



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O regime da *participation exemption* previsto no CIRC –
Conformidade entre a exclusão dos países da portaria “paraísos fiscais” e o
Direito da União Europeia

Ana Elisa Nunes Lemos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O regime da *participation exemption* previsto no CIRC –
Conformidade entre a exclusão dos países da portaria “paraísos fiscais” e o
Direito da União Europeia

Ana Elisa Nunes Lemos

Orientador: Doutor Rui Duarte Morais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Para a minha avó.

Agradecimentos

À minha família,

Em especial à minha mãe e à minha avó, os maiores exemplos que podia ter. Agradeço-vos por todo o esforço que sempre fizeram para garantir que eu realizava todos os meus sonhos. À minha irmã Sílvia, por há anos me dizer que eu chegaria aqui.

À Maria e ao Valentim,

Todas as minhas conquistas são também Vossas.

Ao Zé Pedro,

Por ter acreditado em mim numa altura em que nem eu própria acreditava.

A todos os meus amigos,

Foram peças essenciais neste percurso complicado, agradeço-vos por todo o encorajamento e todas as contribuições que deram a este trabalho e, acima de tudo, por estarem sempre ansiosos por celebrar as minhas vitórias. Deixo um agradecimento especial à Margarida por ter caminhado ao meu lado e me ter dado tanto do seu tempo e da sua dedicação.

Ao Rodrigo,

Por ter tornado a reta final deste trabalho num momento bonito da minha vida e, por me ter incentivado, todos os dias, a fazer melhor.

Ao Professor Doutor Rui Morais,

Por toda a disponibilidade, dedicação e compreensão durante a elaboração desta dissertação.

A todos,

O meu mais sincero obrigada!

Resumo

Muitos elogios podem ser tecidos à globalização. Apesar disso, esta gerou uma maior interação entre os sistemas fiscais, facilitando, deste modo, situações de planeamento fiscal internacional ilícito, com o objetivo único de transferir as atividades para países ou regiões de baixa ou nula tributação, atenuando o montante de imposto a pagar no país da residência.

Muitos contribuintes recorreram, por isso, a “paraísos fiscais” ou figuras próximas. Nesta senda, Estados e Organizações Internacionais procuram atenuar esta concorrência fiscal prejudicial, nomeadamente através da previsão de medidas anti-abuso na legislação fiscal.

Nesta dissertação, iremos atentar na conformidade entre uma dessas medidas, prevista no regime do privilégio de afiliação (*participation exemption*),¹ e o Direito da União Europeia, com o objetivo de verificar se a utilização de um sistema de “lista negra” não condiciona a liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa.

Palavras– chave: globalização; planeamento fiscal internacional ilícito; paraísos fiscais; medidas antiabuso; regime da participation exemption; sistema de “lista negra”.

¹ Art. 51º, nº1, al. e) do CIRC.

Abstract

Along with globalization came a lot of positive aspects, nevertheless a broader interaction between the tax systems allowed situations of illicit international tax planning, with the main goal of transferring the activities to other countries or regions with a lower or none taxation, decreasing the tax amount in the state of residence.

A lot of tax payers resorted to “tax havens” or similar resources and, due to this, States and international organizations are putting a lot of effort in the necessity of decrease the harmful tax competition, particularly through the enhance of antiabuse mechanisms in their tax legislations.

The purpose of this dissertation is to verify the compatibility between one of these measures, which is provided for in participation exemption Regime, analysing if the usage of a “black list system” creates a restriction to the freedom of capital movements.

Key- words: globalization; illicit international tax planning; tax haven; antiabuse mechanisms; participation exemption regime.

Lista de Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira

ATI – Acordos sobre troca de informações em matéria fiscal

CDT – Convenções para evitar a dupla tributação

Cfr. – Confrontar

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

Coord. – Coordenação

Ed. – Edição

EE – Estabelecimento Estável

EEE – Espaço Económico Europeu

EM – Estado – Membro da União Europeia

IRC – Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

IRS – Imposto sobre o rendimento das pessoas singulares

IVA – Imposto sobre o valor acrescentado

LCC – Liberdade de circulação de capitais

LGT – Lei Geral Tributária

LOE – Lei do Orçamento do Estado

Nº – Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

P. – Página

Pt. – Ponto

SS. – Seguintes

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

UEM – União Económica e Monetária

Vol. – Volume

Índice

Introdução	1
1. Enquadramento	2
1.1. A razão de ser da Tributação das Pessoas Coletivas.....	2
1.2. Globalização e concorrência fiscal internacional	3
1.3. Direito ao Planeamento Fiscal	4
2. Dupla tributação económica.....	6
2.1. Métodos para eliminar a dupla tributação económica- medidas unilaterais.....	7
2.2. O regime de eliminação da dupla tributação económica relativamente a lucros e reservas distribuídos - “ <i>participation exemption</i> ”	8
2.2.1. Evolução do regime.....	8
2.2.2. Análise do regime previsto no CIRC.....	9
2.2.3. Reflexões sobre o regime	12
3. O regime da <i>participation exemption</i> e a exclusão dos países constantes da portaria dos “paraísos fiscais”	14
3.1. O regime previsto no ordenamento jurídico português.....	15
3.2. O conceito de “paraíso fiscal”	16
3.3. A distinção entre “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais”	18
3.4. Jurisdições de Sigilo.....	19
3.5. Sistema de Listas.....	20
3.6. A extensa “lista negra” Portuguesa	26
3.7. Críticas ao regime português e proposta de soluções	28
3.8. Conformidade com o Direito da União Europeia	31
4. Conclusão.....	33
5. Bibliografia	35

Introdução

A crescente globalização e a internacionalização das empresas trouxeram desafios para as jurisdições tributárias. Se, por um lado, o fenómeno da globalização tem contribuído para a melhoria das condições de vida, integrando o comércio internacional e desencadeando uma maior mobilidade de capitais, tem, por outro, um forte impacto nos Estados, gerando-se uma concorrência fiscal prejudicial, fortemente associada a práticas como paraísos fiscais, regimes fiscais privilegiados e jurisdições de sigilo. Por conseguinte, o elemento fiscal assume uma importância cada vez maior, nomeadamente no que respeita à localização das operações, e a política fiscal dos Estados tem uma posição de destaque enquanto instrumento de aumento de competitividade.

A intensificação das relações entre os Estados levou à proliferação de situações económicas conexas com dois ou mais ordenamentos jurídicos tributários, tal acontece porque os Estados têm normas fiscais e elementos de conexão distintos, originando-se, devido a isso, uma multiplicação de situações de dupla tributação. Esta tem um efeito nefasto na economia, motivo pelo qual a generalidade dos Estados procuram eliminá-la ou, pelo menos, atenuá-la.

Neste estudo, iremos atentar apenas na dupla tributação económica e numa das medidas unilaterais encetada pelo Estado Português para a eliminar- a previsão de um regime de *participation exemption*, no CIRC². A adoção deste regime pelo legislador português, aquando da reforma do IRC de 2014, teve como principal objetivo tornar a economia portuguesa mais atrativa, para as empresas nacionais, mas também para grupos multinacionais, os quais passariam a encarar Portugal como uma boa plataforma de investimento, por se verificar a eliminação da dupla tributação económica no caso de lucros e reservas distribuídos, num contexto empresarial, quando verificados os pressupostos que aprofundaremos em seguida.

Não obstante esta vontade de atrair investimento, o legislador português foi cauteloso, prevendo, nesse regime, medidas com o objetivo de prevenir a evasão e fraude fiscais – é o caso do art. 51º, nº1, al. e), no qual se exclui do âmbito de aplicação da isenção as distribuições de lucros ou reservas realizadas por entidades com residência ou domicílio em “paraísos fiscais”.

² Art. 51º do CIRC.

Iremos atentar na conformidade desta disposição com o Direito da União Europeia, procurando analisar quais as melhores soluções para o regime português se tornar mais competitivo.

1. Enquadramento

1.1. A razão de ser da Tributação das Pessoas Coletivas

A CRP prevê dois impostos sobre o rendimento³: o das pessoas singulares e o das pessoas coletivas. Nesta senda, releva salientar que o fundamento subjacente à tributação pessoal é unânime na doutrina,⁴ não obstante, o mesmo não ocorre em relação à razão que sustenta a tributação do rendimento das pessoas coletivas, visto que a dinâmica estabelecida entre a pessoa coletiva e os seus sócios pode acarretar situações de dupla tributação económica. Portanto, a análise deste tema demonstra-se ainda mais pertinente, uma vez que os Estados têm encetado esforços para combater essa dupla tributação económica.

Deste modo, existem, essencialmente, duas posições sobre a razão de ser da tributação das pessoas coletivas: (i) é considerado que não devia existir tributação separada das sociedades, uma vez que estas não são encaradas como um “centro autónomo de imputação de rendimentos”, isto é, capazes de gerar rendimentos de forma autónoma em relação aos seus sócios;⁵ (ii) diferentemente, pode julgar-se a sociedade como um ente autónomo face àqueles que a compõem.

Perante tal, é pacífico que as sociedades de grande dimensão, cujo capital se encontra disperso por numerosos sócios, com interesses próprios, distintos dos das sociedades, devem ser tributadas autonomamente. Esta é a conceção adotada na generalidade dos países, porque o IRC é uma das maiores fontes de receita fiscal e a “autonomia fiscal” das pessoas coletivas permite administrar outros impostos com conexão com a realidade empresarial⁶. Destarte, havendo lucro, este tem que ser tributado, sob pena de evasão fiscal e esta será a principal justificação para uma tributação separada.

³ Vide art. 104º nº1 e nº2, respetivamente.

⁴ Esta justificação tem por base o princípio da capacidade contributiva, princípio basilar do nosso sistema fiscal – contribuinte paga impostos porque tem capacidade contributiva, pagando na medida dessa capacidade. Contrariamente, a tributação das Sociedades não se pode sustentar neste princípio. MARTINS, António, *A Fiscalidade e o Financiamento das Empresas: a influência da Reforma Fiscal de 1998 na Estrutura de Capital das Sociedades*, 1ª ed., Porto: Vida Económica, 1999, p.141.

⁵ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p.104.

⁶ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p.91.

Para justificar a necessidade de tributar as sociedades de forma autónoma, podemos recorrer, igualmente, ao princípio do benefício e ao princípio da responsabilidade limitada, sendo a tributação a contrapartida da utilização de bens públicos e do benefício da responsabilidade limitada, ou considerar a tributação das sociedades com um instrumento de política económica. Muitas outras razões podiam ser trazidas à colação, mas a maior delas será a arrecadação de receitas e a prevenção de fraude e evasão fiscal.

Todavia, facilmente se aponta a este entendimento a crítica de gerar uma dupla tributação dos rendimentos empresariais, pois há uma tributação sucessiva, na esfera de duas pessoas jurídicas diferentes:⁷ no caso, na esfera da sociedade-afiliada que é tributada pelo seu lucro e, no país onde está domiciliada e, novamente, na esfera da sociedade-mãe, que será tributada, desta feita em Portugal, aquando da distribuição de lucros ou reservas provenientes da sua afiliada.

Podemos atentar nesta questão sob óticas distintas, consoante se considere ou não necessário atenuar a dupla tributação. Salientamos, contudo, que num contexto empresarial, esta tem um efeito nocivo, influenciando as decisões empresariais e podendo fomentar a não distribuição de lucros,⁸ razão pela qual a maior parte dos ordenamentos jurídicos a procuram eliminar ou, pelo menos, atenuar os seus efeitos.

1.2. Globalização e concorrência fiscal internacional

Como vimos na introdução, um número elevado de contribuintes recorre a “paraísos fiscais” de forma a reduzir o montante de imposto a pagar. Este comportamento, quando motivado por razões exclusivas de poupança fiscal, gera situações de distorção da concorrência e injustiças fiscais. Os “estados de residência”, confrontados com a erosão das suas bases tributárias, são obrigados a reduzir as taxas de tributação do rendimento das pessoas coletivas, procurando, desta forma, ganhar vantagem competitiva. Acabam, porém, confrontados com uma diminuição das suas receitas tributárias, ficando o cumprimento das suas missões, em causa. Uma das soluções encontradas pelos Estados para mitigar este problema é o alargamento das suas bases tributárias⁹.

Do disposto, verificamos que os vários países têm vindo a consciencializar-se sobre as consequências negativas que a utilização de “paraísos fiscais” acarreta, nomeadamente

⁷ O exemplo clássico, utilizado pela doutrina, para esquematizar a dupla tributação económica é: a sociedade e os seus sócios. Assim, quando a empresa gera lucro, há tributação em sede de IRC e, quando o distribui, no todo ou em parte, os sócios são tributados, desta feita em sede de IRS.

