engenharia fiscal”.

A essência da figura da elisão fiscal reside precisamente nesta faculdade de eleição da ordem tributária aplicável, não por uma via direta (como sucede no Direito Internacional Privado em matéria de contratos), incompatível com o princípio da legalidade em matéria de tributos, mas pela via indireta de “localizar” certo fato ou fatos num dado ordenamento ou território, exercendo uma influência voluntária no elemento de conexão da norma de conflitos, em termos tais que o fato jurídico em que este se traduz arraste a aplicação do ordenamento mais favorável³.

As modalidades de elisão fiscal internacional podem classificar-se em função da natureza do elemento de conexão utilizado: a elisão fiscal é *subjetiva* se opera através de um elemento de conexão subjetivo, como a residência ou o domicílio do contribuinte; a elisão fiscal é *objetiva* se opera através de um elemento de conexão objetivo, como o local onde se situa a fonte de produção ou de pagamento de um rendimento, designadamente o local do exercício da atividade, ou o local de instalação de um estabelecimento permanente.

A elisão fiscal objetiva pode ainda desdobrar-se em várias espécies, consoante o objetivo do contribuinte em influenciar o elemento de conexão em causa: uma primeira espécie tem por fim *dividir* o rendimento, distribuindo-o entre territórios fiscais distintos; uma segunda espécie tem por objetivo *acumular* o rendimento, fixando-o em território fiscalmente mais favorável, de tal modo que a tributação seja diferida (*tax deferral*) para a eventualidade de o rendimento ser distribuído; enfim uma terceira espécie tem como finalidade *transferir* o rendimento de um ordenamento para outro que lhe conceda tratamento mais favorável.

O problema da natureza jurídica da elisão fiscal internacional não se coloca em termos diversos dos da elisão fiscal no direito interno: trata-se da prática de ato ou

internationales, Paris 1988; P. ADONNINO, La pianificazione fiscale internazionale, in VICTOR UCKMAR (org.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Pádua 1999, 41; V. UCKMAR, La evasión fiscal internacional, in AAVV, *Seis Estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*, Madrid 1980, 193 (195 ss.); ROY SAUNDERS, *Principles of Tax Planning*, Londres 1978. Em Portugal, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Evasão e fraude fiscal internacional, in *A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade – XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa 1993, (299) 328 (o qual defende uma noção abrangente de evasão fiscal internacional, independente da licitude ou ilicitude dos meios empregados – posição da qual discordamos pelas razões expostas no texto).

3 Sobre a possibilidade de influenciar voluntariamente a localização do elemento de conexão no Direito Internacional Privado, veja-se o artigo de MARIA ISABEL JALLES, A plurilocalização e a deslocalização espacial das situações jurídicas internacionais, *Revista de Direito e Economia* 1 (1975), 65. RODRIGO MAITTO DA SILVEIRA, A relevância dos elementos de conexão no planejamento tributário internacional, in PEDRO ANAN JR. (org.), *Planejamento fiscal – Aspectos teóricos e práticos*, vol. II, São Paulo 2009, 307.

conjunto de atos particulares pelo pr como efeito a an que tal ato ou co

A peculiarit conjunto de ato: norma de conflit seja ele decorren

E, assim co fiscalmente men No primeiro cas recai sob o âmb podendo então f te pretende aper fiscais sejam me rios mais adequ

Pelas mesm mente noutro es com a figura da s a *simulação*, por declarada, enqu: precisamente à v violação direta e ções fictícias etc; cujo exercício se; escolha dos me

Pode, poréi *cios jurídicos indi* ou estrangeiro p

A figura d: específica do Di mento jurídico, regra *imperativa* de atos ou conj guram o pressuq de regime jurídi

4 Cfr. ALBERTO

5 Cfr. ALBERTO ID., *Liberdac Tributário e E*

6 Cfr. Frode all DEIRO, Nota l Fiscais, Lisbo

conjunto de atos (operações), no âmbito da esfera de liberdade concedida aos particulares pelo princípio da estrita legalidade ou tipicidade da tributação, e que têm como efeito a aplicação de regime tributário menos oneroso do que se aplicaria sem que tal ato ou conjunto de atos tivesse sido praticado.

A peculiaridade que o fenômeno reveste na esfera internacional é que tal ato ou conjunto de atos visa a atuar, direta ou indiretamente, no elemento de conexão da norma de conflitos, em termos de arrastar a aplicação do regime fiscal mais favorável, seja ele decorrente de tratado ou de direito interno estrangeiro.

E, assim como no plano interno, também no plano internacional o negócio fiscalmente menos oneroso pode ser de exclusão como ser simplesmente redutivo⁴. No primeiro caso, o contribuinte coloca-se em situação tal que o fato tributário não recai sob o âmbito de aplicação de qualquer das normas potencialmente aplicáveis, podendo então falar-se em *conflito negativo de leis*. Mas no segundo caso o contribuinte pretende apenas colocar-se sob a incidência de um tipo legal cujas consequências fiscais sejam menos onerosas, localizando o fato impositivo no território ou territórios mais adequados para o efeito.

Pelas mesmas razões que valem para o direito interno – e que expusemos detidamente noutro estudo⁵ –, a elisão de direito internacional não pode confundir-se nem com a figura da simulação, nem com a da fraude, nem com a do abuso de direito. Com a *simulação*, porque nesta há sempre uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, enquanto na figura em causa os efeitos dos atos jurídicos correspondem precisamente à vontade real de quem os praticou; com a *fraude*, porque nesta há uma violação direta e frontal das normas jurídicas (falsas declarações, falso balanço, operações fictícias etc); com o *abuso de direito*, por não estar em causa um direito subjetivo cujo exercício seja antissocial ou danoso, mas uma esfera de liberdade do particular na escolha dos meios oferecidos pelo direito para a realização dos seus interesses.

Pode, porém, suceder que, para obtenção dos seus fins, as partes celebrem *negócios jurídicos indiretos*, ou seja, utilizem estruturas negociais típicas de direito interno ou estrangeiro para atingir fins que lhes são atípicos.

A figura da “*fraus legis*” – como bem observou GIOVANNI GIACOBBE⁶ – não é específica do Direito Privado, antes se pode revelar em todos os setores do ordenamento jurídico, caracterizando-se por dois traços fundamentais: evitar a aplicação de regra *imperativa* (proibitiva ou preceptiva) de certo ordenamento mediante a prática de atos ou conjunto de atos, em si mesmos lícitos, que simultaneamente não configuram o pressuposto da aplicação da norma “fraudada” e desencadeiam a aplicação de regime jurídico mais favorável para os interesses das partes.

4 Cfr. ALBERTO XAVIER, *O negócio indireto em Direito Fiscal*, Lisboa 1971, 27.

5 Cfr. ALBERTO XAVIER, *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*, São Paulo 2001; Id., *Liberdade fiscal, simulação e fraude no Direito Tributário Brasileiro*, in Id., *Direito Tributário e Empresarial – Pareceres*, Rio de Janeiro 1982, 3.

6 Cfr. Frode alla legge, *Enc. del Dir. XVIII* (1969), 73; ver também ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, Nota breve sobre a fraude à lei, in *Estudos – XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa 1993, 123 ss.

A semelhança do instituto da fraude à lei no Direito Internacional Privado com o instituto da elisão fiscal no Direito Tributário Internacional resulta de em ambos os casos o propósito de evitar a aplicação de certa norma se poder realizar mediante uma *alteração dos elementos de conexão* que a ordem jurídica em que se integra tal norma designa como relevantes para a sua aplicação. A fuga à norma proibitiva de direito privado ou à norma tributária ocorre pelo meio específico da alteração das condições de fato ou de direito de que resulta, nas relações privadas ou fiscais internacionais, a designação da ordem competente para reger dada questão⁷. E isto precisamente porque é na medida em que as conexões das normas de conflitos (tanto do Direito Internacional Privado quanto do Direito Tributário Internacional) são situáveis ou deslocáveis por ação das partes – como tão bem ilustrou MARIA ISABEL JALLES⁸ – que os interessados podem influenciar voluntariamente o domicílio da pessoa física, transferindo-o, a sede da pessoa jurídica, o lugar de instalação do estabelecimento permanente, o local de produção da renda, o lugar da abertura da herança etc.

E daí que se suscite a questão comum a ambos os ramos do Direito: “poderão então as partes, manejando os elementos de conexão como alavancas de comando, determinar a seu arbítrio a lei aplicável?; ou poderão as partes, ‘internacionalizando’ artificialmente a sua ‘situação’, aproveitar-se das normas de conflitos para beneficiarem da aplicação da lei que lhes for mais vantajosa?”⁹.

Da mesma forma que no Direito Internacional Privado se encontram soluções para declarar, em certos casos, ineficazes atuações que configurem a “fuga de uma ordem jurídica para outra”¹⁰, assim também a evolução recente do Direito Tributário Internacional revela reações que contrariam a liberdade absoluta de os particulares modelarem, localizarem ou deslocalizarem as conexões relevantes para efeitos tributários.

Tais reações não podem, porém, revestir a mesma natureza em ambos os setores do Direito, dadas as limitações constitucionais decorrentes dos princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.

Não deixará de anotar-se que uma das complexidades e, do mesmo passo, fragilidades, da tentativa de aplicação da teoria da fraude à lei ao fenômeno da elisão fiscal internacional consiste na pressuposição de que existe uma conexão “normal” ou “natural” para reger uma dada situação, conexão essa às quais os particulares tentam escapar pela atividade fraudatária.

Ora, a reação contra a fraude à lei vem precisamente dos ordenamentos jurídicos que a si próprios se consideram “normalmente” competentes para tributar uma dada situação, competência essa que resultaria da necessária aplicação das suas leis fiscais,

7 Cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Lições de Direito Internacional Privado*, II, Lisboa 1959, 277; JUAN OTERO CASTELLÓ, *El fraude de ley fiscal internacional*, in *XXII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid 1974, 620.

8 Cfr. ISABEL JALLES, *A plurilocalização e a deslocalização espacial*, *cit.*, *passim*.

9 Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (4ª ed.), Coimbra 1990, 273-274.

10 Cfr. BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, 275.

caso o elemento de
“artificialmente man

§ 2º Os i

Os instrumento
se utiliza para atingi
pressupostos da figu
(ou a um certo segn
fiscais preferenciais co
instrumentos pelos q
aplicável são os atos
outros (“operações”
certo território, tais
transferência, a cons
sua relevância, dedic
utilizados na prática

A)

Os ordenamen
tributar, de harmon
desenvolvidos, ou o
atrair capitais estran

- 11 É a “tributação in
ternacional Tribut
- 12 Cfr. MILTON GRU
1972); G. MARE
(org.), *Corso di D
Law-Tax Regimes
LXXXVI-b* (200
ALAIN VERNAY, *Li
fiscaux*, Paris 198
Nova York 1974;
*Tax Haven Encycl
1975*; M. SOLLY,
*International Tax
nazionale*, Milão

caso o elemento de conexão não tivesse sido (do ponto de vista desse ordenamento) “artificialmente manipulado”.

§ 2º OS INSTRUMENTOS DA ELISÃO FISCAL INTERNACIONAL

Os instrumentos da elisão fiscal internacional são os meios de que o sujeito se utiliza para atingir os resultados em vista, podendo classificar-se em função dos pressupostos da figura. Os instrumentos relativos ao ordenamento mais favorável (ou a um certo segmento dele) são facultados pelos *paraísos fiscais* ou pelos *regimes fiscais preferenciais* consagrados em países ou territórios de fiscalidade “normal”; os instrumentos pelos quais se concretiza a escolha do ordenamento ou regime jurídico aplicável são os *atos jurídicos* de cuja prática, isolada ou em conjunto com outro ou outros (“operações”), resulta a fixação ou localização do elemento de conexão em certo território, tais como a celebração de contratos em que se estipulem preços de transferência, a constituição de sociedades-base, a interposição de *holdings*, etc. Pela sua relevância, dedicaremos especial atenção aos *tipos societários* mais frequentemente utilizados na prática internacional.

A) Os paraísos fiscais e os regimes fiscais preferenciais: práticas de concorrência fiscal prejudicial

a) Considerações preliminares

Os ordenamentos fiscais que isentam certos fatos que deveriam “normalmente” tributar, de harmonia com os princípios gerais comumente aceitos em países mais desenvolvidos, ou os tributam a alíquota “anormalmente” baixa¹¹ – via de regra para atrair capitais estrangeiros –, são considerados refúgios, oásis ou paraísos fiscais¹².

11. É a “tributação inferior” (*Minderbesteuerung*) de que fala BÜHLER, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Madrid 1968, 226.

12. Cfr. MILTON GRUNDY, *Tax Havens*, Londres 1972 (há tradução francesa, *Les refuges fiscaux*, 1972); G. MARINO, I “paradisi fiscali”: Problematichesse prospettive, in VICTOR UCKMAR (org.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Pádua 1999, 573; IFA – *Limits on the Use of Law-Tax Regimes by Multinational Businesses: Current Measures and Emerging Trends*, CDFI LXXXVI-b (2001), 959. O tema já fora abordado, mas não do ponto de vista jurídico, por ALAIN VERNAY, *Les paradis fiscaux*, Paris 1968; EDOUARD CHAMBOST, *Nouveau guide des paradis fiscaux*, Paris 1982. Ver ainda WALTER H. DIAMOND/D. B. DIAMOND, *Tax Havens of the World*, Nova York 1974; MARSHALL J. LANGER, *How to use Foreign Tax Havens*, 1975; BARRY SPITZ, *Tax Haven Encyclopedia*, 1976; A. SUMPTION, *Taxation of Overseas Income and Gains*, Londres 1975; M. SOLLY, *Anatomy of a Tax Haven – The Isle of Man*, 1975; WILLIAM G. GIFFORD, *International Tax Planning*, Washington 1974; ELIO BLASIO, *Pianificazione fiscale internazionale*, Milão 1992; JOSÉ MANUEL GARCIA-MARGALLO Y MARFIL, *Los Paraísos Fiscales*, in

aos sócios, com o benefício da redução das alíquotas quanto aos rendimentos que lhes forem pagos por residentes em países signatários dos tratados em causa¹⁶.

A qualificação genérica de refúgio fiscal pode hoje atribuir-se a um número ainda vasto de países e territórios, na sua grande maioria qualificados como regimes fiscais prejudiciais na União Europeia ou como regimes fiscais preferenciais ou paraísos fiscais pela OCDE, por exemplo: na Europa, as Ilhas Anglo-Normandas (Jersey, Guernsey, Man), Andorra, Gibraltar, Luxemburgo, Liechtenstein, Mônaco, Suíça, Chipre, Malta; na América do Norte e América Central, as Antilhas Holandesas, Bermudas, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas (BVI), Panamá; na América do Sul, Uruguai; na África, Libéria; na Ásia e Oceania, Hong-Kong, Novas Hébridas, Nauru.

Relativamente à identificação deste tipo de regimes, conclui-se de uma análise de direito comparado que, para efeitos de aplicação de medidas de controle da concorrência fiscal prejudicial, existem três tipos de soluções: uma definição em termos comparativos de países e territórios que poderão ser considerados como paraísos fiscais, uma definição absoluta e uma enumeração casuisticamente por listas (“listas negras” e “listas cinzas”).

b) As políticas relativas à concorrência fiscal prejudicial

A matéria relativa aos chamados “paraísos fiscais” tem sido nos últimos anos objeto da atenção de organizações internacionais com vistas a restringir as suas consequências negativas no que concerne à alegada “erosão” das receitas fiscais dos países mais industrializados.

Esta atenção não se tem restringido, porém, aos territórios classicamente considerados de nula ou baixa tributação, abrangendo também “regimes fiscais preferenciais” concedidos por países ou territórios de elevados níveis de tributação, mas que têm igualmente por efeito a referida “erosão” das receitas fiscais de outro ou outros Estados, em termos de estes poderem considerar que tais regras, analogamente aos paraísos fiscais, têm por consequência uma “concorrência fiscal prejudicial”.

