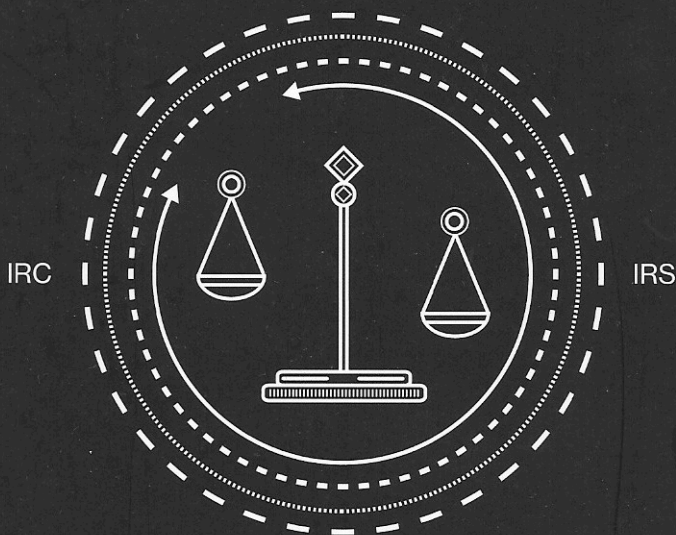


Coordenação
A. Carlos dos Santos
André Ventura

A reforma do IRC

Do processo de decisão política
à revisão do Código



VidaEconómica

A REFORMA DO IRC, UMA ESTRATÉGIA DE CONCORRÊNCIA FISCAL ATIVA EM AMBIENTE INTERNACIONAL ADVERSO

António Carlos dos Santos

À memória de Manuel Anselmo Torres

1. A política europeia: concorrência fiscal sim, mas...

O Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) partem, no que respeita à tributação direta, de um princípio de concorrência fiscal e não de um princípio de harmonização fiscal (artigos 114.º, n.º 1, e 115.º do TUE). A concorrência fiscal (passiva) é um corolário do facto de a soberania fiscal permanecer, nesta matéria, na esfera dos Estados-membros (EM), como decorre do princípio das competências de atribuição que rege a ação da União Europeia (artigos 4.º, n.º 1, e 5.º, n.º 1, do TUE e 2.º a 5.º do TFUE).

Com efeito, nenhum dispositivo dos tratados atribui à União Europeia (UE) competência (exclusiva ou partilhada) no âmbito da fiscalidade direta. A União pode, porém, indiretamente agir sobre a fiscalidade dos EM na medida em que a ela compete, em exclusivo, o “estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funciona-

mento do mercado interno” [art. 3.º, 1, b) do TFUE]. E pode, para o efeito, socorrer-se de um instrumento essencial, a aproximação de legislações relativas à fiscalidade direta que permite instituir formas de harmonização fiscal (art. 115.º TFUE). No entanto, a exigência de que, em matéria fiscal, as deliberações sejam tomadas por unanimidade reforça, em última instância, o princípio da soberania dos EM e, conseqüentemente, o primado da concorrência fiscal passiva cujo fundamento material é a coexistência de sistemas fiscais muito díspares no seio da União, em particular em sede de tributação das empresas. No mesmo sentido, aponta a exigência de o exercício das competências da UE dever observar o princípio da subsidiariedade (artigo 5.º, n.ºs 1 e 3, do TUE).

Mas nem toda a concorrência fiscal é vista como conforme a certos princípios dos Tratados ou como economicamente racional. Por isso, a União Europeia tem vindo, aos poucos, a pôr em causa certas formas de concorrência fiscal levadas a cabo por Estados-membros, por contrárias a princípios de neutralidade na tributação, por dificultarem a construção do mercado interno ou produzirem efeitos nefastos para a União ou para outros Estados-membros.

Embora, até hoje, a harmonização europeia em sede de fiscalidade direta tenha sido pontual e apresente um desenvolvimento embrionário e mesmo este apenas a partir de 1990 quando a Comissão Europeia abandonou projetos de harmonização ambiciosos, ela ressurgiu atualmente no horizonte, em particular, como se verá adiante, com novas propostas de diretivas ¹.

1. A primeira fase da harmonização da tributação direta deu-se com as Diretivas “fusões e cisões” (90/434/CEE, de 23 de julho) e “sociedades-mães e afiliadas” (90/435/CEE, de 23 de julho), JOCE L 225, de 20 de agosto de 1990. Sobre a história da harmonização da tributação direta, cf. entre outros, do autor, *L’Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles/ Paris: Bruylant/ LGDJ, 2009, pp. 169 e ss.

Note-se, contudo, que a intervenção das instituições europeias na fiscalidade direta não se tem esgotado com as políticas de harmonização legislativa. Desde há muito que uma harmonização silenciosa é efetuada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), muitas vezes em sintonia com a Comissão, através da aplicação de princípios gerais de direito europeu (não discriminação, solidariedade) e das liberdades económicas fundamentais (desde logo, das liberdades de estabelecimento, de prestação de serviços, de circulação de pessoas e, mais recentemente, da plena liberdade de circulação de capitais)².

No plano administrativo, acresce o papel da Comissão na aplicação do instituto dos auxílios de Estado, hoje regido pelos artigos 107.º a 109.º do TFUE, clarificada que foi, no início dos anos setenta do século passado, a sua aplicação à fiscalidade³. Na verdade, é atualmente pacífico na jurisprudência e na prática da Comissão que as vantagens sob forma fiscal outorgadas seletivamente por poderes públicos a empresas ou setores de produção que distorçam a concorrência ou afetem as trocas comerciais entre EM devem ser notificadas à Comissão pelos EM que as criam, tendo aquela instituição largos poderes de apreciação dessas medidas, podendo, em última instância, declará-las ou não incompatíveis, total ou parcialmente,

2. Sobre o tema, *vide, inter alii*, CASAIS, J. M. Iglesias, *No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea*, Cizur Menor: Thompson/ Aranzadi, 2007, a coletânea com textos de vários autores editada por VANISTENDAEL, F., *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam: EATLP/ IBFD, 2006 e DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*, Coimbra: Kluwer/ Coimbra Editora, 2010. Ver ainda, em geral, DI PIETRO, A. (relator)/ LASARTE, J./ ADAME, F. (coord.), *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Madrid, Ed. CEF, 2010.

3. Cf. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 12.07.1973, proc. C-70/72, “Comissão/ Alemanha (Renânia- Vestefália)”, *Recueil* 1973, p. I-813 e de 02.07.1974, “Comissão/ Itália”, proc. 173/73, *Recueil*, 1974, p. 5.

com o mercado interno⁴.

Mas dois outros mecanismos de contenção da concorrência fiscal nefasta merecem ainda referência⁵: o primeiro é o *Código de Conduta* sobre a fiscalidade direta das empresas, um instrumento político dotado de razoável eficácia, sobretudo quando aplicado em articulação com o regime dos auxílios de Estado⁶; o segundo é o controlo da

4. A questão dos elementos que integram a definição de auxílios de Estado sob forma fiscal (auxílios tributários) e dos próprios auxílios de Estado em geral continua, porém, a ser objeto de debate na doutrina. Vide, a título de exemplo, LÓPEZ, J. Martín, *Competencia Fiscal Perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*, Valencia: tirant lo blanch, 2006; SANTACRUZ, J. Arpio, *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Pamplona: Aranzadi, 2000; SCHÖN, W., "Taxation and State Aid Law in the European Union", *Common Market Law Review*, n.º 36, 1999; CHÉROT, Jean-Yves, *Les aides d'État dans les Communautés Européennes*, Paris: Economica, 1998; e, do autor, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2003.

