

## *Viagem aos paraísos fiscais...*

### **1. Surgimento e divulgação de paraísos fiscais**

Não é fácil estabelecer uma data ou um movimento político que tenha dado origem ao surgimento dos paraísos fiscais, por muito que alguns autores queiram relacionar este fenómeno com as “descolonizações dos anos 70” e com o desenho do “mapa político mundial” dos finais do século XX, no qual foram inscritos muitos países cuja dimensão territorial fazia antever que não teriam viabilidade económico-financeira<sup>1</sup>. Em contraposição a estas teorias basta recordar que antes da Segunda Guerra Mundial já a Suíça, por exemplo, era reconhecida internacionalmente pelas “vantagens” das “contas numeradas” e a descrição que um tal sistema permitia sempre que alguém pretendia ocultar a titularidade de depósitos bancários, e que ainda hoje permite, tornando aquele país no mais popular em matéria de *private banking*, embora o mesmo não seja suficiente para fazer integrar aquele país na *lista oficial nacional de paraísos fiscais*<sup>2</sup>, pelas razões que aqui procuraremos mostrar.

E não é igualmente fácil definir o conceito de “*paraíso fiscal*”, como o próprio legislador nacional, de resto, acaba por reconhecer no preâmbulo da Portaria que aprova a referida *lista oficial nacional*, onde se pode ler o seguinte: «Tendo em conta as dificuldades em definir «paraíso fiscal» ou «regime fiscal claramente mais favorável», o legislador nacional, na esteira das orientações seguidas por outros ordenamentos jurídico-fiscais<sup>3</sup>, optou,

---

<sup>1</sup> A ideia de “evitar” a tributação associada a esquemas de duvidosa legalidade baseados em práticas de concorrência prejudicial e desleal é tão antigo quanto a notícia da existência de impostos – nas civilizações pré-helénicas já encontramos uma referência, na idade do bronze, ao envio de emissários aos portos do médio oriente para descarregar os navios sem pagar as taxas portuárias. Na verdade, há relatos de que a civilização micénica (gregos antigos) terá destruído o comércio da época com a criação de portos francos, violando o tratado comercial que havia sido estabelecido com os persas.... (Luciano, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, 2011, pp. 44)

<sup>2</sup> Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, actualizada pela Portaria n.º Portaria n.º 292/2011, de 8 de Novembro

<sup>3</sup> Cujo precursor foi o regime jurídico alemão, em 1972.

nuns casos, por razões de segurança jurídica, pelo sistema de enumeração casuística e, noutros, por um sistema misto, estando, no entanto, ciente de que tais soluções obrigam a revisões periódicas dos países, territórios ou regiões que figuram na lista» - trata-se de um sistema de *naming and shaming*.

A “má fama” dos paraísos fiscais deve-se a dois tipos diversos de razões: em primeiro lugar, à *opacidade* da informação financeira que potencia o crime, o que justificou o “ataque” a estes esquemas após o 11 de Setembro (“patriot act”), quando se percebeu que a “*confidencialidade*” tinha sido utilizada pelos terroristas para financiar as suas operações<sup>4</sup>; em segundo lugar, à *concorrência fiscal danosa* que os mesmos representam para os Estados fiscais – metade do comércio mundial passa pelos paraísos fiscais; que representam apenas 3% do PIB Mundial, mas têm depósitos de activos correspondentes a 1/3 do PIB mundial. É sobretudo este segundo aspecto que vamos analisar aqui.

Com efeito, o segundo ponto antes mencionado foi destacado pela OCDE, em 1998, num estudo fundamental respeitante às consequências da globalização económica e da liberalização dos mercados sobre os sistemas fiscais nacionais, no qual aquela entidade concluía que “embora a globalização tivesse tido efeitos positivos importantes no desenvolvimento dos sistemas fiscais e encorajado os países a reduzir as taxas dos impostos, tinha também instituído um sistema no qual se multiplicavam os paraísos fiscais e onde os governos dos diversos países eram aliciados a criar regimes fiscais favoráveis para atrair os «activos móveis» (em especial os capitais)”. Por essa razão, os paraísos fiscais são também denominados *centros financeiros offshore* (lugares virtuais onde “residem” milionários nómadas),

---

<sup>4</sup> Os Estados Unidos e a Inglaterra celebraram diversos acordos com estes territórios em matéria de cooperação e assistência criminal (ex. com as Ilhas Caimão) em matéria de combate ao narcotráfico e outro tipo de criminalidade económica, excluindo-se apenas a divulgação de informação por motivos fiscais.

e por eles passa hoje mais de metade da riqueza produzida mundialmente, a qual, claro está, escapa à tributação<sup>5</sup>.

A primeira ideia consagrada no estudo da OCDE é a de que a *concorrência fiscal danosa* acaba por distorcer os parâmetros comerciais e de investimento, minar as bases dos sistemas fiscais nacionais<sup>6</sup>, transferindo a carga fiscal para as actividades que gozam de menor mobilidade (trabalho<sup>7</sup>, consumo e património imobiliário), e originando más políticas de emprego e sistemas fiscais injustos.

O trabalho da OCDE conclui, também, que nem toda a concorrência fiscal é danosa; pelo contrário, a concorrência fiscal em si pode até ser aceitável e benéfica se tiver como resultado um aumento da eficiência. A UE subscreve também esta orientação geral na recente comunicação sobre a proposta de directiva para a matéria colectável comum consolidada (COM 2011/121), onde afirma que a concorrência através de diferenças de taxas é leal e frutífera.

A distinção entre *concorrência fiscal aceitável* e *concorrência fiscal danosa* é, porém, difícil de estabelecer, e para ajudar a concretizar essa diferenciação a OCDE propôs a distinção entre as seguintes categorias: *paraísos fiscais*, *regimes fiscais favoráveis danosos* e *regimes fiscais preferenciais*.

Os *paraísos fiscais* são estruturas abertas (territórios soberanos) com o *exclusivo propósito* de oferecer a investidores estrangeiros isenções ou regimes fiscais favoráveis (tributação nominal) a que em regra associam uma redução ou ausência de regulação administrativa, bem como confidencialidade e sistemas políticos estáveis. São quatro os elementos identificativos dos paraísos fiscais: 1) isenção ou redução fiscal aliada ao

---

<sup>5</sup> Segundo uma notícia do *courrier internationale* em 2007 os *hedge funds* localizados *off-shore* geraram 1170 mil milhões de dólares contra os 600 milhões de dólares gerados pelos localizados *onshore*.

<sup>6</sup> A Enron assentava em uma engenharia financeira que contava com 881 filiais registadas em paraísos fiscais e durante quatro anos não pagou impostos nos EUA; Berlusconi “poupou” 760 milhões de euros de impostos devido a seis esquemas sediados nas Bahamas e nas Ilhas Virgens, em Portugal começam agora a ser revelados alguns números do caso BPN...

