



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A LISTA DE JURISDIÇÕES NÃO COOPERANTES E A PROPOSTA DE
MEDIDAS DE REAÇÃO**

Problemas De Compatibilidade Com O Direito Da OMC

Tânia Beatriz Freitas Rei

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A LISTA DE JURISDIÇÕES NÃO COOPERANTES E A PROPOSTA DE
MEDIDAS DE REAÇÃO**

Problemas De Compatibilidade Com O Direito Da OMC

Tânia Beatriz Freitas Rei

Orientador: Dr. João Sérgio Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

Agradecimentos

Aos meus pais, a quem pertence esta conquista mais do que a mim mesma.

Ao Paulo, por toda a paciência e compreensão ao longo deste período.

Aos meus amigos, que nunca me deixaram desistir.

Ao meu orientador, por toda a ajuda e conhecimentos transmitidos.

Acima de tudo, ao meu avô Adriano, com quem tanto queria partilhar esta conquista, mas que a vida levou de mim cedo demais.

Resumo

O presente trabalho visa analisar um instrumento legal da União Europeia usado para combater o fenómeno dos paraísos fiscais. O seu primeiro objetivo é refletir sobre os danos causados numa economia globalizada pelos paraísos fiscais e o porquê de a existência de jurisdições que praticam taxas de imposto zero ou quase zero ser tão prejudicial. Em segundo lugar, pretendemos dar a conhecer um pouco dos fatores que presidiram à elaboração desta lista, o porquê da sua criação, os objetivos que pretende atingir e os critérios seguidos para a inclusão das jurisdições consideradas “não cooperantes” na lista. De seguida, iremos ver quais são as medidas defensivas que serão aplicadas no seguimento da aplicação desta lista e analisaremos o direito da Organização Mundial do Comércio, sobretudo os seus princípios. Neste âmbito, estudaremos os princípios e o seu escopo e, de seguida, como cerne deste trabalho, veremos da sua compatibilidade com as medidas defensivas da União Europeia. No final, incluiremos as conclusões obtidas ao longo deste trabalho e uma breve crítica à forma de elaboração da lista de jurisdições não colaborantes com a União Europeia.

Palavras-chave: Jurisdições não cooperantes; União Europeia; Organização Mundial do Comércio; compatibilidade; medidas defensivas; paraísos fiscais

Abstract

The present work aims to analyze a legal instrument of the European Union used to combat the phenomenon of tax havens. The first objective is to reflect on the damage caused in a globalized economy by tax havens and why the existence of jurisdictions that practice zero or near zero tax rates is so harmful. Second, we intend to make known a little of the factors that led to the elaboration of this list, the reason for its creation, the objectives that it intends to achieve, and the criteria followed for the inclusion of jurisdictions considered “non-cooperative” in the list. Next, we will see which are the defensive measures that will be applied following the application of this list and we will analyze the law of the World Trade Organization, especially its principles. In this context, we will study the principles and their scope and then, as the core of this work, we will see their compatibility with the European Union's defensive measures. In the end, we will include the conclusions obtained in the course of this work and a brief critique to the construction of the list of non-cooperating jurisdictions with the European Union.

Keywords: Non-cooperative jurisdictions; European Union; World Trade Organization; compatibility; defensive measures; tax heavens

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| CAPÍTULO I | 8 |
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 1.1. Contextualização | 8 |
| 1.2. Objeto | 10 |
| 1.3. Metodologia e bibliografia | 11 |
| 1.4. Sequência | 11 |
| CAPÍTULO II | 12 |
| 2. A Lista de Jurisdições Não Cooperantes da União Europeia e as medidas defensivas..... | 12 |
| 2.1. A Lista de Jurisdições Não Cooperantes da União Europeia | 12 |
| 2.2. Critérios | 13 |
| 2.3. Medidas defensivas..... | 18 |
| CAPÍTULO III | 22 |
| 3. A Organização Mundial do Comércio | 22 |
| 3.1. O aparecimento da OMC | 22 |
| 3.2. Os objetivos da OMC..... | 23 |
| 3.3. Os acordos subjacentes à OMC..... | 24 |
| 3.4. Os princípios basilares da formação da OMC | 25 |
| CAPÍTULO IV | 30 |
| 4. Das incompatibilidades entre as medidas defensivas e o direito da OMC..... | 30 |
| 4.1. O princípio da não discriminação e da sua compatibilidade com as medidas defensivas | 31 |
| 4.2. O princípio da previsibilidade e da sua compatibilidade com as medidas defensivas | 32 |
| 4.3. O princípio da concorrência leal e da sua compatibilidade com as medidas defensivas . | 33 |
| CONCLUSÃO | 36 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 38 |
| LEGISLAÇÃO | 39 |
| LISTA JURISPRUDENCIAL | 40 |

Abreviaturas

| | |
|--------------|--|
| BEPS | Base Erosion and Profit Shifting |
| CbC | Country-by-country Reporting |
| EUA | Estados Unidos da América |
| GATS | General Agreement on Trade in Services |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| OCDE | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OMC | Organização Mundial do Comércio |
| SEC | Sociedades Estrangeiras Controladas |
| SIDS | Small Island Developing States |
| TRIPS | Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights |
| UE | União Europeia |

CAPÍTULO I

1. INTRODUÇÃO

1.1. Contextualização

O fenômeno dos paraísos fiscais insurgiu-se contra o imposto e as suas responsabilidades adjacentes e transformou-se num problema que roubou as atenções dos governos do mundo. Os territórios *offshore* competem entre si para proporcionar as condições mais efetivas para evitar os impostos e a transparência fiscal internacional.¹

A eclosão da evasão e elisão fiscal e a proliferação dos *tax havens* levou ao aumento do fosso entre ricos e pobres e fomentou a desigualdade e a pobreza, afetando de forma mais alarmante os países em desenvolvimento². Estima-se que a perda de receita mundial de imposto total seja de cerca de 200 mil milhões anualmente por desvio destes lucros para os paraísos fiscais³, ou superior, podendo ultrapassar os 500 mil milhões anualmente⁴. Apesar de todas as nações serem afetadas e apresentarem perdas significativas de receita de imposto, os casos mais alarmantes e de maior magnitude de perda de receita acontece nos países em desenvolvimento e com níveis mais baixos de rendimento per capita, onde esta receita é de grande importância, por representar grande parte, em teoria, uma larga parte do rendimento nacional.⁵

A tendência do capital armazenado em jurisdições offshore conduz o capital dos países pobres até aos países ricos, dado que os sujeitos passivos que efetivamente tiram proveito, legal ou ilegalmente, deste jogo de forças que desvia os seus capitais e os esconde em jurisdições onde consigam obter taxas de tributação nulas ou praticamente nulas são as grandes instituições financeiras e as grandes empresas. Esta tendência é perigosa e afeta não só as receitas dos Estados em desenvolvimento, mas a receita arrecadada pelos países desenvolvidos; mas, não

¹ SHAXSON, Nicholas, “*Tackling Tax Havens*”, Finance & Development, September 2019, Vol. 56, No. 3

² CHARDONNET, Aurore, LANGEROCK, Johan, “Blacklist or Whitewash? What a real EU blacklist of tax havens should look like”, Oxfam Briefing Note, November 2017, pag. 13

³ WIER, Ludvig, “Tax havens cost governments \$200 billion a year. It’s time to change the way global tax works”, 2020

⁴ COBHAM, Alex and JANSKÝ, Petr, “*Global distribution of revenue loss from tax avoidance: Re-estimation and country results*”, United Nations University, 2017

⁵ COBHAM, Alex and JANSKÝ, Petr, “*Global distribution of revenue loss from tax avoidance: Re-estimation and country results*”, United Nations University, 2017

só: este constante fluxo de capitais, indevidamente e enganosamente declarados, conduzem à monopolização dos mercados, o que é altamente castrador do mercado livre e das empresas em ascensão e/ou com menor poder económico.⁶

Os paraísos fiscais consistem em verdadeiros esconderijos, onde as elites mais poderosas vão escondendo o rendimento que arrecadam, não poucas vezes à custa dos mais desfavorecidos, e permite uma fluidez de investimento e capitalização que seria travada pelo controlo existente nas jurisdições que praticam condutas fiscais retas. O único benefício que daqui poderá emergir é um benefício privado e limitado a quem de poder. A fluidez que daqui se retira e a maior facilidade do exercício da globalização espelhada em condutas reprováveis acarreta um perigo real para economias pouco estabelecidas e ainda instáveis.