5. Não se pode, contudo, omitir uma menção ao mecanismo previsto nos artigos 116.º e 117.º do TFUE, aplicável às distorções de concorrência provocadas, já não por medidas seletivas, mas por medidas de política económica geral (incluindo as fiscais), em virtude de disparidades legislativas, regulamentares ou administrativas dos EM. No entanto, este mecanismo, apesar das ameaças da Comissão, nunca foi até hoje acionado em sede de tributação. Daí a ideia (não exata) de que as reduções gerais de taxas de imposto, aplicáveis a todo o território de um EM e a todas as empresas, estão sempre libertas de qualquer censura ou ação por parte das instituições europeias.

6. Cf. a *Resolução do Conselho dos Representantes dos Governos dos Estados Membros reunidos no Conselho ECOFIN* de 1 de dezembro de 1997 (JOCE C 2, de 06.01.1998). Este Código acompanhava os esforços da OCDE no combate contra a concorrência fiscal prejudicial de natureza financeira, em particular os decorrentes da ação do *Comité des Affaires Fiscales* que em 1998 adoptou, sobre o tema, um importante relatório e diversas recomendações dirigidas a todos os Estados em geral (OCDE, *Concurrence fiscale dommageable, Un problème mondial*, Paris, 1998), criando de seguida um Fórum sobre as práticas fiscais prejudiciais e uma lista de paraísos fiscais. Num outro plano, há que recordar ainda a existência, no quadro da Organização Mundial de Comércio (ex-GATT), do *Acordo sobre as Subvenções e Medidas Compensatórias* entrado em vigor em 01.01.1995. Sobre a comparação entre o Código de Conduta e o Relatório da OCDE, ver SANTOS, A. Carlos dos / PALMA, Clotilde C., "A regulação internacional da concorrência prejudicial", *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 395, 1999, p. 7 e ss. Para uma síntese desta problemática, ver, do autor, "Constrangimentos internacionais ao recurso a medidas fiscais para melhorar a competitividade", *Fisco*, n.º 109/110, 2003, p. 35 e ss.

política fiscal levado a cabo no quadro dos mecanismos para evitar défices orçamentais excessivos – artigo 126.º do TFUE e Protocolo n.º 20 anexo a este mesmo Tratado, em especial, a aplicação do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e das Orientações gerais de política económica dos EM (artigo 121.º do TFUE) – que indiretamente interferem na capacidade dos Estados, com relevo para os da área do euro, recorrerem livremente à despesa fiscal como forma de atração de investimento e de empresas. De facto, com o PEC⁷ e com os mecanismos de coordenação das políticas económicas dos EM, foi criado um novo instrumento de controlo dos benefícios fiscais às empresas que se traduzam em despesas fiscais e cuja adoção pode pôr em causa o critério que fixa em 3% a relação entre o défice orçamental programado ou verificado e o PIB a preços do mercado. A perda de potenciais receitas fiscais pode obrigar a compensação ou por medidas tributárias substitutivas ou por cortes acrescidos na despesa pública. O recente Tratado (de natureza intergovernamental) sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e

7. O PEC foi concretizado, em 1997, através de uma Resolução e de dois Regulamentos, um centrado numa componente preventiva (Regulamento n.º 1466/97, revisto em 2005, pelo Regulamento (CE) n.º 1055/2005 e em 2011 pelo Regulamento (UE) n.º 1175/2011 relativo ao reforço da supervisão das situações orçamentais e à supervisão e coordenação das políticas económicas, outro na componente corretiva, o Regulamento n.º 1467, revisto em 2005, pelo Regulamento (CE) n.º 1056/2005 e, em 2011, pelo Regulamento (UE) n.º 1177/2011 respeitante à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento relativo aos défices excessivos. O “pacote” de 2011 (*Six Pack*) contém ainda os Regulamentos (UE) n.º 1173/2011, n.º 1174/2011 e n.º 1176/2011, relativos, respetivamente, ao exercício eficaz da supervisão orçamental na área do euro que veio modelar a componente sancionatória do PEC, às medidas de execução destinadas a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos excessivos na área do euro (sobretudo na vertente sancionatória) e à prevenção e correção de tais desequilíbrios. Em 2013, na sequência do Pacto Orçamental, surgiu o *Two Pack*, composto pelos Regulamentos do Conselho n.ºs 472 e 473/2013, de 21 de maio, o primeiro contendo novos procedimentos e regras de supervisão para países em dificuldades financeiras e o segundo destinado a fortalecer a base jurídica do processo de coordenação económica conhecido por “semestre europeu”. De tudo isto resultam para os EM, em especial os da área do euro e os sujeitos a intervenção, como Portugal, maiores constrangimentos no plano orçamental.

Monetária (UEM) acentua, aliás, esta vertente, ao definir um novo limite, o do déficit estrutural em 0,5% do PIB a preços de mercado ⁸.

2. Os esforços de contenção da concorrência fiscal na União Europeia, na OCDE e no G20

2.1 A concorrência fiscal como problema

A concorrência fiscal, forma de concorrência institucional entre Estados através das dimensões quantitativas e qualitativas do sistema fiscal, pode assumir várias formas, algumas das quais têm sido consideradas lesivas do funcionamento do mercado interno e dos sistemas fiscais dos Estados-membros. Durante muitos anos, a então Comunidade (Económica) Europeia [C(E)E] não se preocupou com o fenómeno da concorrência fiscal, passiva ou ativa, desvalorizando os seus eventuais impactos negativos, como se a concorrência, forma de coordenação por excelência da “economia de mercado” relativamente a empresas, fosse um fenómeno natural entre Estados, nomeadamente entre os Estados que pertenciam a uma organização de integração económica como a então Comunidade.

8. O título III deste tratado, aprovado, à margem dos tratados, em 02.03.2012 (intitulado «Pacto Orçamental»), determina que existe uma situação de equilíbrio orçamental (ou de excedente) se o saldo estrutural anual das administrações públicas atingir o objetivo de médio prazo definido pelo PEC revisto para um Estado com dívida acima dos 60% do PIB, com um limite de déficit estrutural de 0,5% do PIB. Para além disso, o novo tratado uniformiza o tratamento dos critérios do déficit e da dívida excessivos, tornando este último também vinculativo.

O primeiro importante sinal de alerta contra os perigos da concorrência fiscal surgiu com o Relatório Ruding⁹, mas tal sinal foi desvalorizado pelas instituições europeias. De facto, as já referidas medidas de harmonização fiscal no quadro da tributação das empresas não tiveram como objetivo primordial a regulação da concorrência fiscal, mas resolver questões de falta de neutralidade. As consequências negativas deste fenómeno quando aplicado aos sistemas fiscais apenas se tornaram preocupantes a partir do Tratado de Maastricht e da concretização plena, em 1994, do princípio da liberdade de circulação de capitais, mesmo em relação a Estados fora do perímetro comunitário. É então que surgem preocupações com medidas de concorrência fiscal ativa e agressiva (ofensiva) levadas a cabo em especial por certos EM, as quais poderiam limitar fortemente não só a soberania fiscal e o financiamento regular e previsível dos EM afetados, nomeadamente das suas funções sociais, mas também conduzir a desvios de tributação dos fatores móveis para os fatores não móveis de produção (isto é, essencialmente, do capital para o trabalho e para a propriedade imobiliária), abalando a autorepresentação da UE como “economia social de mercado”.