Como já se observou, em certos países de tributação normal, em razão de uma “fiscalidade de geometria variável”¹⁷, existem zonas do seu território sujeitas a regimes fiscais privilegiados: é o que sucede (ou sucedia recentemente) com os “centros de coordenação” na Bélgica; com o *International Financial Services Centre* de Dublin, na Irlanda; com o Centro Financeiro Internacional de Trieste, na Itália; com a Zona Especial Canária, na Espanha; com o Centro Internacional de Negócios ou Zona Franca da Ilha da Madeira, em Portugal¹⁸.

16 Cfr. LEVINE, *La lutte*, 78.

17 Cfr. TULLIO ROSEMBUI, *Derecho Fiscal Internacional*, cit., 240.

18 Cfr. BORIS GOMBAC, *Les Zones Franches en Europe*, passim; GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, Paris 1991, 653.

Referidas práticas têm sido consideradas, por alguns, como modalidades de “elisão” ou “evasão”, já não praticados pelos contribuintes, mas pelos próprios Estados nas suas relações recíprocas, práticas essas que legitimariam medidas de retorsão dos outros Estados com fundamento na autotutela dos seus interesses fiscais¹⁹.

Foi sobretudo a partir dos anos 1980 que se registrou uma tendência generalizada de introdução de regimes fiscais preferenciais ou privilegiados, essencialmente no tocante à constituição de centros financeiros, sociedades *holding*, centros de coordenação, de serviços, atividades de resseguros etc.²⁰ A generalização deste tipo de regimes traduziu-se numa resposta dos países a uma crescente integração, acompanhada de uma ausência de coordenação.

Com efeito, muitos desses regimes foram abolidos ou alterados, em sequência dos trabalhos sobre a concorrência fiscal prejudicial, levados a efeito na União Europeia e na OCDE.

Assim sucedeu com o *International Financial Services Centre* de Dublin, na Irlanda, com o Centro Financeiro Internacional de Trieste, na Itália, e com o Centro Internacional de Negócios ou Zona Franca da Ilha da Madeira, em Portugal, profundamente modificados pelos mesmos motivos.

Importa, no entanto, ter em consideração que alguns destes regimes foram autorizados pela Comissão das Comunidades Europeias, como auxílios de Estado sob a forma fiscal compatíveis com a política de concorrência, visando temporariamente objetivos de desenvolvimento regional.²¹

19 Na expressão de TULLIO ROSEMBUJ, *Derecho Fiscal Internacional*, cit., 224 ss.; ROY ROHATGI, *Basic International Taxation*, 569.

20 Estes regimes fiscais caracterizaram-se, no essencial, pela redução da alíquota do imposto sobre as sociedades, tendo em vista a atração de investimento estrangeiro. Sobre este aspecto, veja-se SÍLVIA GIANNINI, *Mercado interno e fiscalidade: aspectos económicos*, CTE, 401 (2001). Relativamente à tributação das sociedades na União Europeia, vide ANA PAULA DOURADO, *A tributação dos rendimentos de capitais: A harmonização na Comunidade Europeia*, CCTE, 176 (1996); PAULA PEREIRA, *A tributação das sociedades na União Europeia. Entraves fiscais ao mercado interno e estratégias de atuação comunitária*, Coimbra, 2004; GABRIELA PINHEIRO, *A fiscalidade direta na União Europeia*, Porto, 1998.

21 Cfr. BORIS GOMBAC, *Les Zones Franches en Europe, passim*; GOUTHIERE, *Les impôts*, 653; GEORGE MARTÍN LOPEZ, *Competencia fiscal prejudicial y ayudas de Estado en la Union Europea*, Valência, 2006. Cfr. ANTÓNIO DE MOURA BORGES, Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial, *RFDT* 12 (2004), 53; CLOTILDE CELORICO PALMA, O controle da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia – Ponto de situação dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta, in J. L. SALDANHA SANCHES/ANTÓNIO MARTINS (org.), *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra 2006, 127; Id., O controlo da concorrência fiscal prejudicial. Principais medidas conjuntas e unilaterais adoptadas por Portugal, *RFDT* 26 (2007), 143; LUZ MARÍA RUIBAL PEREIRA, La compatibilidad de los regimenes fiscales privilegiados en la Unión Europea con los criterios contenidos en el Código de Conducta y las normas sobre ayudas de Estado, in MARÍA TERESA SOLER ROCH/FERNANDO SERRANO ANTÓN (org.), *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*,

No âmbito da OCDE, o Relatório foi elaborado por sugestão da Comissão em 1998, denominado Relatório sobre a concorrência fiscal com a abstenção do Relatório (doravante “Relatório”).

O Relatório é essencialmente sobre os efeitos do fenómeno de concorrência fiscal e os efeitos dos paraísos fiscais. O Relatório aprova medidas aprovadas para combater a concorrência fiscal e afirma que os países devem remover as medidas que criam distorções.

Quanto aos critérios de avaliação dos quatro fatores-chave:

(i) Tributação:

De notar que este fator é considerado

– como uma condição necessária, mas não suficiente para a atribuição de jurisdição em matéria de impostos, e

– como ponto de partida para a atribuição de jurisdição em matéria de impostos, e

– como ponto de partida para a atribuição de jurisdição em matéria de impostos, e

(ii) Falta de um ponto de conexão:

te, quer através da

(iii) Falta de traços de conexão:

(iv) Ausência de uma conexão que redunde em

terminação de um processo

que redunde em

Tal como o Relatório da OCDE, em grande parte, o Relatório da Comissão

No que se refere aos paraísos fiscais, são os paraísos fiscais, persistindo uma preocupação chave de identificação dos paraísos fiscais.

(i) Alíquotas de imposto:

um ponto de partida para a atribuição de jurisdição em matéria de impostos, e

– não nocivo, e

alguns dos

Madrid 2002, 207. *Harmful Tax Competition*, 30 (2002).

(i) *A política da OCDE*

No âmbito da OCDE o primeiro trabalho de grande alcance sobre esta matéria, elaborado por sugestão dos países do (então) G-7, foi o Relatório de 9 de abril de 1998, denominado *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, aprovado com a abstenção do Luxemburgo e da Suíça, por motivos ligados ao segredo bancário (doravante “Relatório”).

O Relatório é estruturado em três capítulos, onde trata, respectivamente, dos efeitos do fenómeno da globalização em nível dos sistemas fiscais, dos fatores identificativos dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais e das recomendações aprovadas para combatê-los. O Relatório consagra a chamada “regra dos três R”: os países devem *remover, rever e refrear* os regimes fiscais preferenciais.

Quanto aos critérios identificadores dos *paraísos fiscais*, são basicamente apontados quatro fatores-chave:

(i) Tributação nula ou mínima dos rendimentos.

De notar que este fator é apresentado, simultaneamente:

– como uma condição necessária para a identificação dos paraísos fiscais, podendo ser suficiente para a respectiva qualificação enquanto tal caso se combine com o fato de a jurisdição em apreço se apresentar, ou ser reconhecida, como um local em que os contribuintes se podem evadir à tributação nos respectivos países de residência;

– como ponto de partida para a classificação de uma jurisdição como tal, devendo ser confirmado pela verificação cumulativa de outros critérios;

(ii) Falta de uma troca efetiva de informações, consagrada, quer legislativamente, quer através de práticas administrativas que conduzam a tal resultado;

(iii) Falta de transparência relativamente às disposições legais ou administrativas;

(iv) Ausência de atividades econômicas substanciais, traduzida na falta de determinação de que a atividade econômica desenvolvida seja relevante, o que redundará na atração de investimentos por motivos estritamente fiscais.

Tal como o Relatório salienta, a importância de cada um dos fatores-chave, depende, em grande parte, do contexto particular, pelo que deverá ser aferida casuisticamente.

No que se reporta aos fatores identificativos dos *regimes fiscais preferenciais* dos países-membros, são de difícil destrinça dos fatores identificativos dos paraísos fiscais, persistindo uma zona cinza de difícil delimitação. Assim, temos como fatores-chave de identificação dos regimes fiscais preferenciais:

(i) Alíquotas de tributação efetivas nulas ou mínimas. Este fator é visto como um ponto de partida necessário para determinar se um regime fiscal é ou não nocivo, devendo, contudo, ser conjugado com a verificação de um ou alguns dos outros fatores-chave previstos;

Madrid 2002, 207. Cfr. também, sobretudo sobre os trabalhos da OCDE, JACQUES MALHERBE, *Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union*, Intertax, 30 (2002).

- (ii) Regimes *ring fencing*, ou seja, parcial ou totalmente isolados dos mercados domésticos do país em causa. O *ring fencing* pode assumir diversas formas, como, *v.g.*, o fato de, implícita ou explicitamente, excluir os residentes dos benefícios concedidos ou proibir as empresas que beneficiam do regime de operar no mercado nacional;
- (iii) Falta de transparência, quer em nível da concepção do regime, quer em nível da respectiva aplicação prática (aspectos legislativos e práticas administrativas);
- (iv) Falta de uma troca efetiva de informações quanto aos contribuintes que beneficiam do regime.

Relativamente aos regimes fiscais preferenciais, o Relatório indica ainda outros fatores a ter em consideração para efeitos da respectiva qualificação enquanto tal, como, por exemplo, a definição artificial da base tributável; o não acolhimento dos princípios internacionais de fixação dos preços de transferência, concretamente das Diretrizes da OCDE de 1995²²; a isenção do pagamento de imposto no país de residência, relativamente aos rendimentos estrangeiros; a existência de níveis de alíquotas ou de bases tributáveis negociáveis; a existência de regras sobre confidencialidade; o fato de a medida fiscal ser o motivo principal para a decisão do exercício da atividade; o rácio entre as atividades desenvolvidas e o volume do investimento e do rendimento obtido; e a falta de uma rede ampla de convenções para evitar a dupla tributação.

Note-se que o Relatório prevê que na avaliação de um regime como preferencial se tenham em consideração os respectivos efeitos económicos, dado se considerar existirem motivos extrafiscais que poderão justificar a existência e manutenção de certos regimes. É neste sentido, aliás, que deverão ser interpretados os respectivos §§ 27º e 80º a 84º.

Quanto aos paraísos fiscais, o Relatório prevê a elaboração de uma lista para o efeito, bem como a existência de contramedidas, firmes e adequadas, suscetíveis de constituírem uma relevante fonte dissuasória do desenvolvimento de novos paraísos fiscais. Neste contexto, as recomendações preveem já algumas sanções aplicáveis, como, por exemplo, a denúncia, pelos países-membros, das convenções celebradas com tais jurisdições, equacionando-se igualmente a possibilidade de restrição das deduções de pagamentos efetuados a entidades domiciliadas em paraísos fiscais, a aplicabilidade de regras específicas em matéria de preços de transferência e de subcapitalização e a eventualidade de aplicação de medidas extrafiscais.

O leque das contramedidas ou medidas defensivas, aplicáveis aos paraísos fiscais constantes da lista, tem sido uma problemática analisada na OCDE, tendo-se entendido que deverão ser aplicadas de forma coordenada.

Os paraísos fiscais foram classificados em *cooperantes e não cooperantes*. São cooperantes os que se comprometem com a OCDE a adotar os princípios do Relatório, em especial a trocar informações, de acordo com o modelo OCDE de troca de infor-

mações de 2002 (os “paraísos fiscais não cooperantes”).

Os “relatórios da OCDE classifica países que se comprometeram a trocar informações”; e (iii) jurisdições que não cooperam com a troca de informações”).

No último relatório da OCDE, Andorra, o Liechtenstein e o Luxemburgo foram classificados como “países não cooperantes”.

Tal fato deve-se ao facto de o país não ter ratificado o acordo de troca de informações que se seguiu à adoção do Código de Comércio Internacional de 1995.

A regulação da matéria foi objeto de um Código de Comércio Internacional pelo Conselho da União Europeia reunidos no Conselho Europeu. Referido Código de Comércio Internacional “compromisso político” dos membros (*soft-law*).

Ao contrário do que acontece com os setores financeiros, reportando-se a matéria sensível na localidade de residência.

Com efeito, esboça-se uma economia plena no âmbito possível, de modo a evitar os efeitos fiscais especialmente atrair atividades econó-

22 OECD, *Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 1995.

23 As listas dos paraísos fiscais não cooperantes da OCDE para as Países em Desenvolvimento.

24 Julho de 2009.

25 Cfr. *infra*, 661 ss.

26 Este documento “Código de Comércio Internacional” n.º 185, C.º 185.

mações de 2002 (*Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*). Estes “paraísos fiscais” não constam da lista, que assim fica reduzida aos “paraísos fiscais não cooperantes”, relativamente aos quais serão aplicadas as referidas sanções²³.

Os “relatórios de progresso” elaborados periodicamente pelo Fórum Global da OCDE classifica países e territórios em três categorias: (i) jurisdições que já implementaram substancialmente o padrão fiscal internacionalmente aceite; (ii) jurisdições que se comprometeram a implementar esse padrão, mas ainda não o fizeram (distinguindo-se neste grupo os paraísos fiscais propriamente ditos e “outros centros financeiros”); e (iii) jurisdições que não se comprometeram à referida implementação.

No último relatório esta última categoria, que até muito recentemente incluía Andorra, o Liechtenstein e o Mônaco, já não abrange nenhum país ou território²⁴.

Tal fato deve-se à forte reação internacional contra a manutenção do sigilo bancário que se seguiu à crise financeira de setembro de 2008 e que levou a uma pressão no sentido da adoção generalizada do padrão da OCDE em matéria de troca de informações²⁵.

(ii) A política da União Europeia

A regulação da concorrência fiscal prejudicial no âmbito da União Europeia foi objeto de um Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade das Empresas aprovado pelo Conselho da União Europeia e os representantes dos governos dos Estados-membros reunidos no Conselho ECOFIN de 1º de dezembro de 1997 (“Código”)²⁶.

Referido Código não tem caráter juridicamente vinculante, sendo apenas um “compromisso político”, insuscetível de afetar os direitos e obrigações dos Estados-membros (*soft-law*).

Ao contrário do Relatório da OCDE, que restringe o seu âmbito de aplicação aos setores financeiro e de serviços, o Código abrange a fiscalidade das empresas em geral, reportando-se às “medidas que tenham ou sejam suscetíveis de ter uma incidência sensível na localização das atividades econômicas na Comunidade” (ponto A).

Com efeito, esta maior amplitude justifica-se tendo presente que a integração econômica plena no âmbito da União Europeia pressupõe a eliminação, no grau mais amplo possível, de todos os fatores que afetam a concorrência, notadamente regimes fiscais especialmente favoráveis que sejam concedidos por um Estado-membro para atrair atividades econômicas para o seu território em detrimento dos demais.

23 As listas dos paraísos fiscais consta dos Relatórios de progresso dos trabalhos do Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, disponíveis no *site* da OCDE

24 Julho de 2009.

25 Cfr. *infra*, 661 ss.

26 Este documento (também conhecido por Código Monti) bem como o relatório do grupo “Código de Conduta” de 1999 encontram-se publicados nos *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.º 185, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 2000.

O Código aplica-se exclusivamente no domínio da fiscalidade direta, mais concretamente à tributação das pessoas jurídicas, sendo excluídas a tributação indireta das pessoas jurídicas e a tributação das pessoas físicas e restando uma certa indefinição quanto ao domínio da parafiscalidade.

No contexto da fiscalidade direta das pessoas jurídicas, pretende-se combater as medidas fiscais prejudiciais, abrangendo as disposições legislativas, regulamentares e as práticas de natureza administrativa que tenham ou sejam suscetíveis de ter uma incidência sensível na localização das atividades econômicas no seio do espaço comunitário, englobando-se igualmente no conceito de atividades econômicas todas as atividades exercidas dentro do mesmo grupo de sociedades.