⁸ A dupla tributação económica será amplamente estudada no capítulo 2 desta dissertação.

⁹ MERKS, Paulus, “Corporate Tax and the OECD”, in *EC Tax Review*, Vol. 35, Issue 5, 2007, p-322-330.

para a problemática da concorrência fiscal prejudicial. No mesmo sentido, várias organizações internacionais procuram resolver esta adversidade, sendo de salientar o trabalho desempenhado pela OCDE que, em 2013, apresentou, com o apoio político dos G-20, um plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, o denominado Relatório BEPS. Mais ainda, entendeu-se que, numa economia globalizada, os Estados devem assumir a cooperação como forma de limitar estas práticas fiscais prejudiciais, combatendo a evasão fiscal e criando um ambiente fiscal internacional de concorrência saudável, de forma a minorar distorções nas opções de investimento.

No seio da UE¹⁰ têm, de igual forma, sido encetados esforços para travar a concorrência fiscal prejudicial,¹¹ tendo sido adotados instrumentos de *soft law* como o Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas e a lista europeia de “paraísos fiscais”,¹² com o primordial objetivo de os EMs terem uma ação concertada no combate a estas práticas nocivas.

1.3. Direito ao Planeamento Fiscal

Atentámos no fenómeno da globalização que, aproximando os sistemas fiscais, ampliou a importância do elemento fiscal e abriu novas possibilidades para os contribuintes esvaziarem as bases tributárias nos seus países de residência; e no facto de que os Estados e as organizações internacionais consideram estes fenómenos nocivos, tentando evitar a evasão fiscal e a erosão das bases tributárias.

Este panorama poderia indiciar que o planeamento fiscal é uma prática proibida. Contudo, tal não é verdade, uma vez que o planeamento fiscal é reconhecido como um verdadeiro direito das empresas, quando dentro dos limites da legalidade.

Partindo deste pressuposto, urge atentar no princípio da neutralidade da lei fiscal, um dos pilares dos sistemas fiscais. Segundo este princípio, o contribuinte deve basear as suas decisões em razões económicas válidas e não em motivações fiscais. De acordo com Paula Rosado, trata-se da alocação eficiente dos recursos para a maximização da eficiência económica¹³.

¹⁰ NABAIS, José Casalta, Estudos de Direito Fiscal: por um Estado Fiscal suportável, p.24

¹¹ Para mais informações sobre concorrência fiscal prejudicial AZEVEDO, Maria Eduarda- “A Concorrência Fiscal Prejudicial”, in Ciência e Técnica Fiscal, Julho-Dezembro de 2013 nº13, Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros Autoridade Tributária e Aduaneira, p.9 e 10.

¹² A lista europeia de “paraísos fiscais” encontra-se disponível em:

<https://www.consilium.europa.eu/media/31945/st15429en17.pdf>, consultado em 21 de Março de 2021.

¹³ PEREIRA, Paula Rosado- “Em torno dos princípios do Direito Fiscal Internacional”, in *Lições de Fiscalidade: Lições de Planeamento Fiscal Internacional*, Vol. II, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

É certo que qualquer decisão empresarial deve visar a maximização do lucro, contudo, tal não tem que implicar a fuga ao pagamento de impostos. Deste modo, os elementos fiscais devem, necessariamente, ser tidos em conta na gestão de uma empresa, visto que a carga tributária constitui um dos encargos mais avultados no cômputo dos custos empresariais. Assim, perante duas hipóteses fiscais válidas, pode o gestor enveredar por aquela que seja menos onerosa. Neste âmbito, a poupança fiscal é legítima e aconselhada, porque referente a um planeamento fiscal lícito, que não acarreta consequências legais negativas para o contribuinte que o pratica, numa manifestação do “direito à poupança fiscal”. Mais ainda, esta poupança pode contribuir para o aumento da capacidade concorrencial da empresa.

Não obstante, a poupança fiscal não pode ser admitida enquanto fim último, dado que, mesmo sendo consequência de uma medida tomada com objetivos económicos, ao ter reflexos fiscais, consubstancia uma exceção ao princípio da neutralidade fiscal. Um exemplo paradigmático de uma exceção a este princípio são os “paraísos fiscais”, como atentaremos nos capítulos que se seguem.

No que concerne ao planeamento fiscal internacional, detendo os contribuintes, principalmente os grupos multinacionais, um conhecimento alargado das leis fiscais dos Estados e de cada uma das CDT's, das lacunas e contradições resultantes da interação entre dois ou mais sistemas jurídicos, conseguem ver o montante de imposto a pagar ser diminuído¹⁴. Esta situação é criticável, pois faz-se apelo aos conhecimentos fiscais e ao princípio da liberdade de gestão fiscal para ilidir o pagamento de imposto, consubstanciando esta elisão fiscal numa prática de planeamento fiscal ilícito.¹⁵

Concluimos este ponto salientando que o caminho para um sistema fiscal eficiente passa pela neutralidade dos impostos – estes não devem influenciar ou distorcer as decisões dos investidores¹⁶. Mais ainda, os gestores podem fazer uso do planeamento fiscal, desde que o façam no estrito cumprimento do “espírito” da lei.

¹⁴ O montante de imposto a pagar pode ser diminuído através de duplicação das deduções, eliminação da tributação de rendimentos ou deslocalização artificial de lucros para países com carga tributária mais reduzida onde existe pouca ou nenhuma atividade económica efetiva.

¹⁵ No caso Halifax (processo nº255/02, 21 fevereiro 2006), o Tribunal de Justiça pronunciou-se, de forma clara e inequívoca sobre o facto de saber se uma atividade cujo fim exclusivo era obter vantagens fiscais, em sede de IVA, constituía abuso de direito no direito comunitário. Foram aí estabelecidos os limites entre planeamento fiscal legítimo e abusivo.

¹⁶ PEREIRA, Paula Rosado- “*Em torno dos princípios do Direito Fiscal Internacional*”, in *Lições de Fiscalidade: Lições de Planeamento Fiscal Internacional*, Vol. II, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

O legislador português tem seguido a doutrina e a jurisprudência, fazendo a distinção entre planeamento fiscal abusivo e legítimo – este último, como vimos, não acarretando qualquer consequência para o contribuinte, antes, incentivando-o a exercer o seu direito à poupança fiscal, através de diferentes hipóteses legais, de escolha entre várias alternativas previstas na lei, sem contradição com esta.

2. Dupla tributação económica

Como analisado *supra*, existe uma enorme dependência entre as economias mundiais, o que leva a que as políticas que são implementadas numa dada economia possam ter impactos noutras, gerando-se situações de dupla tributação.

A dupla tributação pode ocorrer em contacto com apenas uma jurisdição, originando-se uma dupla tributação interna, ou, em casos de situações transfronteiriças, quando se contacta com as jurisdições de diferentes Estados, originando-se a dupla tributação internacional¹⁷.

Neste seguimento, o objeto do nosso estudo é a dupla tributação internacional e a sua problemática decorre da proliferação de factos tributários internacionais conexos com ordenamentos tributários distintos, gerando-se situações tributárias internacionais sujeitas à soberania fiscal dos vários Estados envolvidos e com os quais se verificam os elementos de conexão – residência ou fonte dos rendimentos.

Mais ainda, a dupla tributação pode ser de dois tipos – dupla tributação económica, sobre a qual refletiremos neste estudo, e dupla tributação jurídica.¹⁸

No esteira de Alberto Xavier,¹⁹ a dupla tributação económica verifica-se sempre que o mesmo imposto incide sobre o mesmo período de tributação e sobre o mesmo rendimento, contudo incide na esfera de dois sujeitos passivos distintos, fazendo com que o mesmo rendimento seja tributado a sujeitos diferentes.

O exemplo clássico da dupla tributação económica é o da relação sociedade – sócios: o rendimento é obtido pela sociedade e é tributado na pessoa desta, em sede de IRC, mais

¹⁷ XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p.3.

¹⁸ A dupla tributação jurídica supõe a verificação da regra das quatro identidades: identidade do objeto, identidade do sujeito, identidade do período tributário e identidade do imposto. A dupla tributação económica distingue-se da jurídica porque não se verifica a identidade do sujeito. MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.449.

¹⁹ XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p.36.

tarde é distribuído aos sócios e volta a ser tributado, desta feita em sede de IRS²⁰. Contudo, este não é o exemplo no qual a dupla tributação económica provoca os efeitos mais nefastos, uma vez que tal acontece sim quando falamos da dupla tributação económica aplicada a um contexto empresarial, isto é, quando o sócio não é uma pessoa singular mas sim uma outra sociedade.

2.1. Métodos para eliminar a dupla tributação económica- medidas unilaterais

Casalta Nabais²¹ ensina-nos que para ser possível atenuar a dupla (ou múltipla) tributação é necessário existir uma política fiscal externa capaz de adequar a política fiscal dos Estados às constantes mudanças que o processo de internacionalização faz despoletar. A política fiscal deve, então, ser constituída por medidas internas e medidas internacionais.

No que concerne às medidas unilaterais, estas são implementadas pelos países, através da sua legislação, e, são, por isso, regimes internos que procuram uma coordenação internacional espontânea, oriunda da própria ação do mercado. São os próprios Estados que, para tentar responder aos desafios da globalização, implementam medidas e regimes que visam mitigar a dupla tributação no seu ordenamento, protegendo a competitividade da sua economia e as entradas de capitais. Procurando cumprir este objetivo, os Estados podem, por exemplo, isentar o rendimento tributado no estrangeiro ou conceder um crédito relativamente ao imposto pago no estrangeiro, fazendo com que haja apenas um nível de tributação no país de origem dos rendimentos.²²

O objetivo do nosso trabalho prende-se com a análise do regime da *participation exemption* – medida unilateral de eliminação da dupla tributação internacional, motivo pelo qual analisaremos, de seguida, este regime.

²⁰ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, p.91 – “isto porque os lucros primeiramente são tributados em imposto sobre as sociedades e, quando distribuídos, no imposto sobre o rendimento dos respetivos sócios.”

²¹ NABAIS, Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*, Vol. II, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 189 – 190.

²²Salientamos como exemplos de medidas unilaterais a vigorar no ordenamento português os arts. 51º e 91ºA, do CIRC. Neste último, prevendo-se um crédito de imposto por dedução à coleta para lucros distribuídos por sociedades não residentes em território português às quais não seja aplicável o regime da *participation exemption*.

2.2. O regime de eliminação da dupla tributação económica relativamente a lucros e reservas distribuídos – “*participation exemption*”

À semelhança do que acontece em economias por todo o globo, também Portugal viu o seu sistema fiscal ser enfraquecido por práticas fiscais prejudiciais e sentiu o investimento estrangeiro a afastar-se devido a situações de dupla tributação económica, num contexto empresarial. Assim, o legislador português foi obrigado a encetar esforços para eliminar a dupla tributação económica relativamente a lucros e reservas distribuídos, criando o regime do privilégio de afiliação, conhecido como “*participation exemption*”.

Avançamos nesta reflexão procurando analisar este regime e a sua articulação com as medidas tomadas pelo legislador para fazer face às práticas fiscais prejudiciais.

2.2.1. Evolução do regime

Com a adesão de Portugal à UE e à UEM, perdeu-se a possibilidade de dispor da taxa de câmbio, forma até então utilizada para estimular a competitividade da nossa economia. A autonomia para dispor das políticas fiscais foi igualmente reduzida. Estes antecedentes, aliados a uma forte quebra generalizada das economias a nível europeu e mundial, culminaram numa enorme dificuldade de atração de investimento para Portugal, pois que uma das formas de gerir a competitividade de um país decorre da tributação das pessoas coletivas. Assim, verificou-se a necessidade de reformar o IRC, pois o regime antes vigente (até 2014), demonstrava-se muito menos atrativo do que os regimes previstos na maior parte dos EM²³.

O regime português era, para mais, complexo, pois previa regras diferentes consoante a origem dos dividendos²⁴ e distinguia o regime a aplicar de acordo com o tipo de sociedade, contrariamente ao que acontecia pelo resto da Europa, onde já existiam regimes harmonizados.

Se Portugal se queria tornar numa jurisdição “*business friendly*”, era necessário incluir, na reforma do IRC, uma reformulação das medidas para eliminar a dupla tributação económica. Esta alteração era vista como uma das formas de ajudar a aumentar a competitividade fiscal do país, favorecendo as empresas portuguesas que investem no

²³ Países como Holanda, Luxemburgo, Espanha e Malta apresentavam um regime similar para dividendos e mais-valias. A Holanda, no que respeita à percentagem de participação, exigia apenas 5%, assim como Espanha. Malta apresentava um dos regimes mais atrativos pois a lista de condições alternativas necessárias para a aplicação do regime era a maior e, à semelhança do que acontecia no Luxemburgo, estabelecia requisitos como um custo mínimo de aquisição, requisitos não admitidos em Portugal.