A rede de Estados offshore continua em franco crescimento. Quando ocorre em determinado Estado uma alteração legislativa que abertamente permite a evasão fiscal através de mecanismos secundários como, por exemplo, a introdução de estreitas medidas de sigilo, rapidamente se assiste à tentativa por parte de outras nações a suplantarem estes mecanismos e a atrair os capitais.

Os recentes escândalos *Panama Papers* e *Luxembourg Leaks* voltaram a colocar na ordem do dia a necessidade de combater a concorrência fiscal internacional desleal e de sinalizar os Estados que praticam práticas fiscais abusivas, demonstrando o uso para atividades nefastas que era feito dos paraísos fiscais.

O jogo de forças com que nos deparamos neste momento é entre países ricos e países pobres e também na dicotomia entre os chamados contribuintes comuns e os que efetivamente lucram com este sistema de paraísos fiscais. A urgência de solução é clara neste ponto e várias estratégias foram sendo discutidas, em várias organizações que zelam pela economia e depressa se entendam que esta teria de ser uma luta concertada e colaborativa, para acabar de vez com a competição pela maior liberdade de evasão fiscal.

Para entendermos esta questão, é importante percebermos as vantagens que daqui advêm para as jurisdições que apresentam aos sujeitos passivos soluções de evasão fiscal e que, através de vários mecanismos mais ou menos legais, auxiliam nesta fuga ao imposto nas jurisdições em que eles seriam devidos. Decerto o problema começará aqui nas profissões diretamente ligadas à atividade bancária e ao setor financeiro. De acordo com um estudo publicado em 2015, o

⁶ SHAXSON, Nicholas, “*Tackling Tax Havens*”, Finance & Development, September 2019, Vol. 56, No. 3

crescimento do setor financeiro apenas é benéfico até um certo ponto e a partir daí é prejudicial para a economia.⁷ Nas palavras de SHAXSON, isto poderá atingir o ponto de “financial curse” e afetar grandemente economias com setores financeiros desproporcionais, analogamente ao “paradox of poverty in the midst of plenty” que se faz sentir nas regiões dependentes de recursos como o petróleo.⁸

O que se pretende retirar desta não-tão breve introdução e que visa entender o que conduziu ao surgimento do tema que trataremos na continuação deste ensaio é efetivamente assentar a ideia de que o facto de determinada jurisdição se permitir ser um paraíso fiscal para outrem será sempre um jogo perigoso e que leva à derrota de ambos dos lados da barricada. Com isto pretendemos esclarecer que os paraísos fiscais são não só tóxicos para as jurisdições estrangeiras, mas também para si mesmos.

A solução unilateral, além de pouco eficaz numa economia que hoje é assumidamente global, seria provavelmente difícil de implementar, ainda que traga enormes vantagens aos Estados a que elas se proponham, através de práticas unilaterais que restrinjam a atividade offshore e, conseqüentemente, aumentem o nível de vida nessa mesma jurisdição. Entendendo-se que uma solução colaborativa seria a melhor forma de travar este flagelo, o avanço dado no seio da UE foi a adoção de uma lista de jurisdições não cooperantes, ou seja, jurisdições que ameaçam, através das suas práticas de “*little to no tax*”, a receita fiscal arrecadada pelos Estados Membros. A esta lista encontram-se acopladas medidas de reação aos paraísos fiscais que devem ser implementadas pelos Estados Membros e que serão objeto de estudo da presente dissertação.

1.2. Objeto

1.2.1. Delimitação positiva

A presente dissertação centrar-se-á na lista de jurisdições não cooperantes publicada pela UE e nas medidas defensivas no âmbito não fiscal e fiscal que terão de ser implementadas pelos Estados Membros e na sua concordância ou discordância com o direito emanado pela OMC. A investigação aqui levada a cabo visa aferir dos pontos convergentes e divergentes entre as

⁷ CLINE, William R., “*Too Much Finance, or Statistical Illusion?*”, Peterson Institute for International Economics, June 2015

⁸ SHAXSON, Nicholas, “*Tackling Tax Havens*”, Finance & Development, September 2019, Vol. 56, No. 3

medidas de reação propostas e os princípios que enquadram o direito da OMC, a fim de verificar se estas serão admissíveis na medida de serem ou não discriminatórias para os países visados na lista. Trataremos também da oportunidade dos critérios utilizados para a elaboração do elenco das jurisdições não cooperantes e teceremos considerações sobre a concreta aplicação deste crivo.

1.2.2. Delimitação negativa

Dado o enfoque acima mencionado, não trataremos do direito da OMC *per se* e não teceremos considerações específicas sobre os Estados mencionados na lista, apenas os trataremos num todo. Não pretendemos também incluir neste estudo outras listas com a mesma natureza que existam no panorama internacional e interestadual.

1.3. Metodologia e bibliografia

A elaboração da presente dissertação partiu de uma análise cuidada da lista de jurisdições da UE e da sua evolução desde a sua publicação até ao enquadramento atual e do estudo dos princípios da OMC. A análise foi complementada com exame doutrinal, legislativo e jurisprudencial a nível europeu e internacional.

Na redação, seguimos o manual de estilo da UCP-CRP.

1.4. Sequência

No capítulo 2 iniciaremos por uma breve contextualização do tema, através da definição da *blacklist*, o que levou à sua criação e quais foram os critérios que presidiram à inclusão na lista das jurisdições incluídas; procederemos, de seguida, a uma análise detalhada das medidas de reação propostas na senda da lista de jurisdições não cooperantes e da sua concordância com o direito vigente da OMC.

No capítulo 3 adotaremos uma perspectiva crítica no sentido de sugerir soluções com vista ao aprimoramento desta dicotomia sob escrutínio entre medidas de reação propostas pela UE/direito da OMC.

Terminaremos, então, no capítulo 4, com as devidas conclusões.

CAPÍTULO II

2. A Lista de Jurisdições Não Cooperantes da União Europeia e as medidas defensivas

2.1. A Lista de Jurisdições Não Cooperantes da União Europeia

A 5 de Dezembro de 2017, a UE tomou o que se esperava ser um importante passo para o combate aos paraísos fiscais por parte dos Estados-Membros com a adoção de uma lista de jurisdições não cooperantes, constituída por países não pertencentes à UE que praticam condutas fiscais agressivas que não se coadunam com o direito europeu.

O escopo principal desta *blacklist* é enumerar os estados que fomentam práticas fiscais abusivas e que contribuem para a deterioração da governação fiscal mundial e que põem em causa a arrecadação de matérias coletáveis por partes dos países da UE.

A política subjacente à adoção desta lista anseia alcançar dois grandes objetivos, sendo eles a prevenção da transferência de lucros para jurisdições de baixa tributação e pretende, a longo prazo, construir um ecossistema de negócios simbiótico e harmonioso, em que as relações comerciais se desenvolvam de forma previsível e controlada.

O processo de elaboração desta lista consistiu na aplicação de três critérios de risco - transparência e troca de informações, regimes fiscais preferenciais e ausência de imposto sobre o rendimento (taxa zero ou quase zero)⁹.

Desde a sua adoção, que a lista de jurisdições não cooperantes da UE tem sofrido várias alterações, sendo alvo de revisões periódicas, para aferir da idoneidade dos Estados que lá figuram. Depois da revisão levada a cabo a 6 de outubro de 2020, os territórios listados são

⁹ DOURADO, Ana Paula, WATTEL, Peter, “Third States and External Tax Relations”, pag. 214, 2018

Samoa Americana, Anguila, Barbados, Ilhas Fiji, Guame, Palau, Panamá, Samoa, Trindade e Tobago, Ilhas Virgens dos Estados Unidos, Vanuatu e ilhas Seychelles.

Para além das nações que se encontram enumeradas na lista negra de jurisdições não cooperantes, que tem vindo a ser atualizada desde a sua elaboração, foi adotado também um segundo instrumento, a *greylist*¹⁰, que elenca os Estados que se encontram em processo de atualização dos seus “tax good governance principles”¹¹ em ordem a corresponder aos *minimum standards* impostos pela UE no âmbito do programa BEPS. Estes países comprometeram-se a implementar mecanismos automáticos de troca de informação, a concluir acordos com os Estados Membros, a abolir esquemas de tributação prejudiciais e que facilitam o recurso a *off-shores* que atraem lucros sem atividade económica efetiva ou a tornarem-se membros do Fórum Global da OCDE para a Transparência e Troca de Informação para efeitos tributários. Logo que os Estados listados empreendem os compromissos aos quais se propuseram, são imediatamente retirados desta lista.