<sup>7</sup> Mas já não os trabalhadores internacionalizados, que optam por sistemas de *split-payroll* transferindo o risco de flutuação monetária para a empresa.

pagamento de taxas nominais (ex. licença de instalação), o que significa que inexistindo tributação do rendimento também não existem acordos para eliminação de dupla tributação; 2) inexistência de troca de informações (confidencialidade e segredo); 3) falta de transparência; 4) falta de actividades substantivas, revelando a intenção puramente fiscal destes regimes jurídicos (alguns exigem instalação de escritórios, o que significa que é necessário proceder à empregabilidade dos locais ou, como acontece na maioria dos casos, aos serviços de representação disponibilizados por empresas aí sediadas). Dentro desta categoria dos paraísos fiscais, é hoje possível, no quadro da OCDE, fazer, em decorrência da preocupação antes mencionada de combate ao terrorismo, uma subdivisão entre paraísos fiscais cooperantes e não cooperantes, consoante tenham ou não adoptado uma [convenção para troca de informação segundo o modelo OCDE](#) (Sánchez López, 2011). [Ver lista actualizada em 2011](#).

Já os *regimes fiscais favoráveis danosos* correspondem aos regimes fiscais dos países da OCDE e de países terceiros que instituem regimes fiscais mais favoráveis com o objectivo de atrair capitais e outros serviços móveis (estão na origem do fenómeno *vote with the portfolio*). São regimes fiscais que oferecem condições preferências para o estabelecimento de carteiras financeiras. Destinam-se, muitas vezes, a atrair actividades económicas e financeiras que são especialmente sensíveis ao peso da carga fiscal. São também quatro os elementos caracterizadores: 1) isenção fiscal ou tributação baixa sobre o rendimento; 2) demarcação relativamente aos regimes fiscais nacionais (*ring fencing*), o que revela o reconhecimento por esses Estados dos efeitos *spillover* negativos destes regimes fiscais mais favoráveis sobre as economias domésticas (ex. proibição de as empresas abrangidas por este regime operarem no mercado nacional); 3) falta de transparência; 4) cooperação limitada na troca de informações.

Apesar de considerar estes elementos caracterizadores de um regime legal desfavorável, a OCDE e a UE reconhecem que por vezes um Estado pode sentir-se motivado a lançar mão do mesmo como forma de compensar outro tipo de desvantagens. Caberão neste contexto, no plano europeu, as

zonas francas da Madeira e de Santa Maria, sobretudo depois das primeiras “correções” do respectivo regime jurídico imposto pela UE.

Por último, os *regimes fiscais preferenciais* correspondem a regimes fiscais mais favoráveis e atractivos ao investimento, por permitirem libertar maior rendimento disponível para as empresas ou para os cidadãos, sem que, só por si, se possam considerar regimes fiscais perversamente concorrenciais, embora na prática acabem por originar fenómenos de mobilização transnacional de rendimentos dentro dos grupos empresariais, como a OCDE constatou em recente estudo relativo às perdas dos grupos empresariais no contexto da crise económica de 2007-2008<sup>8</sup>.

No fundo, o que resulta do actual contexto económico é a existência de uma economia precária e pouco produtiva em regime *onshore*, dominada pelas PME’s, que produzem uma receita líquida insignificante, e uma economia pujante, que se desenvolve maioritariamente em esquemas *offshore*, ou seja, de acordo com uma organização que lhe permite subtrair à incidência das leis fiscais estaduais a parte mais significativa dos lucros. Muitas vezes esta subtracção é conseguida a partir de dentro de países da OCDE, veja-se que é hoje possível constituir uma empresa na Grã-Bretanha via Internet, em menos de 45 minutos, cujo capital social consiste em títulos ao portador, em que a estrutura de governo assenta em directores nomeados e um secretário, pelo custo de £515,95, de onde é depois possível ter acesso aos benefícios gerados pelo *interface City*, Gibraltar e as dependências paradisíacas anglo-normandas através de “sociedades concha”, potenciada sobretudo pela impermeabilidade a qualquer legislação estrangeira e que consubstancia um espaço livre de regulação.

A alavancagem dos paraísos fiscais é pois o resultado de uma realidade mais próxima, onde se inscrevem as *non regulation zones* da *City* (Reino Unido), *Hong Kong* e as zonas francas de exportação (China),

---

<sup>8</sup> Referimo-nos ao *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, 2011

*Delaware*<sup>9</sup>, mais até do que Wall Street (EUA) que perdeu atractividade desde a aprovação da *Sarbanes-Oxley Act* 2002 em consequência dos escândalos Enron e Worldcom, e alguns enclaves também em Tóquio.

Com efeito, um dos sectores mais apelativos para além do financeiro é precisamente o do *transporte marítimo*, onde assenta a maior infraestrutura do comércio internacional (da globalização) e talvez por isso também o *Registo Internacional de Navios* seja uma área de relevante *dumping fiscal* – o Panamá é o país com a liquidação mais elevada de *tonnage tax* apesar de ser das mais baixas, porque aí está registada cerca de ¼ da frota marítima mundial!

E este é o grande dilema que os actores da *governance económica internacional* (G-20) vêm enfrentando, sobretudo à medida que as economias ocidentais se apercebem do decréscimo acentuado das receitas fiscais e do desinvestimento que os grupos económicos fazem nos territórios (Obama, em 2009, referia-se à necessidade de uma reforma da lei fiscal americana, que estava a promover a criação de emprego extraterritorial), e que, de vez em quando, prometem combater através da criação de regimes fiscais para o universo da economia *offshore*, de que a *taxa Tobin*<sup>10</sup> é o exemplo mais frequente (recentemente Sarkozy voltou ao tema).

Mas estas investidas ainda não produziram resultados e neste contexto é importante perceber o problema e analisar os paliativos domésticos que podem ser eficazes. A maior parte radica na imposição de esquemas mais intensos de *troca de informações administrativas em matéria fiscal* – veja-se, por exemplo, o *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), adoptado pela Administração Obama em 2010 como instrumento de combate à evasão fiscal e de promoção do emprego, que vem gerando a contestação total (prevê-se que entre em vigor em 2013) e inúmeras declarações sobre as dificuldades e os elevados custos de cumprimento. A

---

<sup>9</sup> O Delaware é um dos 50 Estados dos EUA, também designado como *first State*, que dispõe de um regime jurídico-económico de *incorporation*, o mesmo é dizer que alicia diversas empresas a localizarem aí a sua sede oferecendo diversos regimes fiscais favoráveis.

<sup>10</sup> Taxa incidente sobre as transacções financeiras internacionais, proposta em 1981 pelo economista americano James Tobin.

medida conta já com a concordância no cumprimento da França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido – ou de *cooperação administrativa para a assistência mútua e a cobrança de impostos*. O reforço da cooperação administrativa em matéria de troca de informações é também o que resulta da *jurisprudência europeia no caso Lasteyrie* (C-9/02), que proíbe a tributação de mais-valias não realizadas em caso de mudança de residência (violação da liberdade de circulação), remetendo o Estado de partida para a necessidade de cooperar com o Estado de chegada na arrecadação do imposto que lhe corresponde quando tiver lugar a liquidação do imposto, mas admite a tributação no caso de o Estado de chegada ser um Estado EEE, onde se aplicam as liberdades, mas não o regime de cooperação (COM 2006/825)<sup>11</sup>.