Na aceção do previsto no ponto B do Código, deverão considerar-se como potencialmente prejudiciais as medidas que prevejam um nível de tributação efetivo, incluindo a alíquota zero, significativamente inferior aos normalmente aplicados no Estado-membro em causa²⁷, sendo que tal nível de tributação pode resultar da taxa nominal de imposto, da base de cálculo ou de qualquer outro fator pertinente. O Código prevê, a título meramente exemplificativo, cinco critérios de avaliação da prejudicialidade das medidas e uma cláusula de exclusão da prejudicialidade (pontos B e G).

Quanto aos critérios de aplicação do Código, concretamente ao processo de avaliação das medidas como potencialmente prejudiciais, preveem-se cinco critérios genéricos, não taxativos nem cumulativos, aos quais foram aditados, no desenrolar dos trabalhos no Grupo do Código de Conduta, entretanto constituído, dois subcritérios.

Consequentemente, para se aferir se uma medida é prejudicial na aceção do Código, há que ter em consideração, nomeadamente, os seguintes critérios (previstos no ponto B):

1. Se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não residentes, ou
 - 1.A Se as vantagens são concedidas a não residentes ou para transações realizadas com não residentes (critério adicionado pelo Grupo do Código de Conduta);
2. Se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional, ou
 - 2.A Se as vantagens são parcialmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional (critério adicionado pelo Grupo do Código de Conduta e que segue o critério adotado no relatório da OCDE para as práticas fiscais prejudiciais);

²⁷ O Código de Conduta não se aplica a medidas de carácter geral, em que a alíquota geral de tributação em matéria de imposto sobre as sociedades de um país, como o caso da Estónia, seja de 0%, ou da Irlanda, em que a alíquota geral é de 12,5%.

3. Se as vantagens económicas são concedidas a um membro que não seja residente no Estado-membro em causa;
4. Se o método de avaliação das vantagens é de um grupo de sociedades em nível interno;
5. Se as medidas são de natureza discriminatória e as disposições não são transparentes.

O ponto G do Código prevê o processo de avaliação das medidas fiscais nos Estados-membros que tenham atividades em causa e que sejam:

Releve-se que, no âmbito da intervenção das autoridades competentes, que as medidas fiscais de regiões específicas são orientadas para os Estados-membros em causa e para a atenção às características das pequenas ilhas.

Em conformidade com o Código, os Estados-membros devem evitar medidas fiscais prejudiciais.

Para efeitos de aplicação do Grupo do Código de Conduta, que tem levado a efeito o Relatório Primarolo²⁸, que contém os seguintes critérios:

Tendo em vista o facto de se tratar de um tratado, o Código prevê, de igual modo, diretrizes para a aplicação do Código à fiscalidade direta dos Estados-membros.

A análise do relatório do Grupo com o Relatório OC

²⁸ Do nome da sua primeira reunião.

²⁹ O relatório final do Conselho Ecofin de 25 de Junho de 1997 para o Ecofin de 25 de Junho de 1997.

³⁰ Cfr. ANTONIO CARLOS DE MENEZES CORREIA, *La* da concorrência fi-

3. Se as vantagens são concedidas, mesmo que não exista qualquer atividade econômica real, nem qualquer presença econômica substancial, no Estado-membro que proporciona essas vantagens fiscais;
4. Se o método da determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional se afasta dos princípios geralmente aceites em nível internacional, notadamente das regras aprovadas pela OCDE;
5. Se as medidas fiscais carecem de transparência, notadamente quando as disposições legais não sejam aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente em nível comunitário.

O ponto G do Código, no seu primeiro parágrafo, determina que durante o processo de avaliação se deverão apreciar os efeitos das medidas fiscais sobre os outros Estados-membros, tendo em consideração os níveis de tributação efetiva das atividades em causa em toda a Comunidade.

Releve-se que, nos termos do último parágrafo do ponto G, inserto no Código por intervenção das delegações portuguesas e espanholas, se determina que, desde que as medidas fiscais sejam utilizadas para apoiar o desenvolvimento econômico de regiões específicas, se deverá igualmente avaliar se as mesmas são proporcionais e orientadas para os objetivos pretendidos, sendo neste contexto prestada “especial atenção” às características e condicionalismos particulares das regiões ultraperiféricas e das pequenas ilhas.

Em conformidade com o previsto no Código (nos pontos C e D), os Estados-membros deverão dismantelar (*rollback*) e congelar (*standstill*) as medidas prejudiciais.

Para efeitos de aplicação dos princípios do Código foi constituído em 1998 o Grupo do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas ou Grupo Primarolo²⁸, que tem levado a efeito diversos trabalhos, entre os quais se destaca o “Relatório Primarolo”, que contém 66 medidas “qualificadas como prejudiciais”²⁹.

Tendo em vista que as medidas abrangidas pelo Código de Conduta poderão sê-lo igualmente pelas normas do Tratado da União Europeia relativas aos *auxílios de Estado*, o Código, no seu ponto J, estabelece que a Comissão deverá publicar as diretrizes para aplicação das regras relativas a tais auxílios às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas.

A análise do regime do Código revela a existência de diferenças significativas com o Relatório OCDE, que a seguir esquematicamente se apresentam³⁰.

28 Do nome da sua presidente, a britânica DAWN PRIMAROLO.

29 O relatório final do Grupo, mais conhecido como Relatório Primarolo, foi entregue ao Conselho Ecofin de 29 de Novembro de 1999 – Relatório final do Grupo Código de Conduta para o Ecofin de 29 de Novembro de 1999 (SN 4901/99, de 23 de novembro).

30 Cfr. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial, *CTF* 395, 35.

	Código de Conduta	Relatório OCDE
Natureza jurídica	Compromisso político	Recomendação
Âmbito material	Fiscalidade das empresas	Serviços financeiros e outras prestações de serviços com grande mobilidade geográfica
Âmbito geográfico	Além da UE, territórios dependentes e associados e cláusula de compromisso de adoção dos princípios do Código em nível internacional	Países de OCDE e cláusula de compromisso de incentivar países não membros a se associarem aos princípios do Relatório
Medidas abrangidas	Leis, regulamentos e práticas administrativas	Leis, regulamentos e práticas administrativas, não necessariamente de natureza fiscal
Fatores identificativos das medidas prejudiciais a ter em consideração na avaliação	<ul style="list-style-type: none"> • Nível de tributação efetiva, incluindo a taxa zero, significativamente inferior ao nível que se aplica às mesmas situações • <i>Ring fencing</i> • Falta de transparência • Falta de atividades económicas reais • Determinação dos lucros segundo os critérios da OCDE 	<ul style="list-style-type: none"> • Nível de tributação baixo, incluindo a taxa zero, nos rendimentos relevantes • <i>Ring fencing</i> • Falta de transparência • Ausência de troca efetiva de informações relevantes
Outros fatores a ter em consideração na avaliação	<ul style="list-style-type: none"> • Níveis de tributação efetiva das atividades na Comunidade – Efeitos das medidas nos outros Estados-membros • Proporcionalidade das medidas e direcionamento para os objetivos pretendidos caso se destinem a apoiar o desenvolvimento económico de regiões específicas • Especial atenção às especificidades das regiões ultraperiféricas e das pequenas ilhas 	<ul style="list-style-type: none"> • Base tributável definida artificialmente • Determinação dos lucros com base nos critérios da OCDE • Os rendimentos estrangeiros são geralmente isentos? • Existência de regras confidenciais • A medida fiscal é o motivo principal para a decisão do exercício de atividades? • Relação entre as atividades desenvolvidas e o volume do investimento e do rendimento obtido
Formas de atuação	<i>Standstill</i> e eliminação das medidas prejudiciais	<i>Standstill</i> e eliminação das medidas prejudiciais. Regra dos três R – Refrear, Rever e Remover

O mecanismo de atuação dos Estados Europeia, prevê-se t Estado. O atual art. 6 disposição em contr que afetem as trocas pelos Estados ou p que assumam, que é empresas ou certas p

Os auxílios de J

O legislador cor da qual se incumbiu Comunidades. Cont auxílios estatais às m entende que, para q do Tratado, tem que ferir aos seus benefic oneram os seus orça vés de recursos estat entre os Estados mer favorecer certas emp (certas empresas, set quenas e médias emp ambiente, as medida

31 Sobre esta matéria, 2003; MANU NANDO AURÉLIO (2007), 23 ss.

32 Comunicação 98,

33 Tal vantagem pode assumir diversas formas, como deduções, amortizações extenuadas, produção total ou parcial de adiantamento, uma vez que

34 Importa, a este propósito, a aplicação pela Irlanda da Comissão com não tem carácter suspensivo ou a certas e distorções de concorrência harmonização das normas nunca for

c) *Os auxílios de Estado de natureza fiscal*

O mecanismo dos auxílios de Estado representa uma importante limitação à atuação dos Estados-membros em matéria fiscal. De acordo com o Tratado da União Europeia, prevê-se uma proibição genérica de princípio à concessão de auxílios de Estado. O atual art. 87 do Tratado (antigo art. 92) determina no seu n.º 1 que, “salvo disposição em contrário, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

Os auxílios de Estado podem assumir diversas formas, entre elas a forma fiscal³¹.

O legislador comunitário não definiu o que se entende por auxílio de Estado, tarefa da qual se incumbiu a doutrina e a abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades. Contudo, na sua Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas³², a Comissão entende que, para que uma medida seja qualificada como auxílio de Estado nos termos do Tratado, tem que preencher cumulativamente quatro critérios, a saber: (i) deve conferir aos seus beneficiários uma vantagem que diminua os encargos que normalmente oneram os seus orçamentos³³; (ii) a vantagem deve ser concedida pelo Estado ou através de recursos estatais; (iii) a medida deve afetar a concorrência e as trocas comerciais entre os Estados membros; (iv) e a medida deve ser específica ou seletiva, no sentido de favorecer certas empresas ou certas produções, isto é, deve dirigir-se a alvos específicos (certas empresas, setores, regiões, produções ou atividades), como por exemplo as pequenas e médias empresas, as medidas de apoio à investigação e desenvolvimento ou ao ambiente, as medidas de promoção do desenvolvimento regional³⁴.

31 Sobre esta matéria cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e fiscalidade*, Coimbra, 2003; MANUEL MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Lisboa, 2002; FERNANDO AURÉLIO ZILVETI, Subsídios fiscais no Direito Tributário Internacional, *RDTI*, n.º 6 (2007), 23 ss.

32 Comunicação 98/C 384/03, de 10 de dezembro de 1998.

33 Tal vantagem pode ser concedida através de uma redução da carga fiscal da empresa sob diversas formas, designadamente uma redução da base de cálculo (deduções derogatórias, amortizações extraordinárias ou aceleradas, inscrição de reservas no balanço etc.), uma redução total ou parcial do montante do imposto (isenção, crédito de imposto etc.) e um adiamento, uma anulação ou um reescalonamento excepcional da dívida fiscal.

34 Importa, a este propósito, distinguir os auxílios fiscais das medidas fiscais de carácter geral. A aplicação pela Irlanda da alíquota geral de imposto sobre as sociedades de 12,5% é considerada pela Comissão como uma medida de política fiscal geral e não como um auxílio de Estado, pois não tem carácter seletivo: não se destina diretamente a um setor, nem a uma região, a uma empresa ou a certas empresas, sendo aplicável a todo o território irlandês. Pode, se produzir fortes distorções de concorrência, ser questionada, mas com base nas normas do Tratado relativas à harmonização das legislações, nomeadamente, nos artigos 96 e 97 do Tratado. Contudo estas normas nunca foram utilizadas para este efeito, sendo duvidoso que o venham a ser.

Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, configura-se como um auxílio de Estado toda a medida destinada a isentar, total ou parcialmente, as empresas de um determinado setor dos encargos derivados da aplicação do sistema geral, sem que tal isenção se justifique pela natureza ou economia do sistema³⁵.

Ou seja, a Comissão e a jurisprudência delimitaram o conceito de ajuda de Estado de uma forma tão ampla que abrange não apenas as subvenções ou subsídios a fundo perdido ou reembolsáveis, mas medidas ou ações tão díspares como a bonificação de juros, as garantias pessoais (fianças) ou as transferências de fundos para empresas públicas. Este conceito abrange igualmente a despesa fiscal, em especial, os incentivos, benefícios e perdões fiscais.

Como exceções pontuais à proibição geral das ajudas de Estado, o art. 87, nos seus n.ºs 2 e 3, vem, respectivamente, enunciar taxativamente as situações em que tais auxílios “são compatíveis com o mercado comum” e em que “podem ser compatíveis com o mesmo mercado comum”. São situações excepcionais, nas quais a Comissão tem a possibilidade de, automaticamente ou por intervenção discricionária, aprovar certos auxílios ou regimes de auxílios setoriais, regionais, horizontais, após análise casuística, tendo em conta a sua conformidade com o direito comunitário em geral, o cumprimento dos parâmetros estabelecidos nas suas comunicações, orientações e linhas diretrizes sobre a matéria, o respeito de certos princípios ou critérios por ela adotados (interesse comunitário, transparência, subsidiariedade, proporcionalidade) e um balanço econômico, ainda que muito menos exaustivo do que em matéria de legislação *antitrust*. As ajudas em causa poderão ser auxílios ao investimento ou ao funcionamento, destinados a diminuir as despesas correntes das empresas e com caráter excepcional.

Para que um auxílio seja considerado compatível com o mercado comum, deverá ser notificado pelo Estado-membro à Comissão, para que esta o autorize. Só após essa *autorização* é que o regime poderá entrar em vigor, ou seja, a autorização da Comissão é *condição de eficácia* do regime de auxílios de Estado. Os auxílios não notificados são considerados ilegais, sendo os Estados-membros obrigados a recuperar junto das empresas beneficiárias tais auxílios, bem como os declarados incompatíveis com o mercado comum.

Os regimes de auxílios existentes estão sujeitos a um *exame permanente* pela Comissão em colaboração com os Estados-membros, que devem para o efeito fazer entrega de relatórios anuais sobre os regimes existentes.

Os auxílios de Estado têm sido apresentados como uma quarta via destinada a combater a concorrência fiscal prejudicial. Em sequência dos atos então adotados, sobretudo da referida Comunicação da Comissão sobre auxílios de Estado e fiscalidade direta, a Comissão procedeu a um reexame dos auxílios de Estado em vigor de forma a analisar a sua compatibilidade com o mercado comum, atendendo aos efeitos produzidos e aos objetivos econômicos alcançados, tendo levado a cabo uma extensa intervenção contra aqueles que se afiguravam como ilegais ou incompatíveis com o Tratado.

35 Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, Itália/Comissão, processo 173/73, *Coletânea*, 1974, 709.

Contrariamente à natureza política, um regime jurídico-privado. Conduzida e aos auxílios. Comissão encontrou um documento essencialmente

Constituem exemplo da Zona Franca da Marinha. regime belga dos Centros de Shanon e das do

regi

a)

O Brasil consagrada” na Lei nº 9.430 de submeter a esse regime “pessoas vinculadas” : domiciliadas nos chan

O art. 24 da referida na epígrafe desta a tribute à alíquota n “para efeito do disposto butária do referido pa a natureza do ente co

Por sua vez, o § 2 acrescenta que, “para c considerar-se-á, separa

36 Cfr. ALBERTO XAVIER vorecida e regimes rações com países (coord.), *Grandes q*

37 A Instrução Normativa posto neste item, a jurídica, será deterr jurídica e na sua dis leira, antes dessas ir

38 A lei afirma que o r ção aplicável à “nat

Contrariamente ao que acontece com o Código de Conduta, que é um texto de natureza política, um compromisso político, o regime dos auxílios de Estado é um regime jurídico previsto no Tratado. Como os critérios subjacentes ao Código de Conduta e aos auxílios de Estado têm muitos pontos de contato, a verdade é que a Comissão encontrou na aplicação deste regime um meio de dar eficácia jurídica a um documento essencialmente político, como é o Código.