²⁴ Parte dos lucros empresariais distribuídos aos acionistas.

estrangeiro, ao mesmo tempo que atraía empresas estrangeiras que pretendessem investir em Portugal. Os fiscalistas consideravam que, através da adoção deste tipo de regime, Portugal podia marcar presença como *player* internacional, fazendo progressos para se tornar numa plataforma de investimento.

A comissão de reforma, que logo atentou nos motivos que levavam as empresas portuguesas a deslocalizarem as suas *holdings* para outros ordenamentos jurídicos, chegou à conclusão de que uma das razões para tal acontecer, era o facto de os grupos nacionais que criavam filiais no estrangeiro serem, em alguma medida, duplamente tributados.

De salientar que a comissão de reforma demonstrou preocupação com a questão de excluir, do âmbito de aplicação do regime de *participation exemption*, fluxos financeiros provenientes de países commumente apelidados de “paraísos fiscais”. Desta forma, a comissão pretendia estabelecer uma norma antiabuso que impedisse que os fluxos financeiros realizados entre entidades que tivessem residência ou domicílio em “paraísos fiscais” e a empresa-mãe, sediada em Portugal, tivessem acesso a este regime.

O objetivo da reforma era aproximar o regime português dos regimes mais competitivos da Europa, como era o caso da Alemanha, Holanda e Luxemburgo. Contudo, tal não foi conseguido.

2.2.2. Análise do regime previsto no CIRC

A Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro²⁵, introduziu, no ordenamento jurídico português, o supramencionado regime, alterando o art. 51º do CIRC, que passou a prever os requisitos que é necessário cumprir para que os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC não concorram para a determinação do seu lucro tributável. Este regime é aplicável quando a distribuição é feita a entidades com sede ou direção efetiva em território português, quando cumpridos determinados requisitos cumulativos, que analisaremos em seguida.

No que concerne aos pressupostos subjetivos, a empresa que recebe as distribuições terá de tratar-se de uma sociedade comercial ou civil sob a forma comercial, cooperativa ou empresa pública, com sede ou direção efetiva em território português, agência geral de seguradoras estrangeiras ou estabelecimento estável de sociedades residentes noutra EM ou no EEE.

²⁵ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/571007/details/normal?l=1> e consultado em 3 de março de 2021.

As exigências de natureza objetiva iniciam-se no nº1, al. a), do art. 51º do CIRC, no qual se quantifica a percentagem mínima que a empresa-mãe tem que deter²⁶, na entidade que distribui os lucros ou reservas, seja de forma direta ou indireta,²⁷ para poder beneficiar do regime de eliminação da dupla tributação económica, quando se verificar a distribuição de lucros ou reservas por parte da sua afiliada.

Segue-se, na alínea b), um requisito de ordem temporal,²⁸ que prevê que a participação deva ser detida no ano anterior à distribuição.²⁹ No caso do período de detenção da participação não ter sido completado aquando da distribuição, o legislador prevê um critério alternativo, no qual atribui valor à vontade de manter a participação por esse período.

Por sua vez, na alínea c), excecionam-se os sujeitos passivos abrangidos pelo regime da transparência fiscal.³⁰ Esta exclusão do âmbito de aplicação do regime da *participation exemption* entende-se pelo facto de, beneficiando o sujeito passivo do regime da transparência fiscal, não se verificar uma situação de dupla tributação económica.

As alíneas d) e e) são da máxima importância para o nosso estudo, pois que determinam entidade que distribui os lucros tem “(...) residência ou domicílio em país, território ou região, sujeito a um regime claramente mais favorável³¹ (...)” e quando esta não estiver sujeita a “(...) imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC e a taxa aplicável à entidade não seja inferior a 60% da taxa de IRC (...)”³². Estas exclusões demonstram a vontade do legislador evitar casos de evasão fiscal, pretendendo que se verifique efetiva tributação, seja no país onde se encontra sediada a sociedade que distribui os lucros, seja em Portugal, mitigando-se situações de dupla não tributação.

²⁶ Compreende-se assim que o regime de *participation exemption* releva apenas para grupos de sociedades, não se aplicando a empresas portuguesas que não estejam em situação de grupo.

²⁷ A Comissão de Reforma queria que esta percentagem fosse de 2%, conferindo a Portugal o regime mais competitivo da Europa, contudo a percentagem fixada foi de 5%, aumentando, depois, para 10%, pela transposição da Diretiva 2011/96, UE – Diretiva relativa ao regime aplicado às empresas mãe e afiliadas de EM diferentes, depois alterada pela Diretiva 2015/121 UE, de 27 de janeiro, que visa, verificadas algumas condições, eliminar a dupla tributação económica sobre os lucros recebidos por sociedades residentes num EM, e lucros distribuídos e imputáveis a um EE situado nesse território, de entidade residente noutro EM ou EEE.

²⁸ Art. 51º, nº1, al. b), do CIRC

²⁹ A Lei nº7–A/2016, de 30 de março veio reduzir o período de detenção. Anteriormente este era de 24 meses. Mais ainda, veio estabelecer que as distribuições que ocorram ainda durante o período de formação do prazo de detenção poderão beneficiar da isenção. Atribui-se valor à vontade de manter a participação durante esse período.

³⁰ Regime previsto no art. 6º do CIRC.

³¹ Remete-nos para a portaria nº150/2004, de 13 de fevereiro.

³² Art. 51º, nº1, alíneas d) e d), do CIRC

Os números 13 e 14³³ são, igualmente, importantes para o nosso estudo, uma vez que tratam disposições antiabuso, segundo as quais a isenção prevista no art. 51º do CIRC não se aplica à distribuição de lucros ou reservas quando exista uma construção ou série de construções realizadas com a finalidade principal de obter uma vantagem fiscal. Assim, não se aplica a estas distribuições o regime de *participation exemption*, porque estas não refletem razões económicas válidas nem substância económica, não sendo, por isso, genuínas.³⁴ Mais ainda, fará sentido não aplicar este regime, nos casos em que as construções frustram o objetivo de eliminar a dupla tributação económica, objetivo este que é o principal do regime.

Preenchidos os vários requisitos, os lucros e reservas obtidos no estrangeiro e distribuídos a uma sociedade com sede ou direção efetiva em Portugal, poderão ser excluídos da determinação do lucro tributável, operando-se uma dedução integral. O mesmo acontece se forem imputáveis a um EE situado em Portugal, de entidade residente noutra EM ou EEE.

No caso de não se preencherem os requisitos anteriormente explanados, o nº9, do artigo 51º do CIRC remete-nos para o artigo 91ºA do mesmo diploma, no qual se prevê um regime subsidiário e opcional, que possibilita que os lucros e reservas distribuídos, obtidos no estrangeiro, possam beneficiar do crédito de imposto por dupla tributação económica internacional. Prevê este regime que o sujeito passivo possa efetuar uma dedução à coleta, no caso de, na sua matéria coletável, terem sido incluídos lucros ou reservas distribuídos por entidade não residente em território português.

No que respeita aos requisitos de aplicação do regime subsidiário, este apenas se aplicará se a entidade tiver sede ou direção efetiva em território português e se o imposto pago no estrangeiro tiver sido pago por entidade na qual a sociedade portuguesa detenha, direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 10% do capital social ou direitos de voto. A suprarreferida participação deverá ser mantida nos 12 meses anteriores à distribuição ou, no caso de não ter sido completado este período, mediante vontade de o completar.³⁵

³³ Aditados pela Lei nº5/2016, de 29 de fevereiro.

³⁴ O critério da genuinidade das construções será aferido de acordo com a existência ou não de razões económicas válidas, conceito explorado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente nos Ac. *Leur-Bloem* (C-28/95) e Ac. *Foggia* (C-126/10).

³⁵ RODRIGUES, Abílio, “Anotações ao artigo 91º A”, in *Códigos Anotados e Comentados – CIRC e legislação complementar*, Porto: Lex it, 2016.

O crédito de imposto, à semelhança do que acontece com o regime da *participation exemption*, também não aproveita às distribuições de lucros e reservas realizadas por entidades que tenham sede ou residência em “paraísos fiscais”.³⁶

2.2.3. Reflexões sobre o regime

Acreditava-se que o regime da *participation exemption* seria um dos contributos mais importantes para o aumento da competitividade da economia portuguesa, uma vez que este tipo de regimes é um dos fatores mais ponderados na hora de um investidor procurar um ordenamento jurídico onde investir. Não obstante, muitas dúvidas se levantaram na doutrina sobre o efetivo cumprimento deste objetivo.

Para que seja possível aferirmos do cumprimento do objetivo supramencionado, teremos que refletir sobre o conceito de “sistema fiscal mais competitivo”³⁷ e, sobre o facto de, a partir de certo ponto, a competitividade fiscal se tornar prejudicial, devendo, por isso, ser articulada com o aumento da estabilidade do sistema e a sua simplificação, juntamente com medidas que incentivem o crescimento económico e o aumento do emprego.

No que respeita à congruência e estabilidade do sistema fiscal português, salientamos que as alterações sucessivas o fragilizam aos olhos dos investidores internacionais. Por exemplo, o requisito do período mínimo de detenção foi alterado, passando de 24 para 12 meses. Mais ainda, verificou-se uma alteração no requisito da participação no capital social que, inicialmente, era de 5% e acabou por ser alterado para 10%.

Muito embora se compreenda que estas alterações surgem porque o legislador português quer garantir que as operações têm substância económica, sendo o objetivo primordial o de tornar o país mais competitivo e aumentar a segurança jurídica, consideramos que faria sentido evitar recuos sucessivos do legislador, uma vez que estas oscilações nos requisitos podem potenciar uma diminuição da receita fiscal e não um aumento efetivo dos níveis de competitividade, como seria de esperar com a revisão do regime.

Será ainda de considerar uma outra alteração significativa, introduzida pela Lei do Orçamento do Estado para 2016, visando esta que o regime seguisse as recomendações da OCDE e da UE em matéria de combate a práticas de desvio dos lucros para jurisdições de

³⁶ Art. 91º-A, nº4 do CIRC.

³⁷ Para mais informações consultar a publicação de MATTHEWS, S., “What is a “Competitive” Tax System?”, *OECD Taxation Working Papers*, nº2, 2011.

baixa ou inexistente tributação. O regime da *participation exemption* português foi alvo de críticas, por ter surgido numa altura em que a OCDE³⁸ preparava recomendações sobre o tema. Esta iniciativa legislativa, realizada sem ter em conta os trabalhos da OCDE, levou a que muitos fiscalistas considerassem que a reforma que o nosso regime de *participation exemption* sofreu não era a reforma que o país efetivamente precisava, uma vez que poderia contribuir para a erosão das receitas fiscais nacionais, não garantindo, como contrapartida, efeitos suficientemente positivos sobre o investimento e o emprego. No mesmo sentido, António Carlos dos Santos³⁹ considerou que o regime de privilégio de afiliação devia ser discutido, mas a sua discussão deveria ter sido feita à luz dos esforços encetados para controlar a erosão das bases tributárias e da compatibilidade com o princípio da capacidade contributiva.

Do exposto, podemos concluir que, num primeiro momento, Portugal procurou atingir os seus objetivos, indo contra os desenvolvimentos recentes da fiscalidade internacional, contribuindo, com isso, para uma erosão injustificada da sua base tributária, problema que devia, sim, combater, e, ainda, que esta atuação em nada contribuiu para aumentar a confiança e certeza jurídicas no ordenamento jurídico português.

Esta situação paradoxal encontra-se, hoje, corrigida, pois o artigo 51º do CIRC passou a prever uma participação mínima de 10%, transpondo, deste modo, para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2011/96, UE do Conselho.⁴⁰

O regime atualmente previsto, quando analisado no seu cômputo geral, vai de encontro ao que é praticado nos países com os quais Portugal mantém relações económicas fortes. Todavia, será relevante atentarmos em dois dos requisitos anteriormente mencionados – participação de capital e período mínimo de detenção –, requisitos estes que consideramos poderem ser aprimorados.

No que respeita ao período mínimo de detenção, a lei portuguesa encontra-se, atualmente, alinhada com o que acontece em Espanha e no Luxemburgo: a detenção da participação durante um ano. Contudo, dada a necessidade de impulsionar a economia

³⁸ A erosão da base tributária e o planeamento fiscal abusivo têm sido uma enorme preocupação de Organizações Internacionais como a OCDE, UE e G-20, assim o BEPS ou *Base Erosion and Profit Shifting* baseia-se na tentativa de evitar que os grandes grupos de empresas utilizem esquemas de planeamento fiscal agressivo para, aproveitando-se das lacunas que surgem da interação dos regimes fiscais, transfiram os seus lucros para países de baixa ou inexistente tributação.