#### *Caso Lasteyrie*

*H. de Lasteyrie deixou a França em 12 de Setembro de 1998, para se instalar na Bélgica. Detinha nessa data ou tinha detido, num dado momento, no decurso dos cinco anos anteriores à sua saída de França, directamente ou indirectamente com os membros da sua família, títulos que conferiam direito a mais de 25% dos lucros de uma sociedade sujeita a imposto sobre as sociedades e que tem a sua sede em França. Sendo o valor venal desses títulos então superior ao seu preço de aquisição, H. de Lasteyrie foi sujeito ao imposto sobre as mais-valias em conformidade com o disposto no artigo 167.º bis do CGI e nas suas disposições de execução deste artigo. H. de Lasteyrie pediu ao Conseil d'État que anulasse o Decreto n.º 99-590 por excesso de poder, alegando a ilegalidade do artigo 167.º bis do CGI pelo motivo de este artigo ser contrário ao direito comunitário.*

*O Conseil d'État considerou, em primeiro lugar, que essas disposições, contrariamente ao que sustenta H. de Lasteyrie, não têm por objectivo nem por efeito sujeitar a quaisquer restrições ou condições o exercício efectivo, pelas pessoas por elas visadas, da liberdade de circular. Em segundo lugar, lembrou que o artigo 52.º do Tratado se opõe à instituição, por um Estado-Membro, de regras que tenham por efeito criar entraves ao estabelecimento de alguns dos seus nacionais no território de outro Estado-Membro. Em seguida, o Conseil d'État considerou que o artigo 167.º bis do CGI<sup>12</sup> prevê a sujeição*

---

<sup>11</sup> Uma solução próxima da que já havia proposto no âmbito do acórdão *centros* (C-212/97) que não permitiu às entidades administrativas dinamarquesas invocarem a *fraude à lei* para impedir o “abuso” das liberdades do Tratado.

<sup>12</sup>Artigo 167.º bis:

I. - 1. Os contribuintes que tenham tido domicílio fiscal em França durante pelo menos seis dos últimos dez anos são tributáveis, à data da transferência do seu domicílio fiscal para fora de França, pelas mais-valias verificadas sobre os direitos sociais referidos no artigo 160.º

---

2. A mais-valia verificada é determinada pela diferença, apurada segundo as regras previstas nos artigos 758.º e 885.º T bis, entre o valor dos direitos sociais à data da transferência do domicílio para fora de França e o seu preço de aquisição pelo contribuinte ou, em caso de aquisição a título gracioso, o seu valor considerado para a determinação dos direitos de transmissão.

As perdas verificadas não são imputáveis às mais-valias da mesma natureza efectivamente realizadas por outra via.

3. Mais-valia verificada é declarada nas condições previstas no n.º 2 do artigo 167.º

II. - 1. O pagamento do imposto relativo à mais-valia verificada pode ser diferido até ao momento em que se efectue a transmissão, o resgate, o reembolso ou a anulação dos direitos sociais em causa.

A suspensão do pagamento está sujeita à condição de o contribuinte declarar o montante da mais-valia verificada nas condições previstas no ponto I, requerer o benefício da suspensão, designar um representante com domicílio em França autorizado a receber as comunicações relativas à matéria colectável, à cobrança e ao contencioso tributário e constituir, antes da sua partida, junto do tesoureiro encarregado da cobrança, garantias bastantes para assegurar a cobrança do crédito fiscal.

A suspensão do pagamento prevista no presente artigo tem por efeito suspender a prescrição da acção de cobrança até à data do evento que provocar a sua cessação. É equiparada à suspensão do pagamento prevista no artigo L. 277 do livre des procédures fiscales relativamente à aplicação dos artigos L. 208, L. 255 e L. 279 do mesmo diploma.

Para a imputação ou para a restituição do crédito fiscal, dos créditos de imposto e das imposições ou retenções não liberatórias, abstrai-se do imposto em relação ao qual a suspensão de pagamento é pedida por aplicação do presente artigo.

2. Os contribuintes que beneficiam da suspensão de pagamento por aplicação do presente artigo estão sujeitos à declaração prevista no n.º 1 do artigo 170.º O montante cumulado dos impostos em situação de suspensão de pagamento é indicado nessa declaração, à qual é junto um registo, redigido num modelo emitido pela Administração, em que figure o montante do imposto atinente aos títulos em causa, relativamente ao qual a suspensão de pagamento não cessou bem como, tal sendo o caso, a natureza e a data do evento que provoca a cessação da suspensão.

3. Sem prejuízo do n.º 4 e quando o contribuinte beneficiar da suspensão de pagamento, o imposto devido por aplicação do presente artigo é pago até 1 de Março do ano seguinte ao da cessação da suspensão.

Todavia, o imposto cujo pagamento tenha sido diferido apenas é exigível até ao limite do seu montante calculado com base na diferença entre, por um lado, o preço, em caso de cessão ou de resgate, ou o valor, nos restantes casos, dos títulos em causa à data do evento que provoca a cessação da suspensão e, por outro, o respectivo preço ou valor de aquisição determinado por aplicação do n.º 2 do ponto I. O excesso é objecto de desagramento oficioso. Neste caso, o contribuinte fornecerá, em apoio da declaração mencionada no n.º 2, os elementos de cálculo considerados.

O imposto pago localmente pelo contribuinte e relativo à mais-valia efectivamente realizada fora de França é imputável no imposto sobre o rendimento liquidado em França, se for comparável a esse imposto.

4. A falta de apresentação da declaração e do registo referidos no n.º 2 ou a omissão total ou parcial das informações que neles devem figurar implicam a exigibilidade imediata do imposto que beneficiava da suspensão de pagamento.

III. No termo do prazo de cinco anos seguinte à data da partida ou na data em que o contribuinte transfira novamente o seu domicílio para França, se este último evento for anterior, o imposto liquidado nos termos do ponto I é officiosamente reduzido, na medida em que se refira a mais-valias relativas aos direitos sociais que, nessa data, continuem no património do contribuinte.'