As consequências de tal facto são conhecidas: a criação de um grupo específico do Conselho (Grupo Primarolo), com forte influência da Comissão Europeia para implantar o Código de conduta sobre

9. COMMISSION, *Rapport du Comité de Réflexion des Experts Indépendants sur la Fiscalité des Entreprises*, Luxembourg: OPOCE, 1992, pp. 149 e ss. O tema havia sido, porém, antecipado pelo *Relatório Neumark*, como salientou AUJEAN, M. na sua comunicação (intitulada “Passé et présent de la concurrence fiscale dans l’UE”) apresentada ao Workshop sobre *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea y internacional* que teve lugar na Universidade Pablo de Olavide de Sevilha, em 24 e 25 de outubro de 2013.

a fiscalidade direta das empresas¹⁰, e o reforço da aplicação, pela Comissão, do regime dos auxílios de Estado à fiscalidade direta das empresas¹¹. Com a articulação entre estes instrumentos procurava-se reduzir e regular as medidas de concorrência fiscal prejudicial ou nefasta. Embora os critérios para qualificar uma medida fiscal como prejudicial à luz do Código de conduta ou como auxílio de Estado à luz da aplicação do TFUE sejam diferentes, na prática, na maior parte dos casos, alcançam os mesmos resultados¹². Não espanta, assim, que o regime dos auxílios de Estado, aplicável a vantagens fiscais seletivas (que favorecem certas empresas ou setores) viesse a funcionar como o braço armado do Código de Conduta, constituindo-se num forte incentivo ao desmantelamento dos regimes ou medidas considerados pelo Grupo Primarolo como prejudiciais.

O alargamento do critério da seletividade em sede de auxílios de Estado sob forma tributária ganhou, a partir daí, uma enorme importância: muitas medidas fiscais que até então não eram consideradas auxílios de Estado, por não satisfazerem o critério da seletividade,

10. UNIÃO EUROPEIA, *Conclusões do Conselho ECOFIN, de 9 de março de 1998, relativas à criação do grupo do código de conduta (fiscalidade das empresas)*, JOCE C 99 de 01.04.1998. Vide ainda CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, “Relatório do Grupo “Código de Conduta” (Fiscalidade das Empresas) para o Conselho ECOFIN de 29 de novembro de 1999 sobre o Código de Conduta (SN 4901/99)” in *Ciência e Técnica Fiscal* 393, 1999, p. 19 e ss.

11. COMISSÃO, *Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas da fiscalidade direta das empresas* (SEC 1800 final; COM 98/C 384/03, de 10.12.1998), JOCE C 348 de 10.12.1998. Vide ainda o desenvolvimento da investida da Comissão contra os auxílios fiscais detetados pelo Grupo Primarolo in *Report on the implementation of the Commission notice on the application of the state aid rules to measures relating to direct business taxation*, adotado pela Comissão Europeia em 09.02.2004, C(2004) 434 (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#C).

12. Sobre a relação entre o Código de Conduta e o regime dos auxílios de Estado sob forma fiscal, vide, do autor, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, em especial, p. 545 e ss. Cf. igualmente a comunicação de EZCURRA, Marta V. (“El control de ayudas de Estado como límite a la competencia fiscal”) apresentada no Congresso referido na anterior nota 7 deste texto.

passaram a ser vistas como (potencialmente) seletivas: outras, já autorizadas pela Comissão (auxílios existentes), passaram a poder ser objeto de reavaliação e de propostas de medidas adequadas. Daqui resultou um enorme alargamento da esfera do controlo da Comissão sobre as medidas fiscais, em especial, sobre as que implicassem despesas fiscais acrescidas ou falta de transparência¹³.

No entanto, estes mecanismos (próximos do que usualmente a literatura anglo-saxónica designa como *soft law*) revelaram-se insuficientes para combater uma concorrência fiscal prejudicial que, longe de ser erradicada, passou a assumir novas formas. Apercebendo-se disso, a Comissão Europeia encarregou um grupo de trabalho de analisar o problema, tendo este grupo produzido um importante estudo que pugnava por um avanço na harmonização fiscal do imposto das sociedades, inspirada na harmonização conseguida em sede de IVA¹⁴.

2.2 Concorrência fiscal, uma saída para a crise?

Hoje, é bem claro que a tese da “austeridade expansionista” proclamada, entre nós, pelo Executivo é um mito. A necessidade de políticas favoráveis ao “crescimento económico” tornou-se partilhada, ainda que com importantes variantes, por quase todos, como o demonstra o próprio processo de reforma do IRC, centrado na atração de investimento privado estrangeiro.

13. Cf., por todos, ALDESTAM, Mona, *EC State Aid Rules Applied to Taxes – An Analysis of the Selectivity Criterion*, Uppsala: Iustus Förlag, 2005 e ROCH, M. Teresa Soler, “Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado”, A.A.V.V., *Fiscalité et entreprise: politiques et pratiques, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Le Gall*, Paris: Dalloz, 2007, pp. 123-144.

14. COMMISSION, *La fiscalité des entreprises dans le marché intérieur*, Rapport COM (2001) 582 final, Luxembourg: OPOCE, 2002.

A situação de crise económica, financeira e social em que se vive, em decorrência da crise bancária nos Estados Unidos (2007), veio, de facto, reavivar o interesse de alguns governos, entre os quais o português, por estratégias de concorrência fiscal ativa, como contributo para superação da crise.

Mas, como é sabido desde meados da década de noventa do século passado, este caminho tem perigos. E, como o demonstram as reações da União Europeia, da OCDE e do G20, a crise veio igualmente reavivar o interesse pelas políticas (europeias e mundiais) de cooperação, coordenação e, mesmo, de harmonização fiscal¹⁵.

Assim, em 16.03.2011, a Comissão apresentou ao Conselho, na linha do estudo acima mencionado, a proposta de Diretiva sobre a Matéria Coletável Comum Consolidada (MCCC) em sede de imposto sobre as sociedades, de adesão facultativa para as sociedades de grupos que operem em vários EM¹⁶. Embora esta proposta deixe a fixação das taxas de imposto nas mãos dos EM, ela harmoniza os mecanismos de cálculo da matéria coletável, reduzindo, por essa via, o espaço da concorrência fiscal. Ela implica ainda, para quem a adotar, a eliminação das formalidades dos preços de transferência e

15. Sobre a relação entre a crise e os impostos, *vide*, entre outros, as comunicações de NÓVOA, C. (“Medidas fiscais para hacer frente a la crisis económica en España”), MALHERBE, J. (“Les mesures fiscales anti-crise et les aides aux banques en Belgique”) e SANTOS, A. Carlos dos (“A crise financeira e a resposta da União Europeia: Que papel para a fiscalidade?”), in MONTEIRO/ COSTA/ PEREIRA (coord.). *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, Porto: Vida Económica, 2011, respetivamente a pp.167-194, 142-166 e 21-42. Distinguindo os auxílios estatais justificados dos não justificados pela crise, cf. COMISSÃO, *Relatório sobre os auxílios estatais concedidos pelos Estados-Membros da UE*, COM (2012) 778 final, de 21.12.2012.

16. Cf. COM (2011) 121 final. Sobre a formação desta proposta, *vide* LANGE/ PISTONE/ SCHUCH/ STARINGER (eds.), *Common Consolidated Corporate Tax Base*, Wien: Ernst & Young/ Linde, 2008. Sobre o projeto, cfr ainda o capítulo V (pp. 390 e ss) do Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal, *Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal*, coordenado por SANTOS, A. Carlos dos / MARTINS, António, Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças: *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.º 209, 2009.

da dupla tributação intragrupo, para além de permitir a compensação automática de perdas incorridas por empresas de um grupo com os lucros gerados por outras empresas do mesmo grupo. Essas são, aliás, as razões pelas quais amplos setores do empresariado português, num recente seminário de uma empresa de consultoria em que participei, aplaudiram a proposta¹⁷. As mesmas razões estão, aliás, na base do Parecer da Comissão de Assuntos Europeus da Assembleia da República sobre esta proposta de diretiva, onde se pode ler que ela “é uma iniciativa importante para a supressão dos obstáculos à realização do mercado único, tendo sido considerada no Inquérito Anual sobre o Crescimento como uma *iniciativa favorecedora do crescimento* que deve centrar-se em incentivar a criação e o crescimento do emprego”¹⁸. A discussão desta proposta continua em Bruxelas, estando em aberto a sua aprovação no quadro do mecanismo da cooperação reforçada, ao abrigo dos artigos 20.º do TUE e 326.ª a 334.º do TFUE.