Constituem exemplos de aplicação do regime de auxílios de Estado os regimes da Zona Franca da Madeira, o regime espanhol da Zona Especial Canária (ZEC), o regime belga dos Centros de Coordenação, as antigas medidas irlandesas do aeroporto de Shanon e das docas de Dublin e as “*holding 1929*” do Luxemburgo.

B) Os países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados na legislação brasileira

a) O conceito de países com tributação favorecida

O Brasil consagrou pela primeira vez a expressão “país com tributação favorecida” na Lei nº 9.430/96, em matéria de preços de transferência, com a finalidade de submeter a esse regime as operações que, inobstante não sejam efetuadas com “pessoas vinculadas” a pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, sejam residentes ou domiciliadas nos chamados “paraísos fiscais”³⁶.

O art. 24 da referida lei define “país com tributação favorecida” (designação dada na epígrafe desta disposição) como aquele país “que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento”, acrescentando o § 1º que, “para efeito do disposto na parte final deste artigo, será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação”³⁷.

Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo (introduzido pela Lei nº 10.451, de 10.5.02) acrescenta que, “para caracterização do país ou dependência com tributação favorecida, considerar-se-á, separadamente, a tributação do rendimento do trabalho e do capital”³⁸.

36 Cfr. ALBERTO XAVIER, ROBERTO DUQUE ESTRADA, RENATA EMERY, Países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, in *RDDT* 168, 2009, 7 ss.; HELENO TORRES, Operações com países de tributação favorecida – Algumas reflexões, in VALDIR DE O. ROCHA (coord.), *Grandes questões atuais do direito tributário*, 13º vol., São Paulo 2009, 153 ss.

37 A Instrução Normativa nº 243/02 esclarece, no seu art. 39, § 3º, que, “na aplicação do disposto neste item, a alíquota efetiva de tributação, no país de residência da pessoa física ou jurídica, será determinada comparando-se a soma do imposto pago sobre o lucro, na pessoa jurídica e na sua distribuição, com o lucro apurado de conformidade com a legislação brasileira, antes dessas incidências”.

38 A lei afirma que o nível de tributação do país em causa seja determinado conforme a legislação aplicável à “natureza do ente” com o qual tiver sido praticada a operação. Entendemos

L – Santa Lúcia; LI – Federação de São Cristóvão e Nevis; LII – Ilha de São Pedro e Miguelão; LIII – São Vicente e Granadinas; LIV – Seychelles; LV – Ilhas Solomon; LVI – St. Kitts e Nevis; LVII – Suazilândia; LVIII – Suíça; LIX – Sultanato de Omã; LX – Tonga; LXI – Tristão da Cunha; LXII – Ilhas Turks e Caicos; LXIII – Vanuatu; LXIV – Ilhas Virgens Americanas; LXV – Ilhas Virgens Britânicas.

Referida lista reveste natureza taxativa, como aliás é a praxe internacionalmente adotada pela grande generalidade dos países que consagram esta metodologia.

Já se defendeu a natureza meramente exemplificativa dessa lista, em homenagem ao princípio da legalidade, arvorado em valor supremo, que conduziria à preeminência incondicional da lei sobre os atos normativos da Administração³⁹.

Porém, nesta matéria o princípio da legalidade tem de ser temperado, através de um processo de ponderação de valores, de modo a que as soluções adotadas atendam também a outros valores relevantes do ordenamento constitucional.

Um deles reside nos princípios da proteção da confiança e da boa-fé, manifestações da segurança jurídica igualmente inerente ao Estado de Direito e que conduz ao caráter *autovinculante* dos atos normativos da Administração Pública, pois é com a interpretação da lei a que deram publicidade, com fins de padronização e uniformização, que os particulares contam para formar as suas expectativas e fundar as suas condutas.

Outro valor que aponta na mesma solução é o princípio hierárquico da Administração Pública, pelo qual os órgãos administrativos de aplicação da lei (em matéria tributária, os órgãos de lançamento) estão vinculando aos atos normativos da própria Administração, não podendo deles desvincular-se recorrendo “*per saltum*” à própria lei, de modo a “reinterpretar” o que as autoridades administrativas competentes já tinham interpretado por atos normativos internos.

Desta dupla fonte de autovinculação não decorre a irrevogabilidade ou imutabilidade das “fontes internas” infralegais (respeitadas, porém, a proteção das expectativas), mas sim a proibição do *venire contra factum proprium*, isto é, de os órgãos de aplicação do direito, através de atos primários, agirem em desrespeito à interpretação normatizada da Administração, ainda que com fundamento na preeminência da lei⁴⁰.

Uma outra ordem de princípios conduz também à necessidade de uma lista taxativa no caso peculiar de qualificação de regimes jurídicos de lei estrangeira. Ofenderia, na verdade, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proteção de confiança colocar sobre os ombros do contribuinte o fardo da prova de leis estran-

39 Cf. ANA CLÁUDIA UTUMI, Países com tributação favorecida no Direito brasileiro, in HELENO TORRES (coord.), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, São Paulo 2003, espec. 236 ss. Trata-se, porém, de posição minoritária na doutrina. A Administração fiscal já se pronunciou no sentido da taxatividade; Cf. as Decisões sobre consulta da 7ª RF 49/00 e 8ª RF 143/00. Ver ainda as Soluções de Consulta nº 19/01, nº 85/01, nº 136/02 e nº 37/03.

40 Sobre o complexo problema doutrinário da solução das antinomias normativas pelo critério hierárquico, veja-se a monografia exaustiva de PAULO OTERO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação pública à juridicidade*, Coimbra 2007, espec. 690 ss.

geiras, estendendo a estas a presunção de pleno conhecimento que os ordenamentos jurídicos estabelecem em relação às leis nacionais.

b) O conceito de países com regime fiscal privilegiado

A Lei nº 11.727/08 introduziu duas disposições novas na Lei nº 9.430/96, a par do art. 24: um art. 24-A e um art. 24-B, que dispõem o seguinte:

“Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior.

“Parágrafo único. Para efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que:

“I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);

“II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:

– sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

– condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

“III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;

“IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.”

“Art. 24-B. O Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer os percentuais de que tratam o *caput* do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos desta Lei.

“Parágrafo único. O uso da faculdade prevista no *caput* deste artigo poderá também ser aplicado, de forma excepcional e restrita, a países que componham blocos econômicos dos quais o País participe.”

Finalmente o art. 30 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (Lei de conversão da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008), deu nova redação ao art. 24-A, atrás citado, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 24-A.....

“Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características:

“.....”

Com esta redação a lei tornou claro, em preceito de alcance interpretativo, que os requisitos indispensáveis à caracterização de um país como de regime fiscal pri-

vilegiado são verificação de decorria da m

Para melh

“Art. 24-

disposiçõ

22 desta

ciliadas n

residente

“Parágraf

giado aq

dada pela

“I –

“II .

“III

“IV

Podemos se encontrava:

41 Na OCDE taxa de tri pelo qual do mercac às práticas contribuin racterizaçã de harmor saber: (i) s realizadas economia cedidas m econômica

vilegiado são de verificação *alternativa* e não *cumulativa*, bastando para o efeito a verificação de apenas um deles. Esta declaração ajusta-se, aliás, plenamente ao que já decorria da melhor interpretação do texto original.

Para melhor compreensão, segue o artigo 24-A em sua redação atual na íntegra.

“Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior.

“Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

“I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);

“II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:

“a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

“b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

“III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;

“IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.”

c) As modalidades de regime fiscal privilegiado e a distinção relativamente ao conceito de tributação favorecida

Podemos discernir quatro modalidades de regime fiscal privilegiado, que aliás já se encontravam catalogadas nos estudos da OCDE e da União Europeia⁴¹.

41 Na OCDE os critérios que conduzem à qualificação como *regime fiscal privilegiado* são (i) a *taxa de tributação efetiva nula ou mínima*, (ii) a adoção dos chamados *regimes “ring fencing”*, pelo qual os benefícios são apenas aplicáveis a não residentes e a operações realizadas fora do mercado nacional; (iii) a *falta de transparência no que concerne aos aspectos legislativos e às práticas administrativas*; (iv) a *falta de uma troca efetiva de informações* relativamente aos contribuintes que beneficiam do regime. No Código de Conduta da União Europeia a caracterização de uma medida como potencialmente prejudicial depende de avaliação efetuada de harmonia com cinco critérios não cumulativos, nem taxativos, constantes do ponto B, a saber: (i) se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não residentes; ou (ii) se as vantagens são total ou parcialmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional; ou (iii) se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade econômica real nem qualquer presença econômica substancial no Estado-membro que proporciona essas vantagens fiscais; ou (iv)

A primeira modalidade é a *nula ou baixa tributação*: coincide ela com o núcleo original do conceito de país com tributação favorecida, só que agora o grau de tributação não visa qualificar a jurisdição tributante, mas o regime aplicável à operação objetivamente tributável, ainda que por país que não possa ser considerado como de tributação favorecida.

A segunda modalidade é o *ring fencing*, assim denominados os regimes que concedem tratamento fiscal preferencial a não residentes (qualquer “vantagem”, note-se, e não necessariamente uma nula ou baixa tributação), isolando as operações beneficiadas do mercado interno, protegido como que por um “anel”. A vantagem pode ser concedida seja considerando irrelevante o fato de ser exercida ou não no país em causa atividade econômica substantiva (alínea *a*), seja condicionada ao não exercício nesse país dessa mesma atividade econômica substantiva (alínea *b*).

A terceira modalidade é a *territorialidade*, assim entendido o regime pelo qual os rendimentos (ou certos rendimentos) não são tributados ou o são em alíquota máxima inferior a 20% por terem sido auferidos fora do território de um dado país (territorialidade plena e territorialidade mitigada ou tributação favorecida da renda externa).

Quanto a esta modalidade convém observar que ela apenas pode ser considerada como *regime fiscal privilegiado* se o fundamento da não tributação (ou da tributação reduzida) é a *origem externa* do rendimento, não sendo possível considerar como de *regime fiscal privilegiado* os casos em que as leis internas de determinados países isentam (ou tributam menos gravosamente) certas categorias de rendimentos, independentemente da sua origem (p. ex., dividendos isentos, sejam de origem interna, sejam de origem externa).

A quarta e última modalidade é a *opacidade*, consistente no fato de não ser permitido o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. A opacidade, que a lei já considerava característica dos países com tributação favorecida, surge agora como modalidade autônoma de regime fiscal privilegiado, alargado à “opacidade objetiva” (relativa à própria operação), por contraposição à “opacidade subjetiva” (relativa aos sujeitos).

Uma comparação entre os conceitos de país com tributação favorecida e de regimes fiscais privilegiados revela, desde logo, que enquanto o primeiro qualifica *subjetivamente* as entidades tributantes, o segundo qualifica *objetivamente* as operações tributáveis, seja qual for a natureza do ente tributante.

Note-se também que das quatro modalidades de regime fiscal privilegiado duas referem-se a atributos que também caracterizam os países com tributação favorecida (o baixo nível da tributação e a opacidade), enquanto que outras duas (*ring fencing* e territorialidade) não são critérios adequados para definir uma entidade política como dispondo de uma “tributação favorecida”.

se o método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional de empresas se afasta dos princípios geralmente aceites em nível internacional, nomeadamente das regras aprovadas pela OCDE; ou (v) se as medidas fiscais carecem de transparência, inclusive quando as disposições legais sejam aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente em nível administrativo.

Veremos adiante

O direito po
país de tributaçã

- (i) aplicaçã
com pe
ou dom
- (ii) regime
dentes
em dep
(Lei nº
- (iii) regras e
fonte si
ciliadas
- (iv) regras e
diretam
(Lei nº

As matérias
capítulos próprio

Agora come
que respeita à dec
tadas, entregues,
te, a pessoas físic
a um tratamento
fiscal privilegiado

Referido pre
verificação cumu

O primeiro
rior, destinatário
simultaneamente
de economia trib
agente, administr

Trata-se de
base de cláusula

42 Cfr. respectiva
rência) e *infra*.

Veremos adiante por quê.

d) Consequências fiscais comuns a países de tributação favorecida e com regime fiscal privilegiado

O direito positivo atribui as seguintes consequências à qualificação tanto como país de tributação favorecida quanto como país com regime fiscal privilegiado.

- (i) aplicação das disposições relativas a preços de transferência às transações com pessoas físicas ou jurídicas, ainda que não vinculadas, neles residentes ou domiciliadas (Lei nº 9.430/96, art. 24-A);
- (ii) regime especial de perda de residência no Brasil para pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil que transferirem sua residência para país em dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado (Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, art. 27);
- (iii) regras especiais de subcapitalização quanto a juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil a pessoas físicas ou jurídicas neles residentes ou domiciliadas (Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, art. 25);
- (iv) regras especiais de dedutibilidade de pagamentos efetuados, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas neles residentes ou domiciliadas (Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, art. 26).

As matérias referidas nos itens (i) (ii) e (iii) serão tratadas e desenvolvidas nos capítulos próprios⁴².

Agora comentar-se-á apenas a norma constante do art. 26 da Lei nº 12.249/2010 que respeita à dedutibilidade para fins de IRPJ e CSL das importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

Referido preceito submete a dedutibilidade destas despesas a três requisitos de verificação cumulativa.

O primeiro consiste na identificação do *efetivo beneficiário* da entidade no exterior, destinatário dessa importância, assim considerada a pessoa física ou jurídica que, simultaneamente: a) não tenha sido constituída com o único ou principal objetivo de economia tributária; e b) auferir esses valores por sua própria conta e não como agente, administrador fiduciário ou mandatário por conta de terceiro.

Trata-se de exigência inspirada nos mesmos motivos antielisivos que estão na base de cláusula de beneficiário efetivo introduzida nas convenções contra a dupla

⁴² Cfr. respectivamente *supra*, 222 (transferência de residência), *infra*, 297 (preços de transferência) e *infra*, 346 (subcapitalização).

tributação por recomendação da OCDE como forma de contrariar práticas de *treaty shopping* pela utilização de *conduit companies*⁴³.

O segundo requisito consiste na comprovação da *capacidade operacional* da pessoa física ou entidade no exterior que realizar a operação. A constatação da *substância* da entidade estrangeira deverá naturalmente ter em conta a adequação dos meios materiais e humanos de que dispõe à específica atividade exercida pela entidade em causa.

Finalmente o terceiro requisito de dedutibilidade consiste na comprovação documental do *pagamento do preço* respectivo e do *recebimento* dos bens, direitos ou utilização dos serviços, exigindo-se assim a *efetividade* das prestações recíprocas das partes.

A Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, inovando relativamente à versão inicial da Medida Provisória nº 472/09, veio esclarecer que o preceito em causa não se aplica ao pagamento de juros sobre o capital próprio e que a comprovação da capacidade operacional é dispensada no caso de operações que não tenham sido efetuadas com o único e principal objetivo de economia tributária e ainda em que a beneficiária das importâncias pagas a título de juros seja subsidiária integral, filial ou sucursal de pessoa jurídica remetente domiciliada no Brasil e tenha seus lucros tributados na forma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

O art. 26 da Lei nº 12.249/2010 consagra, assim, um sistema que se aparenta à sistemática da inversão do ônus da prova, constante do art. 238-A do Código Fiscal francês (CGI), e que impõe ao residente na França que faça pagamentos a domiciliados em paraíso fiscal o ônus da prova da realidade e normalidade da operação⁴⁴.