*imediate dos contribuintes que se preparam para transferir para fora de França o seu domicílio fiscal, nas condições por ele definidas, a uma tributação incidente sobre as mais-valias ainda não realizadas (a seguir «mais-valias latentes») e que, por esta razão, não seriam tributadas se os referidos contribuintes mantivessem em França o seu domicílio. Todavia, considerando que o litígio que lhe foi submetido apresenta uma dificuldade séria relativamente ao âmbito das normas comunitárias aplicáveis, o Conseil d'État decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:*

*«O princípio da liberdade de estabelecimento consagrado no artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) opõe-se a que um Estado-Membro institua, para efeitos de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias em caso de transferência do domicílio fiscal, tal como o atrás descrito [?]*»

*O TJCE respondeu que “O princípio da liberdade de estabelecimento constante do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro institua, para fins de prevenção do risco de evasão fiscal, um mecanismo de tributação das mais-valias ainda não realizadas, como o previsto no artigo 167.º bis do code général des impôts français, para o caso de transferência do domicílio fiscal de um contribuinte para fora desse Estado”.*

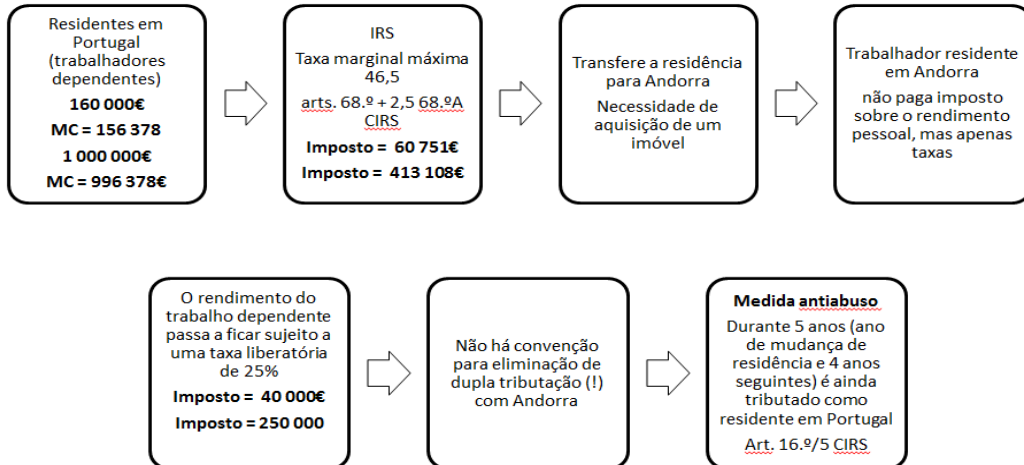
*Cumpre ainda destacar que no que se refere ao argumento do Governo alemão de que há que ter em conta a repartição do poder fiscal entre o Estado de partida e o Estado de acolhimento, basta realçar, como foi feito pelo advogado-geral no n.º 82 das suas conclusões, que o litígio não incide sobre a repartição, entre Estados-Membros, do poder de tributar nem sobre o direito de as autoridades francesas tributarem mais-valias latentes ao pretenderem reagir a transferências de domicílio artificiais, mas sim sobre a questão de saber se as medidas adoptadas com essa finalidade são conformes às exigências da liberdade de estabelecimento.*

---

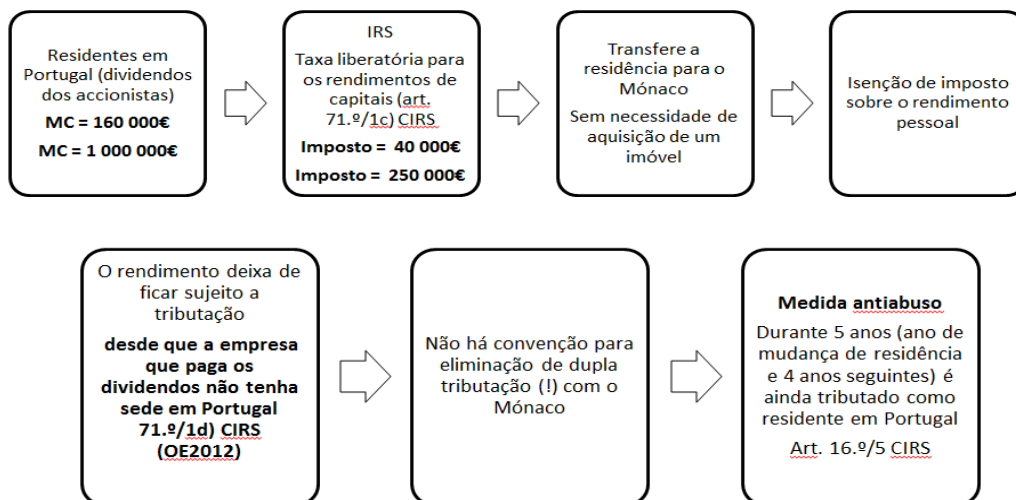
III. As condições de execução do presente artigo, nomeadamente as regras que permitem evitar a dupla tributação das mais-valias verificadas, bem como as obrigações de declaração dos contribuintes e as regras de suspensão do pagamento, são fixadas por decreto do Conseil d'État.  
IV. As disposições do presente artigo são aplicáveis aos contribuintes que transferirem o seu domicílio para fora de França a partir de 9 de Setembro de 1998.»

## 2. Alguns esquemas de *agressive tax planning*

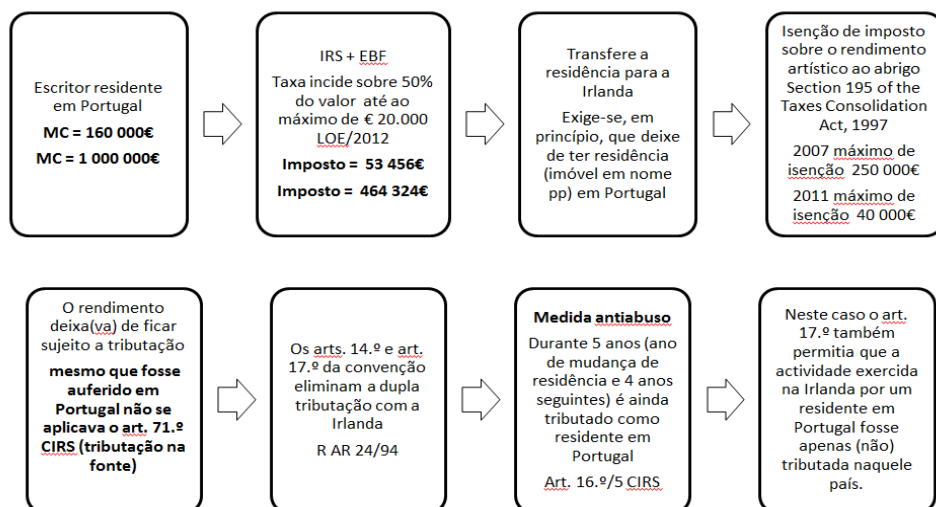
### *Transferência de residência*



### *Transferência de residência*



## Transferência de residência



Para além do jogo das geometrias variáveis do critério da residência (complementadas e estimuladas pelos tratados de eliminação da dupla tributação), que nem a integração no espaço económico europeu consegue suprir, a maior parte dos *esquemas de frustração do pagamento de impostos* baseia-se na utilização de veículos próprios para a deslocalização de fenómenos económicos para o *espaço offshore* (*special purpose offshore vehicles*). Veículos que são maioritariamente esquemas de engenharia empresarial, que contam com a utilização de institutos jurídicos *ad hoc*, entre os quais assumem especial destaque, os *trusts* e o *anstalt* (figura exclusiva do Liechtenstein<sup>13</sup>), ou apenas com o aproveitamento de institutos jurídicos já existentes como as *holdings*, as *rent a star companies* (sociedades anónimas cujo fim social é explorar economicamente patentes, imagens, marcas, etc.), os *back-office outsourcing services*, e os esquemas de financiamento internacional a partir de uma alavancagem fictícia baseada

<sup>13</sup> O *anstalt* (The Establishment) é uma figura híbrida, entre o *trust* e a fundação, um património autónomo em que o instituidor pode ser ou não o beneficiário e que é utilizado como *holding* para patentes e royalties. Neste caso o instituidor é também o que define as regras e pode controlar o *anstalt* com poderes semelhantes aos de um fundador.