Mais recentemente, as preocupações dos Estados com a perda de receitas fiscais derivadas de formas de concorrência fiscal nefasta e de planeamento fiscal abusivo (agressivo) por parte das empresas transnacionais induzido pela concorrência fiscal, levaram o G20, a OCDE e a UE a afirmarem a necessidade de recrudescer o combate a estes fenómenos. É neste contexto que se inserem o Fórum Global

17. Para uma síntese da proposta, *vide*, do autor, “A nova proposta de diretiva sobre a matéria coletável consolidada comum em sede de imposto sobre as sociedades”, *TOC Revista da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, n.º 136, 2011, pp. 40-44. Para uma visão sucinta dos seus antecedentes, do mesmo autor, *vide* “Novos rumos da tributação das empresas na União Europeia”, *TOC Revista da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, n.º 65, 2005, pp. 20/23.

18. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, COMISSÃO DOS ASSUNTOS EUROPEUS, *Parecer sobre COM (2011) 121, Proposta de Diretiva do Conselho relativa a uma matéria comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCIS)*, p. 4, disponível na internet - *COM (2011) 121 Parecer_CAE.pdf*.

da OCDE sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais e o Relatório apresentado pela OCDE ao G20 em setembro de 2013, de onde consta um plano de ação contra a erosão da base tributária e o desvio de lucros (*base erosion and profit shifting*, abreviadamente BEPS), para executar entre dezoito e vinte e quatro meses, bem como, uma vez mais, o desígnio de incrementar o combate contra a evasão fiscal decorrente, nomeadamente, da utilização de jurisdições *offshore*¹⁹.

No plano europeu, há que mencionar igualmente o Plano de Ação da Comissão para reforçar a luta contra a fraude e evasão (2012)²⁰ e, mais recentemente, as Conclusões do Conselho ECOFIN, de 14.05.2013, e do Conselho Europeu, de 22.05.2013, onde se analisou a dimensão do fenómeno e se propôs um conjunto de medidas a prosseguir nos planos nacional e europeu²¹. Há ainda que salientar a importância do *Foreign Account Tax Compliance Act* americano

19. Vide G20 Leaders Declaration, Saint Petersburg, 5-6 September 2013, na sequência das propostas da OCDE sobre a BEPS, em especial, *OECD Secretary-General Report to the G20 Leaders*, Saint Petersburg, 5-6 September 2013, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (2013) e *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (2013). Recorde-se ainda que, nos últimos anos, a OCDE tem levado a cabo uma série de iniciativas destinadas a combater o planeamento fiscal agressivo e a evasão fiscal, como decorre nomeadamente dos relatórios *Electronic sales suppression: A threat to tax revenues* (2013), *Aggressive Tax Planning based on after-tax hedging* (2013), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (2012), *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure* (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning* (2011), *Addressing Task Risks Involving Bank Losses* (2010).

20. Vide COMMISSION, *Plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales* (COM (2012) 722 final; *Recommandation relative à la planification fiscale aggressive* (C(2012) 8806 final); e *Recommandation relative à des mesures visant à encourager les pays tiers à appliquer des normes minimales de bonne gouvernance dans le domaine fiscal* (C(2012) 8805 final), todas de 06.12.2013. Ver ainda, de 27.06.2012, COMMISSION, *Communication sur les moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, y compris en ce qui concerne les pays tiers* (COM (2012) 351 final).

21. Cf. 3238 Council Conclusions on tax evasion and tax fraud (14.05.2013); Conclusões do Conselho Europeu (22.05.2013), EUCO 75/113, Rev 1, CO EUR 7, CONCL 5.

(FATCA) no domínio da troca de informações fiscais que está a transformar-se, através de acordos bilaterais, num verdadeiro acordo global de cooperação²².

Para a Europa sair da crise, deve exigir-se hoje, em meu entender, não necessariamente “mais Europa”, que, no quadro atual, seria sinónimo de mais centralismo burocrático e dominação alemã, ou “menos Europa”, que, atualmente, significaria renacionalização de políticas e acréscimo de concorrência entre Estados, mas “melhor Europa”, uma Europa mais democrática, com aprofundamento da “Comunidade de direito”, isto é, mais transparência nas decisões, menos *soft law* (forma subterrânea de imposição de centros tecnoburocráticos de decisão), mais controlo dos cidadãos, maior relevância das instituições e mecanismos democráticos e uma Europa disposta a aprofundar o modelo social europeu, seu principal traço distintivo no concerto das relações internacionais. Neste quadro de “refundação da Europa”, é possível exigir uma União monetária dotada de instrumentos apropriados, uma União económica mais equilibrada, políticas de coesão e um esforço acrescido de coordenação fiscal. Quem olha de fora do umbigo europeu compreende esta necessidade. Daí, por exemplo, a crítica das políticas europeias de austeridade por parte de muitos Estados, dirigentes políticos e cientistas sociais (que temem as repercussões mundiais que uma eventual desintegração da União Monetária e o fim do euro acarretariam) ser frequentemente acompanhada por um apelo para a contenção de políticas de concorrência fiscal prejudicial.

A conclusão a retirar de tudo isto é que o ambiente europeu e internacional mostra-se hoje, pelo menos no discurso, muito desfavorável a estratégias e políticas ativas e beligerantes de concorrência

22. Sobre o tema, ver TELLO, Carol P. / MALHERBE, J., “Le Foreign Account Tax compliance Act (FATCA) américain: un tournant juridique dans la coopération sur l’échange d’informations fiscales”, *Revue de Droit Fiscal*, n.º 3, 16.01.2014, pp. 1-17.

fiscal, onde cada Estado procuraria sapor, em seu favor, as bases fiscais dos outros, desde logo as dos vizinhos (*beggar-my-neighbour*), pondo em perigo os fundamentos das organizações internacionais em que se inserem. Políticas de mais difícil justificação no caso dos EM da UE que pretendem manter-se no euro.

2.3 A tentação das estratégias de concorrência fiscal

No entanto, num período de crise, mal-estar e desconfiança, e na ausência de uma eficaz política europeia para a construção em comum de uma estratégia de saída da crise, a tentação para uma ação fiscal não concertada e não cooperativa (reproduzindo a lei do “salve-se quem puder”) pode ser muito forte²³.

É neste contexto de forte descrença em relação a um projeto comum europeu e ao euro que, de algum modo, surge a Proposta de Lei n.º 175/XII, de 24.10.2013, dedicada à reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) (doravante *Proposta* ou *PL*), tendo por base um Relatório e um Anteprojeto (de ora em diante *Relatório*), apresentado em 30.06.2013 pela Comissão de Reforma do IRC (CR), na sequência de um mandato do atual Governo de coligação entre o Partido Social-Democrata (PSD) e o Centro Democrático e Social (CDS)²⁴.

23. Segundo estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e do “*World Values Survey*” destinados a medir a amplitude da desconfiança, os portugueses são um dos povos mais desconfiados da Europa Ocidental, ocupando a 25ª posição entre 26 diferentes povos recenseados. Várias pesquisas nesta área têm revelado que a ausência de confiança generalizada nos outros e nas instituições afeta a economia e a sociedade em geral nos países avaliados.

24. COMISSÃO PARA A REFORMA DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS (presidida por António Lobo Xavier, um insigne advogado empresarial e influente político do CDS-PP), *Anteprojeto de Reforma - Uma Reforma do IRC orientada para a Competitividade, o Crescimento e o Emprego*, Lisboa, 30.06.2013.