43 Cfr. *infra* 279.

44 Pelo seu caráter paradigmático, refira-se em especial a Lei francesa (art. 238-A do *Code Général des Impôts*) que adota a técnica da inversão do ônus da prova, no caso de pagamentos efetuados por pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à tributação francesa, de juros, *royalties*, remuneração de serviços ou qualquer outro pagamento, quando o beneficiário for domiciliado ou estabelecido num Estado ou território de fiscalidade privilegiada. Em tais casos, o Fisco só aceita a dedutibilidade de tais despesas se o contribuinte provar o caráter real das operações em causa e que as remunerações não apresentam um caráter anormal ou exagerado. Note-se que o simples fato de a operação ser realizada em território de fiscalidade privilegiada dispensa a prova de um vínculo de dependência entre as empresas, exigido pelo art. 57 do *Code Général des Impôts* quando a transação se realiza entre Estados de regime fiscal similar, cfr. o estudo exaustivo deste preceito em J.-J. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale* (2ª ed.), 2006, 110 ss. NEUER, *Fraude fiscale internationale*, 99 ss.; TIXIER/KEROGUES, *Droit Fiscal International*, 1974, 55 ss.; GEST/TIXIER, *Droit Fiscal International*, 453 ss.; PIERRE FONTANEAU, La lutte contre l'évasion fiscale internationale, *Diritto e Pratica Tributaria* 3 (1976), 507 ss.; GOUTHIERE, *Les impôts*, 674 ss.; B. PLAGNET, *Droit Fiscal International*, 135; CARTOU, *Droit Fiscal International*, 276; DUCCHINI, *Approche fiscale des contrats internationaux*, Paris 1985, 32; R. SAUNDERS, *Principles of Tax Planning*, 49. Na Itália, ver MAISTO, Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato, *Rivista di Diritto Tributario* I (1991), 757; R. CORDEIRO GUERRA, Il nuovo regime delle operazioni con società domiciliate in paesi a bassa fiscalità, *Rivista di Diritto Tributario* I (1992), 277.

Coloca-se a que
duzido pelo art. 24
pliação indireta das
de renda na fonte, p
em país de tributação

No que concer
janeiro de 1999, dis
“Art. 8º Ressalt
do art. 1º da Le
de qualquer op
país que não tr
(vinte por cent
de 1996, sujeit
25% (vinte e c

No mesmo sen
reiro de 2009:

“Os rendiment
física ou jurídic
bute a renda ou
o art. 24 da Le
sobre a renda r
de janeiro de 1

A regra de que
quota de 25% com
os pagamentos de a
e de representação,
mento mercantil de
ou superior a 15 ar
descontos decorren
(ii) por sua vez est
exportação e respec
nados ao financiam

No que conce
com tributação favo
passaram a estar su
dos os relativos a i
de renda variável, c
qual sujeitar-se-á às
no País (art. 16 da

e) Aplicação exclusiva da alíquota agravada de retenção na fonte aos países de tributação favorecida

Coloca-se a questão de saber se o conceito de regime fiscal privilegiado, introduzido pelo art. 24-A e definido no seu parágrafo único teria resultado em uma ampliação indireta das hipóteses de aplicação da alíquota agravada (25%) do imposto de renda na fonte, previstas na legislação tributária para as operações com residentes em país de tributação favorecida.

No que concerne aos *rendimentos em geral*, o art. 8º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, dispõe que:

“Art. 8º Ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).”

No mesmo sentido dispõe o § 4º do art. 1º do Decreto nº 6.761, de 5 de fevereiro de 2009:

“Os rendimentos mencionados nos incisos I a V do *caput*, recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliado em país ou dependência que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se ao imposto sobre a renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento (Lei nº 9.279, de 19 de janeiro de 1999, art. 8º e Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, art. 22).”

A regra de que os pagamentos efetuados a “paraísos fiscais” se submetem à alíquota de 25% comporta duas ordens de exceções: (i) estão sujeitos à *alíquota de 15%* os pagamentos de a) despesas com instalação e manutenção de escritórios comerciais e de representação, de armazéns, depósitos ou entrepostos; b) despesas de arrendamento mercantil de bens de capital; c) juros de empréstimos externos por prazo igual ou superior a 15 anos nas condições do inciso VIII; d) juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocação no exterior de títulos de crédito internacionais; (ii) por sua vez estão sujeitos à *alíquota zero*, a) juros de desconto de cambiais de exportação e respectivas comissões, e b) juros e comissões relativos a créditos destinados ao financiamento de exportações.

No que concerne aos *ganhos de capital* de residentes em país ou dependência com tributação favorecida, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430/96, só mais tarde passaram a estar sujeitos à alíquota de 25% (art. 47 da Lei nº 10.833/07), ressalvados os relativos a investimentos estrangeiros, individuais ou coletivos, no mercado de renda variável, oriundos de país que tribute a renda à alíquota inferior a 20%, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País (art. 16 da MP nº 2.189-49/01).

Veremos agora que a introdução do art. 24-A não afetou quaisquer das hipóteses de aplicação de alíquota agravada do imposto de renda na fonte de residentes no exterior, por quatro razões, que a seguir se expõem.

(i) *Autonomia do art. 24-A em relação ao art. 24*

A primeira razão consiste em que o art. 24-A não modificou o texto do art. 24 da Lei nº 9.430/96, mas estabeleceu regra nova, a par da já existente. Isto mesmo se conclui pela própria leitura do seu *caput*, em que é introduzido o conceito novo de *regime fiscal privilegiado* para fins (inicialmente) exclusivos de aplicação das regras de preços de transferência, tanto que faz remissão apenas aos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.430/96, sem se referir ao art. 24.

E tanto se trata de um dispositivo legal autônomo em relação ao art. 24 que tal artigo foi introduzido como *art. 24-A*. Ora, segundo a técnica legislativa, a repetição do número de um artigo acrescido de uma letra maiúscula representa precisamente a introdução de novo dispositivo legal, sem implicar a renumeração dos artigos subsequentes, pela razão lógica de que eventual renumeração conduziria a distorções caso outras leis fizessem remissão ao artigo renumerado.

É o que decorre da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e cujo art. 12, III, “b”, dispõe:

“A alteração da lei será feita:

- I – mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável;
- II – mediante revogação parcial;
- III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

- a) revogado;
- b) *é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos; (...)*”

(ii) *O elemento histórico: o texto original do projeto de conversão da MP 413/08*

A segunda razão pela qual entendemos que o art. 24-A não teve o alcance de modificar o conceito de país de tributação favorecida, contido no art. 24 da Lei nº 9.430/96, de modo a conduzir à aplicação da alíquota agravada de retenção na fonte (25%) também a países com regime fiscal privilegiado, reside no elemento histórico

da hermenêutica do texto final da Lei nº 9.430/96.

Ao texto original, anteriormente convertido em proposta do Ministro

“Art. 22. O art. 24-A acrescido dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.430/96, sem se referir ao art. 24.

“Art. 24.

.....

“§ 4º Considere-se residente aquele cuja legalidade societária de país de origem for o país efetivo de residência.

“§ 5º O disposto no art. 24-A, presente, altera:

I – não

por

II – com

residência

a) e

b) c

III – não

cent

IV – não

titul

das.

Posteriormente, no texto do art. 23 da Lei nº 11.728/2008, acrescentou um

O mero exemplo de residência e aquele que, no texto original, pretendia ser incluído no art. 24 da Lei nº 9.430/96, também do § 5º, segundo o texto *privilegiado...*”

Já no texto final, a alteração introduzida pelo art. 24-A ficou inalterada, um

da hermenêutica e decorre do processo legislativo que culminou na aprovação do texto final da Lei nº 11.727/08.

Ao texto original do projeto de conversão da Medida Provisória nº 413/08, posteriormente convertida na atrás referida Lei nº 11.727/08, foi acrescentado o art. 22 por proposta do Ministério da Fazenda, que inicialmente continha a seguinte redação:

“Art. 22. O art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 24.

“§ 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.

“§ 5º O disposto neste artigo aplica-se também a regime fiscal privilegiado que apresente, alternativamente, as seguintes características:

- I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota efetiva inferior a 20% (vinte por cento);
- II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:
 - a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
 - b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
- III – não tribute, ou o faça em alíquota efetiva inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;
- IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.” (NR)

Posteriormente, a proposta original do Ministério da Fazenda foi alterada, tendo constado no texto final aprovado pelo Congresso Nacional a atual redação do art. 23 da Lei nº 11.727/08, que em lugar de introduzir vários novos parágrafos ao art. 24 acrescentou um novo artigo (art. 24-A) à Lei nº 9.430/96.

O mero exame comparativo do texto original proposto pelo Ministro da Fazenda e aquele aprovado pelo Congresso Nacional demonstra que na proposta original pretendia-se de fato ampliar o conceito de país de tributação favorecida contido no art. 24 da Lei nº 9.430/96, com a introdução não só do § 4º, mas também do § 5º, segundo o qual “o disposto neste artigo aplica-se também a regime fiscal privilegiado...”

Já no texto final aprovado pelo Congresso Nacional, e com exceção da modificação introduzida pelo novo § 4º, o conceito de país de tributação favorecida permaneceu inalterado, uma vez que se optou por introduzir uma nova disposição legal, a par

do art. 24 já existente, na qual criou-se o conceito novo e autônomo de *regime fiscal privilegiado* para o fim de estender àqueles casos as *disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.430/96*.

Veja-se mais uma vez que o art. 24-A sequer faz referência ao art. 24 que, com redação bastante similar, prevê que “as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, *residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento*”.

Trata-se, pois, de uma norma autônoma que visou a estender a aplicação das regras de reajustamento de preços também às operações com beneficiário que se enquadre no conceito de regime fiscal privilegiado, *conceito este que não se confunde com o conceito de país com tributação favorecida nem visa a modificá-lo*.

(iii) A técnica da remissão por absorção

A terceira razão pela qual o art. 24-A não tem o alcance de ampliar as hipóteses de alíquota agravada de retenção na fonte de residentes no exterior está em que os dispositivos legais que preveem tal agravamento o fazem não através do recurso a um conceito genérico e indeterminado de *país com tributação favorecida*, mas geralmente por expressa *remissão* ao art. 24 da Lei nº 9.430/96, regra que, como se viu, não se confunde com a do novo art. 24-A, nem foi por ela alterada.

Trata-se da bem conhecida técnica da *remissão por absorção*, através da qual um preceito legal se apropria do conteúdo de um outro, limitando-se a remeter para o dispositivo que o contém.

Este é o caso, por exemplo, dos rendimentos em geral, a que se refere o art. 8º da Lei nº 9.779/99, segundo o qual “ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, *a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento”.

Idêntica técnica foi adorada pelo art. 47 da Lei nº 10.833/03 em matéria de tributação de ganhos de capital de residente no exterior, cujo texto dispõe que: “(...) o ganho de capital decorrente de operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país ou dependência com tributação favorecida, *a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*, sujeita-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento)”.

Assim, para que as alíquotas agravadas passassem a incidir também sobre as operações sujeitas a regime fiscal privilegiado seria necessária previsão legal expressa que assim o determinasse, o que, como se viu, não ocorreu com a Lei nº 11.727/08.

O mesmo se aplica a residentes no país. A Resolução CMN nº 2.189-49/2001 (regulamento da Lei nº 9.430/96) faz menção ao art. 24 da Lei nº 9.430/96.

Note-se, por fim, que tanto os países com tributação favorecida quanto os países com tributação normal são tratados de modo expresso no art. 472, de 15 de dezembro de 2002.

(iv)

A estas três razões deve-se acrescentar, com força, de índole substantiva, o fato de que o conceito de regime fiscal privilegiado não se confunde com o conceito de regime fiscal tributação favorecida. Este ter sido constituído por expressa *concorrência fiscal privilegiada* visou a beneficiar o beneficiário dos regimes.

No combate à evasão fiscal, lucros e outros rendimentos são taxados objetivamente e não subjetivamente. Portanto, é mais correto de uma tribuna de *ring fencing* ou certos outros regimes.

E daí que a preocupação com estes regimes não deve ser de distorções introduzidas.

São ainda razões que justificam a adoção de uma tributação objetivamente favorecida. Provisória nº 1.084-2002 (art. 25), da dedução de despesas fiscais (art. 28).

Já, porém, os regimes fiscais privilegiados de tributação favorecida são tratados de modo expresso. No que concerne:

O mesmo se diga, por maioria de razão, do regime especial de equiparação a residentes no país do investimento estrangeiro a que se refere o art. 16 da MP nº 2.189-49/2001 (regra aplicável aos investimentos estrangeiros abrangidos pela Resolução CMN nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000), disposição essa que nem sequer faz menção ao art. 24 da Lei nº 9.430/96.

Note-se, por fim, que sempre que a lei quis submeter à mesma disciplina fiscal tanto os países com tributação favorecida quanto os de regime fiscal privilegiado fê-lo de modo expresso, como sucede nas hipóteses previstas na Medida Provisória nº 472, de 15 de dezembro de 2009 (convertida na Lei nº 12.249/2010).

(iv) *Vinculação do conceito de regime fiscal privilegiado à política da concorrência fiscal prejudicial*

A estas três razões de ordem técnica e formal subjaz uma quarta, ainda mais forte, de índole *substancial*, que a todas sobreleva: é a de que a consagração do conceito de regime fiscal privilegiado como conceito jurídico autônomo do de país com tributação favorecida e não como simples espécie ou modalidade deste resulta de este ter sido construído precisamente como instrumento de combate às *práticas de concorrência fiscal prejudicial (harmful tax competition)*, enquanto o de tributação favorecida visou a *compensar o Estado da fonte de uma tributação insuficiente* no país do beneficiário dos rendimentos.

No combate à concorrência fiscal prejudicial os Estados visam a evitar que os lucros e outros rendimentos se deslocalizem para outros Estados em função de uma taxaço *objetivamente mais favorável*, erodindo as receitas dos que se consideram potencialmente mais legitimados para as auferir. Esta taxaço mais favorável pode decorrer de uma tributação efetiva mais baixa, mas pode também decorrer de um regime de *ring fencing* ou da adoção de um princípio de territorialidade quanto a lucros ou certos outros rendimentos.

E daí que a própria OCDE recomende a adoção de medidas especiais de reação contra estes regimes na área de *transfer pricing*, por se justificar uma política corretiva das distorções introduzidas na formação de preços objetivos de mercado (*arm's length*).

São ainda razões de concorrência fiscal prejudicial relacionadas com uma tributação objetivamente mais favorável de certos países e territórios que levaram a Medida Provisória nº 472, de 15 de dezembro de 2009, a introduzir medidas de reação às práticas em que tal concorrência se traduz, como é o caso da subcapitalização (art. 25), da dedução de pagamentos (art. 26) e da transferência de residência de pessoas físicas (art. 28).

Já, porém, os atributos de *ring fencing* ou de territorialidade (próprios dos regimes fiscais privilegiados) não são adequados para caracterizar um país como de tributação favorecida, para efeitos de agravamento de alíquota de retenção na fonte. No que concerne ao *ring fencing* porque a vantagem dos não residentes se refere mais

aos rendimentos a eles pagos por determinada sociedade e não aos rendimentos por esta recebidos, potencialmente sujeitos a tributação plena; no que concerne à territorialidade, plena ou mitigada, porque se trata de medidas de política econômica de livre opção de Estado soberano, que por si sós não devem ser invocadas pelo Estado da fonte como um fator de discriminação da tributação na fonte.

Esta a razão de fundo que ilumina os demais motivos pelos quais o conceito de regime fiscal privilegiado não é aplicável para efeitos de determinar a alíquota agravada de retenção na fonte de residentes no exterior ou para afastar a aplicação do regime especial de tributação dispensado aos investidores estrangeiros sob o abrigo da Resolução CMN nº 2.689/00.

A Instrução Normativa nº 1.037, de 4 de junho de 2010, modificada pela Instrução Normativa nº 1.045, de 23 de junho de 2010, procedeu, no seu art. 2º, a uma enumeração taxativa de quais os regimes que reputa abrangidos no conceito de “regime fiscal privilegiado” (cfr. ainda o Ato Declaratório Executivo nº 10, de 24 de junho de 2010, tal como o fez, no art. 1º, em relação ao conceito de “país com tributação favorecida”. Ofenderia, na verdade, os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proteção de confiança colocar sobre os ombros do contribuinte o fardo da prova de leis estrangeiras, estendendo a estas a presunção de pleno conhecimento que os ordenamentos jurídicos estabelecem em relação às leis nacionais.