Existem ainda outros institutos jurídicos com efeitos próximos, embora menos aptos às finalidades de um *special purpose offshore vehicles* como o contrato de *Treuhand* alemão e austríaco e os *wakf* do direito islâmico. E com algumas adaptações também as sociedades de investimento de capital de risco em comandita do direito Luxemburguês.

na subcapitalização de empresas do grupo, que se endividam através de *vectores offshore*.

Um dos instrumentos mais importantes na *planificação fiscal danosa* é o *Trust*<sup>14</sup>. O *trust* é um instituto anglosaxónico, divulgado no direito internacional empresarial através da *Convenção de Haia* de 1985, e consiste essencialmente na instituição de relações jurídicas por acto de vontade de uma pessoa (o *settlor*), *intervivos* ou *mortis causa*, a qual coloca alguns bens sob o controlo de outra pessoa (o *trustee* ou *fiduciário*), no interesse de um *beneficiário*, que pode ser um nascituro (titular de um direito real sobre os bens do *trust*<sup>15</sup>, direito que é oponível aos terceiros que os adquiram – *direito de tracing*), ou com um fim pré-determinado, neste segundo caso estaremos perante um *purpose trust*<sup>16</sup>.

Os bens do *trust* constituem um fundo autónomo ou um património separado, e embora a sua titulação possa ser em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*, não fazem parte do património deste, ou seja, não respondem perante os credores pessoais deste. Esta é, de resto, uma das grandes vantagens do *trust*: não responde perante as dívidas do *settlor*, nem do *trustee*, e também muito dificilmente responderá pelas dívidas dos beneficiários. Em grande medida comporta-se como um património dinâmico, cujos bens podem ser substituídos por outros e que apenas responde por dívidas decorrentes da própria administração.

O *trustee* fica obrigado, por força do acto de constituição do *trust*, a prestar contas, e a administrar os bens de acordo com os objectivos pré-determinados no acto constitutivo (mas o *settlor* deixa de poder dar instruções sobre a administração dos bens) e as condições legais, poderes que em regra são muito amplos e incluem o de onerar e alienar os bens que integram o *trust*.

---

<sup>14</sup> Sobre o tema v. VIRGOS SORIANO, *El trust y el derecho español*, Civitas-Thomson, Madrid, 2006 e MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del «Trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «civil law»*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.

<sup>15</sup> Diferentemente do que acontece no negócio fiduciário em que esse direito é apenas de crédito.

<sup>16</sup> Na expressão inglesa: “*the settlor is a donor, the beneficiaries collectively the donees ante the trustee a sort of stakeholder for them*”.

O *trustee* tem deveres para os *beneficiários*, sendo estes titulares de direitos correspondentes como o de consultar as contas, exigir judicialmente o estipulado no pacto constitutivo, pôr termo ao *trust* ou reivindicar bens do *trust* que tenham sido alienados (excepto se forem adquiridos onerosamente por terceiros de boa fé).

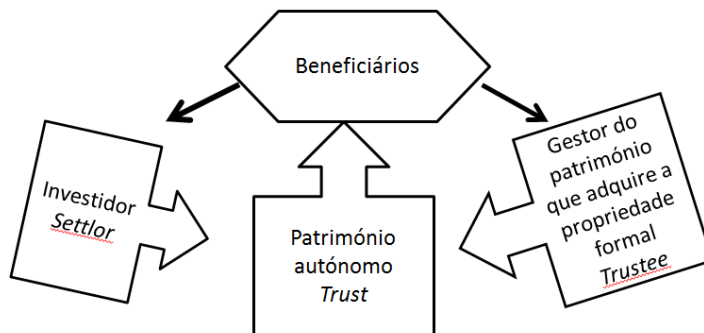
Os *purpose trusts* são aqueles constituídos para uma finalidade específica, que pode ser pública, de beneficência, política, empresarial e, em alguns regimes jurídicos (em regra apenas em regimes *offshore*), privada. Os *trusts* para finalidades privadas distinguem-se dos *trusts para um beneficiário*, na medida em que em substituição daqueles é nomeada uma pessoa à qual se confere legitimidade para reclamar o cumprimento do *trust* (*enforcer*).

O regime jurídico do *trust* é, contudo, flexível, e admite que o *settlor* conserve algumas prerrogativas (por exemplo a de revogar o *trust*) e que o *trustee* possa ser beneficiário do fundo. A doutrina apenas tem rejeitado a possibilidade de reunião das três posições na mesma pessoa, alegando a impossibilidade de celebração de um negócio consigo próprio, mas já é perfeitamente possível que o *settlor* seja também o beneficiário e, neste caso, sobretudo se mantiver poderes de revogação do *trust*, o que se verifica é que ele mantém a propriedade material dos bens, embora a propriedade formal seja transmitida ao *trustee*.

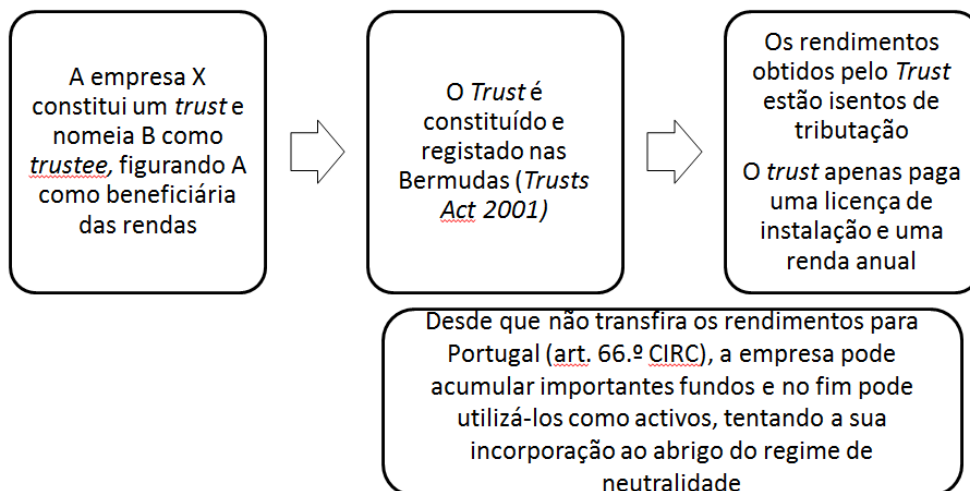
Entre nós, desde 1976 que é proibida a divisão da propriedade entre domínio directo e domínio útil, por se considerar que o instituto da *enfiteuse* ou do *aforamento* não tem hoje um conteúdo social útil. Assim, o *trust* não integra o universo dos institutos de direitos reais consagrados no Código Civil e por isso não podem os interessados celebrar negócios jurídicos deste tipo à luz do direito nacional, a não ser que o façam em regime de *offshore*, pois neste caso a lei aplicável pode ser a pré-determinada pelas partes, desde que a lei do país de registo assim o admita. Aliás, a figura do *trust offshore* foi expressamente admitida e regulada pelo Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro, com o intuito de dinamizar a zona franca da Madeira,