2.2. Critérios

2.2.1. A transparência fiscal

A análise do indicador da transparência fiscal é uma análise bidimensional, na medida em que pretende avaliar sobre a troca automática de informações exigida pela OCDE (Common Reporting Standards), e da troca de informação a pedido, que pretende avaliar o comportamento dos Estados perante pedidos em tempo dinâmico. A importância deste segundo indicador, principalmente, por ser mais fiável em termos da avaliação de um verdadeiro comportamento cooperante, permite avaliar com relativa precisão o nível de controlo implementado pelas jurisdições visadas e exige um “largely compliant status” para poder ser satisfeito.

¹⁰ Anexo II da lista de jurisdições não cooperantes da UE

¹¹ VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera, “The EU Standard of Good Governance in Tax Matters for Third (Non-EU) Countries”, INTERTAX, Vol. 47, Issue 5, pag. 1, 2019

2.2.2. Os regimes fiscais preferenciais

Para satisfazer este requisito, é exigido que o Estado em questão não aplique regimes fiscais preferenciais nem medidas fiscais discriminatórias, com obediência ao Código de Conduta da UE¹². Este indicador remete para situações em que existam acordos com empresas que não têm qualquer atividade económica real no território do Estado em questão. Para que uma medida fiscal seja considerada danosa, a UE emanou diretrizes¹³ para que se faça esta avaliação.

Dos critérios utilizados para decidir a inclusão dos Estados nesta *blacklist*, o critério de que agora tratamos tende a ser o mais volátil e de mais difícil aplicação, na medida em que recorre num cenário de autojustificação ao conceito de “atividade económica efetiva” que, em si, levanta já questões de grande monta, que em sede própria são já discutidas por grandes pensadores.

As diretrizes emanadas pela UE para aplicação uniforme deste critério sinalizam gatilhos capazes de enformar de forma geral as situações abusivas e que, ao verificarem-se, requerem atenção subsequente na análise do caso concreto. São eles medidas que não especifiquem que as atividades têm de ser consideradas atividades económicas efetivas para aceder a determinado benefício, quando há obrigação expressa de que a empresa deve levar a cabo a sua atividade *off-shore* (ao que se equipara a existência de obstáculos à prossecução desta atividade no território do Estado visado), o regime esteja projetado de forma a atrair capitais extremamente móveis e que o regime permita certas atividades que, em determinadas circunstâncias, podem não ser consideradas como constituindo atividade económicas efetivas. No caso em que algum destes sinalizadores seja identificado, é necessário que se analise a atividade de facto recorrendo aos critérios de substância de análise da atividade económica efetiva em si. Atividades como *holdings* e alguns serviços financeiros, normalmente, são facilmente apanhadas nesta rede.¹⁴

¹² Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos nos Estados-Membros, reunião com o Conselho de 1 de dezembro de 1997 sobre o Código de Conduta em matéria de política fiscal, OJ C 2 (1998).

¹³ Secretariado Geral do Conselho, Guia de Orientação sobre a interpretação do terceiro critério do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas, doc. 9637/18, FISC 241, ECOFIN 555 (8 Junho 2018), anexo I

¹⁴ Neste caso, a aplicação dos critérios para aferir da atividade económica efetiva deve ser ajustada à realidade de jure e de facto da atividade que se analisa (v.g. Acórdão Cadbury vs. Schweppes).

Os critérios substanciais de aferição de existência de atividade económica real relacionam-se todos eles com a materialidade subjacente à prossecução de uma atividade económica, como por exemplo o número de funcionários e as instalações presentes no Estado a analisar.

O terceiro nível deste teste aplica-se tanto às atividades que são sujeitas ao segundo teste da atividade económica efetiva, como também àquelas que não necessitam de o ser por passarem no primeiro teste. O chamado “*nexus requirement*” visa averiguar da correlação existente entre a atividade económica efetiva levada a cabo pelas entidades que pretendem beneficiar de determinado regime ou benefício e os lucros sobre os quais o benefício efetivamente recai a posteriori.

De lembrar que a volatilidade deste critério não permita a elaboração de uma lista exaustiva e taxativa dos testes aos quais sujeitar as atividades em causa, sendo que essa avaliação deverá sempre ser feita com atenção ao caso concreto.

2.2.3. Implementação do BEPS

O último critério a aplicar é, então, a implementação efetiva dos *minimum standards* do BEPS.

A OCDE apresentou o plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Action*) que tem como objetivo criar os alicerces necessários ao combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de tributação muito baixa ou inexistente. O Plano de Ação do BEPS marca o início de uma era de maior intervenção e controlo por parte dos Estados nas situações de fuga fiscal.

2.2.3.1. A ação 5 do BEPS

A ação 5 do BEPS, relativa às práticas fiscais prejudiciais, encontra âmbito de aplicação em três áreas: a avaliação de regimes fiscais preferenciais, a transparência e a revisão de critérios de atividade substanciais em jurisdições de taxa zero ou quase zero para garantir a concorrência.

A implementação deste procedimento visa a avaliação de regimes fiscais através da obrigatoriedade de transparência nas decisões administrativas ligadas a estes regimes e exige

que, para que se aplique determinado regime fiscal preferencial legalmente previsto, que exista atividade substancial na jurisdição de aplicação desse mesmo regime preferencial.

2.2.3.2. A ação 6 do BEPS

Aliada à globalização do comércio e à livre circulação de pessoas e mercadorias, assistimos à disseminação de tratados fiscais bilaterais, celebrados entre jurisdições de todo o mundo, com o propósito de regular todas estas novas transações e movimentações de capitais, pessoas e bens. Decorrente desta proliferação de legislação internacional, começaram a surgir casos de abuso destes tratados e acordos que permitiam o contorno das normas legais.

O fenómeno do “treaty shopping” refere-se a uma situação em que determinado indivíduo, residente num Estado e obtendo rendimento de outro Estado pode beneficiar de um tratado fiscal que tenha sido celebrado entre a jurisdição onde obtém o seu rendimento e um terceiro Estado. O aproveitamento ilícito e sem causa destes tratados através de esquemas cuidadosamente pensados com fim à poupança de imposto, configuram uma situação de abuso de tratados fiscais, da qual se ocupa a ação 6 do BEPS.

Os membros do *BEPS Inclusive Framework* acordaram incluir nos tratados que celebrem uma menção à não tributação e um método para combater o treaty shopping, nomeadamente o *principal purpose test*, que tem como objetivo determinar os fatores que levam determinada entidade a optar por determinado estado estrangeiro, aliado à limitação de benefícios, ou cada um destes instrumentos por si só.

2.2.3.3. A ação 13 do BEPS

A ação 13 pretende fomentar a transparência através do fornecimento de um modelo para as empresas multinacionais reportarem as informações dos negócios que praticam em cada jurisdição, numa base anual.

Uma das grandes limitações na qualidade dos dados dos quais cada jurisdição dispõe sobre a tributação das empresas é a falta de transparência e comunicação destes dados por parte dos sujeitos passivos, o que afeta o controlo eficaz da evasão fiscal e dificulta em grande medida a

investigação de transações entre empresas, nomeadamente de acordos de preços de transferência.

Através da ação 13, a OCDE pretende implementar o relatório CbC através da disponibilização de legislação modelo que pode ser implementada para exigir que as entidades controladoras arquivem o relatório na sua jurisdição de residência e através da disponibilização de três modelos de Acordos entre Entidades competentes que podem ser usados para facilitar a implementação dos relatórios de troca de informações, baseados em alguns instrumentos legais pré-existentes. Estes relatórios permitem o rastreio das operações offshore dos sujeitos passivos.

Ainda que esta medida ainda seja lacunosa¹⁵, tem vindo a revelar resultados positivos.¹⁶

2.2.3.4. A ação 14 do BEPS

A ação 14 encontra o seu cerne no procedimento de acordo mútuo. No processo de globalização que temos vindo a atravessar desde a Revolução Industrial, a circulação livre de pessoas e mercadorias pelo mundo inteiro, ergueu-se uma questão que noutros tempos não se levantaria: quais são as jurisdições que têm o direito de tributar e arrecadar a receita emergente de cada negócio jurídico nos quais estão envolvidas?