Com algumas, embora relevantes, modificações resultantes do processo negocial, no Parlamento, entre os partidos apoiantes da coligação e o Partido Socialista (PS) que, neste domínio, parece ter procurado assumir uma intervenção moderadora (de contenção de danos), esta Proposta, que altera profusamente o Código do IRC e, pontualmente, outros diplomas como o Código do IRS, veio a ser aprovada na Assembleia da República com os votos favoráveis de PSD, CDS e PS e os votos contra dos restantes partidos da oposição, transformando-se na Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

Como filosofia geral desta Lei pode dizer-se que ela opta, em (aparente?) contraciclo com o ambiente europeu e internacional, por uma estratégia de concorrência fiscal ativa, infletindo substancialmente o curso da tradicional política fiscal portuguesa.

3. A política tradicional do Estado português relativa à tributação das empresas

Mesmo que, por vezes, reticente ou contida em relação a um avanço da política de harmonização fiscal, até hoje a posição portuguesa relativa à concorrência fiscal foi sempre bastante moderada, privilegiando, se e quando necessário, a concorrência fiscal defensiva e a concorrência fiscal por imitação ou comparação (*yardstick competition*) e muito raramente a concorrência ativa.

Esta filosofia estava presente, como se deduz do Preâmbulo do Código do IRC, na Reforma Fiscal de 1989, cujas principais linhas orientadoras, em consonância com o ar do tempo, diziam respeito “ao alargamento da base tributável, à moderação dos níveis de tri-

butação e à necessária articulação entre IRS e IRC”²⁵.

No plano da taxa geral do imposto, a Reforma de 89 procurou fixar uma alíquota situada ao mesmo nível que a dos impostos sobre sociedades vigentes em países com idêntico grau de desenvolvimento ou com os quais Portugal mantinha estreitas relações económicas. Esta mesma preocupação de alinhar a legislação fiscal portuguesa com as soluções dominantes ao nível internacional verificava-se, por exemplo, em domínios sensíveis como os das reintegrações e amortizações e das provisões.

Se olharmos agora para as medidas que, ao longo dos últimos vinte anos, caíram sob a alçada do Código de conduta sobre a fiscalidade direta das empresas ou do regime dos auxílios de Estado, o panorama não se altera.

Assim, Portugal viu apenas uma medida fiscal, medida que, aliás, havia sido previamente aprovada pela Comissão Europeia ao abrigo do instituto dos auxílios de Estado, ser declarada como prejudicial pelo Grupo do Código de Conduta, na sequência da reavaliação dos benefícios fiscais às entidades financeiras existentes na Zona Franca

25. Cf. o n.º 2 do Preâmbulo que acrescentava: “De resto são esses os princípios que têm igualmente moldado as mais recentes reformas ao nível internacional, tendo-se acolhido no IRC, com as adaptações impostas pelos condicionalismos económico-financeiros do nosso país, algumas soluções legislativas que vêm sendo consagradas em consequência dessas reformas. Mereceu também especial atenção a necessidade de pela via da tributação não se criarem dificuldades à inserção de uma pequena economia aberta, como a portuguesa, no quadro de um mercado caracterizado por elevados níveis de concorrência, o que levou à consideração, em especial, dos sistemas de tributação vigentes nos países da CEE. Aliás, embora a harmonização fiscal comunitária no domínio dos impostos sobre o rendimento se encontre ainda em fase relativamente atrasada, não deixaram de se ter em conta os elementos que a esse propósito foram já objeto de algum consenso.”

da Madeira (ZFM)²⁶. Tal medida acabou igualmente por ser considerada incompatível com o mercado interno por aplicação de novas Orientações da Comissão Europeia relativas a auxílios de natureza regional, tendo sido erradicada do ordenamento jurídico português em finais de 2010. Já os restantes benefícios fiscais atribuídos à ZFM (no quadro da zona franca industrial, dos serviços internacionais e dos transportes marítimos) foram considerados pela OCDE e pela Comissão Europeia como justificados pela condição de região ultra-periférica da Região Autónoma da Madeira e, na União, aprovados ao abrigo dos artigos 349.º e 107.º, 3, a), do TFUE e das diversas Orientações sobre auxílios regionais produzidas pela Comissão²⁷.

No conjunto, o Estado Português tem recorrido, de forma criteriosa, a incentivos fiscais que, na maioria dos casos, foram previamente aprovados pela Comissão, às vezes com alterações, ao abrigo do regime dos auxílios de Estado²⁸. Um dos mais importantes é o constante do regime contratual dos grandes projetos de investimento

26. Cf. SANTOS, A. Carlos dos, “A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal”, - “A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal”, in APCF/FISCO, *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lex, 2003, p. 153-190.

27. A última alteração a este regime consta da decisão da Comissão C (2013) 4043 final, de 02.07.2013, que modificou a decisão da mesma instituição de 27.06.2007, no processo SA 21259 (N 421/06) Zona Franca da Madeira, JO C 240 de 12.10.2007, p. 1. Aguarda-se a notificação do Estado Português relativamente ao prolongamento destes auxílios para o período 2013-2020, ao abrigo da nova (e mais restritiva) Comunicação da Comissão sobre auxílios regionais (*Guidelines on regional state aid for 2014-2020*, C(2013) 3769/4). O *Segundo Orçamento Retificativo* para 2014 altera o artigo 36.º do EBF, mas apenas opera uma atualização do Regime III.

28. Pode, porém, afirmar-se que, muitas vezes, a concorrência fiscal se deslocou para fora do âmbito de aplicação do Código de Conduta sobre a fiscalidade das empresas e do instituto dos auxílios de Estado. É, de algum modo, o que se verificou, entre nós, com o chamado regime dos residentes não-habituais. Alguns Estados, como Malta têm ido mais longe, utilizando a própria venda da cidadania (!!!) como forma de atração de cidadãos abonados de outros países. O Governo português não foi tão longe, contentando-se em pôr no mercado o controverso esquema do *visa gold*.

previsto no artigo 41.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) – e hoje disciplinado pelo Código Fiscal do Investimento (CFI)²⁹ – que muito contribuiu para a instalação da fábrica da Ford/ Volkswagen em Palmela, numa altura em que a taxa do IRC rondava os 40%³⁰.

Para além destes, outros existem, também aprovados pela Comissão, podendo referenciar-se, como mais importantes, os seguintes³¹:

- *Regime Fiscal de Apoio ao Investimento* (artigos 26.º e ss. do CFI), estabelecido em conformidade com o Regulamento (CE) n.º 800/2008, da Comissão, de 06.08 (‘Regulamento geral de isenção por categoria’) que declara certas categorias de auxílios ao investimento compatíveis com o mercado comum;
- *Sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial* (SIFIDE II), a vigorar até 2020 (artigos 33.º e ss. do CFI);

29. O CFI, que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 249/2009, de 23 de setembro, unifica, nesta matéria, o procedimento aplicável aos benefícios fiscais contratuais constantes do artigo 41.º do EBF.

30. De acordo com este regime, os projetos de investimento em unidades produtivas realizados até 31.12.2020, de montante igual ou superior a € 3 000 000,00, relevantes para o desenvolvimento de setores considerados de interesse estratégico para a economia nacional e para a redução das assimetrias regionais, que induzam à criação de postos de trabalho e que contribuam para impulsionar a inovação tecnológica e a investigação científica nacional, podem beneficiar de incentivos fiscais, em regime contratual, com período de vigência até 10 anos, a conceder nos termos, condições e procedimentos definidos no CFI.

31. Sobre estes regimes, ver NABAIS, J. Casalta, “Investir e tributar: uma relação simbiótica?”, in PIRES, M. e PIRES, Rita C. (coord.), *Internacionalização e tributação*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2012, pp. 49-70.

- *Regime de incentivos à criação líquida de postos de trabalho* criado em 2002 e que tem sido sistematicamente objeto de restrições³².

Poucas foram as decisões negativas da Comissão relativas a benefícios ou incentivos fiscais portugueses a empresas. A mais conhecida respeita ao caso do regime de redução da taxa de IRC levada a cabo pela Região Autónoma dos Açores (redução da taxa aplicável indistintamente a todas as empresas situadas no território açoriano, incluindo as financeiras) e que originou um litígio com a Comissão, resolvido, de forma inovadora, mas não pacífica, por um acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 06.09.2006³³.