prevendo-se no Decreto-Lei n.º 149/94, de 25 de Maio, que regulamenta o registo dos *trusts* na Zona Franca da Madeira, a aplicação da lei segundo a escolha das partes.

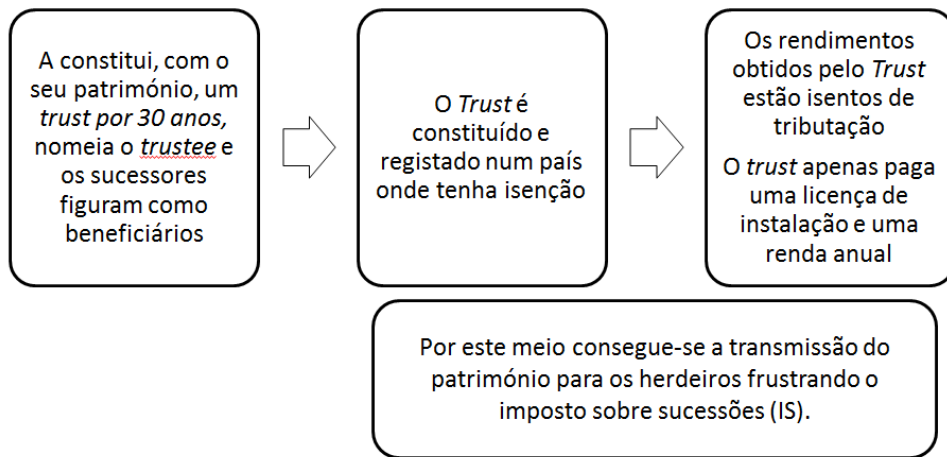
## Trusts



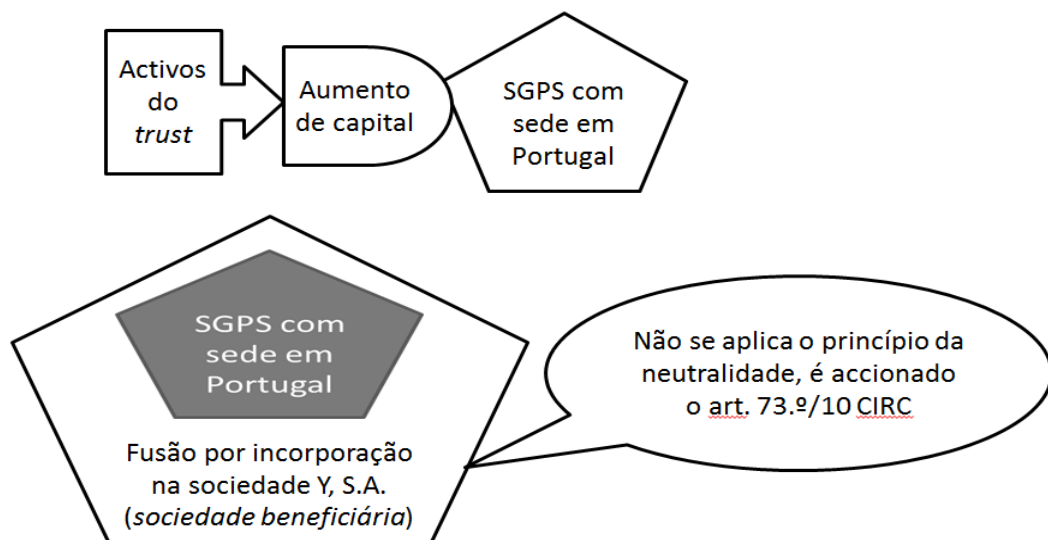
## Trusts empresariais nas Bermudas

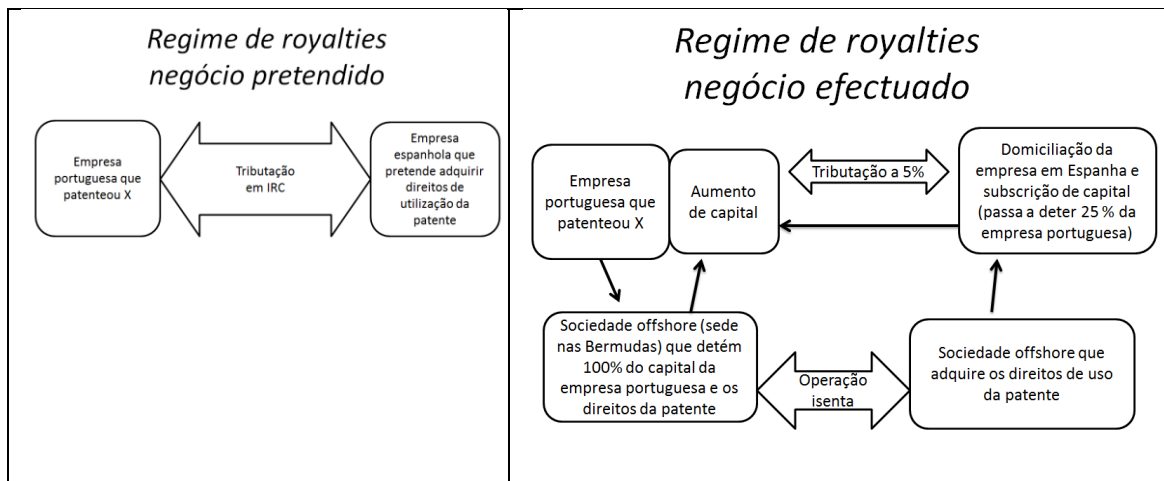


## Trusts sucessório

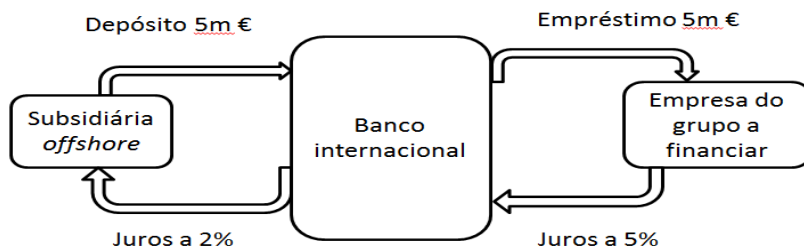


## Incorporação de activos provenientes de um *trust offshore*



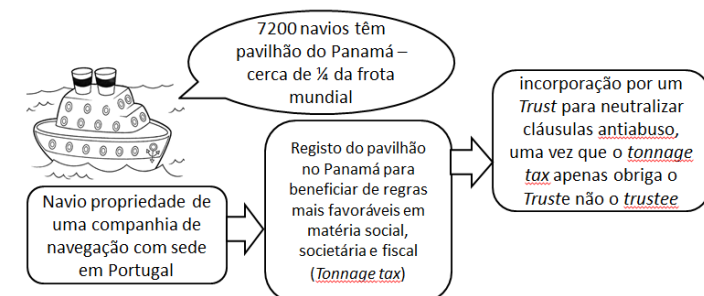


## Juros



O esquema pode ser optimizado se através de uma CDT for possível à subsidiária “evitar” a retenção na fonte no pagamento dos juros

## Transporte Marítimo



Os navios registados no MAR - Registo Internacional de Navios da Madeira pagam uma taxa de IRC 4% até final de 2012 e de 5% até 2020

*Os navios portugueses não podem estar registados no MAR*

### Tonnage tax do Panamá

Tonnage, GRT	Registration Fee, USD
Up to 2,000	500
Over 2,000 up to 5,000	2,000
Over 5,000 up to 15,000	3,000
Over 15,000	plus USD0.10 per GRT to a maximum of USD6,500

Tonnage, GRT	Consular Tasa, USD
Up to 1,000	1,200
Over 1,000 up to 3,000	1,800
Over 3,000 up to 5,000	2,000
Over 5,000 up to 15,000	2,700
Over 15,000	3,000



### **O caso Holanda**

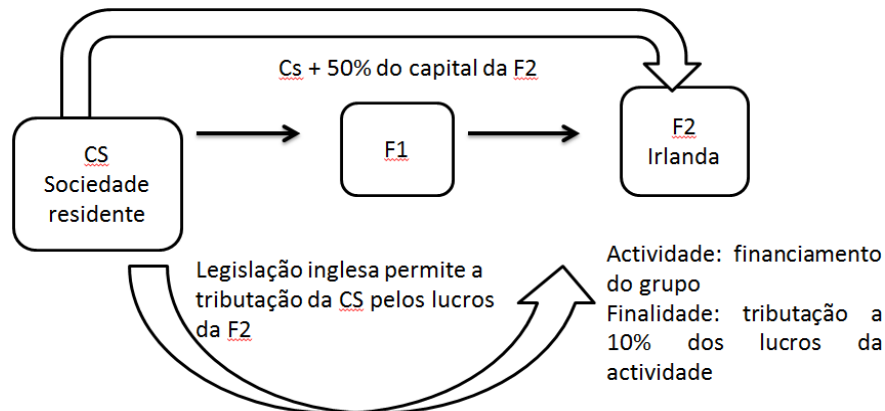
A Holanda não tributa os rendimentos de dividendos provenientes de empresas residentes e não residentes o que significa que uma *holding* aí residente fica isenta da tributação dos dividendos que receba de participadas com sede em Portugal, contrariamente ao que aconteceria se a *holding* tivesse sede em Portugal (art. 20.º/1c) CIRC). A este regime de “isenção de participação” ou “participação isenta” acresce ainda a possibilidade de “negociar” previamente com as autoridades fiscais holandesas o regime fiscal aplicável a uma determinada estrutura empresarial («advance ruling»), bem como o de beneficiar do elevado número de CDT celebradas por aquele país. Alguns autores referem-se à *Holanda* como o “efeito Delaware europeu”.

### **3. Instrumentos de combate ao abuso**

Ao trabalho desenvolvido pela OCDE juntou-se a UE com a aprovação do [Código de Conduta relativo à fiscalidade das empresas da UE](#), um instrumento fundamental, pese embora a sua natureza meramente política (*soft law*), na eliminação e redução dos prejuízos decorrentes dos fenómenos de “fiscalidade de geometria variável” dentro do território europeu, como acontecia com as zonas de regimes fiscais privilegiados (ex. *International Financial Services Center de Dublin – v. Ac. TJCE Cadbury Schweppes* Proc. C-196/04), tendo apenas «sobrevivido» as zonas consideradas como auxílios de estados compatíveis com a concorrência, justificados por objectivos de desenvolvimento regional, como aconteceu com a [zona franca da Madeira](#), depois das modificações no respectivo regime jurídico, benefícios que foram entretanto maioritariamente revogados com a LEO para 2012 (revogação dos arts. 34.º e 35.º do EBF).