A solução para este problema é a solução que está vertida na ação 14 do BEPS e que se encontra no mecanismo previsto no artigo 25 da Convenção Modelo da OCDE. Este mecanismo, que é, por definição, independente da legislação interna dos estados e das convenções interestaduais, dá aos Estados contratantes os instrumentos necessários para resolver os conflitos que possam surgir na interpretação de um acordo mútuo. O procedimento de acordo mútuo oferece aos Estados um meio para resolver os conflitos emergentes de forma segura e que em muito contribui para a correta implementação dos tratados fiscais vigentes.

¹⁵ Duas das lacunas identificadas por SHAXSON é o facto de determinado cidadão poder reivindicar a sua residência no paraíso fiscal em detrimento do país onde vivem e o facto que configura os Estados Unidos da América como um paraíso fiscal de grande monta: apesar da elevada quantidade de informação que é recolhida sobre os seus contribuintes no exterior, as informações partilhadas são praticamente residuais.

¹⁶ “The OECD estimated in July 2019 that 90 countries had shared information on 47 million accounts worth €4.9 trillion; that bank deposits in tax havens had been reduced by 20 to 25 percent; and that voluntary disclosures ahead of implementation had generated €95 billion in additional tax revenue for members of the OECD and the Group of 20, which includes major emerging market economies.” - SHAXSON, Nicholas, “*Tackling Tax Havens*”, Finance & Development, September 2019, Vol. 56, No. 3

2.3. Medidas defensivas

Para que se atinjam os objetivos que presidiram à criação da lista de jurisdições não cooperantes, é necessário que se criem medidas e vetores de atuação a aplicar no seio dos Estados Membros com destino aos países sinalizados que efetivem, então, a pressão necessária para que se verifique uma mudança positiva nas políticas económicas e fiscais dos terceiros Estados em questão.

As medidas propostas pelo Conselho Europeu agrupam-se em medidas defensivas no domínio não fiscal e as medidas defensivas no domínio fiscal, que merecerão a nossa melhor atenção.

A opção da Europa na adoção das medidas foi pela relativa discricionariedade na aplicação e atuação face a estas medidas, ainda que um certo grau de coordenação exigido.

No plano estadual, o acordo tomado em dezembro de 2017 foi que os países da UE passariam a aplicar, pelo menos, uma das seguintes medidas administrativas: vigilância reforçada das transações, aumento das auditorias de riscos para os contribuintes que beneficiam dos regimes incluídos na lista e aumento das auditorias de riscos para os contribuintes que recorrem a regimes fiscais que envolvam os sistemas incluídos na lista.

Volvidos dois anos, em dezembro de 2019, o Conselho aprovou orientações para uma maior coordenação e os Estados Membros comprometeram-se a adotar pelo menos quatro medidas legislativas específicas de entre as seguintes: não dedutibilidade dos custos incorridos numa jurisdição incluída na lista, regras relativas a SEC destinadas a limitar o diferimento artificial dos impostos para entidades offshore de baixa tributação, medidas de retenção do imposto na fonte a fim de combater isenções ou reembolsos indevidos e limitação da isenção de participação nos dividendos dos acionistas.

Relativamente ao Direito da União, a legislação recente da UE também faz referência explícita à lista - em 2018, foram acordadas regras da UE em matéria de transparência para intermediários fiscais, as quais introduziram novas obrigações de prestação de contas para regimes fiscais que envolvem países incluídos na lista.

2.3.1. Medidas defensivas no domínio fiscal

Aquando da adoção da lista de jurisdições não cooperantes da União Europeia, os Estados-Membros da União Europeia acordaram na adoção de, pelo menos, uma medida administrativa das listadas abaixo, destinadas a controlar e escrutinar de forma mais eficaz as transações operadas com os países que estão, em qualquer momento no tempo, incluídos na lista:

- A vigilância reforçada das transações;
- Aumento das auditorias de riscos para os contribuintes que beneficiam dos regimes incluídos na lista;
- Aumento das auditorias de riscos para os contribuintes que recorrem a regimes fiscais que envolvam os sistemas incluídos na lista.¹⁷

A adoção de pelo menos uma destas medidas a serem aplicadas vis-à-vis entre os Estados Membros e as jurisdições não cooperantes incluídas na lista emanada pela União Europeia tem em vista a ação coordenada e concordante na UE como um todo, com vista a combater o abuso praticado largas vezes nestas transações e permite uma monitorização e aliança de forças que se espera terem efeitos positivos no objetivo primordial, que é, para além do já mencionado combate à fraude e evasão fiscal, ao *money laundering* e à elisão fiscal, o encorajamento de que as jurisdições listadas adotem comportamentos e diretrizes fiscais mais benéficas para o sistema económico e que sejam retiradas desta lista.

No relatório inicial resultante da reunião do Conselho da Europa que culminou na adoção da lista, ficou também acordado que, ainda que sem prejuízo das medidas administrativas, os Estados Membros teriam a discricionariedade de, se assim o entendessem, adotar medidas legislativas que contribuíssem também para o objetivo comum. Estas medidas seriam então, medidas adicionais às acima mencionadas, de entre as quais os Estados Membros teriam de aplicar pelo menos uma. De carácter mais específico e, desta vez, dirigidas ao legislador, o Conselho Europeu sugeriu a adoção de uma ou várias das medidas elencadas:

- Não dedutibilidade dos custos incorridos numa jurisdição incluída na lista;
- Regras relativas a sociedades estrangeiras controladas (SEC);
- Medidas de retenção de imposto na fonte;

¹⁷ Conclusões do Conselho sobre a lista de jurisdições não-cooperantes em matéria fiscal, 5 de Dezembro de 2017, Anexo III, B.1., pag. 18

- Limitação da isenção de participação nos dividendos dos acionistas;
- *Switch-over rule*¹⁸;
- Inversão do ónus da prova;
- Requisição de documentação especial;
- Divulgação obrigatória por intermediários fiscais de regimes fiscais específicos no que diz respeito a acordos transfronteiriços.¹⁹

A partir da reunião do Conselho que teve lugar a 5 de dezembro de 2019, as medidas defensivas de carácter legislativo no domínio fiscal passaram também a ter uma obrigatoriedade de aplicabilidade associada, em que pelo menos uma das medidas propostas teria de ser implementada pelos Estados Membros da UE a partir de 1 de janeiro de 2021. Nesta senda, os Estados teriam de aplicar, desde o início do presente ano, uma das quatro medidas acima elencadas.

Portanto, faz parte do elenco final a não dedutibilidade dos custos, que é uma medida que impede a dedução em sede de imposto sobre o rendimento de custos²⁰, quando estes provenham ou tenham conexão com operações realizadas entre o Estado Membro que oferece esse direito à dedução e uma das jurisdições listadas. Importa referir que, de outro modo, a dedução seria concedida aos custos em causa; contudo, dado o seu *link* a uma jurisdição não cooperante, o Estado Membro que opte por implementar esta medida adquire o direito a recusar essa mesma dedução com base no instrumento que é a *blacklist*.²¹

A aplicação das regras relativas às SEC, ao serem aplicadas, permitem a um Estado Membro incluir na base tributável de determinado sujeito passivo os rendimentos obtidos numa jurisdição listada. Esta medida permite limitar o diferimento artificial dos impostos para entidades offshore de baixa tributação, dado que as inclusões dos rendimentos obtidos nestas jurisdições serão sujeitas à taxa de tributação praticada na jurisdição de estabelecimento.

¹⁸A regra de *switch-over* iria permitir que as autoridades fiscais de Estados-Membros negassem isenções fiscais da UE sobre dividendos, ganhos de capital e lucros de estabelecimentos estáveis que entram na UE de países não pertencentes à UE, caso esse rendimento tivesse sido tributado a muito taxa baixa ou nenhuma no terceiro país.

¹⁹ Conclusões do Conselho sobre a lista de jurisdições não-cooperantes em matéria fiscal, 5 de Dezembro de 2017, Anexo III, B.2., pag. 19

²⁰ Esta medida afeta, a título de exemplo, custos como royalties, juros ou rendimentos provenientes de propriedade intelectual.

²¹ Relatório sobre a atividade do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), 25 de Novembro de 2019, Anexo IV, Capítulo 3, pp. 47

A terceira medida, relativa a retenção de imposto na fonte, vai permitir aos Estados Membros que apliquem uma taxa mais elevada a pagamentos de remuneração, juros, royalties, entre outros, recebidos de uma jurisdição listada, com vista a minorar isenções ou reembolsos indevidos.