No plano das taxas de IRC, nunca, até agora, Portugal havia optado por uma política de concorrência fiscal ativa e agressiva. Bem pelo contrário: após uma tendência para uma redução contida das taxas do IRC, iniciada na segunda metade dos anos noventa do século passado, que procurava acompanhar tendências gerais de descida

32. O artigo 19.º do EBF prevê que “Para a determinação do lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC e dos sujeitos passivos de IRS com contabilidade organizada, os encargos correspondentes à criação líquida de postos de trabalho para jovens e para desempregados de longa duração, admitidos por contrato de trabalho por tempo indeterminado, são considerados em 150 % do respetivo montante, contabilizado como custo do exercício”, sendo que o montante máximo da majoração anual, por posto de trabalho, aplicável durante o período de cinco anos a contar do início da vigência do contrato de trabalho, é o correspondente a 14 vezes a retribuição mínima mensal garantida. A lei define o que se entende por “jovens trabalhadores” e por “desempregados de longa duração”, bem como por “encargos” (os montantes suportados pela entidade empregadora com o trabalhador, a título da remuneração fixa e das contribuições para a segurança social a cargo da mesma entidade) e por “criação líquida de postos de trabalho” (a diferença positiva, num dado exercício económico, entre o número de contratações elegíveis para aplicação do regime e o número de saídas de trabalhadores que, à data da respetiva admissão, se encontravam nas mesmas condições).

33. Sobre o tema, ver do autor “O estranho caso do conceito comunitário de autonomia suficiente em sede de auxílios de Estado sob forma fiscal (Comentário ao acórdão do TJCE de 06.09.2006 relativo à insuficiente autonomia da Região Autónoma dos Açores)”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 1, Primavera 2008, p. 235-258.

das taxas de tributação dos impostos sobre as sociedades com base numa estratégia de concorrência defensiva ou por imitação, Portugal aumentou mesmo os encargos fiscais sobre as grandes empresas, ao introduzir, em 2010, no contexto da crise, como medida transitória, uma nova forma tributária vista por alguns como um adicionamento e por outros como um imposto autónomo, a chamada “derrama estadual”³⁴. Por outro lado, e de forma a aliviar a pressão fiscal sobre as PME, introduziu ainda uma taxa de tributação de 12,5% sobre os lucros das empresas (de todas elas) até ao montante de € 12500, que originou uma interessante controvérsia doutrinal ³⁵. A introdução desta taxa, porém, não era considerada auxílio estatal, mas uma medida de política económica (fiscal) geral.

34. Introduzida em 2010 com o artigo 87.º-A do Código de IRC (com nova redação em 2011 e 2012), a derrama estadual incidia sobre a parte do lucro tributável superior a € 1 500 000 sujeito e não isento de IRC apurado por sujeitos passivos residentes em território português que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola e por não residentes com estabelecimento estável em território português. Até à revisão do CIRC, as taxas adicionais constavam da tabela seguinte:

Rendimento tributável (euros)	Taxa (em percentagem)
De mais de 1500 000 até 7 500 000	3
Superior a 7 500 000	5

O quantitativo da parte do lucro tributável que excedesse € 1 500 000, quando superior a € 7 500 000, era dividido em duas partes: uma, igual a € 6 000 000, à qual se aplicava a taxa de 3 %; outra, igual ao lucro tributável que excedesse € 7 500 000, à qual se aplicava a taxa de 5 %. Quando fosse aplicável o regime especial de tributação dos grupos de sociedades, as taxas acima referidas incidiam sobre o lucro tributável apurado na declaração periódica individual de cada uma das sociedades do grupo, incluindo a da sociedade dominante.

35. A extinção desta medida deu-se em 2012 por influência do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica* de maio de 2011, um documento deficiente em matéria fiscal, e da intervenção da *troika* (Comissão, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) como entidade de supervisão do cumprimento das medidas previstas no Memorando. A medida foi atualmente retomada em novos termos, como taxa específica aplicável às PME, em proposta do Partido Socialista (PS) aceite no processo negocial com os partidos que apoiam no Parlamento o Governo.

Após a revogação das normas que possibilitavam a aplicação da taxa de 12,5%, a taxa legal de IRC manteve-se, até 2013, em 25% para todas as empresas. De forma simplista e não exata, o Relatório refere que a ela acresce a derrama municipal (cuja taxa varia entre 0% e 1,5%) e a mencionada derrama estadual, atingindo a taxa *agregada* de tributação sobre os rendimentos das empresas societárias um máximo de 31,5%.

No entanto, este nível de tributação (nominal) apenas se refere a um número muito reduzido de empresas, pois implica que o município tenha escolhido tributar a empresa pela taxa máxima de derrama e que, ao mesmo tempo, os lucros da empresa se situassem no escalão mais elevado da derrama estadual. Por outro lado, ela fica muito abaixo das taxas marginais mais elevadas do IRS que, é bom não esquecer, aplicam-se também às empresas individuais não societárias.

4. Da proposta de reforma do IRC à lei aprovada: filosofia e instrumentos

4.1 Filosofia da reforma

Não é evidente que uma reforma da tributação do rendimento devesse começar pelo IRC e não pelo IRS³⁶. Essa é, porém, uma

36. Em 19.08.2014 em artigo publicado no *Jornal de Negócios* (“A reforma do IRC: uma questão política”) escrevi: “Vejo com dificuldade isolar a tributação das empresas no quadro da tributação do rendimento, até pelas óbvias repercussões mútuas entre IRS e IRC”. Em 30.07.2014, já Paulo Pitta e Cunha havia referido, na conferência *Apresentação Pública da Reforma do IRC*, na Associação Fiscal Portuguesa, a necessidade de se reformar o IRS, imposto que tem sofrido distorções sensíveis (como as introduzidas pela Contribuição Extraordinária de Solidariedade e as sobretaxas), que o deixam bastante desfigurado face à sua conceção base, para além de ser “dúbia” a sua progressividade, já que as taxas mais elevadas atingem rendimentos médios. Afirmções similares foram feitas, por exemplo, pelo ex-ministro Bagão Félix.

decisão em clara consonância com a ideologia política do CDS, partido que tradicionalmente representa os interesses das grandes empresas e que esteve na origem do desencadeamento da reforma.

O Relatório (que continha já um articulado de alterações ao Código do IRC) visava fundamentar uma política fiscal centrada numa estratégia de concorrência fiscal ativa (e, em certos casos, agressiva) que, como se disse, romperia, de forma radical, com a política até agora seguida pelos diferentes Governos.

Segundo o despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais que criou a Comissão de Reforma do IRC, o objetivo central da nova política de tributação do rendimento das empresas seria o de “promover a competitividade, o investimento e a internacionalização das empresas portuguesas, através da redefinição das bases tributárias e das respetivas taxas nominais, a par da reestruturação e otimização dos benefícios fiscais suscetíveis de potenciar o crescimento da economia portuguesa e a atração do investimento estrangeiro”³⁷.

Este novo modelo de tributação assentaria na “redução calendarizada da respetiva taxa, na criação de medidas de incentivo ao investimento, e num aprofundamento do princípio da territorialidade, fundado na criação de um regime de isenção dos dividendos e mais-valias relativos a participações qualificadas (*participation exemption*) e, bem assim, na ponderação de outras soluções que restringem a pretensão tributária do Estado português relativamente a rendimentos obtidos fora do território nacional, em especial quando o potencial recaudatório se revele reduzido, e desde que assegurados adequados níveis de articulação internacional preventivos de situa-

37. Cf. *Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais* n.º 66-A/ 2013, de 02.01.2013, de onde não consta, note-se, qualquer menção específica ao objetivo “criação de emprego”, como que assumindo que este seria mera decorrência do incremento da competitividade.