# Cadbury Schweppes

2006 (C-196/04)



TJUE – conforme ao direito europeu desde que F2 seja um instrumento artificial para objectivos fiscais, ou seja, não tenha actividade real e os motivos sejam meramente fiscais

Em suma, é preciso distinguir a concorrência fiscal danosa da restante, à qual se reconhecem, inclusive, algumas vantagens em termos de desenvolvimento económico. Uma tarefa que, como aliás a própria OCDE admite, é difícil de concretizar.

Em face dos efeitos que a concorrência fiscal danosa surtia sobre os sistemas fiscais nacionais e, por essa via, sobre as economias nacionais, a OCDE elaborou um conjunto de recomendações que podem ser divididas em três grupos:

## I - *Recomendações para as legislações internas dos Estados-membros:*

1) adopção de normas especiais para a tributação das *Controlled Foreign Corporations (CFC)*, um regime jurídico originário dos Estados Unidos (criado pelo Congresso em 1962), que consiste num “mecanismo de tributação pelo Estado onde residem os sócios de lucros realizados por sociedades por aqueles controladas em zonas de baixa fiscalidade onde essas sociedades foram colocadas, o que acontece sempre que haja lucros aí realizados, mas não distribuídos aos sócios que detêm uma parte significativa do capital da sociedade”, o qual não respeita o princípio da separação de patrimónios entre sócio e sociedade, transmutando-se numa

imputação com desconsideração (transparência fiscal) da personalidade jurídica (Saldanha Sanches, 2006, pp. 439) – v. art. 66.º CIRC e [Portaria n.º 150/2004](#)<sup>17</sup>; 2) a adopção de normas especiais restritivas em matéria de rendimento de pessoas ou entidades residentes em regimes fiscais privilegiados (ex. art. 65.º do CIRC); 3) regras especiais em matéria de preços de transferência; 4) regras em matéria de acesso a informação bancária.

II - *Recomendações para o conteúdo de tratados internacionais*: 1) indicações para que os tratados internacionais sobre dupla tributação não acabem por constituir mecanismos incentivadores de concorrência fiscal danosa, o que envolve a estipulação de cláusulas anti-abuso nestes tratados; 2) indicações para que as trocas de informações entre os Estados possam constituir um efectivo contributo no combate à concorrência fiscal danosa.