³⁹SANTOS, António Carlos dos, in “A reforma do IRC: uma questão política”, *Jornal de Negócios*, 19 de Agosto de 2013, disponível em:

https://www.jornaldenegocios.pt/opiniao/detalhe/a_reforma_do_irc_uma_questao_politica

⁴⁰ Sobre esta matéria: Nogueira, João Félix Pinto, “Estratégia da OCDE para combater evasão fiscal pronta no final de 2015”, in *Diário Económico*, 14 de fevereiro de 2014, disponível em <https://www.occ.pt/fotos/editor2/diarioeconomico14fevobserva.pdf> e consultado em 25 de fevereiro de 2021.

portuguesa, questionamos se não faria mais sentido seguir, por exemplo, o regime holandês, que não fixa um período mínimo de detenção da participação. Consideramos, neste sentido, que o regime português peca por ser pouco ambicioso e inovador.

O mesmo acontece com o requisito da participação no capital, que se tem vindo a destacar como uma das maiores fragilidades do regime. Países como Malta e o Luxemburgo, a par do requisito da participação no capital, prevêm um requisito alternativo de custo mínimo de aquisição, um critério que potencia o mercado de capitais, pois promove o investimento em sociedades cotadas em bolsa. No caso de investimentos na aquisição de capital de grandes empresas, via de regra, os investidores não ficam a deter a percentagem exigida pelo requisito da participação no capital, ficando, por consequência, impedidos de beneficiar do privilégio da afiliação. De forma a obviar esta situação, os ordenamentos anteriormente referidos, prevêm o requisito de custo mínimo de aquisição, tornando-se mais atrativos para os investidores, em comparação com o regime português, que perde competitividade⁴¹.

Contudo, um ponto a aplaudir no regime português é o facto de este não distinguir a origem dos dividendos, aplicando-se a isenção quer estes resultem de lucros do ano, reservas ou mais-valias. Este tratamento uniforme contribuiu para que fosse possível atingir uma das características mais importantes dos regimes de referência, a “*full participation exemption*”.⁴²

3. O regime da *participation exemption* e a exclusão dos países constantes da portaria dos “paraísos fiscais”

Num primeiro momento, iremos refletir sobre o conceito de “paraíso fiscal”, na sua aceção mais ampla, e distingui-lo de algumas figuras próximas.

No segundo momento, atendendo ao facto de as formas de planeamento fiscal abusivo que envolvem os “paraísos fiscais” suscitarem uma crescente preocupação por parte dos Estados, iremos analisar os sistemas de listas e as classificações a eles inerentes, no ordenamento jurídico português e nas instituições internacionais, questionando a eficiência e eficácia da utilização destes métodos.

⁴¹ Ao invés do que acontece nos ordenamentos jurídicos que prevêm este requisito alternativo, o regime português protege as pequenas participações em pequenas empresas, não cotadas em bolsa.

⁴² À semelhança do que se verifica, por exemplo, na Holanda, Luxemburgo e Malta.

Neste segmento, debruçaremos-nos, por último, na análise da alínea e), do nº1, art. 51º do CIRC⁴³, uma das normas que compõe o regime da *participation exemption*, aferindo a sua compatibilidade com o Direito da União Europeia.

3.1. O regime previsto no ordenamento jurídico português

O art. 51º, nº1, al. e) do CIRC prevê que, no caso de a entidade que distribui os lucros ou reservas ter residência ou domicílio em país, território ou região que conste de lista aprovada pela portaria nº150/2004, de 13 de fevereiro,⁴⁴ os lucros ou reservas distribuídos concorrerão para a determinação do lucro tributável, excluindo-se assim a aplicação do regime da *participation exemption*.

A inclusão na lista negra⁴⁵ é um dos critérios utilizados pela lei para definir “regime fiscal claramente mais favorável”, expressão aludida nesta alínea e) e várias vezes utilizada ao longo do Código. É no art. 63º-D⁴⁶, nº2 da LGT⁴⁷ que se encontram previstos os critérios que devem ser considerados aquando da elaboração da referida lista. Mais ainda, o art. 63º, nº5 da LGT, prevê que serão também considerados países ou jurisdições com “regime claramente mais favorável”, aqueles que mesmo não constando da lista não disponham de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC ou, dispondo, em que a taxa aplicável seja inferior a 60% da taxa de IRC⁴⁸.

⁴³ “A entidade que distribui os lucros ou reservas não tenha residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.”

⁴⁴ Alterada pela Portaria nº292/2011, de 8 de Novembro, pela Portaria 345-A/2016, de 30 de dezembro e pela Portaria nº309-A/2020, de 31 de dezembro.

⁴⁵ A “lista negra” portuguesa existe desde 2004, contudo apenas em 2014 surgiram, na lei, os critérios que devem ser considerados aquando da elaboração da referida lista.

⁴⁶ Este artigo foi aditado à LGT pela Lei nº83-C, de 31 de dezembro, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/164404/details/maximized>. Em 2017, alterou-se a redação dada ao art. 63º-D da LGT, passando este a exigir que as alterações à “lista negra” sejam antecedidas de um parecer da AT, parecer este que não é vinculativo.

⁴⁷ 2– Na elaboração do parecer e da lista a que se refere o número anterior, devem ser considerados, nomeadamente, os seguintes critérios:

a) Inexistência de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC ou, existindo, a taxa aplicável seja inferior a 60 % da taxa de imposto prevista no n.º 1 do artigo 87.º do Código do IRC;

b) As regras de determinação da matéria coletável sobre a qual incide o imposto sobre o rendimento diverjam significativamente dos padrões internacionalmente aceites ou praticados, nomeadamente pelos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE);

c) Existência de regimes especiais ou de benefícios fiscais, designadamente isenções, deduções ou créditos fiscais, mais favoráveis do que os estabelecidos na legislação nacional, dos quais resulte uma redução substancial da tributação;

d) A legislação ou a prática administrativa não permita o acesso e a troca efetiva de informações relevantes para efeitos fiscais, nomeadamente informações de natureza fiscal, contabilística, societária, bancária ou outras que identifiquem os respetivos sócios ou outras pessoas relevantes, os titulares de rendimentos, bens ou direitos e a realização de operações económicas.

⁴⁸ De acordo com a taxa de imposto prevista no art. 87º, nº1 do CIRC.

A adoção de uma lista taxativa de países, territórios ou regiões com regimes fiscais claramente mais favoráveis foi justificada pela dificuldade sentida em definir o conceito de “paraíso fiscal” ou “regime fiscal claramente mais favorável”, considerando o legislador que, por razões de segurança jurídica, devia seguir o exemplo de outros ordenamentos fiscais (e organizações internacionais) – prever um sistema de enumeração casuística e, em alguns casos, um sistema misto⁴⁹.

Em suma, o legislador optou por adotar uma norma antiabuso, nos termos da qual não beneficiam do regime da *participation exemption* as distribuições de lucros ou reservas, realizadas por entidades que tenham residência ou domicílio nestes locais. Neste sentido, foram, também, adotadas medidas antiabuso similares, por exemplo, no regime dos preços de transferência e nas regras aplicáveis a pagamentos efetuados a entidades residentes em jurisdições que apresentam regimes fiscais mais favoráveis.

3.2. O conceito de “paraíso fiscal”

O conceito de paraíso fiscal está intimamente relacionado com o fenómeno da concorrência fiscal prejudicial e com a complexidade do planeamento fiscal agressivo⁵⁰ que dela aproveita. A dificuldade de definição faz com que o conceito possa abarcar uma série de figuras, como acontece com os regimes fiscais privilegiados e jurisdições de sigilo, ou que seja, simplesmente, associado a práticas ilícitas como o branqueamento de capitais.

Não há uma definição universalmente aceite de “paraíso fiscal”, todavia o conceito tem vindo a evoluir e é, essencialmente, relativo:⁵¹ qualquer Estado poderá, quando comparado com outro, ser considerado um “paraíso fiscal”, seja por não tributar certos rendimentos ou ter taxas de tributação significativamente mais baixas. É, também, um conceito comparativo porque, para um contribuinte, um paraíso fiscal será o território onde exista um sistema tributário que, numa situação concreta, lhe seja mais favorável. Consideramos, por isso, ser impossível definir o conceito em termos absolutos⁵².

⁴⁹ Prêambulo da portaria nº150/2004, de 13 de fevereiro.

⁵⁰ No ponto 1.2. desta dissertação aludimos ao facto do planeamento fiscal ser, atualmente, reconhecido como um direito das empresas. As operações utilizadas para o planeamento fiscal são cada vez mais complexas, contudo este não pode ser feito para além dos limites da legalidade. SOUSA, António Frada de, “A luta contra a fraude, evasão e abusos na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em matéria fiscal- algumas notas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº420, 2007.

⁵¹ Sobre o caráter relativo da definição BEAUCHAMP, André, *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*, 1ª ed., Paris: Edições Grasset, 1981, p.39.

⁵² MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.343.

A comunidade internacional, ao invés de procurar definir “paraísos fiscais”, tem procurado combater o que considera ser concorrência fiscal prejudicial. Neste sentido, em 1998, a OCDE publicou o relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*⁵³ onde, mais do que apresentar uma definição de “paraíso fiscal”, procurou apresentar critérios suscetíveis de os caracterizar e distingui-los de regimes fiscais preferenciais.

O primeiro critério, reconhecido como o mais decisivo, utilizado para qualificar uma determinada jurisdição como “paraíso fiscal” é objetivo: reduzida ou nula tributação dos rendimentos. No entanto, o elemento objetivo necessita de ser acompanhado por um critério subjetivo, ou seja, por si só, a reduzida ou nula tributação do rendimento não convertem uma jurisdição num “paraíso fiscal”, pois é igualmente necessário que os não residentes possam evitar a tributação do seu rendimento no país de residência. Quando não se verifica o critério subjetivo, a qualificação deverá ser ratificada por critérios auxiliares, como são a ausência de troca efetiva de informações, a ausência de transparência e a ausência de atividades económicas substanciais.

A ausência de troca efetiva de informações resulta da proibição das autoridades fiscais facultarem, às autoridades fiscais de outros países, informações, nomeadamente bancárias e sobre a identidade dos contribuintes. Estas informações são relevantes para que os estados de residência detetem situações de evasão fiscal, contudo é característico da legislação destas jurisdições a proteção rígida destas informações,⁵⁴ tornando-se quase impossível ter acesso a elas.

Por sua vez, a ausência de transparência relaciona-se com o funcionamento do sistema legislativo, legal e administrativo das jurisdições e manifesta-se, por exemplo, na atribuição de benefícios fiscais numa base contratual e nos procedimentos e informações fiscais não serem devidamente publicitados⁵⁵.

Por último, a ausência de atividades económicas substanciais, traduzida num ambiente económico, comercial e legal escasso, origina a que as operações realizadas naquela jurisdição sejam motivadas por razões puramente fiscais, de poupança de imposto,

⁵³ Sobre este relatório ver: PALMA, Clotilde Celorico, “A OCDE e o Combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial: Ponto de Situação e Perspetivas de Evolução”, in *Fiscalidade*, nº16, 2003 e MALHERBE, Jacques, “Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union”, *EC Tax Review*, Vol. 30, Issue 6-7, 2002, p.219 a 224.

⁵⁴ Sobre esta questão ANAMOURLIS, Tony e LES NETHERCOTT, An overview of Tax Information Agreements and Bank Secrecy, 2009, BFD, Vol. 63, Number 12, p.616.

⁵⁵ Teixeira, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 64.

evidenciando a necessidade que muitos destes territórios têm em tornar-se “paraísos fiscais”, pois que, de outra forma, não conseguem atrair investimento estrangeiro.

3.3. A distinção entre “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais”

A distinção entre “paraísos fiscais” e “regimes fiscais preferenciais” não é unânime, a linha que separa estes dois regimes é muito ténue e arbitrária,⁵⁶ defendendo, alguns autores, que a distinção reside no valor das taxas de tributação. Assim sendo, enquanto que num “paraíso fiscal” a taxa de tributação seria zero, num “regime fiscal preferencial” seria aplicada uma taxa de tributação reduzida.

Autores como Neves Cruz,⁵⁷ por outro lado, consideram que a distinção entre os dois regimes reside no nível de sigilo garantido, configurando um “paraíso fiscal” a jurisdição que garanta um maior nível de opacidade.

Dada a dificuldade sentida em definir os dois regimes, o supramencionado relatório da OCDE⁵⁸ procurou distingui-los. Deste modo, a OCDE considerou que os “paraísos fiscais” são jurisdições nas quais se verifica a inexistência ou quase inexistência de impostos, sendo estes regimes utilizados, sobretudo, por não residentes. Mais ainda, são regimes caracterizados pela ausência de troca de informações, ausência de transparência e ausência de atividades económicas substanciais.