ções de dupla não-tributação”³⁸. O mandato do grupo de trabalho foi pois definido à partida de forma algo inusitada, pois não se limitava a formular os objetivos ou as metas de política fiscal, mas continha já a indicação dos principais caminhos para os atingir. Desta mudança de política fiscal decorria, em nome da competitividade, a promoção de uma política de concorrência fiscal beligerante, para a qual eram convocados diversos instrumentos.

Assim, o coração da reforma assenta sobretudo em três instrumentos³⁹:

- a redução das taxas nominais de IRC;

38. *Anteprojecto, op. cit.*, p. 52.

39. Estas três medidas não esgotam o conteúdo do Relatório e da PL, nem da lei que reviu o Código do IRC. Merecem ser sublinhadas, por serem mais consensuais, pelo menos no que toca aos objetivos, as medidas ligadas à simplificação e desburocratização (sempre que daí não advinha perda de controlo por parte dos serviços de fiscalização) e às PME, ainda que insuficientes nos propósitos de desburocratização (ver, a propósito, o artigo de Amândio Silva). Outras, porém, seriam de interesse mais dúbio, como, por exemplo, as propostas da Comissão relativas ao regime de transparência fiscal, criticadas no *Jornal de Negócios* por Manuel Anselmo Torres, as alterações que visaram agilizar a dedução de gastos empresariais ou as que admitiram certas soluções em nome da redução de litígios. Algumas são objeto de outras comunicações neste livro, em particular a de Pedro Amorim. Todas elas são matérias que deverão ser objeto de análise aprofundada, agora no quadro do acompanhamento dos efeitos da reforma. A estas acrescento, pelo menos, o alargamento do prazo de reporte de prejuízos fiscais de 5 para 12 anos (em colisão com a proposta de diretiva MCCC), a diminuição do valor absoluto (de três para um milhão de euros) para efeitos de limite dos gastos financeiros líquidos, as mudanças no âmbito de aplicação do regime geral de tributação dos grupos de sociedades, dos gastos, perdas e encargos não dedutíveis das empresas e das regras de preços de transferência. Importaria esmiuçar estas matérias – questão fora dos propósitos deste trabalho – para verificar em que medida as soluções propostas são ou não consentâneas com as da referida proposta de diretiva MCCC. O mesmo ocorre com a matéria da simplificação contabilística, pois importa não esquecer que as regras da Diretiva n.º 213/34/UE (JOCE de 29.06.2013), a transpor até 20.06.2015, poderão, no mínimo, questionar a estabilidade de algumas soluções encontradas. Sobre esta diretiva, ver CORREIA, Maria L. Anacoreta, “Publicada finalmente a nova diretiva de contabilidade”, *Revisores e Auditores*, Revista da OROC, abril-junho, 2013, pp. 46-54 e JESUS, J. R. / ANTÃO, A., “A Diretiva publicada no JOUE em 29 de junho de 2013”, *TOC Revista dos Técnicos Oficiais de Contas*, n.º 160, 2013”, pp. 44-47.

- o reforço do princípio da territorialidade inerente à chamada “*participation exemption*”, em detrimento do princípio da tributação do rendimento global mundial e do princípio da capacidade contributiva; e
- a criação de um regime específico para patentes e outros direitos de propriedade intelectual (“*patent box*”).

Bem distintos dos princípios que nortearam a reforma de 1989, são eles que definem a filosofia da atual reforma e, por isso, merecem alguns comentários.

4.2 A redução da taxa nominal de IRC

Tomando como referência as experiências da Irlanda e da Eslováquia (diga-se, de passagem, bem distintas da portuguesa), o Relatório apresentava como primeiro instrumento privilegiado de competitividade a redução drástica faseada no tempo da taxa nominal máxima de IRC (ou, mais corretamente, da taxa agregada do IRC e derramas municipal e estadual). Assim, a PL propunha uma “uma redução gradual da taxa de IRC para 23% em 2014, com o objetivo final de a fixar entre 17% e 19% em 2016”, ao mesmo tempo que avançava com “a eliminação da Derrama municipal e da Derrama Estadual em 2018”. Só assim, defendia o Relatório, as taxas de tributação em Portugal seriam competitivas em termos internacionais, nomeadamente com os países que concorrem com Portugal na atração de investimento estrangeiro.

A Comissão da Reforma e o Governo assumiram que seria difícil alargar a base tributária (pelo contrário, propuseram mesmo diversas medidas no sentido da sua redução) e que, consequentemente, a descida da taxa agregada de IRC não seria autofinanciável. O custo da medida, dependendo da taxa nominal elegida, era inicialmente estimado entre € 1223,7 e € 1424,3, dos quais 220 milhões já em

2014. Estaríamos assim perante uma medida de política económica (fiscal) geral que normalmente não levantaria problemas em sede de Código de Conduta nem do regime de auxílios de Estado.

A PL acolheu, sem alterações, a posição do Relatório. No entanto, no quadro das negociações com o PS, algumas mudanças foram introduzidas em sede de taxas, de forma a evitar uma redução substancial da receita fiscal, passando a articular-se qualquer futura descida da taxa de IRC com eventuais descidas de taxas de outros impostos. Por outro lado, procurou-se incentivar a criação (ou, pelo menos, a manutenção) de emprego, em particular, do emprego criado pelas PME.

Assim, o art. 8.º da Lei n.º 2/2014, o diploma que aprova a revisão do CIRC, condiciona, em 2015, a evolução em baixa da taxa geral do IRC (de 23% para 21% e, em 2016, para um intervalo fixado entre 17% e 19%), a três fatores⁴⁰: 1) os resultados alcançados pela reforma do IRC, 2) a evolução da situação económica do país e 3) a ponderação da redução de taxas (em alternativa? em conjunto?) do IVA e do IRS. No plano procedimental, esta (eventual) redução da taxa de IRC posterior a 2014 deve ser objeto de “análise e ponderação

40. É a seguinte a redação do artigo 8.º da Lei 2/2014 relativamente à *evolução das taxas de IRC*: “1.-Tendo em conta os resultados alcançados pela reforma da tributação do rendimento das pessoas coletivas operada pela presente lei e em função da avaliação da evolução da situação económica e financeira do país, a taxa prevista no n.º 1 do artigo 87.º do Código do IRC deve ser reduzida nos próximos anos, ponderando, simultaneamente, a reformulação dos regimes do IVA e do IRS, especialmente no que diz respeito à redução das taxas destes impostos. 2. – A redução da taxa de IRC prevista no número anterior para 21% em 2015, bem como a sua fixação num intervalo entre 17% e 19% em 2016, será objeto de análise e de ponderação por uma comissão de monitorização da reforma a constituir para o efeito”. Não deixa, porém, de ser significativo que, independentemente dos resultados que venham a ser alcançados com a reforma do IRC e do custo efectivo desta, o Governo, *por decisão unilateral*, já se tenha antecipado nesta matéria ao anunciar uma Comissão para a Reforma do IRS, acompanhada de uma Comissão para a Reforma da Fiscalidade Verde. Este ato mostra que a pressa (as eleições aproximam-se...) é inimiga do tão apregoado consenso.

por uma comissão de monitorização da reforma a constituir para o efeito” (n.º 2 do citado art. 8.º).

Segundo a imprensa, o PS, no quadro das negociações parlamentares, havia proposto a reposição da situação anterior ao ME com a *troika*, consagrando uma taxa de 12,5% para os primeiros 12 500 euros de lucro, aplicáveis indistintamente a todas as empresas, mas estatisticamente com maior impacto nas PME⁴¹. O acordo alcançado não foi contudo nesse sentido, prevendo, contudo, a criação de uma taxa de IRC de 17% aplicável aos primeiros 15 mil euros de matéria coletável e a taxa de 23% ao excedente (art. 87.º, n.º 2, do CIRC). Ao contrário do regime em vigor anteriormente, esta redução aplica-se apenas a pequenas ou médias empresas, configurando assim um auxílio de Estado sujeito às regras dos auxílios *de minimis*⁴².