A limitação da isenção de participação nos dividendos dos acionistas recebidos de uma jurisdição listada pode ser aplicada em Estados Membros cuja legislação permita excluir ou deduzir lucros ou dividendos recebidos de uma subsidiária estrangeira, como por exemplo holdings. Importante notar neste ponto que as medidas adotadas neste sentido não comunicam com as medidas adotadas no seio da Diretiva Mães-Filhas²² que vão no mesmo sentido. Para o efeito que aqui se propõem, as medidas adotadas no seio da Diretiva Mães-Filhas não são consideradas como sendo medidas defensivas de combate às jurisdições não cooperantes e não condicionam a aplicação de medidas destinadas a esse fim.

A regra de *switch-over* tal como descrita acima acabou por não figurar no elenco final que impõe que pelo menos uma das medidas é de aplicação obrigatória, dadas várias limitações e problemas que daqui poderiam advir.

As medidas relacionadas com o inversão do ónus da prova, com a requisição de documentação especial e com a divulgação obrigatória por intermediários fiscais de regimes fiscais específicos (no caso de acordos transfronteiriços), foram destacadas deste elenco e colocadas como uma medida de reforço, sobre a menção de que se podem aplicar sem prejuízo da aplicação obrigatória de uma das outras medidas acima descritas, quando não contrariem a legislação interna do Estado Membro em questão e sob a ressalva de que a aplicação de qualquer uma dessas medidas não devem também afetar o contraditório da contraparte.²³

2.3.2. Medidas defensivas no domínio não fiscal

No seguimento da mesma ideia que preside à obrigatoriedade de implementação pelos Estados Membros, que é a de incentivar as jurisdições não cooperantes a adotar medidas que não

²² Diretiva do Conselho 2011/96/UE

²³Relatório sobre a atividade do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), 25 de novembro de 2019, Anexo IV, Capítulo 3, pp. 46

favoreçam a evasão fiscal em *off-shores*, a UE emanou também diretrizes no âmbito não fiscal que visou o exato mesmo objetivo, mas que atuam em áreas distintas da área do imposto.

Ao contrário do que acontece no elenco das medidas defensivas no domínio fiscal, as medidas defensivas no domínio não fiscal não se revestem do caráter de obrigatório subjacente às primeiras, mas sim é-lhes alocada uma componente de instrumento auxiliar da decisão em vários assuntos externos dos Estado-Membros, como por exemplo na política externa, em questões de cooperação para o desenvolvimento com países que figuram na *blacklist* e nas relações económicas com países terceiros.

No âmbito do financiamento, existem também condicionantes às relações com os países não cooperantes com a UE em matéria de imposto e que são mais efetivas, no âmbito em que são os próprios instrumentos legais de regulação que fazem menção expressa às jurisdições incluídas na lista.²⁴

CAPÍTULO III

3. A Organização Mundial do Comércio

3.1. O aparecimento da OMC

Após os conturbados tempos da Segunda Guerra Mundial, nos quais se sentiram as escaras deixadas na economia e nos quais veio ao de cima um sistema financeiro e de comercial absolutamente destruído pela implacabilidade da guerra, surgiu também a necessidade de repensar as relações externas de forma a permitir a recuperação em bloco da economia mundial e a garantir estabilidade nas relações comerciais *off-border* que se começaram a desenvolver.

Em 1942, os EUA iniciaram as conversações com vista a alcançar um acordo multilateral entre os Estados que permitisse alcançar um nível de tarifas mais baixo para o comércio internacional. Contudo, após vários anos de negociações e de avanços e recuos, nenhum

²⁴ O FEDS (Fundo Europeu para o Desenvolvimento Sustentável), o FEIE (Fundo Europeu para Investimentos Estratégicos), entre outros, proíbe canalizar fundos que provenham da UE para as nações incluídas na lista (*vide* Regulamento (UE) 2017/1601 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de setembro de 2017, Regulamento (UE) 2017/2396 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2017).

consenso foi alcançado. O passo mais largo dado foi a instituição alinhavada na Carta de Havana, em 1943, como Organização Internacional do Comércio, que nunca chegou a ser aprovada pelo Congresso do EUA.

Apenas em 1947 se alcançou o acordo GATT²⁵, que operou até ao estabelecimento da OMC, durante quase meio século. Ainda que não se tratasse da instituição pela qual se ansiava inicialmente, o GATT foi suprimindo as necessidades do comércio internacional, ainda que apenas de forma semi-institucionalizada. A intenção deste acordo multilateral era então a diminuição das barreiras ao comércio internacional, reduzindo as tarifas alfandegárias e aduaneiras.

Nas negociações do Uruguai, em 1995, foi então estabelecida, com carácter permanente, a OMC, que veio substituir o GATT. Tal como tinha já acontecido no GATT, muitos dos princípios que presidiram à definição teleológica dos objetivos da OMC foram importados da Carta de Havana e da Organização Internacional do Comércio, que nunca viu a luz do dia. A OMC criada em 1995 marcou a reforma mais importante no comércio internacional desde a Segunda Guerra Mundial e foi um ponto de evolução face ao GATT, que apenas se aplicava a bens, ao contrário da agora instituída OMC, que encontra âmbito de aplicação não só no comércio de bens, mas também no comércio de serviços e a propriedade intelectual ligada ao comércio.

3.2. Os objetivos da OMC

A OMC é um fórum multilateral que preside à negociação de acordos que visam a redução dos obstáculos que se impõe ao comércio internacional e garante a equidade de tratamento entre os vários países membros. Para além disto, serve de instância resolução de litígios legais de natureza transnacional e comercial que surjam entre países e que decorram da interpretação e aplicação dos diplomas adotados no seio da OMC. A missão da organização é impulsionar o crescimento económico através da simplificação das trocas comerciais, que cada vez se afiguram mais importantes e internacionais dado ao fenómeno da globalização do mundo pós-moderno.

²⁵ General Agreement on Tariffs and Trade

As atividades principais da OMC são, então²⁶:

- Negociar a redução ou eliminação de obstáculos ao comércio, como tarifas de importação, e acordar as regras que regem a conduta do comércio internacional (antidumping, subsídios, etc.);
- Administrar e monitorar a aplicação das regras acordadas na OMC para o comércio de bens, comércio de serviços e direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
- Monitorar e rever as políticas comerciais dos países membros, bem como garantir a transparência dos acordos comerciais regionais e bilaterais;
- Resolver disputas entre os países membros em relação à interpretação e aplicação dos acordos;
- Capacitação de funcionários governamentais de países em desenvolvimento em questões de comércio internacional, e;
- Conduzir pesquisas económicas.

3.3. Os acordos subjacentes à OMC

A OMC é uma organização, mas, acima de tudo, é um sistema de regras que se aplicam ao comércio internacional.

Estas regras são, em regra, acordos obtidos através da concordância dos países membros da OMC.

Os acordos mais importantes adotados no seio da OMC são:

- GATT: aplica-se ao comércio de bens;
- GATS: aplica-se a comércio de serviços;

²⁶ Organização Mundial do Comércio, “*What We Do*”, disponível em https://www.wto.org/english/thewto_e/whatise/what_we_do_e.htm, consult. em 20/Abr/2021

- TRIPS: aplica-se aos litígios decorrentes de propriedade intelectual;
- *Dispute Settlement*: serve o propósito de enquadrar o sistema de resolução de litígios da OMC;
- *Trade Policy Reviews*: assegura a transparência das regras de comércio internacional aplicáveis.

3.4. Os princípios basilares da formação da OMC

Os princípios orientadores da OMC são aqueles que visam, também, alcançar o objetivo comum da organização, que é a busca por fronteiras abertas ao comércio internacional. Trataremos, agora, dos cinco princípios que se afiguram mais importantes: o princípio da não discriminação, o princípio da previsibilidade, o princípio da concorrência leal, o princípio da proibição de restrições quantitativas e o princípio do tratamento especial para países em desenvolvimento.

3.4.1. Princípio da Não Discriminação

O princípio da não discriminação não é unidimensional no seio da OMC. Ao contrário, desdobra-se em dois princípios de primordial importância para a prossecução dos objetivos da organização.

No artigo primeiro do GATT²⁷, estabelece-se o **princípio da nação mais favorecida**²⁸. Ao abrigo deste princípio, um benefício ou privilégio²⁹ que seja garantido a um determinado produto originário ou destinado a um país membro deve ser imediatamente concedido a um outro produto de natureza suficientemente similar, ainda que seja este originário ou destinado

²⁷ “any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.” in GATT, article I (1)

²⁸ O princípio da nação mais favorecida encontra-se também presente no artigo segundo do GATS e no artigo quarto do TRIPS.