C) Estruturas e tipos societários

Examinemos agora os tipos e estruturas societárias proporcionados pela generalidade ou por certos países ou territórios de tributação favorecida ou de regime fiscal privilegiado e de que os particulares se socorrem como instrumento de planejamento fiscal internacional.

a) Sociedades-base

Comecemos pelas *sociedades-base* (*regimes headquarters*), conceito que pressupõe os seguintes requisitos: trata-se de sociedades estrangeiras, ou seja, instaladas em país diverso do da sociedade-mãe; o país de domicílio é um país de tributação inferior; são controladas por pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas noutro país; e exercem a sua atividade operacional num terceiro país⁴⁵.

A instituição das *sociedades-base* assenta no desdobramento de uma mesma atividade, ciclo ou processo produtivo por diversos territórios sujeitos a ordenamentos

45 Cfr. ANNAMARIA RAPAKKO, *Base Company Taxation*, Deventer/Boston 1989; H. DEBATIN, *Die internationalen Basisgesellschaften*, DStZ, 52 (1964-1), 9; BERNHARD GROSSFELD, *Basisgesellschaften im internationalen Steuerrecht*, Tübingen 1974; PETER STADLER, *Die Besteuerung der Basisgesellschaften in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Domizil- und Hilfgesellschaften*, St. Gallen 1970; PENNERA, *Basisgesellschaften im französischen Recht*, Frankfurt 1976.

tributários distintos. A tributação global, se desenvolvesse, o dobramento pode intermédio de subs

Essas sociedades de processo produtivo global centralizam os recursos. Tais atividades de montagem nas Balcãs (de serviços, o porto de burgo), o seguro e o transporte marítimo

Costumam deslocar aquelas cujo domicílio contrasta com domicílios locais cuja empresa-ora

A tributação global de das despesas, pelo ou à tributação em *corporations* que acabam e depois se extingui, grava os ganhos de

Muito se tem discutido uns (como as do direito internacional dos tributos) caracterizam como a sua no capital de outrem, esta esteira da *Company* hipóteses em que

46 Cfr. ALBERTO XAVIER, *XXII Semana de*

47 As sociedades de “autosseguro” em territórios de lucros da sociedade

tributários distintos (dos quais uns mais favoráveis ao contribuinte), de tal sorte que a tributação global do conjunto será inferior à que resultaria se a mesma atividade se desenvolvesse integralmente dentro das fronteiras de um só Estado⁴⁶. Esse desdobramento pode efetuar-se através da criação de simples filiais (*branches*), ou por intermédio de subsidiárias dotadas de personalidade jurídica própria.

Essas sociedades (sociedades-base) ou desenvolvem um aspecto parcial do processo produtivo global – subjetivando uma parte do fato tributário complexo –, ou centralizam os resultados obtidos por outra ou outras, pertencentes ao mesmo grupo. Tais atividades parciais podem ser parte do processo de fabricação (sociedades de montagem nas Bahamas e Ilhas do Canal), a comercialização de produtos, a prestação de serviços, o controle de marcas e patentes, a emissão de empréstimos (Luxemburgo), o seguro das empresas do grupo (*captive offshore insurance company*)⁴⁷, ou o transporte marítimo (sociedades de navegação da Libéria ou das Bermudas).

Costumam distinguir-se as sociedades-base *típicas* das *atípicas*. As primeiras são aquelas cujo domicílio se fixa em país de baixa tributação, diverso dos países onde se encontram domiciliadas a sociedade-mãe e a sociedade-operadora. As segundas são aquelas cuja empresa-operadora funciona no Estado da sociedade-mãe a que pertence.

A tributação mais moderada no país de instalação, por vezes aliada à dedutibilidade das despesas, pagas a tais sociedades (a título de juro, frete, remuneração de serviço) ou à tributação mais suave dos lucros a elas atribuídos (como é o caso das *collapsible corporations* que acumulam receitas a título de juros, rendas, lucros, durante vários anos, e depois se extinguem, sendo os seus acionistas tributados à taxa mais moderada, que grava os ganhos de capital), permite a obtenção de fortes economias de imposto.

b) Sociedades holding

(i) Natureza

Muito se tem discutido a respeito do conceito de sociedade *holding*. Enquanto uns (como as doutrinas norte-americana, francesa e italiana), fiéis à terminologia internacional dos negócios e à raiz etimológica da expressão anglo-saxônica, a caracterizam como a sociedade que é titular, que detém (do inglês, *to hold*) participações no capital de outra sociedade, ainda que não relevantes ou duradouras, outros (na esteira da *Companies Act* inglesa de 1948) preferem reservar esta expressão para as hipóteses em que, através dessa participação, a sociedade participante controla a so-

46 Cfr. ALBERTO MARTINEZ GENIQUE, La problemática fiscal de la empresa multinacional, in *XXII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid, 1974, 183.

47 As sociedades de seguros cativas, são usadas para contornar certas legislações que proíbem o “autosseguro”. Tais sociedades “cativas”, isto é, controladas pela sociedade-mãe, localizam-se em territórios que as permitem (Guernsey, Bahamas), assegurando assim a dedutibilidade dos prêmios pagos pelos residentes em países de fiscalidade elevada, bem como a isenção dos lucros da sociedade.

cidade ou sociedades investidas, enquanto outros ainda (como as leis suíça e luxemburguesa) preferem reservá-la para os casos em que a *holding* seja pura, isto é, tenha por objeto exclusivo participações noutras sociedades (por oposição às *holding* mistas que exercem paralelamente atividades operacionais, de natureza agrícola, industrial ou de serviços)⁴⁸.

A participação de sociedades no capital social de outra ou outras (“sociedades operacionais” – *operating companies* – que exercem diretamente uma atividade empresarial) não é fenômeno que tenha surgido sem resistências, como recordam ALFREDO LAMY FILHO e BULHÕES PEDREIRA⁴⁹.

A esta ambiguidade conceitual alia-se a diversidade terminológica, proveniente das tradições e leis de diversos países que se referem – por vezes tendo apenas em vista certos tipos especiais de *holding* – a “sociedades de participação”, “sociedades financeiras”, “sociedades de investimento”, “sociedades controladoras”, “sociedades de administração de participações sociais”, “*holdings* de controle”⁵⁰.

A especificidade da figura da *holding* decorre do fato de ser uma “sociedade-sócia”, ou seja, uma sociedade cujo patrimônio se encontra investido, no todo ou em parte, em participações noutras sociedades – e isto independentemente de através da *holding* se exercer ou não o controle das sociedades investidas ou participadas. Com efeito, os problemas fundamentais relativos ao exercício do poder de controle não dependem necessariamente da natureza jurídica do controlador, que pode ser uma pessoa singular ou um grupo de pessoas singulares, enquanto os que constituem o cerne do problema relativo

48 O poder do controle nas sociedades anônimas *Holding e Investment Trust Società collegata e controllate, I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, GOUTHIERE/A. CHARVERIAT/PH. JANIN, *Les holdings*, Paris 1995; IBFD, *The International Guide to the Taxation of Holding Companies*, IBFD, Amsterdam; ROY ROHATGI, *Basic International Taxation*, 238.

49 “A participação de uma companhia como acionista de outra surgiu nos Estados Unidos. Na primeira metade do século XIX nenhuma lei geral reconhecia às companhias capacidade jurídica para possuir ações, o que era então considerado impróprio e perigoso. A aquisição de ações dependia de autorização de lei estadual especial, que em regra somente era concedida em caráter excepcional e de modo restrito – para determinadas espécies e quantidades de ações. Posteriormente, o privilégio de possuir quaisquer ações foi concedido a algumas companhias, como as constituídas, entre 1868 e 1872, por *charters* do Estado da Pensilvânia, inclusive a *Pennsylvania Company* – o exemplo mais antigo de *holding* pura (cujo ativo é constituído apenas de ações e não explora atividade produtiva). O Estado de Nova Jersey promulgou – em 1888 – a primeira lei autorizando qualquer companhia registrada no seu território a incluir no objeto social a propriedade de ações e foi imitado – entre 1892 e 1899 – pelos Estados de Nova York, Connecticut, Pennsylvania e Delaware – e até 1929 por mais 33 Estados (cfr. BONBRIGHT e MEANS, 1954, v. 7, 403-4). Na Europa Continental as sociedades comerciais eram tradicionalmente concebidas como associações de comerciantes individuais (nas sociedades em nome coletivo) ou desses comerciantes com aplicadores de capital financeiro (nas sociedades em comandita), e não se conhecia a participação de uma sociedade comercial em outra, que somente veio a ser admitida na França a partir de decisão jurisprudencial em 1878 (GÉGOUT, 1929, p. 22)”: cfr. *A lei das S.A.*, Rio de Janeiro 1992, 77.

50 Cfr. VALENTINO VULPETTI, *Società finanziaria, Enc. del Dir. XLII* (1990), 1.113 ss.

ao regime de tributação da sociedade operadora.

A visão clássica concebe como um conjunto de relações jurídicas pessoais independentes, em que cada qual teria personalidade própria, patrimônio próprio, e não se confundem com a entidade consistente nas ações de circulação própria, que constituem o seu jure.

Todavia, de uma realidade social que sucede é que as relações entre *holding* e sociedades de natureza jurídica distinta constituem uma noção de modo mais valioso para determinar a natureza jurídica que subjazente entre *holding* e sociedades puras, suavizando as diferenças e podendo ser a *holding*, seja

Ora, é preciso determinar a natureza jurídica que subjazente entre *holding* e sociedades puras, suavizando as diferenças e podendo ser a *holding*, seja

51 Cfr. BERARDINO, *di Diritto Commune*, sociedade anônima.

52 Sobre a visão independentes, e a crítica de 168 ss., 151; LIND, *Corporation and control nas sociedades de personalidade jurídica*.

53 A doutrina da *lifting the veil of incorporation* em certos casos com o intuito de atingir a responsabilidade

ao regime de tributação respeitam à natureza jurídica da entidade participante no capital da sociedade operacional, que é uma pessoa jurídica, uma “sociedade-sócia”⁵¹.

A visão clássica da personalidade jurídica, organicista e “antropomórfica”, que a concebe como um ente real distinto dos seus sócios, com os quais poderia manter relações jurídicas precisamente nos mesmos moldes com que as manteria com terceiros independentes, tende a não ver qualquer especificidade na figura da *holding*, a qual teria personalidade jurídica distinta das sociedades operacionais em cujo capital participa, patrimônio independente, constituído por participações sociais, que não se confundem com os patrimônios das sociedades participadas e capital próprio, consistente nas ações ou quotas que ela própria emite e que têm individualidade e leis de circulação próprias em relação às ações ou quotas das sociedades operacionais que constituem o seu próprio patrimônio.

Todavia, de há muito se vem reconhecendo que a pessoa jurídica não é a forma de uma realidade social pré-normativa, que é sempre e só constituída por homens. O que sucede é que a lei muitas vezes dita uma disciplina peculiar para certa categoria de relações entre homens, disciplina que se traduz na sua unificação e na sua imputação a uma entidade abstrata, dada a necessidade de imaginar um titular de direitos e deveres distinto das pessoas singulares. A noção de pessoa jurídica é por isso e por natureza uma noção funcional e relativa: *funcional*, porque a referida disciplina normativa de relações entre homens é ditada para que estes prossigam determinados fins de um modo mais conveniente e racional; *relativa*, porque, sendo funcional, ela pode valer para determinados fins ou efeitos, mas não valer quanto a outros⁵².

Ora, é precisamente o carácter instrumental, funcional ou relativo da personalidade jurídica que não permite ignorar, no fenómeno da *holding*, a *unidade económica* subjacente entre *holding* e sociedade operacional, especialmente em caso de *holdings* puras, suavizando o rigor da visão clássica de duas pessoas jurídicas totalmente independentes e podendo mesmo conduzir à “desconsideração da personalidade jurídica” seja da *holding*, seja das sociedades em que esta participa⁵³.

51 Cfr. BERARDINO LIBONATTI, *Holding e Investment Trust*, Milão 1959, 17-18; ASCARELLI, *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão 1955, 268; FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle nas sociedades anónimas*, São Paulo 1977, 124.

52 Sobre a visão instrumental da personalidade jurídica, especialmente em matéria de sociedades, e a crítica à concepção clássica, ver ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milão 1955, 168 ss., 151; LIBONATTI, *Holding e Investment Trust*, cit., 220 ss.; BERLE e MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Nova Iorque 1984; FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle nas sociedades anónimas*, São Paulo 1977, 248 ss.; JUAN M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Buenos Aires 1991, 1 ss.

53 A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, “*disregard of the corporate entity*”, “*lifting the veil of the corporate entity*” ou do “*Durchgriff*” é criação jurisprudencial que, em certos casos concretos, atribui diretamente à sociedade-mãe controladora as consequências jurídicas de atos praticados pelas sociedades controladas, designadamente em matérias de responsabilidade por dívidas. Veja-se PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade*

O fenômeno não passara despercebido ao gênio jurídico de VIVANTE que já em artigo publicado em 1935⁵⁴ observava que, embora formalmente distinto, o patrimônio da *holding* é substancialmente formado pelos mesmos bens que constituem o patrimônio da sociedade em que a *holding* participa. Donde o grande jurista concluir que o patrimônio da *holding* não passa de um “duplicado” das ações ou quotas das sociedades operacionais. E alertava para os riscos de as participações de sociedades no capital de outras sociedades darem origem a “patrimônios fictícios”, suscetíveis de multiplicação ao infinito.

Embora lhe introduza algumas ressalvas, LIBONATTI – autor de magistral monografia sobre a figura da *holding* – segue na mesma linha do seu antecessor, ao reconhecer que o problema fundamental daquela figura é a dúplici aplicação da disciplina jurídica das sociedades (uma vez com referência à sociedade operacional, outra vez com referência à sociedade *holding*) quando estão em causa os mesmos bens⁵⁵.

Pode o patrimônio da *holding* ser juridicamente independente, para certos efeitos, dos patrimônios das sociedades em que ela participa, mas isso não deve fazer perder de vista que o valor das suas participações sociais outro não é que o valor proporcional dos patrimônios das sociedades participadas. É que – sublinha LIBONATTI – o patrimônio da *holding*, “sociedade-sócia”, deve ser avaliado como “patrimônio de sócio” e não autonomamente, independentemente da sociedade operacional. Tanto assim que o patrimônio líquido das duas sociedades, tomadas em conjunto, no caso de *holdings* puras, é apenas igual ao patrimônio da sociedade operacional⁵⁶.

Como corolário deste princípio de unicidade patrimonial⁵⁷, resulta que as ações ou quotas emitidas pela *holding*, embora não sejam em rigor meros “duplicados” das ações ou quotas emitidas pelas sociedades operacionais, como pretendia sugestivamente VIVANTE, visto gozarem de autonomia jurídica, não são representativas de “bens novos” (como sucede nas sociedades operacionais), mas de frações de patrimônios por sua vez consistentes em frações de patrimônios – os das sociedades operacionais – em que os “bens novos” se situam.

Tais ações são “ações de segundo grau”, para usar sugestiva expressão de ASCARELLI, por sua vez representativas de “bens de segundo grau” que são as próprias

jurídica das sociedades comerciais, in FDL, *Novas perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra 1988, 289 ss. Veja-se ainda JUAN M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica*, cit., *passim*.

54 Cfr. VIVANTE, *Le società finanziarie (holding) e le loro responsabilità*, *Rivista di Diritto Commerciale* I (1935), 185.