III – *Recomendações para a intensificação da cooperação internacional*: 1) adopção de um regime de *guidelines* para identificar os Estados que respeitam as normas de combate aos regimes de concorrência fiscal danosa; 2) constituição de um [Forum sobre práticas fiscais danosas](#); 3) divulgação da [lista de países qualificados como paraísos fiscais](#).

O mais importante, sob o ponto de vista jurídico nacional é o de compreender a essencialidade de medidas antiabuso para uma aplicação equitativa da lei fiscal em face do actual contexto. Discursos centrados na garantia dos contribuintes por via do princípio da tipicidade e na proibição de presunções assentes na existência de uma *diabólica probatio*, apenas contribuem para que os regimes fiscais se tornem mais iníquos.

Com efeito, a grande fronteira hoje que o jurista deve traçar não se localiza entre a *fraude fiscal* (subtracção ao pagamento de imposto por um facto tributário que se verificou) e a *elisão fiscal* (evitar a verificação do facto tributário), pois o que importa no contexto aqui em análise não é averiguar da existência de ilícitos penais ou contra-ordenacionais (sancionar a evitação fiscal), dos quais dificilmente conseguiremos aliar as garantias dos visados,

---

<sup>17</sup> Alterada pela [Portaria n.º 292/2011](#), de 8 de Novembro.

que são o seu trunfo fundamental contra o poder tributário que o Estado defraudado pretende exercer (embora esta aparente ser uma das vias privilegiadas pelo actual Governo com o aumento das penas na LOE/2012 e com o diploma sobre a criminalização do enriquecimento ilícito), mas sim entre a *elisão fiscal legítima e ilegítima* no que se refere à margem de liberdade reconhecida aos contribuintes para a sua *liberdade de planeamento fiscal*.

E é precisamente neste ponto que os Estados e os sistemas normativos se enredam sobre si, e sobre os postulados clássicos das fontes do direito, da interpretação jurídica, da metodologia e da teoria geral dos negócios jurídicos, revelando-se incapazes de reagir adequadamente ao fenómeno. O “*trunfo do offshore*” é criar factos tributários em zonas onde o poder tributário do Estado que se pretende evitar não chegue (não se trata verdadeiramente de internacionalização da actividade económica, porque não há criação de riqueza no *offshore*) e percebendo isto, legislador e doutrina procuram soluções para “chegar até lá” a partir dos institutos jurídicos tradicionais: 1) *teoria da simulação*, que obriga a Administração Fiscal a provar judicialmente (art. 39.º/2 LGT) que há um negócio simulado; 2) *teoria do negócio indirecto*, que perde relevância com a estruturação da tributação sobre grandes princípios em vez de negócios (autonomização do direito fiscal relativamente ao direito civil é determinante); 3) *teoria da fraude à lei fiscal*, predominância da substância sobre a forma; 4) *teoria do abuso de direito*, o problema das cláusulas gerais e especiais antiabuso (saúda-se a jurisprudência dos Acs. TCASul de 15.02.2011 e de 14.02.2012, que aplicaram a CGA).

Uma fronteira que o TJCE percebeu de forma clara e que soluciona pragmaticamente através do teste do *business purpose* que vimos no acórdão Cadbury Schweppes, mas que a jurisprudência nacional (à semelhança de outras como a espanhola que vem optando pela utilização da figura da simulação) tem dificuldade em manobrar, dado o seu claro “apego” ao princípio da legalidade. Por essa razão, apenas as *cláusulas especiais antiabuso* se têm revelado efectivamente operativas no combate a estes

esquemas (assentando na inversão do ónus da prova, elas tornam mais equitativa a relação entre a Administração Fiscal e os Contribuintes em casos onde se sabe que maioritariamente correspondem a esquemas desenhados com o exclusivo propósito de “evitar a tributação” e “frustrar a correcta aplicação do princípio da capacidade contributiva”, não havendo nada de “diabólico” neste regime jurídico), embora, a divulgação deste tipo de cláusulas contribua, também, para a iniquidade do sistema e para sua ineficiência, uma vez que só se alcança equidade onde existem cláusulas especiais e não é possível construir um sistema sobre este tipo de modelo.

No fundo, o que nos parece razoável é a construção, de raiz, de um conceito de *abuso de planeamento fiscal*, que teria como consequência normal a neutralidade fiscal das operações realizadas com o exclusivo propósito de promover apenas o aforro fiscal “*levantamento do véu veicular*”. Para que uma solução deste tipo seja realmente efectiva, é necessário que a margem de *livre conformação* conferida à Administração fiscal se amplie substancialmente, o que envolve, como ponto de partida, a reformulação de alguns dogmas do direito fiscal, *máxime*, o princípio da legalidade fiscal. Trata-se de um “*espaço de livre conformação*” que não se reconduz inteiramente ao conceito de *discricionariedade* trabalhado pela doutrina administrativa tradicional, pois não se trata de remeter para o nível administrativo a identificação do interesse público preponderante, mas sim de remeter para o nível de gestão do imposto a decisão sobre a admissibilidade ou não dos esquemas de planeamento fiscal, uma decisão que encerra um elemento negocial que não é típico nem próprio do conceito tradicional de *discricionariedade*.

Uma última nota para dizer que não estamos sós e que propostas imaginativas não faltam, como a do Prof. de Columbia (Alex Raskolnikov) criar um *sistema fiscal adaptativo*, que seja simples mas exigente para os cumpridores (aceitam que todas as interpretações da AF são válidas), e intrincado para os que querem “jogar o jogo do planeamento fiscal”, sujeitando-os a penalidades elevadas no caso de serem “apanhados”.

Mesmo assim, por muito que a construção proposta consiga promover alguma melhoria na equidade fiscal, a verdade é que é tempo de ir (re)pensando questões fundamentais, como instrumentos alternativos (ao imposto) de financiamento de bens públicos e de bens sociais (tomemos a sério os co-pagamentos), de promoção da coesão económica e social e, fundamentalmente, de eficiência na despesa pública.

### ***Referências bibliográficas:***

- CARAMIGNOLI / VITA / GIONE / LAMANUZZI, *Black List e paradisi fiscal*, Maggioli, San Marino, 2011
- JOSÉ BRAZ DA SILVA, *Os paraísos fiscais – casos práticos com empresas portuguesas*, Almedina, Coimbra, 2007
- LUCIANO, Kevin, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, Fondation Varenne, LGDJ, Paris, 2011
- MANUEL POIRIER BRAZ, *Sociedades Offshore e paraísos fiscais*, Petrony, Lisboa, 2010
- MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del «Trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de «civil law»*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005
- NUNO SAMPAYO RIBEIRO, *Regimes Fiscais Preferenciais*, Fisco, Lisboa, 2002
- SALDANHA SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2006
- VIRGOS SORIANO, *El trust y el derecho español*, Civitas-Thomson, Madrid, 2006