²⁹ Indicamos aqui, para mais clara compreensão, por exemplo, uma taxa alfandegária mais baixa para determinado produto e determinado parceiro comercial.

a qualquer outro país. Este princípio visa o tratamento igualitário segundo o princípio da igualdade aplicado aqui ao comércio internacional, não permitindo a discriminação a um país membro que, nas mesmas condições e relativamente ao mesmo produto, estabelece transações com um outro país, país esse que deve tratar todos os seus parceiros comerciais que estejam dentro dos mesmos trâmites nas mesmas condições. Os benefícios e/ou privilégios atribuídos a determinado país contratante são obrigatoriamente e automaticamente estendidos a todos, sem haver lugar à imposição de qualquer condição.

O princípio da nação mais favorecida é um pilar central do sistema de comércio internacional. A imposição deste princípio garante que haja uma igualdade de condições entre, por exemplo, investidores estrangeiros, sejam eles de qualquer nacionalidade, que pretendam realizar um determinado investimento ou operação num outro país³⁰. Portanto, este princípio pretende impedir a distorção da concorrência entre entidades de diferentes países apenas com base na sua nacionalidade, impondo tratamento igualitário a todos os países.

Ainda assim, e como não poderia deixar de ser, há exceções permitidas, que são restritas e que só podem ser impostas nas condições tipificadas na lei. As condições para a aplicação legítima de exceções subordinam-se ao conceito da “margem de preferência” e apenas podem ser aplicadas caso os direitos ou encargos de importação não excedam esse nível. A margem de preferência admitida é aquela que se encontra tipificada no parágrafo 4 do artigo I do GATT, e que nos diz que, relativamente a direito ou encargos de importação, a margem de preferência não pode exceder a diferença entre a taxa da nação mais favorecida e as taxas preferenciais previstas para um produto similar. Esta margem de preferência aplica-se, então, em concreto, às exceções previstas no parágrafo 2 do artigo primeiro do GATT, que são:

- Preferências em vigor exclusivamente entre dois ou mais territórios listados no Anexo A³¹;
- Preferências em vigor exclusivamente entre dois ou mais territórios que, a 1 de julho de 1939, eram ligados por relações de soberania, listados nos anexos B, C e D³²;
- Preferências em vigor exclusivamente entre os EUA e a República de Cuba;

³⁰ Most-Favoured Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations Conference on Trade and Development

³¹ Índice Analítico do GATT, Anexo A, pag. 26

³² Índice Analítico do GATT, Anexo B, pag. 26, Anexo C and D, pag. 27

- Preferências em vigor exclusivamente entre países vizinhos, listados nos Anexos E e F³³.

As preferências acima, tal como descrito no diploma do GATT, obedecem ainda às condições estabelecidas em cada um dos anexos, para que sejam aplicadas apenas em situações justificáveis.

O princípio da nação mais favorecida permitiu a baixa dos encargos no comércio internacional, impulsionou de forma pioneira o comércio e as relações transfronteiriças e introduziu competitividade no mercado, através da proibição da discriminação injustificada. Contudo, há ainda situações em que o princípio não atua da forma mais justa, como por exemplo não acautela o facto de que as economias menos desenvolvidas e tradicionais podem enfrentar sérias dificuldades quando competindo em pé de igualdade com o mercado altamente subsidiado dos EUA e da UE. Ainda assim, o princípio da nação mais favorecida é de primordial importância para a saúde económica global no que diz respeito ao comércio, sobretudo.

A bidimensionalidade da não discriminação concretiza-se no artigo terceiro do GATT³⁴, que impõe o **princípio do tratamento nacional** no que se refere ao comércio de bens³⁵. O escopo deste princípio é impedir o tratamento diferenciado entre produtos nacionais de determinado Estado e produtos, da mesma natureza, provenientes de outros países. Assim, impõe que não pode existir um desfavorecimento dos produtos internacionais face aos produtos nacionais. O princípio do tratamento nacional impõe, em última instância, que nenhuma diferenciação haja entre produtos nacionais e produtos importados, pelo menos depois de estes terem entrado completamente no mercado interno. Importa clarificar que esta condição de apenas se aplicar o princípio do tratamento nacional depois do produto ter entrado no mercado interno permite que a aplicação de, por exemplo, uma taxa aduaneira aplicada aquando da importação de determinado bem não constitui uma violação deste princípio, ainda que, naturalmente, esta taxa não seja aplicável a produtos locais. Apenas a partir da conclusão da importação e da entrada plena dos bens no mercado interno é que este princípio encontra aplicação plena.

³³ Índice Analítico do GATT, Anexo E e F, pag. 27

³⁴ “*The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products.*” in GATT, artigo III (2)

³⁵ Relativamente ao comércio de serviços, este princípio encontra-se previsto no artigo 17 do GATS e, relativamente à propriedade intelectual, encontra-se no artigo 3 do TRIPS.

Adicionalmente, importa referir nesta sede que ambos os princípios acima analisados se apoiam no conceito indeterminado de “produtos similares”. Os acordos gerais da OMC não definem este conceito, o que causou discórdia e dúvidas aquando da interpretação e aplicação dos princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional.

Para colmatar esta lacuna, a OMC propôs alguns critérios, como as características, a natureza, a qualidade, a variedade e a utilização final de um determinado produto para aferir a similaridade dos produtos em causa.

3.4.2. Princípio da Previsibilidade

O princípio da previsibilidade é um outro princípio basilar da OMC que impõe que a previsibilidade e a transparência sobre as regras do comércio internacional sejam garantidas. Esta garantia é obtida através da vinculação aos compromissos que são assumidos entre os países membros, que, por sua vez, é garantida pela necessidade de negociação com os parceiros comerciais de determinado país para que esse mesmo país se possa desvincular dos seus compromissos.

No caso do comércio de mercadorias, a vinculação, normalmente, é feita através de tabulações de taxas alfandegárias, definindo-se o seu máximo. Assegura-se, assim, o máximo de taxa para países com interesse em investir num outro país membro, pois, assim, obtém a garantia de que as taxas aplicáveis não serão mais altas do que aquilo que está previamente vinculado. Caso exista uma negociação que permita que as taxas sejam aumentadas, poderá inclusive haver lugar a uma compensação pela perda do comércio estabelecido por investidores estrangeiros na base da anterior vinculação.

Este princípio visa estimular o investimento e serve o propósito para o qual a OMC foi criada, que é o de criar um ambiente de negociação próspero, seguro, confiável e que permita a estabilidade necessária para a evolução económica.

A vertente da transparência está a cargo de um mecanismo de supervisão da OMC que é um mecanismo de revisão de políticas comerciais nacionais, que pretende encorajar a transparência também a nível nacional. Ao nível multilateral dos acordos da OMC, a transparência é

conseguida através das previsões em vários instrumentos legais da OMC, acordados pelos Estados Membros, que exigem que as políticas comerciais sejam amplamente divulgadas.

3.4.3. Princípio da Concorrência Leal

A OMC, sendo uma organização destinada a regular o comércio internacional, tem como missão proteger, regular, limitar e controlar o sistema das trocas internacionais. Uma das grandes valências da criação da OMC foi justamente a criação de uma entidade que tem como missão garantir que a concorrência não seja distorcida e que todos obtêm um acesso equitativo e justo a este sistema. As regras da OMC são pensadas também com este objetivo de que a concorrência não seja distorcida e que não sejam, como não raras vezes acontece, “sempre os mais fortes a ganhar”.

O princípio da concorrência leal apoia-se nos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida que, como descrito acima, visam garantir que as regras do comércio internacional são justas e iguais para todos os parceiros comerciais. Mas, para além disso, também o acordo *anti-dumping*³⁶ e as medidas que regulam a atribuição de subsídios. Este princípio encontra-se tipificado nos artigos sexto e décimo sexto do GATT, mas só se efetivaram com a adoção dos acordos *anti-dumping* e contra os subsídios.

3.4.4. Princípio da Proibição de Restrições Quantitativas

Este princípio encontra-se no artigo décimo primeiro do GATT³⁷. Para que a produção nacional fique protegida, poder-se-ia implementar, em hipótese, quotas que limitassem, ou até mesmo poder-se-iam aplicar proibições, a certos produtos estrangeiros. Contra este facto, instaurou-se

³⁶ O dumping é um esquema que permite que se exporte abaixo do custo para obter uma maior quota de mercado.