55 Cfr. LIBONATTI, *Holding e Investment Trust*, cit., 39.

56 Cfr. LIBONATTI, *Holding e Investment Trust*, cit., 49.

57 Reconhecer a unicidade patrimonial (a *wirtschaftliche Einheitjuristische Einheit* da doutrina alemã) não significa necessariamente reconhecer *juristische Einheit*, conduzindo apenas a atenuações do seu rigor. Cfr. o clássico SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Tübingen 1955; JUAN M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Buenos Aires 1991, 419 ss.

ações das sociedades “substituição de títulos por outros títulos e

O regime jurídico da independência a reconhecimento da realidade em certos aspectos *holding* em relação constatação de que “espelho” em que se

Destes últimos (*equity accounting*) ser avaliados em função seu custo de aquisição “*intercompany dividend*”; e os regimes que sociedades *holdings* participações sociais

(ii) *Rej*

Como se viu, *ding* reside na existência distribuídos por ou entidade com personalidade nestes mesmo manifestação autônoma

A necessidade de lucros torna beneficiário final de *holdings* em cada

58 Cfr. ASCARELLI, cit., *Banca, Borsa* Corte de Cassação

59 *Apud* LIBONATTI

60 Cfr., sobre estes 163 ss.; ANTONI PEPE, *Holdings*, GARRIDO PICÓN, GEL FERNÁNDEZ

ações das sociedades operacionais⁵⁸. Trata-se de ações emitidas em virtude de uma “substituição de títulos” (o *Effektensubstitution* a que se refere LIEFMANN⁵⁹), através da qual novos títulos são emitidos com base num patrimônio por sua vez representado por outros títulos e aos quais quadraria bem a expressão “títulos de substituição”.

O regime jurídico das *holdings* não é, pois, mero corolário radical da teoria da independência absoluta de personalidades jurídicas; antes convive com o reconhecimento da realidade de uma unidade econômica e patrimonial subjacente. Se em certos aspectos prevalece a plena personalidade e independência patrimonial da *holding* em relação à sociedade participada, já para outros se dá maior relevância à constatação de que a *holding*, especialmente a *holding* pura, outra coisa não é que um “espelho” em que se refletem as sociedades operacionais em que participa.

Destes últimos são exemplos a adoção do método de equivalência patrimonial (*equity accounting*) na declaração do balanço da *holding*, cujos investimentos devem ser avaliados em função do patrimônio das suas participadas, independentemente do seu custo de aquisição; a adoção de regimes fiscais mais suaves para a tributação de “*intercompany dividends*”, tendo em vista a identidade econômica do lucro distribuído; e os regimes que, em caso incorporação ou fusão de sociedades operacionais por sociedades *holdings*, determinam que essas operações se traduzam por extinção de participações sociais e não por aumentos de capital⁶⁰.

(ii) *Regimes favoráveis quanto a dividendos e ganhos de capital*

Como se viu, uma das principais consequências da natureza da sociedades *holding* reside na existência de uma verdadeira dupla tributação econômica dos lucros distribuídos por outras sociedades, eis que tais lucros, muito embora auferidos por entidade com personalidade jurídica distinta daquela que os distribui, têm a sua origem nestes mesmos lucros, pelo que, do ponto de vista econômico, não constituem manifestação autônoma de capacidade contributiva.

A necessidade de exonerar total ou parcialmente as distribuições inter-societárias de lucros torna-se ainda mais preemente quando entre a empresa operacional e o beneficiário final da renda se interpõe não apenas uma *holding*, mas uma pluralidade de *holdings* em cadeia vertical.

58 Cfr. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari, personalità giuridica e società fra società*, *Banca, Borsa e Titoli di Credito* I (1952), 425 ss. (expressão que depois foi adotada pela Corte de Cassação italiana); Id., *Saggi di Diritto Commerciale*, Milão 1955, 239.

59 *Apud* LIBONATTI, *Holding e Investment Trust*, cit., 74.

60 Cfr., sobre estes pontos, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, Coimbra 1993, 163 ss.; ANTONIO LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Pádua 1985; FEDERICO PEPE, *Holdings, gruppi e bilanci consolidati*, Milão 1974, *passim*. DAVID MÚLCHI PANÍCO, ALFONSO GARRIDO PICÓN, Régimen fiscal de las sociedades *holding*, in JOSÉ A. RODRIGUEZ INARZA/ÁNGEL FERNÁNDEZ PRIETO (org.), *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, Madrid 2003, 265.

Tenha-se presente que referida exoneração das distribuições inter-societárias de dividendos pode ocorrer quer a sociedade operacional e sociedade *holding* se situem num mesmo país (*dúpla tributação econômica interna*), quer se situem em países distintos (*dúpla tributação econômica internacional*).

Nesta última hipótese, enquanto alguns Estados (como Portugal e o Reino Unido) adotam o método da imputação, tributando plenamente o lucro da *holding*, mas permitindo a dedução, como crédito, do imposto pago pela sociedade operacional incidente sobre a parcela do lucro que foi objeto da distribuição, a grande generalidade dos países, especialmente europeus, adota o método da isenção⁶¹, método este que no domínio das distribuições inter-societárias de lucros é vulgarmente conhecido pelas expressões *participation exemption*, “privilégio de *holding*” (*holding privilege*) ou “privilégio de afiliação” (*Schachtelprivileg*)⁶².

Via de regra os mesmos países que outorgam uma *participation exemption* quanto a dividendos exoneram também os ganhos de capital na alienação das participações societárias detidas pela *holding*, tendo em vista que tais ganhos de capital são predominantemente imputáveis a lucros das sociedades participadas ainda não distribuídos.

São essencialmente quatro os requisitos exigidos no Direito comparado para que as participações societárias se qualifiquem para a outorga da isenção (*qualifying participations*): um período mínimo de detenção da participação societária (*minimum holding period*); um percentual mínimo de participação no capital da sociedade participada; a submissão da sociedade participada a um mínimo de tributação (*liability to tax*); e o relativo à natureza da renda auferida pela participada.

Tais requisitos são estabelecidos ou em leis específicas que versam sobre sociedades *holding* (como é o caso, na Espanha, das *Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros* – *ETVE*, em Portugal, das *Sociedades Gestoras de Participações Sociais* – *SGPS* e no Luxemburgo, no que concerne às *Holdings de 1929*⁶³) ou são estabelecidos nos termos

61 Merece especial referência como pioneiro nesses regimes a Holanda, cfr. M. J. ELLIS/D. JUDCH, *The Participation Exemption in the Netherlands*, Deventer 1979; GOUTHIERE, *Les impôts*, 296; P. G. M. ADRIAANSEN, *New Dutch Participation Exemption Regime*, *RDTI* 5 (2007), 155; DAVIDE M. PARRILLI, *La Riforma della Participation Exemption Olandese alla Luce*, in HELENO TAVEIRA TÔRRES (org.), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, vol. V, São Paulo 2008, 824.

62 Cfr. KNECHILE, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Deventer 1979, 105; SCHAUMBURG, *Internationales Steuerrecht*, Colônia 1993, 228 ss.; ROY ROHATGI, *Basic International Taxation*, 488 ss.; WIN EYNATTEN, *Regimes de sociedades holdings europeias: estudo comparado*, *RDTI* 8 (abr./2008), 185; TIAGO CASSIANO NEVES, *Estratégia de internacionalização e sociedades holding na Europa: aspectos práticos e comparativos*, *RDTI* 2 (2006), 281.

63 No Luxemburgo, em virtude de uma lei de 1929, as sociedades *holding* estão isentas de imposto sobre o lucro decorrente de dividendos recebidos das sociedades em cujo capital participam, de imposto sobre ganhos de capital na alienação das participações societárias e de imposto retido na fonte sobre dividendos distribuídos aos seus sócios. Dentre essas sociedades incluem-se as *holdings bilionárias*, que se caracterizam por poder também exercer atividades de *holding* no setor financeiro. Todavia, tendo em vista a benevolência deste regime, numerosos países (entre os quais o Brasil) têm recusado abranger tais *holdings* (chamadas

da legislação geral e especial privativa de Luxemburgo (no que

No que concerne na Holanda e na Bélgica, no Luxemburgo

No que respeita na Holanda e na Espanha, que certos países, como que o investimento e a isenção de dividendos

Quanto ao recebendo certo, porém efeito, enquanto a tributação efetiva (imposto sobre as participadas, consequentemente

No que concerne participada, certos países natureza: assim, por *investments*; a Áustria, provenientes de juros, também tributa os (ou mais); e a Dinamarca

Um regime nos dividendos foi

holdings de 1929, tributados com o Limite Europeia as sociedades de certos requisitos 10% do seu capital da data de adotado por regime *International*

64 Em resultado de presas e do Fórum regimes, com efeitos judiciais, tendo aproximado o tratamento de ser *ring*

65 Quanto aos ganhos três anos por inter

da legislação geral sobre *participation exemption* nos países que não têm legislação especial privativa de *holdings*, como é o caso da Holanda, da Áustria, da Bélgica e do Luxemburgo (no que concerne às "*sociétés de participation financière*" – SOPARFI)⁶⁴.

No que concerne ao requisito do período mínimo de detenção, ele é dispensado na Holanda e na Bélgica e fixado, no que toca a dividendos⁶⁵, em um ano, na Dinamarca, no Luxemburgo, na Espanha, na Suíça, na Áustria.

No que respeita ao requisito do percentual de participação, ele vai de 5% na Bélgica, na Holanda e na Espanha até 10% no Luxemburgo e na Áustria e na Dinamarca, sendo que certos países, como a Bélgica e o Luxemburgo, dispensam referido requisito desde que o investimento exceda um certo valor (p. ex.: no Luxemburgo 1.200.000 euros para a isenção de dividendos e 6.200.000 euros para a isenção do ganho de capital).

Quanto ao requisito da sujeição da subsidiária a imposto, a Suíça o dispensa, sendo certo, porém, que é muito distinto o nível de tributação mínimo exigido. Com efeito, enquanto alguns países, como a Holanda, se contentam com um mínimo de tributação efetiva (p. ex.: 0,1%), outros, como a Espanha, exigem a sujeição a um imposto sobre as pessoas jurídicas a alíquota comparável à do país em causa, excluindo, consequentemente, subsidiárias localizadas em paraísos fiscais.

No que concerne ao requisito da natureza da renda obtida pela sociedade participada, certos países excluem da isenção dividendos cuja origem é lucro de certa natureza: assim, por exemplo, a Holanda recusa a isenção a rendimentos de *portfolio investments*; a Áustria sujeita a imposto os rendimentos de natureza *passiva* (provenientes de juros, locação de bens móveis ou venda de participações); a Espanha também tributa os rendimentos de natureza passiva se forem preponderantes (85% ou mais); e a Dinamarca tributa os dividendos de certas *financial companies*.

Um regime muito importante de exoneração da dupla tributação econômica dos dividendos foi consagrado no âmbito da União Europeia pela *Parent Subsidiary*

holdings de 1929) no campo de aplicação dos tratados contra a dupla tributação por eles celebrados com o Luxemburgo. Por esta razão (e para se conformar com as diretrizes da Comunidade Europeia em matéria de retenções na fonte), este país adotou um novo regime para as *sociétés de participações financières* (SOPARFI), que faz depender o regime isencional de certos requisitos, como a participação no capital da sociedade investida não ser inferior a 10% do seu capital e esta participação ser detida por um período mínimo de 12 meses contados da data do encerramento do balanço. Sobre o regime das SOPARFI luxemburguesas, adotado por regulamento grão-ducal de 24 de dezembro de 1990, cfr. WARNER, *Luxembourg in International Tax Planning*, Amsterdam 1996.

64 Em resultado dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas e do Fórum da OCDE para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, estes regimes, com exceção do regime português das SGPS, foram qualificados como prejudiciais, tendo sido alterados. Fundamentalmente, as alterações introduzidas visaram aproximar o tratamento entre não residentes e residentes, de forma aos regimes deixarem de ser *ring fencing*.

65 Quanto aos ganhos de capital, os mesmos períodos são exigidos. A Dinamarca requer, porém, três anos por inteiro.

Directive (Diretiva nº 90/435/CEE), que outorga isenção de tributação de dividendos nas relações entre sociedades domiciliadas nos Estados-membros, desde que a *holding* tenha uma participação mínima de 25% no capital da subsidiária, a subsidiária esteja sujeita a imposto sem a possibilidade de optar por um regime tributário especial e revista uma das formas societárias especialmente previstas⁶⁶.

Tenha-se presente que os requisitos da *Parent Subsidiary Directive* podem ser reduzidos nas legislações internas europeias (como é o caso da lei interna da Holanda, que exige apenas um percentual de 5%, de participação), mas nunca ampliados. E ainda que a Diretiva nº 2003/123/CE, de 22 de dezembro, prevê que a percentagem mínima de participação, para se reconhecer a qualidade da sociedade-mãe e de sociedade afiliada, deverá ser reduzida, gradualmente, de 25% para 10%, até 2009.

Independentemente das desonerações decorrentes da legislação interna ou comunitária, há ainda a considerar as desonerações outorgadas por via dos tratados contra a dupla tributação⁶⁷.

c) Outras figuras societárias

A linguagem corrente em matéria de fiscalidade internacional utiliza-se de diversos conceitos relativos às estruturas societárias mais frequentemente utilizadas no planejamento tributário internacional, conceitos esses que não designam modalidades societárias definidas em função de critérios científicos, mas sim em razão das funções práticas que elas exercem.

Assim, por exemplo, a expressão *sociedade off-shore* designa a sociedade constituída num determinado país, mas cujo controle é detido exclusivamente por não residentes desse país e exerce a sua atividade exclusivamente fora do território do país em causa. Trata-se das sociedades características dos regimes de *ring fencing*, ou seja, aqueles que concedem tratamento fiscal preferencial a não residentes, isolando as operações beneficiadas do mercado interno, protegido como que por um “anel”, como é o caso típico das SAFIS do Uruguai e das sociedades dos Centros Internacionais de Negócios da Ilha da Madeira e das Ilhas Canárias.

Por sua vez, a expressão *conduit companies* (“empresas-canal”) alude ao papel meramente redistributivo das entidades em causa, limitando-se a ser o canal de trânsito de rendimentos auferidos por uma sociedade em direção ao beneficiário final dos mesmos.

Outras denominações referem-se à natureza da atividade que constitui objeto social de certas empresas como, por exemplo, a *prestação de serviços intragrupo*, ou seja, a atribuição a uma certa entidade da função de prestar serviços em benefício de uma pluralidade de empresas integradas num grupo multinacional, sejam esses serviços de carácter administrativo, financeiro ou comercial. É este precisamente o caso

66 Cfr. LOYENS LEFÈVRE RÄDLER, *The Parent-Subsidiary Directive and International Tax Planning*, Amsterdam 1992.

67 Cfr. *infra*, 596 ss.

dos centros de distribuição e de intragrupo da filial, cujo conteúdo é definida em sua consideração co

Quando dentro das funções em carácter normalmente a exp crédito, os *captive companies*. As sociedades que proíbem o “au permitem (Guernse prêmios pagos pelo dos lucros da socie

Dentro das se faturação (*invoicing* conta da sociedade cros para território: *a-star company*) util portistas, escritores de prestação de ser para o país da resid

Uma figura j mento fiscal é o A dotado de persona do direito anglo-sa não é revelada, gar capital ou do rend isenção do impost rios pode ser utiliz precedência sucess

68 Estas medidas f Grupo do Códici cia dos trabalh vedado o exerci coordenação, de (art. 34, nº 8, de

69 Cfr. LEVINE, La do jogador de t TIXIER, *Droit Fis*

70 Sobre o qual cfr.

71 Sobre o *Anstalt, stein*, Vaduz 198

dos *centros de coordenação* (Bélgica, Luxemburgo, País Basco e Navarra), dos *centros de distribuição* e dos *centros de serviços* da Bélgica, bem como das *sociedades financeiras intragrupo* da Holanda⁶⁸. A particularidade destes regimes está em que a base de cálculo é definida em termos presumidos ou estimados, o que tem por vezes levado à sua consideração como medidas de concorrência fiscal potencialmente lesivas.