No que respeita aos “regimes fiscais preferenciais”, concluiu a OCDE que, muito embora compartilhem muitas das características suprarreferidas, como a ausência de troca de informações e de transparência, são, na sua generalidade, regimes existentes em jurisdições de normal tributação, que apenas apresentam taxas de tributação reduzida ou nula para certas categorias de rendimentos, quando obtidos por não residentes. Estes são os chamados regimes de “*ring fencing*” e a sua existência justifica-se pela procura, por parte dos sistemas fiscais, de uma pela correção dos fatores penalizadores que estruturam o seu sistema jurídico e dificultam a atração de capital estrangeiro.

Verificámos, uma vez mais, que a distinção entre estes dois regimes não é muito evidente. Inclínamo-nos para considerar que “regimes fiscais privilegiados” são, na sua essência, “paraísos fiscais”, porém, entendemos que a expressão “regimes fiscais

⁵⁶ PALAN, Ronen, “Financial centers: the British Empire, City-States and commercially-oriented politics”, in *Theoretical Inquires in Law*, Vol.11, nº1, 2010, p. 142-167.

⁵⁷ CRUZ, José Manuel Neves, “Jurisdições de sigilo e a verdadeira identidade dos paraísos fiscais, o que mudou?”, in *III Congresso de Direito Fiscal*, 1ª ed., Porto: Vida Económica, 2013.

CRUZ.

⁵⁸ Relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, publicado em 1998, disponível em <https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf> e consultado em 24 de fevereiro de 2021.

privilegiados” pode ser vista como um eufemismo, aplicável a países que, no geral, gozam de “respeitabilidade fiscal⁵⁹”.

Acontece, não raras vezes, o regime fiscal de um Estado, visto na sua totalidade, não se enquadrar em nenhum dos conceitos anteriormente explanados e existirem apenas partes do seu território onde são atribuídas vantagens fiscais a não residentes. Esta é a chamada fiscalidade de geometria variável.

Importa, ainda, destacar a distinção entre “paraísos fiscais” clássicos e especializados. Os primeiros, correspondem a territórios que se afirmam abertamente como “paraísos fiscais”, figurando, por isso, nos “guias fiscais” e em “listas negras” de outros Estados e organizações internacionais. São Estados ou regiões que publicitam o seu regime fiscal⁶⁰ e as vantagens fiscais que os não-residentes podem obter, procurando, desta forma, atrair a fixação de capital estrangeiro no seu território.

Os paraísos fiscais especializados são, normalmente, países desenvolvidos, com sistemas fiscais complexos e níveis elevados de tributação para residentes e não residentes. Contudo, criam regimes vantajosos em determinadas áreas ou tipos de atividade, à semelhança do que acontece, por exemplo na Zona Franca da Madeira. Os paraísos fiscais especializados são os que mais preocupam a UE, uma vez que podem ter efeitos nocivos na livre concorrência e no estabelecimento do mercado interno⁶¹.

3.4. Jurisdições de Sigilo

As taxas de tributação reduzida ou nula são um dos pontos mais fortes dos “paraísos fiscais”, não obstante, o que torna estes regimes atrativos é a confidencialidade e o sigilo que envolvem as operações levadas a cabo por sociedades *offshore*.⁶² Deste modo, parte da doutrina considera que seria preferível utilizar-se a expressão “jurisdições de sigilo”, em vez da expressão “paraíso fiscal”, evidenciando-se, assim, o requisito que mais distingue e torna estes regimes atrativos.

O sigilo, nomeadamente o sigilo bancário e profissional, e a confidencialidade quanto à identidade dos proprietários dos rendimentos, impossibilitam que as entidades

⁵⁹ MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.342.

⁶⁰ O seu regime fiscal caracteriza-se por um sistema de impostos simples mas com regras tributárias distintas para residentes e não residentes, beneficiando estes últimos com nenhuma ou uma reduzida tributação.

⁶¹ MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.344.

⁶² “*Offshore* designa a sociedade constituída num dado país, mas cujo controlo é detido exclusivamente por não residentes desse país e exerce a sua atividade exclusivamente fora do território em causa.” in, XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p.394.

envolvidas em operações *offshore* sejam punidas pelas autoridades domésticas. Os Estados de residência sofrem a erosão das suas bases tributárias e, conhecendo-se a identidade dos beneficiários, poderiam punir os seus residentes, pelos ganhos obtidos em territórios de baixa tributação, fazendo incidir uma tributação adicional sobre as transferências para veículos *offshore*.

Nesta senda, gera-se um clima de desconfiança quanto ao recurso a estas jurisdições e a utilização de “paraísos fiscais” é, cada vez mais, desencorajada e dificultada por constrangimentos legais previstos na generalidade dos Estados, ao nível da UE e da OCDE. Estas organizações, mais do que lutar contra a existência de taxas reduzidas, pretendem que se alcance um maior nível de transparência, de modo a que as atividades realizadas em jurisdições opacas passem a ser conhecidas pelos restantes Estados interessados.

Contrariamente ao que seria de esperar e, apesar de se verificarem inúmeras iniciativas internacionais de aumento da cooperação internacional na troca de informações em matéria fiscal, continuam a existir jurisdições resistentes a abandonar o sigilo. Estas são as chamadas “jurisdições incoerentes”, dado que se mostram dispostas a aceitar o aumento das taxas de tributação, mas recusam partilhar informações sobre os beneficiários das operações.

Concluimos que o sigilo pode ter consequências preocupantes, mais do que a reduzida tributação, a qual, até determinado nível, pode ter efeitos no aumento da eficiência dos outros sistemas fiscais, para que a tributação destes não atinja níveis demasiado elevados. No que respeita ao sigilo, não conseguimos encontrar nenhuma vantagem em termos de concorrência internacional. Pelo contrário, este potencia a realização de operações ilícitas, aumenta a criminalidade – nomeadamente, o branqueamento de capitais – e acentua, mais ainda, as desigualdades que se sentem entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Ainda assim, acreditamos que os “paraísos fiscais” só continuarão a existir mantendo-se as características de sigilo que os caracterizam.

3.5. Sistema de Listas

Como vimos, são muitas as dificuldades sentidas em identificar os “paraísos fiscais”. Mesmo assim, é necessário, para efeitos de aplicação de medidas de controlo da concorrência fiscal prejudicial, fazê-lo. Existem três opções: a sua definição; a utilização de uma definição absoluta; a enumeração casuística num sistema de “lista negra”.

Vários países, como França, Japão, Alemanha,⁶³ Itália, Espanha e Portugal, recorreram à elaboração de uma lista de “paraísos fiscais”, de forma a controlar a aplicação das suas regras de direito interno às operações realizadas em territórios com esta natureza.⁶⁴

Efetivamente, o método mais simples e mais seguro para identificar os “paraísos fiscais”, será o sistema de listas. Sendo adotado este sistema, os contribuintes facilmente conseguem verificar se os países com os quais pretendem realizar operações económicas são considerados paraísos fiscais, pelo seu estado de residência.

Na concretização desta opção, têm-se utilizado três tipos de listas: listas brancas, listas negras e listas cinzentas. Nas primeiras, os Estados optam por fazer o elenco dos países e territórios em relação aos quais não se aplicam normas antiabuso. Nas listas negras, sendo as mais utilizadas, figuram os países ou territórios qualificados como “paraísos fiscais” (ou “regimes fiscais privilegiados”).

Todavia, o sistema de “listas negras”, apesar de amplamente utilizado, tem um alcance limitado, dadas as características da maior parte dos ordenamentos fiscais. Este sistema implica que as listas sejam alvo de uma constante atualização e, também, que, para cada atualização, voltem a ser analisados todos os sistemas fiscais, as suas especificidades e os regimes excecionais previstos. Este trabalho de investigação assume-se como sendo praticamente impossível para a generalidade das administrações fiscais, por terem insuficientes recursos humanos e falta de preparação técnica para tal tarefa.

Mais ainda, subjaz às “listas negras” uma “questão da delicadeza política”,⁶⁵ que abalou a sua utilização. Isto porque a inclusão de um Estado ou território na referida lista de um outro Estado pode, não só, fragilizar as relações económicas e diplomáticas entre ambos, mas, em especial, ter como único efeito a deslocação do investimento existente no Estado abrangido pela lista para outros regimes privilegiados idênticos, mas que gozem de respeitabilidade, não sendo associados a um “paraíso fiscal”. Do exposto, verifica-se que a inclusão em “listas negras” pode funcionar como um estímulo para a criação de novos regimes privilegiados, pelo menos durante o período em que os países de destino dos investimentos não estão associados a um “paraíso fiscal”.

Mais ainda, a questão política tem também repercussões na quantidade de países que figuram nas “listas negras”, porque os Estados, pretendendo evitar conflitos, acabam por incluir nas suas listas apenas os “paraísos fiscais” clássicos, ou seja, aqueles que toda a

⁶³ Tanto o Japão como a Alemanha já não utilizam o sistema de listas.

⁶⁴ XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2007, p. 363 e 364.

⁶⁵ MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 344 a 346.

comunidade internacional sabe que o são, reconhecendo-se os próprios como tal. Nestes casos, poucas dúvidas existirão sobre a necessidade de implementar as medidas antiabuso previstas nas legislações nacionais.

As questões políticas entre Estados, foram atenuadas aquando da criação, pela OCDE, de uma “lista negra”⁶⁶. Os Estados, adotando esta lista ou criando listas próprias a partir dela, passaram a identificar, de forma mais simples e segura, alguns dos regimes privilegiados, sem necessidade de investigação autónoma e sem sofrerem críticas de índole política, já que nada mais fazem do que seguir as recomendações desta organização.

No que respeita às “listas cinzentas”, estas identificam os regimes fiscais privilegiados ou “paraísos fiscais especializados”, isto é, aqueles associados a países que, em geral, apresentam elevados níveis de tributação, limitando-se a aplicação das medidas antiabuso às entidades abrangidas pelos regimes especiais⁶⁷.

Diferentemente – como, de resto, acontece nos países nórdicos – podem os Estados preferir elaborar uma “lista branca”. Neste caso, a inclusão numa destas listas, não será vista como uma ofensa, muito pelo contrário. A pedra de toque da opção pelas “listas brancas” prende-se com a facilidade de atualização e com a troca de informações que possibilita. O trabalho de as elaborar é reduzido, porque só serão considerados candidatos a marcar presença nestas os países ou territórios com os quais existam maiores relações e, portanto, mais informação. O trabalho de atualização será, por conseguinte, menor, especialmente se se pretender o alargamento da lista, uma vez que os próprios Estados e os contribuintes terão interesse em fornecer à administração fiscal informações sobre as alterações legislativas que resultem em condições para que esse Estado passe a integrar tal elenco. O oposto acontece no caso de “listas negras”, pois não há interesse dos Estados nem dos contribuintes em revelar informações sobre os regimes privilegiados.

Também as organizações internacionais (OCDE e, posteriormente, UE) optaram por agrupar os “paraísos fiscais” em listas e, se por um lado, a adoção de um sistema de lista por estes organismos mitigou a utilização desconcertada desse sistema pelos Estados, desencadeou, por outro lado, uma série de pressões políticas que puseram em causa a eficácia das listas adotadas.

⁶⁶Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/theoecdissueshelistofunco-operativetaxhavens.htm> e consultada a 11 de novembro de 2020.

⁶⁷Poucos países utilizavam as três listas em simultâneo, tal prática é característica de organizações internacionais, como veremos. O Japão era o caso mais paradigmático, contudo aboliu a utilização de lista negra, em 1992.

Num primeiro momento, a preocupação da OCDE foi a de distinguir “regimes fiscais prejudiciais” de “paraísos fiscais”. Contudo, o estudo da OCDE⁶⁸ apenas dizia respeito a atividades financeiras, deixando de fora outras realidades importantes. Deste modo, muitas jurisdições que podiam ser consideradas “paraísos fiscais” não foram objeto de análise.⁶⁹

Nesta senda, a designação “regimes fiscais preferenciais” terá sido utilizada para referir regimes de Estados-membros da OCDE, ao passo que a expressão “paraísos fiscais” foi utilizada relativamente a jurisdições que não faziam parte dos Estados que integravam a organização, revelando o constrangimento desta em qualificar os seus próprios Estados-membros como “paraísos fiscais”. Face ao disposto, esta distinção começou a ser posta em causa, uma vez que não impedia que outras jurisdições considerassem alguns dos Estados-membros da OCDE verdadeiros “paraísos fiscais”.⁷⁰

Debruçando-nos sobre esta distinção, facilmente conseguimos verificar que lhe subjaz a questão da troca de informações. Assim, no quadro da OCDE (mais ainda, no quadro da UE), verificamos que os “regimes fiscais preferenciais” são, via de regra, mais transparentes, pois encontram-se sujeitos a troca de informações. De facto, a troca de informações pode verificar-se a vários níveis e em várias sedes, desde logo no quadro das CDT,⁷¹ da Convenção de arbitragem relativa aos preços de transferência, da Convenção da assistência mútua em matéria fiscal e, mais recentemente, com a troca automática de informações. Destarte, os regimes privilegiados existentes em Estados que façam parte destas organizações têm que passar pelo crivo de inúmeros controlos internos⁷² e externos, que não são vivenciados nos países que não pertencem a estas organizações.