³⁷ “No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party.”, in GATT, artigo XI (1)

o princípio da proibição das restrições quantitativas que proíbe que se apliquem quotas ou proibições a produtos vindos de fora.

Tal como acontece com outros princípios neste elenco, este princípio não é de aplicação absoluta e pode ser derogada em várias situações, devidamente previstas e tipificadas na lei. Para uma maior compreensão, ficam abaixo algumas das situações em que, aos olhos da OMC, poderá ser devidamente justificável que se limitem quantidade de produtos importados:

- Aplicação de limitações para combater a escassez de determinado produto para o país exportador;
- Aplicação de restrições para a classificação, classificação ou comercialização de mercadorias no comércio internacional;
- Aplicação de restrições para remover um excedente temporário do produto doméstico similar;
- Entre outras.

3.4.5. Princípio do Tratamento Especial e Diferenciado para Países em Desenvolvimento

O princípio do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento³⁸ permite que os países em desenvolvimento tenham acesso a tarifas mais reduzidas e a medidas mais favoráveis. Este princípio assenta na dicotomia países desenvolvidos/países em desenvolvimento e deve fluir dos primeiros para os segundos, de modo a impulsionar o desenvolvimento destes através da facilitação e conseqüente crescimento da sua participação no comércio internacional.

CAPÍTULO IV

4. Das incompatibilidades entre as medidas defensivas e o direito da OMC

³⁸ Art. XXVIII e Parte IV do GATT.

Como tivemos oportunidade de analisar, o direito da OMC é constituído por tratados que são acordados entre todos os seus membros, como fórum multilateral que é esta organização. O direito da OMC é enquadrado, essencialmente, pelos princípios que acima vimos e que regem todo o tecido legal adotado no seio da organização.

Contudo, e como escopo final deste trabalho, iremos analisar se é possível a compatibilização destes princípios, que são o diretamente aplicáveis para os países membros da OCDE nas suas relações externas, com as medidas defensivas que foram propostas e são hoje já de aplicação obrigatória para os Estados Membros da UE nas relações internacionais que estabelecem com jurisdições não cooperantes incluídas na *blacklist* da União Europeia.

A nossa análise seguirá uma lógica analítica, incluindo cada uma das medidas defensivas propostas separada e individualmente e pretende dar uma visão geral de se há ou não um qualquer princípio que possa obstar à aplicação dessa medida.

4.1. O princípio da não discriminação e da sua compatibilidade com as medidas defensivas

O princípio da não discriminação no seio da OMC, nas suas vertentes de princípio da nação mais favorecida e princípio do tratamento nacional, poderá obstar à aplicação de algumas das medidas defensivas propostas pela União Europeia, com carácter de obrigatoriedade para os Estados Membros de aplicar pelo menos uma dessas medidas, às jurisdições listadas como não cooperantes.

Ao abrigo do GATS, que regula as ações tomadas por parte dos Governos relativamente ao comércio internacional de serviços, os obstáculos postos aos países listados em matéria de comércio internacional entram em conflito com alguma das suas normas basilares.

Um dos argumentos que vemos poder ser aplicado neste sentido, é a violação do princípio da nação mais favorecida, disposto no GATS. Como tivemos já oportunidade de referir, este princípio, que varia do princípio da não discriminação como seu mote geral, visa o tratamento igualitário de todos os membros da OMC, e que as vantagens conferidas a uns sejam aplicáveis a todos os parceiros comerciais. Assim, a introdução de determinada jurisdição na *blacklist* e a sua conceptualização como não cooperante, que tem como consequência a aplicação de

medidas defensivas no domínio fiscal, como por exemplo a não dedutibilidade de custos ou a aplicação de regras relativas a sociedades estrangeiras controladas, é um tratamento de carácter discriminatório e que finda no tratamento mais favorável de uns em detrimento de um tratamento mais punidor a outros.

4.2. O princípio da previsibilidade e da sua compatibilidade com as medidas defensivas

O princípio da previsibilidade no seio da OMC é um princípio que impõe segurança jurídica. Ou seja, os Estados devem saber com aquilo que contam em cada momento, para que possam planear as suas operações e relações externas com base no *status quo*.

A lista de jurisdições não cooperantes da UE é atualizada duas vezes por ano, tendo sido a sua última revisão em fevereiro de 2021 e a próxima será em outubro de 2021. Como vemos, o hiato temporal entre estes momentos de revisão e atualização da lista é realmente muito curto.

Em cada uma destas revisões, há a oportunidade de determinada jurisdição ser retirada da lista, porque ou começam a cumprir as normas internacionais em matéria fiscal ou porque se comprometem a iniciar uma reforma das suas políticas brevemente, caso em que passam a ser incluída num anexo à lista propriamente dita, que funciona como um documento de transição entre a retirada da jurisdição e a sua presença na lista.

Para além disto, há também a possibilidade de serem incluídas outras jurisdições na lista, que não figuravam lá antes da dada revisão. Esta inclusão baseia-se nos critérios que já enumeramos no capítulo II e é uma análise feita de forma casuística. Assim, um determinado país, principalmente os países que se encontram incluídos na *greylist* vêem neste ponto a sua segurança jurídica melindrada, podendo ser incluídos na lista e ficar sujeitos às sanções impostas pelos Estados Membros da UE no domínio fiscal num curto espaço de tempo. Ainda que se possa nesta sede argumentar que os países incluídos na lista intermediária têm um certo número de ações que devem tomar, caso a caso, para se tornarem colaboradores com a UE, dado o espaço de tempo entre revisões ser tão curto, e dada a subjetividade de alguns dos critérios utilizados para classificar uma jurisdição como não cooperante, a inclusão na lista pode ser vista como inesperada para alguns países. Depois desta inclusão, ficam então sujeitos às

restrições impostas pela UE, e isto pode prejudicar o plano de negócio que, em hipótese, teriam anteriormente traçado.

4.3. O princípio da concorrência leal e da sua compatibilidade com as medidas defensivas

À semelhança do que já se disse relativamente à compatibilidade de princípio da não discriminação com as medidas defensivas aplicadas na consequência da lista de jurisdições não cooperantes com a UE, o princípio pretende atingir a concorrência leal e sem distorções no comércio mundial. Contudo, a aplicação unilateral destas medidas irá favorecer alguns Estados em detrimento de outros, o que provocará uma distorção na concorrência.

4.4. O princípio do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e da sua compatibilidade com as medidas defensivas

Uma análise, ainda que apenas superficial, à lista de jurisdições não cooperantes atualmente em vigor na UE permite desde logo concluir que a maior parte, senão todos, os países aí incluídos são jurisdições que são consideradas como países em desenvolvimento.

Ainda que este conceito seja vago, não será decerto por mera coincidência que todas estas jurisdições sejam todas elas, à exceção do Panamá, ilhas remotas e países em desenvolvimento. Por um lado, temos a sua inacessibilidade, que joga a favor de quem procura um paraíso fiscal, oferecendo um remoto esconderijo para praticar certo tipo de ilicitudes. Além disto, as Nações Unidas implementaram um programa denominado “Small island developing States (SIDS)”, com o objetivo de atender às características e vulnerabilidades próprias destes territórios e para auxiliar no seu desenvolvimento.³⁹ O Panamá foi também incluído na lista das Nações Unidas como uma economia em desenvolvimento.

Assim, e tendo em conta o princípio que serve de mote a este segmento, vemos aqui uma clara disparidade de objetivos. Enquanto que, na sede da OMC (e também das Nações Unidas),

³⁹ Nações Unidas, “*Small Islands Developing States*”, disponível em <https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids>, consult. em 21/Abr/2021.

temos um claro objetivo de auxílio a estes Estados, permitindo a OMC, através dos seus tratados, um tratamento algo que discriminatório destas jurisdições, promovendo um maior apoio, menores taxas e até períodos adaptativos diferentes para promover o seu desenvolvimento e a sua futura paridade com as nações mais desenvolvidas; no seio da UE e, mais propriamente nesta questão da *blacklist*, vemos uma punição forte destas economias dado a sua predisposição ao seu uso por fortes agentes económicos como paraísos fiscais sem atender ao que leva que assim ocorram os factos.