Quando dentro de um grupo de sociedades uma determinada entidade exerce funções em caráter privativo e exclusivo para empresas desse mesmo grupo, usa-se normalmente a expressão *sociedades cativas*, das quais são exemplos, em matéria de crédito, os *captive banks*, e, em matéria de seguros, as *captive off-shore insurance companies*. As sociedades de seguros cativas são usadas para contornar certas legislações que proíbem o “autosseguro”. Tais sociedades localizam-se em territórios que as permitem (Guernsey, Bahamas e Gibraltar), assegurando assim a dedutibilidade dos prêmios pagos pelos residentes em países de fiscalidade elevada, bem como a isenção dos lucros da sociedade receptora.

Dentro das sociedades de serviços, merecem menção especial as *sociedades de faturação* (*invoicing companies*) – que intervêm na venda ou compra de produtos por conta da sociedade-mãe, não raro manipulando os preços com vista a transferir lucros para territórios de fiscalidade privilegiada; e ainda as *sociedades de artistas* (*rent-a-star company*) utilizadas por titulares de rendimentos não comerciais (artistas, desportistas, escritores), tendo por objeto deslocar a receita proveniente da atividade de prestação de serviços para países de baixa fiscalidade, evitando a sua transferência para o país da residência⁶⁹.

Uma figura jurídica frequentemente utilizada como instrumento de planeamento fiscal é o *Anstalt* previsto pela legislação do Liechtenstein e que – embora dotado de personalidade jurídica – não é uma sociedade, antes se aparenta ao *trust* do direito anglo-saxão⁷⁰. O *Anstalt* é constituído por um *fundador* (cuja identidade não é revelada, garantindo-se o pleno anonimato), o qual designa os *beneficiários* do capital ou do rendimento, que tanto pode ser ele próprio como terceiros. Além da isenção do imposto sobre o rendimento, o mecanismo de designação de beneficiários pode ser utilizado para elidir as regras das leis civis que estabelecem ordens de precedência sucessória⁷¹.

68 Estas medidas foram avaliadas como prejudiciais no Relatório de novembro de 1999 do Grupo do Código de Conduta (“Relatório Primarolo”), tendo sido alteradas em sequência dos trabalhos deste grupo. Também em sequência destes trabalhos foi expressamente vedado o exercício de “atividades do tipo ‘serviços intragrupo’, designadamente centros de coordenação, de tesouraria e de distribuição” no novo regime da Zona Franca da Madeira (art. 34, n.º 8, do EBF).

69 Cfr. LEVINE, *La lutte contre l'évasion fiscale*, 47. Sobre as “rent-a-star companies”, ver os casos do jogador de box sueco *Johanson* e do cantor norte-americano *Nat King Cole*, em GEST/TIXIER, *Droit Fiscal International* (2ª ed.), Paris 1990, 532-533.

70 Sobre o qual cfr. *supra*, 164.

71 Sobre o *Anstalt*, cfr. W. NUENER, *Company Law and Taxation in the Principality of Liechtenstein*, Vaduz 1981; MARKUS WANGER, *Taxation in Liechtenstein*, in DENNIS CAMPBELL (org.),

d) A questão da substância

A questão de saber se uma dada entidade se reveste ou não de “substância” tem sido discutida em Direito Tributário Internacional para verificar se a utilização pelos contribuintes de uma certa estrutura jurídica corresponde a uma realidade ou se, pelo contrário, representa um caso de simulação relativa por interposição fictícia de pessoas, hipótese em que o Fisco teria o direito de desconsiderar a entidade “interposta”.

Dispõe, com efeito, o art. 167, § 1º, do Código Civil, que “haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem”⁷².

Nestes casos, existem dois atos jurídicos (o simulado e o dissimulado) pertencentes ao mesmo tipo negocial, pelo que a simulação incide não sobre a natureza do negócio ou sobre o seu valor, mas sobre o *elemento subjetivo*, visto a pessoa a quem realmente interessa o negócio dissimulado, correspondente à vontade real, não ser a que figura de modo ostensivo no negócio simulado.

Ao Fisco compete o dever de prova da simulação, socorrendo-se de todos os meios instrutórios disponíveis, desde documentos das partes (em especial as “contra-declarações”, *contre lettres*, cartas de ressalva, reservas, *side letters*) a depoimentos de terceiros, a presunções simples ou *ad hominis*, suficientes para demonstrar a verdade material quanto à existência de uma divergência entre a verdade real e a verdade declarada e de seus motivos.

Ora, precisamente uma das presunções ou indícios que, em tese, pode conduzir à prova da simulação residiria na alegada *ausência de substância* da pessoa jurídica utilizada pelas partes como sujeito de uma dada operação.

A expressão “substância da pessoa jurídica” não se encontra consagrada no Direito positivo brasileiro, nem é habitual na nossa jurisprudência.

Na prática internacional ela generalizou-se como uma manifestação da doutrina conhecida como da prevalência da substância sobre a forma (*substance over form*), tradicional nos países anglo-saxônicos.

É certo que de há muito se encontra superada a visão clássica da pessoa jurídica, organicista e “antropomórfica”, que a concebe como um ente real, similar às pessoas naturais.

É hoje ponto assente que a pessoa jurídica não é a pura forma de uma realidade social pré-normativa, que é sempre e só constituída por homens. O que sucede é que a lei muitas vezes dita uma disciplina peculiar para certa categoria de relações

International Tax Planning, 1995, 103. Sobre outras modalidades de sociedades-base, quanto ao objeto, como *finance companies*, *intangible property holding companies*, *trading companies*, cfr. ANNAMARIA RAPAČKO, *Base Company Taxation*, 20 ss.; ROY ROHATGI, *Basic International Taxation*, 242 ss.

72 Cfr. ALBERTO XAVIER, *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*, São Paulo 2001, 52 ss.

entre homens, de entidade abstrata, distinto das pessoas, noção funcional e funções entre homens, mais conveniente, determinados fins

Ora, é preciso: sonalidade jurídica

Substância é presa às *funções* que

É evidente que pessoa jurídica, de ao exercício de um to de imputação de um complexo de do Código Civil), serviços (art. 966

A adequação forma genérica, m

A sua ausência por interposição f

Também a ju cia no sentido de dada atividade ecc

Caso paradig à apreciação do Tri lação pelo Grupo C beneficiarem de um criminatorio (leis C

Tal liberdade “*wholly artificial av*

Esta última e membros da União econômica é exerc riais e humanos (s)

73 Sobre a visão ir des, e a crítica à 168 ss; 151; LU PARATO, *O poder*

74 Cfr. sobre a ma Cadbury Schwe

entre homens, disciplina que se traduz na sua unificação e na sua imputação a uma entidade abstrata, dada a necessidade de imaginar um titular de direitos e deveres distinto das pessoas físicas. A noção de pessoa jurídica é por isso e por natureza uma noção funcional e relativa: *funcional*, porque a referida disciplina normativa de relações entre homens é ditada para que estes prossigam determinados fins de um modo mais conveniente e racional; *relativa*, porque, sendo funcional, ela pode valer para determinados fins ou efeitos, mas não valer quanto a outros⁷³.

Ora, é precisamente à luz do caráter instrumental, funcional ou relativo da personalidade jurídica que deve ser examinada a questão da substância.

Substância é conceito que exprime a relação de adequação da *estrutura* da empresa às *funções* que constituem seu objeto social.

É evidente que os meios humanos e materiais adequados ao exercício, por uma pessoa jurídica, de uma função de pura *holding* não são comparáveis aos necessários ao exercício de uma atividade industrial: enquanto a *holding* é um puro centro abstrato de imputação de direitos, a atividade industrial requer um estabelecimento, isto é, um complexo de pessoas e bens organizado para o exercício da empresa (art. 1.142 do Código Civil), que é a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966 do Código Civil).

A adequação dos meios em relação à função deve, pois, ser examinada, não de uma forma genérica, mas sempre caso a caso, em função da natureza da empresa em causa.

A sua ausência poderá ser invocada como indício, prova indireta, de simulação por interposição fictícia de pessoas.

Também a jurisprudência e a doutrina internacionais têm revelado forte tendência no sentido de exigir o requisito de substância como prova do exercício de uma dada atividade econômica.

Caso paradigmático nesse sentido foi o célebre caso *Cadbury Schweppes*, submetido à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, no qual este decidiu que a instalação pelo Grupo Cadbury de duas subsidiárias na Irlanda, embora com o objetivo de se beneficiarem de um regime fiscal mais favorável, não podia ter um tratamento fiscal discriminatório (leis CFC) sob pena de violar o direito ou liberdade de estabelecimento.

Tal liberdade só cessaria onde houvesse aquilo que o Tribunal definiu como um "*wholly artificial arrangement*".

Esta última expressão tem sido interpretada e desenvolvida em vários países membros da União Europeia no sentido de significar que uma genuína atividade econômica é exercida através de um estabelecimento englobador de recursos materiais e humanos (*substância organizacional*)⁷⁴.

73 Sobre a visão instrumental da personalidade jurídica, especialmente em matéria de sociedades, e a crítica à concepção clássica, ver ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milão 1955, 168 ss; 151; LIBONATI, *Holdings e Investment Trust*, Milão 1959, 220 ss; FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle nas sociedades anônimas*, São Paulo 1977, 248 ss.

74 Cfr. sobre a matéria JACQUES MALHERBE, *Controlled Foreign Corporations in the EU after Cadbury Schweppes*, in *Tax Management International Journal*, dezembro 2007.

É também o conceito de substância que está na origem do conceito de “*substantive business operations*” requerido para que uma determinada entidade não seja considerada mera *conduit company*, constituída para um “uso impróprio” dos tratados⁷⁵.

Um caso de alegada interposição fictícia examinado na nossa jurisprudência ocorreu com uma *trading* no âmbito do comércio internacional.

Trata-se de acórdão da 5ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (acórdão nº 105-11.084, de 25 de junho de 2008), de que foi relator o Conselheiro WILSON FERNANDES GUIMARÃES, cuja ementa, entre outras partes, afirma:

“EXPORTAÇÕES PARA PESSOAS VINCULADAS – INEXISTÊNCIA. SIMULAÇÃO – As declarações de vontade de mera aparência, reveladoras da prática de ato simulado, uma vez afastadas, fazem emergir os atos que se buscou dissimular. No caso vertente, em que a contribuinte construiu de forma artificial operações de exportação para empresas sediadas em países que adotam tratamento fiscal favorecido, o abandono da intermediação inexistente impõe a tributação das receitas omitidas, resultante da diferença entre o montante efetivamente pago pelo destinatário final e o apropriado contabilmente pela fornecedora do produto.”

Neste caso, uma empresa brasileira fabricante de certo produto industrial vendia bens por ela fabricados a sociedades controladas domiciliadas em países de tributação favorecida, as quais, por seu turno, revendiam os mesmos produtos aos clientes no exterior, considerados “importadores finais”.

O Fisco alegou omissão de receitas, caracterizada por subfaturamento praticado em operação simulada, eis que a intermediação dos negócios pelas empresas *off-shore* seria apenas formal, encobrindo vendas diretas da fabricante brasileira aos importadores finais.

A alegação da simulação baseou-se em diversos indícios, dentre os quais: (i) o fato de as empresas intermediárias serem sociedades *off-shore* localizadas em paraísos fiscais, onde é corrente a prática das “centrais de refaturamento” (*re invoicing centers*); (ii) tais sociedades intermediárias não terem instalações próprias, corpo operacional efetivo, funcionando em escritórios de prestadores de serviços; (iii) os serviços de assistência técnica aos clientes serem efetivamente fornecidos pela empresa controladora brasileira; (iv) inexistência de contratos escritos de venda formalizados entre a empresa brasileira e as controladas estrangeiras; (v) as mercadorias serem objeto de remessa física direta para os importadores finais, sem transitar pelas intermediárias; (vi) os documentos das referidas controladas serem emitidos no Brasil e oriundos de funcionários da empresa brasileira, mandatários das “intermediárias”, que não teriam recebido remunerações destas, mas somente da empresa brasileira.

75 OCDE, *Comentários*, Comentário ao Artigo 1º, § 13; e OCDE *Double taxation conventions and the use of conduit companies*.

O Acórdão não é suficiente para concluir a resultaria da sua aplicação.

O Acórdão contém o intuito de encobrir o exterior.

A elisão fiscal s subjetivos, tais como

É o que sucede seu país de residência. Dada a extrema motivos “reais” para ticas de *expatriação* j por um certo período

Um exemplo de países de forte tributação *a forfait* dos es lucrativa, os quais s vezes o valor locativo

Certos ordena manência do estatuto fiscais, ainda que o *micílio alargado*)⁷⁷. E sucessório quanto a anos. Paralelamente rando domiciliadas *choice*. E na Alemanha sobre certas particip do imposto sobre a seja de fonte externa (mais do que um 1

76 Cfr. IEA, *The Tax* 643; J.-J. NEUER *Introduction au I*

77 Cfr. *supra*, 222 s:

O Acórdão não considerou que cada um dos alegados indícios fosse, *por si só*, suficiente para comprovar a simulação, mas que a comprovação da existência desta resultaria da sua apreciação *em conjunto*.

O Acórdão concluiu pela *simulação de intermediação de terceiras empresas* com o intuito de encobrir uma *venda direta* da empresa brasileira para os seus clientes no exterior.

§ 3º ELISÃO FISCAL SUBJETIVA

A elisão fiscal subjetiva opera, como se viu, através dos elementos de conexão subjetivos, tais como a residência ou domicílio do sujeito passivo.

A) Elisão fiscal e domicílio das pessoas físicas

É o que sucede quando uma pessoa física, para escapar à tributação elevada do seu país de residência, transfere o seu domicílio para país de tributação mais reduzida. Dada a extrema dificuldade de se provar a “fraude”, consistente na ausência de motivos “reais” para a referida transferência, certas legislações tentam coibir as práticas de *expatriação fiscal* mantendo a tributação baseada no seu domicílio originário por um certo período de tempo, como se existisse um “direito de seqüela”.

Um exemplo clássico de expatriação fiscal consiste na transferência de domicílio de países de forte tributação para a Suíça, de modo a beneficiar do regime de tributação *a forfait* dos estrangeiros domiciliados neste país e que aí não exercem atividade lucrativa, os quais são tributados em função das suas despesas, estimadas em cinco vezes o valor locativo da sua residência⁷⁶.

Certos ordenamentos jurídicos determinam, como cláusula antiabuso, a permanência do estatuto de residente, para a generalidade ou apenas para certos efeitos fiscais, ainda que o contribuinte tenha transferido o seu domicílio para o exterior (*domicílio alargado*)⁷⁷. Assim, por exemplo, a Holanda conserva o seu direito ao imposto sucessório quanto aos seus nacionais que abandonaram o domicílio nos últimos dez anos. Paralelamente, o *capital transfer tax* inglês atinge, durante três anos, considerando domiciliadas na Inglaterra as pessoas que criaram no exterior o seu *domicile of choice*. E na Alemanha mantém-se a sujeição quanto aos ganhos de capital realizados sobre certas participações acionárias, bem como quanto ao imposto de renda (além do imposto sobre a fortuna e as sucessões e doações) relativo a rendimento que não seja de fonte externa, desde que o sujeito (a) resida num país de baixa tributação (mais do que um terço mais baixa que na Alemanha); (b) tenha estado sujeito a

76 Cf. IEA, *The Tax Treatment of Transfer of Residence by Individuals*, CDFI LXXXVII-b (2002), 643; J.-J. NEUER, *Fraude fiscale internationale et répression*, Paris 1986, 202; WALTER RYSER, *Introduction au Droit Fiscal International de la Suisse*, Bern 1980, 64 ss.

77 Cf. *supra*, 222 ss.