No que se refere à OCDE, o acento tónico foi posto na troca de informações. Prova disso se extrai da mudança de um dos critérios mais importantes para a definição de “paraísos fiscais”: o da ausência de atividade económica substancial. Este critério foi abandonado e substituído pelo compromisso de troca de informações, compromisso esse que esteve na base de distinção entre “paraísos fiscais cooperantes” e “paraísos fiscais não

⁶⁸ No relatório “Harmful Tax Competition: an emerging global issue.”

⁶⁹ SANTOS, António Carlos dos, “Regimes Fiscais mais vantajosos: uma aproximação ao conceito e à realidade”, in *Implicações Orçamentais dos Regimes Fiscais mais vantajosos*, (coord.) CABRAL, Nazaré da Costa, Lisboa, 2016, p. 8 a 23.

⁷⁰ Destacavam-se jurisdições como a Suíça e a Holanda.

⁷¹ Art. 26º da Convenção Modelo da OCDE.

⁷² Veja-se, a título de exemplo, o regime português. No nosso país, para ser concedido um regime fiscal mais vantajoso, este será sujeito ao controlo da AT, do Banco de Portugal, da Comissão dos valores mobiliários, da inspeção de Finanças e mesmo do Tribunal de Contas. Adicionalmente, no plano externo, estará sujeito a controlo da Comissão e do fórum da OCDE. Crê-se que, no final do processo, estes serão regimes transparentes, amplamente difundidos e publicados.

cooperantes”. Os países classificados como “cooperantes” foram eliminados da “lista negra” da OCDE, permanecendo nesta apenas os “não cooperantes”⁷³.

Para proceder à distinção, a OCDE considerou como países “cooperantes” aqueles que se comprometeram a trocar informações.⁷⁴ Salientamos que a classificação de um país ou território como “cooperante” valeu-lhe a retirada da “lista negra”, bastando para tal o mero compromisso, não se exigindo a prova de uma efetiva troca de informações. Esta ação ingénua da OCDE levou a que a sua “lista negra” rapidamente se visse reduzida de quarenta para três jurisdições.⁷⁵ Consequentemente, foi necessário proceder a uma reavaliação da lista, tendo sido criada uma “lista cinzenta”, contendo as jurisdições que se tinham comprometido a trocar informações mas que, contudo, não tinham aplicado as regras previstas.

O critério para deixar de fazer parte da “lista cinzenta” da OCDE passou a ser a assinatura de doze ATI, com outros Estados. Da “lista cinzenta”⁷⁶ constavam cerca de quarenta jurisdições que, mais uma vez se reduziram rapidamente. Consideramos que o rápido esvaziamento da “lista cinzenta” se verificou uma vez que, muitas jurisdições de sigilo assinaram as doze ATI exigidas com países pertencentes à OCDE – também eles caracterizados pelo sigilo – e não com os Estados de onde provinham a grande parte dos seus fluxos de capital, como seria suposto acontecer, já que estes são os Estados que mais beneficiam com a troca de informações. Esta medida ficou, assim, desprovida de efeitos práticos. Ademais, o facto de o combate aos “paraísos fiscais” ainda constar da agenda da OCDE é uma “confissão implícita que os países cooperantes pouco ou nada cooperaram.”⁷⁷

Também a UE tem encetado esforços para travar a concorrência fiscal prejudicial, reforçando as medidas de cooperação para a sua eliminação e criando novos instrumentos

⁷³ Esta classificação acarreta consequências para os territórios que figuram na lista “não cooperantes”, entre elas medidas sancionatórias a aplicar pelos países da OCDE como a denúncia das convenções celebradas entre países membros e “não cooperantes”, possibilidade de restrição das deduções de pagamentos efetuados a entidades sediadas em paraísos fiscais (como acontece no art. 23º A, nº1, al. r) e 65º do CIRC), aplicabilidade de regras específicas em matéria de preços de transferência (regime previsto no art. 66º do CIRC), subcapitalização (regime previsto no 63º do CIRC) e eventual aplicação de medidas extrafiscais cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2007, p. 382 e 383.

⁷⁴ Essencialmente troca de informações a pedido, a troca espontânea era rara e ainda não se trocavam informações de forma automática.

⁷⁵ Mónaco, Andorra e Liechtenstein.

⁷⁶ Estados como a Suíça, o Luxemburgo, Áustria e Bélgica saíram da “lista cinzenta” em 2010, altura em que a Suíça e o Luxemburgo manifestaram o seu descontentamento e acusaram a OCDE de ceder a pressões políticas, fazendo uma análise parcial e insuficiente, já que a City de Londres e Estados Norte-Americanos como o Delaware e o Nevada nunca tinham integrado nenhuma das listas- a política de “name and shame” perdia o seu fôlego.

⁷⁷ SANTOS, António Carlos dos, “Térmites Fiscais e Centros Financeiros OFFSHORE & ONSHORE: A leste dos paraísos?”, in *Planeamento e evasão fiscal*, (coord.) AMORIM, José Campos, Porto: Vida Económica, 2010.

políticos no domínio da fiscalidade.⁷⁸ Não obstante tais esforços, também podem ser apontadas críticas à distinção entre "paraísos fiscais" e "regimes fiscais preferenciais" que estabeleceu, tornando-a frágil e política.

Colocando a tónica, uma vez mais, na troca de informações, a UE resolveu criar uma lista comum de jurisdições "não cooperantes"⁷⁹, isto é, uma "lista negra" composta por cerca de trinta jurisdições, dentro da qual não incluiu nenhum EM. Mais ainda, optou por não utilizar a designação "paraísos fiscais", preferindo a designação "regimes que propiciam (ou não) a concorrência fiscal prejudicial".

Na comunidade internacional questionava-se, pelos motivos supramencionados, sobre a eficácia da técnica de construção utilizada na "lista negra" da UE e se esta era um meio válido para o combate às práticas fiscais prejudiciais, uma vez que, ao ter deixado de fora do elenco os seus EM, podia ter como objetivo "branquear os paraísos fiscais existentes no seu seio."⁸⁰ Neste seguimento, parte da doutrina considera que esses EM, os que foram deixados de fora do elenco, estabelecem uma concorrência fiscal nefasta dentro da UE e que parecem pouco empenhados em ultrapassá-la.⁸¹

Concluimos que a UE considera que, no seu seio, não existem "paraísos fiscais", uma vez que os EM se encontram abrangidos pela troca de informações, diferentemente do que acontece com os países terceiros. Desta forma, ao estarem obrigados, entre si, a trocar informações em matéria fiscal, os EM não deverão estar sujeitos à aplicação das cláusulas antiabuso previstas nas legislações nacionais. Ainda assim, países como a Holanda e a Irlanda, continuam a ser considerados verdadeiros "paraísos fiscais" pela opinião pública internacional.

⁷⁸ Neste domínio destaca-se Código de Conduta da União Europeia, com o objetivo de facilitar a localização das atividades económicas.

⁷⁹ Disponível em: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620625/tb-off-the-hook-tax-havens-methodology-070319-es.pdf> e consultada em 13 de fevereiro de 2021

⁸⁰ SANTOS, António Carlos dos, "Térmites Fiscais e Centros Financeiros *OFFSHORE & ONSHORE*: A leste dos paraísos?", in *Planeamento e evasão fiscal*, (coord.) AMORIM, José Campos, Porto: Vida Económica, 2010.

⁸¹ VANISTENDAEL, Frans, "How does tax relate to competition in the EU?", in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lisboa, p.16, "Member states have very little interest in a coherent european tax policy. their only interest is in maximizing their national tax position. Usually this means maximizing their national tax revenue".

3.6. A extensa “lista negra” Portuguesa

A tipologia das listas e a forma jurídica que apresentam varia de país para país.⁸² Em Portugal, é a portaria nº150/2004, de 13 de fevereiro⁸³ que, assumindo a forma de lista negra,⁸⁴ enumera os países, territórios ou regiões que, por serem considerados “regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis”, levam a que os fluxos financeiros deles provenientes tenham um tratamento mais agravado, em sede de vários impostos.⁸⁵

A utilização de um sistema de listas implica, como já analisado, uma revisão periódica dos países, territórios ou regiões a figurar na lista, adaptada à realidade económica vivida em cada momento. De outro modo, não se garantia certeza jurídica relativamente à aplicação das medidas antiabuso. Neste sentido, a primeira alteração da portaria,⁸⁶ que ocorreu em 2011,⁸⁷ eliminou as referências ao Chipre e ao Luxemburgo.

Salientamos que a eliminação do Chipre decorreu do reconhecimento, pelo Governo Português, de que, tratando-se este de um EM da UE está, por isso, sujeito ao regime de troca de informações entre administrações fiscais, não havendo motivo para continuar a figurar numa lista onde os regimes são caracterizados pelo sigilo.

No que respeita à eliminação do Luxemburgo da “lista negra”, esta ficou a dever-se ao facto de apenas o regime das sociedades *holding* regidas pela Lei de 31 de julho de 1929 estar sujeito à aplicação da lista. A referida legislação luxemburguesa foi revogada, considerando-se, assim, desnecessária a inclusão deste EM na lista portuguesa.

Da análise dos “paraísos fiscais” constantes da lista, saltam à vista algumas incongruências, desde logo, porque constam, sob a mesma designação, realidades muito diferentes. A expressão “regimes fiscais privilegiados claramente mais favoráveis” funciona com uma espécie de “chapéu genérico”,⁸⁸ o qual conduz à inclusão na lista de países com regimes fiscais diferenciados.

⁸² CUNHA, Tânia Meireles da, *O investimento directo estrangeiro e a fiscalidade*. 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p.164 a 166.

⁸³ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/578338/details/normal?l=1> e consultada em 15 de novembro de 2020.

⁸⁴ o legislador português veio expressamente consagrar a adoção de uma lista negra, pela primeira vez, em 2000, na Portaria nº1272/2001, de 9 de novembro. A Portaria de 2004 pretendeu atualizá-la, sem contudo a revogar, densificando as disposições legais cujos efeitos este diploma releva.

⁸⁵ Verifica-se um tratamento mais agravado em sede de IRS (como, por exemplo, nos regimes previstos nos arts. 16º, nº6; 20º, nº3; 71º, nº16 e 72º, nº17, do CIRS); IRC (arts. 14º, nº19; 23ºA, nº1, al. r); 23ºA, nº3; 51º, nº1, al.e); 63º, nº4, al. h); 66º; 87º e 88º, nº8, do CIRC); IMT (art. 17º, nº4) e IMI (art. 9º, nº7, al a) e b)).

⁸⁶ Referimo-nos à primeira atualização da portaria nº150/2004, de 13 de fevereiro.

⁸⁷ A portaria nº292/2011, de 8 de novembro, veio alterar a portaria nº150/2004, de 13 de fevereiro.

⁸⁸ SANTOS, António Carlos dos, “Regimes Fiscais mais vantajosos: uma aproximação ao conceito e à realidade”, in *Implicações Orçamentais dos Regimes Fiscais mais vantajosos*, (coord.) CABRAL, Nazaré da Costa, Lisboa, 2016, p.8 a 23.

De facto, marcam presença na lista regimes com características diferentes e, mais ainda, Estados relativamente aos quais a aplicação unilateral de medidas antiabuso podia suscitar problemas de conformidade com o Direito da União Europeia, como aconteceu com os EM – Chipre e Luxemburgo. Adicionalmente, é questionável a aplicação deste tipo de normas relativamente a entidades residentes em países com os quais haja uma CDT celebrada, pois assinar uma CDT significa estabelecer um acordo, através do qual se partilha, por exemplo, o direito à tributação de forma contratual. Este acordo pode ser posto em causa pela previsão de legislação antiabuso, por um dos Estados contratantes, especialmente se a legislação for posterior à assinatura da CDT.

Do ponto de vista formal, também podem ser tecidas algumas considerações. Sempre que é utilizado um sistema de listas, impera questionar o seu valor jurídico: meramente indicativo ou vinculativo. Da análise do direito comparado verificamos que há estados que adotam listas oficiais, com força de lei, e outros, ainda, que adotam listas meramente indicativas, emanadas pela administração fiscal. Nesta senda, o legislador português, optou por elaborar uma lista, aprovada por portaria⁸⁹ do membro do Governo responsável pela área das finanças.