Portanto, na nossa opinião, as medidas defensivas propostas pela UE entram em conflito com o princípio da OMC que pretende que as economias mais desenvolvidas do planeta tenham uma atitude um tanto ou quanto condescendente com os países em desenvolvimento. As medidas propostas pela UE, ao serem aplicadas em economias frágeis como são as destas nações, terá efeitos nefastos na sua população, nas suas relações externas, na sua economia. Aqui poderá até haver lugar à ocorrência do efeito contrário, do efeito não desejado; ou seja, a UE luta neste âmbito contra a utilização destas frágeis economias como *offshores* para poderosos agentes económicos, multinacionais, entre outros. Contudo, de notar será que, ainda que estes agentes contribuam para a deterioração da economia interna destas jurisdições e que, como já acima vimos, empobrecem ainda mais a sua população, não nos parece que a solução que irá mitigar estes efeitos e que irá desencorajar os governos a tomar medidas preventivas e repulsivas de funcionamento como paraíso fiscal seja a aplicação de ainda mais sanções.

Como todos sabemos, a UE é uma grande potência a nível do comércio internacional. Assim, dificultar as trocas comerciais com todos os países da União para as jurisdições listadas poderá ser visto como um desincentivo à fuga ao imposto e poderá agir nos governos locais como um incentivo para se tornarem complacentes com as regras impostas pela UE, como a troca de informações.

Todavia, é importante também notar que as alterações que serão necessárias que se levem a cabo nestas jurisdições poderão ser comprometidas exatamente pelas mesmas medidas que poderiam incentivá-las. Ou seja, o *punishment* por parte da UE às jurisdições incluídas na lista pode enfraquecê-las de tal modo que o efeito que se pretende atingir seja enviesado e que estas não tenham a força económica suficiente para uma reforma das suas políticas internas.

Distinguindo entre os agentes económicos em si e a jurisdição considerada como não cooperante, podemos distinguir também uma dicotomia de efeito destas medidas. Enquanto, para os países, as medidas poderão ser excessivamente castradoras e poderão ter efeitos

nefastos na sua economia interna e, por conseguinte, nas suas populações; das perspetivas dos agentes económicos, isto poderá, sim, fazer com que a utilização destes territórios como *offshores* deixe de ser tão aliciante. Importa também referir que para a aplicação de medidas desta índole numa economia já fragilizada importava também existir delineado um plano de ajuda ou medidas que permitissem a reintrodução destas nações no seu comércio e que permitissem também impulsionar as suas economias internas. Sem isto, ficamos apenas com medidas que podem, ou não, produzir o efeito contrário àquele para o qual foram implementadas e ficaremos, ainda que estas medidas tenham sucesso, com populações e nações extremamente fragilizadas por esta mão de ferro que a UE está a aplicar nas jurisdições que catalogou como sendo não cooperantes em matéria fiscal.

Relativamente ao princípio da OMC que visa um tratamento mais favorável a nações em desenvolvimento, resta apenas dizer que, na nossa opinião, este princípio não deveria ser tão amplamente desrespeitado num instrumento como a *blacklist* e que a solução para estas jurisdições talvez não passe por mais medidas restritivas da sua participação e crescimento no comércio mundial, mas sim por incentivos a medidas que promovam uma melhor colaboração, neste caso, com os Estados Membros da UE.

CONCLUSÃO

A introdução de instrumentos como a *blacklist* da UE, se bem aplicados e utilizando critérios objetivos e equitativos de inclusão na lista, combinados com medidas que permitam realmente combater este fenómeno, são o caminho a seguir para terminar com a existência de paraísos fiscais.

A lista de jurisdições não cooperantes da UE apresenta ainda demasiadas fragilidades para confiarmos na sua efetividade.

Em primeiro lugar, apontamos a opacidade dos critérios de inclusão e o facto de estes critérios serem vagos e inexatos e pouco densificados.

Em segundo lugar, e como vimos, as medidas defensivas a serem aplicadas têm um âmbito de aplicação questionável e frágil no seio do direito da OMC. As medidas a serem aplicadas vão contra os princípios basilares que presidem à existência da OMC. Isto pode gerar conflitos entre os Estados, que podem fazer uso das instituições da organização para assegurar os seus direitos face às restrições aplicadas pela UE. Além de terem um alto risco de conflito, as medidas aplicáveis não promovem o desenvolvimento dos países listados, que são, sem exceção, países em desenvolvimento. À semelhança do efeito dos paraísos fiscais, que privam Estados de arrecadar largas quantias de imposto, também as medidas da UE privam as jurisdições mais frágeis de poderem participar no comércio internacional em pé de igualdade com outros Estados, o que atrasará ainda mais a sua evolução.

Em terceiro lugar, e na nossa opinião, uma das maiores falhas deste instrumento, que contribuiu largamente para a sua descredibilização e que fez com que ficasse desprovido de sentido desde o primeiro momento. De acordo com um estudo realizado pela Oxfam⁴⁰ em 2017, vários outros países, nomeadamente vários países europeus, deveriam ter sido incluídos na lista caso os critérios apontados pela UE para a decisão de inclusão ou não de determinada jurisdição tivessem sido aplicados a todos os países de forma objetiva e imparcial e não apenas dirigidos a países fora da UE. Um exemplo de países que são verdadeiros paraísos fiscais e que deveriam ter sido incluídos na lista são a Irlanda, o Luxemburgo e os Países Baixos, que são poderosas economias na conjuntura mundial atual.

⁴⁰ A Oxfam é uma organização internacional que atua contra a pobreza e as desigualdades.

Em jeito de conclusão notamos que os países introduzidos na lista são todos eles economias extremamente fragilizadas e com um baixo índice de desenvolvimento e modernização. Terá sido assim por estes países terem uma maior dificuldade de se opor às políticas e medidas impostas pela União Europeia e por serem alvos mais fáceis de atacar? Fica aqui esta reflexão, que deverá ser pensada em conjunto com o ponto anterior, que demonstra que poderosas economias não foram incluídas na lista. A história poderia vir a ser escrita de forma diferente se assim não fosse e estando incluídas na lista jurisdições com poder de recorrer ao mecanismo de *Dispute Settlement* da OMC e apresentar o caso de aplicação destas medidas em conjunto com as reflexões acima vertidas, acerca da sua compatibilidade com as medidas da OMC.

Ainda que vejamos na lista de jurisdições não cooperantes com a UE um importante instrumento de combate contra o flagelo dos paraísos fiscais, não podemos deixar de referir que a sua construção é falaciosa e que parece não querer realmente terminar com os paraísos fiscais, dado que não inclui nenhuma jurisdição europeia. Deve-se esta circunstância a pressões de índole política, mas não será esta a forma mais adequada de a lista atingir o seu objetivo. Da forma que hoje está estruturada, a lista deixa em aberto vários paraísos fiscais para onde os agentes económicos que utilizassem como offshore as jurisdições listadas poderem transferir os seus negócios e continuar a serem estabelecidas em paraísos fiscais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHARDONNET, Aurore, LANGEROCK, Johan, “Blacklist or Whitewash? What a real EU blacklist of tax havens should look like”, Oxfam Briefing Note, November 2017

CLINE, William R., “*Too Much Finance, or Statistical Illusion?*”, Peterson Institute for International Economics, June 2015

COBHAM, Alex and JANSKÝ, Petr, “*Global distribution of revenue loss from tax avoidance: Re-estimation and country results*”, United Nations University, 2017

DOURADO, Ana Paula, WATTEL, Peter, “Third States and External Tax Relations”, 2018

SHAXSON, Nicholas, “*Tackling Tax Havens*”, Finance & Development, September 2019, Vol. 56

VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera, “The EU Standard of Good Governance in Tax Matters for Third (Non-EU) Countries”, INTERTAX, Vol. 47, Issue 5, 2019

WIER, Ludvig, “Tax havens cost governments \$200 billion a year. It’s time to change the way global tax works”, 2020

LEGISLAÇÃO

Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)

Acordo Geral sobre o Comércio e Serviços (GATS)

Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)

Conclusões do Conselho sobre a lista de jurisdições não-cooperantes em matéria fiscal, 5 de Dezembro de 2017

Diretiva do Conselho 2011/96/EU

Índice Analítico do GATT

Lista de Jurisdições Não Cooperantes da União Europeia

Regulamento (UE) 2017/1601 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Setembro de 2017

Regulamento (UE) 2017/2396 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2017

Relatório sobre a atividade do Grupo do Código de Conduta (Fiscalidade das Empresas), 25 de Novembro de 2019

Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos nos Estados-Membros, reunião com o Conselho de 1 de Dezembro de 1997 sobre o Código de Conduta em matéria de política fiscal, OJ C 2 (1998)

Secretariado-Geral do Conselho, Guia de Orientação sobre a interpretação do terceiro critério do Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas

LISTA JURISPRUDENCIAL

2006

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de setembro de 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*