De um ponto de vista prático, no seguimento da doutrina de Menezes Leitão,⁹⁰ entende-se que, ao invés da utilização de uma lista aprovada por portaria, seria preferível uma lista com natureza de mera instrução administrativa. O autor justifica esta sua opção na taxatividade e na complexa atualização do regime atualmente previsto e considera, mais ainda, que este pode determinar situações de não aplicabilidade de disposições legais antiabuso. No mesmo sentido, alguns países que utilizavam mecanismos semelhantes ao utilizado no nosso ordenamento jurídico já os abandonaram,⁹¹ preferindo instrumentos como o mecanismo da comparação.⁹²

⁸⁹ Uma portaria é um ato de poder administrativo, atribuído, de forma exclusiva, ao Governo e aprovado por um ou vários ministros, de acordo com a alínea c), do art.199º da CRP.

⁹⁰ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, “O controlo e combate às práticas tributárias nocivas”, in *Estudos de Direito Fiscal*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2007, p.90.

⁹¹ São exemplos a Áustria, Alemanha, Dinamarca e Suécia.

⁹² O ponto de partida será o regime nacional onde se definem patamares de tributação mínima. Os regimes que estiverem aquém desse patamar serão considerados regimes de tributação privilegiada. Este é o mecanismo adotado no Reino Unido e na Alemanha.

3.7. Críticas ao regime português e proposta de soluções

A 31 de dezembro de 2020 procedeu-se a mais uma atualização da lista de “paraísos fiscais”⁹³, uma atualização esperada há muitos anos, pois a composição da lista estava desconforme com a realidade fiscal, tanto a nível doméstico como a nível europeu. Contudo, esta atualização ficou aquém das expectativas, uma vez que não promoveu a harmonização com a “lista negra” da UE, excluindo, apenas, Andorra, mas mantendo inalteráveis os restantes oitenta territórios.

A lista portuguesa é a mais longa da Europa, contrastando com a “lista negra” da UE⁹⁴, onde, atualmente, figuram apenas doze territórios,⁹⁵ os quais também constam da lista portuguesa. A dimensão da “lista negra” da UE reflete os esforços, que começam a surgir de várias jurisdições “não cooperantes” que têm procurado tornar-se mais transparentes, quer através da reformulação das suas políticas fiscais internas, quer através da adesão voluntária a instrumentos legais de natureza vinculativa de troca de informações no domínio da fiscalidade.

No mesmo sentido, aquando da segunda revisão da lista dos “paraísos fiscais”⁹⁶ e, como foi destacado no próprio preâmbulo da portaria n°345-A/2016, de 30 de dezembro, o legislador assumiu que muitos dos territórios, não obstante os seus esforços no sentido de aumentar a transparência fiscal dos seus regimes, “ainda constam da lista”. Do exposto concluímos que o legislador português tinha, portanto, conhecimento da evolução dos regimes e, mesmo assim, apenas retirou Jersey, Ilha de Man e o Uruguai⁹⁷ da lista. Assim, não compreendemos qual é a congruência entre o preâmbulo da portaria e a alteração efetuada.

Mais ainda, o Estado português tem celebrado com alguns “paraísos fiscais” CDT’s, prevenindo a evasão fiscal, especialmente em matéria de impostos sobre o rendimento.

⁹³ Portaria n°309-A/2020, de 31 de dezembro.

⁹⁴ A “lista negra” da UE é atualizada duas vezes por ano, uma vez que há muitas reformas fiscais nos ordenamentos jurídicos, não devendo tal legitimar uma discriminação de países que se esforçam para melhorar a sua posição no panorama fiscal internacional.

⁹⁵ Anguilha, Barbados, Fiji, Guam, Palau, Panamá, Samoa, Samoa Americana, Seychelles, Trinidad e Tobago, Ilhas Virgens dos Estados Unidos da América e Vanuatu.

⁹⁶ A segunda revisão da lista dos “paraísos fiscais” foi aprovada pela portaria n°345-A/2016, de 30 de dezembro, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/105669774/details/maximized>.

⁹⁷ Todos estes países eram membros do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para efeitos fiscais. Jersey e a Ilha de Man tinham assinado ATI com Portugal em 2010 e o Uruguai tinha já celebrado CDT.

Paradoxalmente, alguns desses países continuam a constar da lista.⁹⁸ Não obstante os acordos assinados preverem mecanismos de troca de informações entre as autoridades fiscais, continuam a figurar na lista: Barbados, Emirados Árabes Unidos, Hong Kong, Koweit, Sultanato de Omã, Panamá, Qatar, São Marino e Uruguai. O caso deste último país é paradigmático, dado que, apesar de a CDT celebrada entre Portugal e o Uruguai vigorar desde 2012, este país foi excluído da lista, na atualização de 2016, para dela voltar a fazer parte quando a LOE para 2018 revogou a portaria de 2016, retomando a lista anteriormente vigente.

No mesmo sentido, foram, também, celebradas ATI's,⁹⁹ que já entraram em vigor, com países constantes da lista, como as Bermudas, Gibraltar, Ilha de Man, Ilhas Caimão, Jersey e Santa Lúcia. Assim, a assinatura do acordo devia fomentar a retirada da lista, verificando-se uma exclusão tácita e imediata, sob pena de constrangimentos de índole política, motivados por Portugal considerar outro Estado um "paraíso fiscal" e conflitos de normas.

A celebração deste tipo de acordos permite obter um enquadramento fiscal mais favorável, em Portugal, face ao previsto na lei interna. Assim, por exemplo, no pagamento de rendimentos de capitais a residentes numa jurisdição constante da lista poderia ser tributado a taxa de retenção na fonte agravada, como previsto no CIRC, porém, paradoxalmente, a CDT pode prever uma taxa de retenção reduzida.

Salvo melhor consideração, acreditamos que a atualização de 2020 foi uma atualização meramente formal, surgindo, apenas, pelo facto de Andorra ter endereçado um pedido para que tal acontecesse.¹⁰⁰ A AT deu parecer favorável a esse pedido. Não obstante, de acordo com o previsto no art. 63º-D, nº5, da LGT, por Andorra ter uma taxa de imposto sobre o rendimento das sociedades de 10%, continuarão a ser aplicadas taxas de imposto agravadas nas movimentações financeiras, o que limita os efeitos práticos da saída da lista.

Atentamos no art. 63º-D, nº5, da LGT, no qual se prevê um critério material, adicional e alternativo, à mera inclusão na lista. Este critério tem por base a inexistência de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC, ou, no caso de este existir, a sua taxa ser

⁹⁸No preâmbulo consta mesmo a seguinte afirmação "os mecanismos bilaterais e multilaterais de troca de informações são suscetíveis de permitir, relativamente aos países que neles participam efetivamente, o controlo da deslocação de património ou rendimentos para regimes mais favoráveis (...)"

⁹⁹ATI- constituem um instrumento legal fundamental que habilita as autoridades fiscais portuguesas a solicitar às autoridades competentes daquelas jurisdições os elementos que considere relevantes para a correta avaliação da situação tributária de um contribuinte específico, incluindo informações sobre movimentação de fundos, titularidade de sociedades, fundações, trusts, fundos de investimento.

¹⁰⁰Nos termos do art. 63º-D, nº3 da LGT e justificado no facto de já ter celebrado ATI com Portugal em 2016, CDT em vigor desde abril de 2017, já não figurando na lista da UE desde 2018.

inferior a 60% da taxa prevista no art. 87º do CIRC. Formalmente este requisito leva a que, mesmo que se retire um país da lista, possam continuar a ser aplicadas medidas antiabuso às manifestações de riqueza daí provenientes.

Consideramos, mais ainda, que foi perdida uma boa oportunidade para aproximar a lista da atual realidade fiscal interna e europeia. Espera-se que, num futuro próximo, ocorra uma nova atualização e que esta espelhe as necessidades de Portugal colmatar a sua escassez de capital, através de investimento estrangeiro. De outro modo, os investidores dos Estados constantes da “lista negra” não terão interesse em investir no nosso país.

Uma nova atualização demonstra-se, também, necessária, uma vez que, na agenda portuguesa constam programas como o “Internacionalizar 2030”, programa cujo objetivo é a atração de investimento, dirigido a empresas investidoras que têm sede, sobretudo, no Médio Oriente. Apesar disto, a lista atual excluí as jurisdições mais relevantes do Médio Oriente, como o Bahrein, Emirados Árabes Unidos, Koweit, Omã e Qatar, o que inviabiliza o investimento no nosso país, por parte de investidores daí provenientes. O mesmo acontece com Hong-Kong, local onde têm sede a maioria das empresas investidoras chinesas e que, ao marcar presença na lista dos “paraísos fiscais”, as afasta de investir em Portugal.

No que respeita a soluções para conformar o regime português com a realidade fiscal internacional, consideramos que tal passa pela substituição da referida “lista negra” por uma “lista branca”, à semelhança do que acontece nos países nórdicos. Assim, defendemos a utilização de um sistema de “lista branca”, uma vez que este é mecanismo mais adequado para dar resposta às necessidades dos contribuintes, que pretendem saber em que países podem investir e não o contrário. Ora, as listas brancas têm uma função garantística, ao passo que as listas negras têm uma função dissuasora, facilitando o ónus da prova da administração fiscal quanto ao regime privilegiado dos sistemas fiscais em causa.

No que respeita à relação com os Estados com os quais haja CDT ou ATI em vigor, consideramos que estes serão, *prima facie*, candidatos a figurar na lista branca, seguindo-se o exemplo da Finlândia.

No que concerne ao valor jurídico de um sistema de listas, entendemos que uma lista nunca poderá ter força jurídica absoluta, devendo estabelecer não mais do que uma presunção ilidível. A lista, atualmente em vigor, vai mais longe, pretendendo ser uma definição legal dos regimes fiscais privilegiados e tal não é congruente com a dificuldade sentida em definir “paraísos fiscais”.

Entendendo não ser de excluir do ordenamento jurídico a “lista negra”, recomendamos que esta seja atualizada, transpondo-se a “lista negra da UE”, porque

baseada em três critérios sólidos: transparência fiscal, boa governação e atividade económica real. Neste seguimento, verificando-se a celebração de CDT ou ATI com um dos doze países ou territórios elencados na lista europeia, deverá, imediatamente, proceder-se à exclusão automática desse Estado, contribuindo tal para aumentar a competitividade do sistema fiscal português, simplificar o normativo fiscal e aumentar a certeza e segurança jurídica dos contribuintes.

3.8. Conformidade com o Direito da União Europeia

Vários Estados adotaram listas de “paraísos fiscais” e Portugal foi um destes. Sendo, Portugal, um EM da UE, a adoção deste sistema pode suscitar algumas dúvidas, no que concerne à sua conformidade com o Direito da União Europeia, sempre que entre Portugal e o “paraíso fiscal” em causa exista uma ATI que permita o adequado controlo da situação fiscal dos sujeitos passivos, uma vez que as medidas antiabuso adotadas por Portugal podem consubstanciar uma restrição à liberdade de circulação de capitais.

Há, pois, que averiguar da compatibilidade entre o Direito da União Europeia e a al. e), do nº1, do art. 51º do CIRC. Seguiremos o raciocínio típico,¹⁰¹ desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que assenta em quatro momentos.

Primeiramente, verificamos se estamos perante uma situação que pertença à esfera de proteção de uma das liberdades fundamentais. De acordo com o art. 63º do TFUE, a distribuição de lucros entre Estados constitui um movimento de capitais (Tribunal de Justiça, Ac. *Kronos* (C-47/12), *Emerging Markets* (C-190/12) e *Itelcar*¹⁰² (C- 282/12)).

A liberdade de circulação de capitais é a única das liberdades que tem efeito externo, sendo-lhe atribuída eficácia *erga omnes*, isto é, suscetibilidade de aplicação a Estados terceiros. Mais ainda, encontram-se os EM proibidos de tratar de modo diferente, isto é, menos favorável, os movimentos de capitais de e para residentes de Estados terceiros, relativamente a movimentos idênticos ao nível interno, intra-comunitário ou intra-espço económico europeu.

No segundo momento, há que verificar se estamos perante uma ingerência, isto é, verificar se a norma do direito interno constitui um obstáculo ao exercício da liberdade que

¹⁰¹ NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.205 e ss.

¹⁰² Neste Ac. o Tribunal de Justiça estabeleceu “no caso de uma legislação nacional relativa ao tratamento fiscal de dividendos originários de um país terceiro, importa considerar que o exame do objeto dessa legislação é suficiente para apreciar se o referido tratamento fiscal está abrangido pelas disposições do Tratado CE relativas à livre circulação de capitais.”

está em causa. Neste caso concreto, teremos que verificar se a exclusão da aplicação do regime da *participation exemption* aos fluxos financeiros provenientes de entidades com residência ou domicílio em território sujeito a regime fiscal mais favorável, elencadas na portaria, consubstancia uma discriminação, face às distribuições realizadas por entidades sediadas em EM ou por entidades com sede ou domicílio em território português.

Consideramos que a norma estabelece um tratamento diferenciado para situações que são idênticas, exceto quanto à proveniência das distribuições. Assim, a norma poderá ser entendida como permitindo um tratamento mais desfavorável para as distribuições realizadas por entidades sediadas em países, territórios ou regiões com um regime fiscal claramente mais favorável.

O terceiro momento da análise prende-se com a existência de causas de justificação. Estas podem ser as previstas no TFUE, às quais se acrescentam as aceites pelo Tribunal de Justiça: a necessidade de luta contra a fraude e evasão fiscal, a coerência do sistema fiscal ou a necessidade de proceder a uma equilibrada repartição dos poderes tributários. A justificação mais invocada pelos EM é, sem dúvida, a necessidade de luta contra a fraude e evasão fiscais. O Tribunal de Justiça, vê-se, por isso, obrigado a aplicar-lhe um controlo de proporcionalidade estrito, com o objetivo de reduzir a sua aplicação. Assim, para que a norma interna seja considerada admissível, terá que impedir apenas os “expedientes puramente artificiais”.¹⁰³ No mesmo sentido, pode invocar-se a necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais, pois é uma causa de justificação aceite em alguns casos. Não obstante, esta justificação não fará sentido nos casos em que Portugal tenha celebrado uma CDT ou ATI, nas quais se preveja troca de informações, ou outra forma de cooperação administrativa em matéria fiscal, adequada para que o Estado Português possa obter esclarecimentos que assegurem suficientemente os controlos fiscais, pois aí o Estado Português consegue ter informações sobre os beneficiários dos rendimentos e não é necessário utilizar medidas mais gravosas.

No quarto momento, teremos que submeter a norma portuguesa ao controlo de proporcionalidade, verificando se esta cumpre os requisitos de adequação e necessidade. É necessário submeter a norma a este controlo uma vez que, apenas se verificando que a restrição é adequada e necessária é que esta pode ser aceite. O objetivo subjacente à al. e), do n.º1, do art. 51.º do CIRC é a prevenção do abuso e da fraude fiscais. A Lei n.º 5/2016, de

¹⁰³ Ac. do Tribunal de Justiça, 12.09.2006, C-196/04, Cadbury Schweppes e PALMA, Clotilde Celorico, “A Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso”, in *Revista TOC*, n.º14, 2009.

29 de fevereiro introduziu no regime da *participation exemption* uma cláusula antiabuso,¹⁰⁴ caindo por terra a finalidade que poderia justificar a al. e), do nº1. A cláusula antiabuso consegue atender à finalidade de prevenção do abuso da lei fiscal de melhor forma. Assim, consideramos que a medida antiabuso prevista na al. e), do nº1, do art. 51º do CIRC vai para além do que seria necessário para prosseguir a sua finalidade, desfavorecendo a distribuição de lucros e reservas provenientes de entidades sediadas em países terceiros, mesmo que estas operações sejam realizadas de modo legítimo. Há como que uma presunção inilidível de ilegitimidade da operação, decorrente da sua inserção num “paraíso fiscal”. A regra prevista na al. e) funciona como uma proibição automática, não se restringindo apenas aos casos em que se verifica o abuso da lei fiscal.

4. Conclusão

Numa economia cada vez mais globalizada, a mobilidade de capitais deixa de conhecer fronteiras, tendo a questão da distribuição de lucros e reservas, realizada por sociedades afiliadas, uma relevância significativa. Nesta senda, concluímos que, se os Estados nada fizerem, a dupla tributação económica, quando sentida num contexto empresarial, será um forte entrave à fixação de atividades empresariais transfronteiriças.

O regime da *participation exemption* surge como uma das forma de mitigar este entrave. Contudo, a isenção que o regime prevê não será atribuída a todas as distribuições de lucros e reservas. Deste modo, para que o regime seja aplicado é necessário que se cumpram todos os requisitos: subjetivo, detenção da participação e período de detenção da participação. Concluímos que, prevendo-se estes requisitos, o regime apenas será aplicado a distribuições realizadas por sociedades afiliadas nas quais se verifiquem participações estáveis.

Mais ainda, o legislador exige que a sociedade que distribui os lucros ou reservas não tenha residência ou domicílio em território ou região sujeita a um “regime fiscal claramente mais favorável”. Da análise desta exigência concluímos que a mesma consubstancia uma discriminação negativa das distribuições daí provenientes e um tratamento menos favorável das mesmas.

No que concerne à discriminação negativa, esta é realizada apenas em razão da residência da sociedade que distribui os lucros ou reservas podendo, por isso, ser

¹⁰⁴ Números 13 e 14 do art. 51º CIRC.

desconforme com o Direito da União Europeia. Por conseguinte, concluímos que o regime português poderá estar a violar a liberdade de circulação de capitais na sua dimensão externa.

Atentando na análise realizada aos números 13 e 14, do art. 51º do CIRC, consideramos que estes são normas antiabuso, previstas com o objetivo de impedir as construções com a finalidade principal de obter uma vantagem fiscal. Concluímos que a previsão destas normas antiabuso no regime da *participation exemption* era suficiente, pois que impedem os expedientes puramente artificiais, não sendo necessário incluir no regime a alínea e), do nº1, do art.51º do CIRC. Assim, mesmo que se cumpram todos os requisitos das alíneas a), b), c) e d), do art. 51º do CIRC, se a sociedade que distribui os lucros ou reservas estiver sediada num “paraíso fiscal”, a distribuição não beneficiará do regime. Esta é uma situação manifestamente injusta quando comparada com as distribuições entre EM ou entre Portugal e outro Estado que não seja considerado “paraíso fiscal”.

Concluímos, por último, que a remissão para a “lista negra” pode impedir que atividades genuínas, com efetiva realidade económica, se realizem, sugerimos, por isso, que seja eliminada a alínea e), do nº1, do art. 51º do CIRC do ordenamento jurídico português e que o regime da *participation exemption* possa ser aplicado a distribuições provenientes de todas as jurisdições, sejam estes EM da UE ou países terceiros, mesmo que, com estes últimos, não seja possível obter cooperação administrativa no domínio da fiscalidade. Neste caso,¹⁰⁵ a sociedade que beneficia da distribuição dos lucros ou reservas terá que fazer prova da efetiva realidade económica daquela distribuição e, no caso de esta ser provada, concluímos que deverá beneficiar da aplicação do regime.

¹⁰⁵ À semelhança do que acontece, por exemplo, no art. 23º nº1 al. a) do CIRC.

5. Bibliografia

ANDRADE, Fernando Rocha, “Concorrência Fiscal Internacional na tributação dos lucros das empresas”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 45, 2002.

AZEVEDO, Maria Eduarda, “A Concorrência Fiscal Prejudicial”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº431, julho – dezembro 2013.

BRAZ, José Manuel da Silva, *Os paraísos fiscais: Casos Práticos com empresas portuguesas*, Coimbra: Almedina, 2007.

BEAUCHAMP, André, *Guide Mondial des Paradis Fiscaux*, 1ª ed., Paris: Edições Grasset, 1981.

CUNHA, Tânia Meireles da, *O investimento directo estrangeiro e a fiscalidade*. 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

CRUZ, José Manuel Neves, “Jurisdições de sigilo e a verdadeira identidade dos paraísos fiscais, o que mudou?”, in *III Congresso de Direito Fiscal*, 1ª ed., Porto: Vida Económica, 2013.

CRUZ, José Manuel Neves, “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano XI, 2014.

DOGGART, Caroline, *Paraísos Fiscais*, 2ª ed., Porto: Vida Económica, 2007.

DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Direta*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DOURADO, Ana Paula, *Direito Fiscal*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.

ERNEST & YOUNG, *O Novo IRC*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2013.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, “O controlo e combate às práticas tributárias nocivas”, in *Estudos de Direito Fiscal*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2007.

MALHERBE, Jacques, “Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union”, *EC Tax Review*, Vol. 30, Issue 6-7, 2002.

MATTHEWS, S., “What is a ”Competitive” Tax System?”, *OECD Taxation Working Papers*, nº2, 2011.

MARTINS, António, *A Fiscalidade e o Financiamento das Empresas: a influência da Reforma Fiscal de 1998 na Estrutura de Capital das Sociedades*, 1ª ed., Porto: Vida Económica, 1999.

- MERKS, Paulus, “Corporate Tax and the OECD”, in *EC Tax Review*, Vol. 35, Issue 5, 2007.
- MORAIS, Rui Duarte, *Imputação de Lucros de Sociedades Não Residentes: Sujeitas a um Regime Fiscal Privilegiado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NABAIS, José Casalta, *Por um estado fiscal suportável: Estudos de Direito Fiscal*. 1ª ed., Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2008.
- NABAIS, José Casalta, *Introdução ao Direito Fiscal das empresas*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 9ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.
- PALAN, Ronen, “Financial centers: the British Empire, City-States and commercially-oriented politics”, in *Theoretical Inquires in Law*, Vol.11, nº1, 2010.
- PALMA, Clotilde Celorico, “A OCDE e o Combate às Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial: Ponto de Situação e Perspetivas de Evolução”, in *Fiscalidade*, nº16, 2003.
- PALMA, Clotilde Celorico, “A Comunicação da Comissão Europeia sobre a aplicação de medidas anti-abuso”, in *Revista TOC*, nº14, 2009
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, “Tributação das Sociedades e globalização económica”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº422, dezembro 2008.
- PEREIRA, Paula Rosado- “*Em torno dos princípios do Direito Fiscal Internacional*”, in *Lições de Fiscalidade: Lições de Planeamento Fiscal Internacional*, Vol. II, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- RODRIGUES, Abílio, “Anotações ao artigo 91º A”, in *Códigos Anotados e Comentados – CIRC e legislação complementar*, Porto: Lex it, 2016.
- SANCHES, J. L. Saldanha, *Limites do Planeamento Fiscal- Substância e Forma do Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SANCHES, J. L. Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*. 1ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- SANCHES, J. L. Saldanha, “As duas constituições – nos dez anos da cláusula antiabuso”, in *Planeamento e evasão fiscal*, (coord.) AMORIM, José Campos, Porto: Vida Económica, 2010.
- SANTOS, António Carlos dos, *Auxílios de estado e fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2003.

- SANTOS, António Carlos dos, “A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal”, in *Planeamento e concorrência fiscal internacional*, Lisboa: Fisco, 2003.
- SANTOS, António Carlos dos, “Regimes Fiscais mais vantajosos: uma aproximação ao conceito e à realidade”, in *Implicações Orçamentais dos Regimes Fiscais mais vantajosos*, (coord.) CABRAL, Nazaré da Costa, Lisboa, 2016.
- SANTOS, António Carlos dos, “Térmites Fiscais e Centros Financeiros OFFSHORE& ONSHORE: A leste dos paraísos?”, in *Planeamento e evasão fiscal*, (coord.) AMORIM, José Campos, Porto: Vida Económica, 2010.
- SOUSA, António Frada de, “A luta contra a fraude, evasão e abusos na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em matéria fiscal- algumas notas”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº420, 2007.
- TABORDA, Daniel, “Notas sobre o regime de participation exemption previsto no CIRC”, *Boletim de Ciências Económicas*, Tomo III, Vol. LVII, 2014.
- TEIXEIRA, Glória, “A fraude fiscal e o princípio da transparência”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº422, dezembro 2008.
- TEIXEIRA, Glória, *Taxing Corporate Profits in the EU- A comparative study of the Portuguese, British and Dutch systems*, Londres: Kluwer Law International, 1997.
- TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- Tixier, Gilbert, *O Direito Fiscal Internacional*, 1ª ed., Sintra: Publicações Europa- América, 1986.
- TORMENTA, Júlio, “O regime do privilégio de afiliação (participation exemption)”, in *A reforma do IRC: do processo de decisão política à revisão do código*, (coord.) VENTURA, André, 1ª ed., Porto: Vida Económica, 2014.
- VANISTENDAEL, Frans, “Impact of European Tax Law on Tax Treaties with Third Countries”, *EC TAX Review*, Vol. 8, nº1
- VANISTENDAEL, Frans, “How does tax relate to competition in the EU?”, in *Planeamento e Concorrência Fiscal*, Lisboa: Fisco, 2009.
- VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª ed., Lisboa: Almedina, 2007.
- Xavier, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.