A lei não é clara quanto ao período de vigência deste auxílio, pois, a manter-se o programa de redução da taxa geral de 23%, ele terminaria automaticamente no caso de, em 2016, a nova taxa normal (geral) ser fixada em 17%. Nessa altura, todas as empresas, independentemente da sua dimensão, seriam tributadas a esta mesma taxa. A taxa específica das PME, para se manter eficaz, deveria ter sido fixada em percentagem da taxa normal de IRC.

Uma outra proposta do PS, esta integralmente aceite, foi a da criação de uma nova taxa da derrama estadual de 7% para as empresas com lucros acima de 35 milhões de euros (art. 87.º-A do CIRC). Talvez por isso, ao contrário da previsão da despesa fiscal relativa à redução da taxa do IRC constante do Relatório, o SEAF tenha

41. Esta proposta demonstra, por si só, a deficiente negociação do ME com a *troika*. Sobre o tema, ver, do autor, “O programa fiscal da *troika* e a competitividade”, jornal *Público* de 05.06.2011 e “*Troika*: dano II”, in FERREIRA, E. Paz (coord.), *Troika Ano II – uma avaliação de 66 cidadãos*, pp. 97 e ss.

42. Cf. Regulamento (CE) n.º 1998/2006, da Comissão, de 15.12.2006.

afirmado, em novembro de 2013, que a reforma iria ser financeiramente neutra. Uma nova previsão do custo da reforma foi então avançada, situando-a em cerca de 70 milhões de euros para 2014. A verdade é que não existem dados concretos sobre esta matéria, pois muitas das medidas de redução da carga fiscal não foram quantificadas e outras, segundo tudo indica, tê-lo-ão sido de forma benévola⁴³. Por isso, não surpreende que a Comissão Europeia tenha vindo a dizer recentemente que a reforma do IRC terá um impacto negativo no OE de “cerca de 250 milhões de euros ao ano”, perda esta não compensada, “pelo menos nos próximos três anos”, pelos efeitos positivos que eventualmente possa ter na economia nacional e na atividade empresarial⁴⁴.

4.3 O regime do privilégio de afiliação (participation exemption)

O segundo instrumento agora introduzido no CIRC, considerado também pelo Relatório como muito importante para a competitividade fiscal da “pequena economia aberta e periférica” que é a portuguesa, destina-se a eliminar a dupla tributação económica internacional e traduz-se na criação de um regime de privilégio de afiliação (*participation exemption*)⁴⁵.

Este regime apresenta um cariz *universal*, sendo “aplicável ao investimento independentemente do país ou região em que este se materialize,

43. Não foram, por exemplo, quantificadas as quebras de receita relativas ao alargamento dos custos dedutíveis, aos custos de aquisição de ativos intangíveis aceites como custos, o aumento do período de reporte de prejuízos, as mudanças no perímetro das empresas a que se aplica o regime dos preços de transferência.

44. Ver o artigo de Sérgio Aníbal, “Comissão diz que reforma de IRC custa 250 milhões de euros por ano”, no *Público* de 21-02-2014.

45. Recorde-se que são essencialmente dois os métodos de eliminação da dupla tributação económica internacional: o método do crédito de imposto e o método da isenção.

salvo as indispensáveis normas antiabuso”, e um âmbito *horizontal*, uma vez que é “aplicável tanto à distribuição de lucros e de reservas quanto às mais-valias, e, bem assim, às diversas operações suscetíveis de serem consideradas substitutos próprios destas operações”⁴⁶.

O novo regime de *participation exemption* inspira-se na experiência holandesa (e, provavelmente, também nas experiências maltesa e luxemburguesa). Na versão do Relatório, o regime, para ser eficaz, deveria ser, porém, mais favorável do que o regime holandês, nomeadamente quanto aos requisitos necessários para a sua aplicação⁴⁷. Com efeito, enquanto o regime holandês estabelece como condição da isenção a existência de uma participação de, pelo menos, 5%, o regime proposto pela Comissão da Reforma satisfazia-se com a detenção, direta ou indireta, pelo sujeito passivo de uma participação não inferior a 2% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas, de modo ininterrupto, pelo período de 12 meses. A ideia seria criar um percentual único na Europa, de forma a permitir qualificar Portugal “como a jurisdição mais atrativa para efeitos de estruturação de investimento internacional de entre as que recorrem a este critério para delimitar o âmbito objetivo de aplicação do regime de eliminação de dupla tributação económica”⁴⁸.

46. *Relatório, op. cit.*, p. 124. O regime até agora em vigor não eliminava, na maioria dos casos, a dupla tributação económica dos lucros e de mais-valias. Como refere o citado *Relatório* (p. 123), “as regras vigentes em Portugal não se aplicam genericamente a mais-valias (com exceção do regime das SGPS (*holdings*), para além de que, mesmo no caso das distribuições de lucros, a sua aplicação se encontra restrita aos lucros oriundos da União Europeia, dos restantes países que compõem o Espaço Económico Europeu (EEE) e da Suíça, assim como às distribuições de dividendos ocorridas internamente”.

47. Importa recordar que o regime holandês de isenção de participações aplicável às sociedades *holding* (medida A 14 na avaliação do Código de Conduta) foi considerado pelo Grupo Primarolo como tendo natureza prejudicial, apesar dos protestos da delegação neerlandesa. Cf. CONSELHO da UNIÃO EUROPEIA, *Relatório do Grupo “Código de Conduta”...*, *op. cit.*, pp. 40 e 84.

48. Cf. *Relatório, ob. cit.*, p. 126.

Note-se ainda que, segundo o Relatório, a introdução do novo regime tornaria redundantes diversos regimes fiscais especiais hoje existentes, propondo assim a Comissão de Reforma a eliminação, entre outros, do atual regime de tributação das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS ou sociedades *holding*) e do regime das sociedades de capital de risco⁴⁹.

A Proposta de Lei não foi, porém, tão longe quanto o Relatório, definindo uma participação de 5%, idêntica à do regime holandês⁵⁰. No quadro das negociações parlamentares, o PS chegou a propor que a participação necessária para usufruir deste regime fosse de 10%, mas, não tendo esta proposta feito vencimento, acabou por aceitar os 5% avançados pelo Executivo⁵¹. Em contrapartida, o prazo de detenção da participação anterior à distribuição foi aumentado de 12 para 24 meses ininterruptos.

No intuito de eliminar a dupla tributação económica internacional, o CIRC, no n.º 9 do artigo 51.º, prevê ainda que o regime do crédito de imposto por dupla tributação (jurídica e económica) seja aplicável por opção do sujeito passivo que receba lucros ou reservas que não caiam no âmbito de aplicação do regime da *participation exemption*⁵².

49. Note-se ainda que o Relatório refere, sem contudo concretizar este ponto, que o regime da *participation exemption* teria consequências na definição do conjunto de normas que compõem o regime da Zona Franca da Madeira e, consequentemente, nas negociações com a Comissão para a eventual criação de “um regime IV” de auxílios regionais sob forma fiscal àquela Região Ultraperiférica para o período 2014-2020.

50. Cf. o art. 14.º, n.º 3, al. c), do atual CIRC.

51. Cf. o art. 14.º, n.º 3, d), do atual CIRC.

52. É a seguinte a redação do n.º 9 do art. 51.º do CIRC: “Nos casos em que os requisitos previstos nos números anteriores não se encontrem preenchidos, os lucros e reservas distribuídos ao sujeito passivo podem ainda beneficiar de crédito de imposto por dupla tributação internacional, nos termos do disposto nos artigos 91.º e 91.º-A”.

4.4 O regime das patentes e outros direitos de propriedade industrial (*patent box*)

Tendo em conta a existência de diversas experiências estrangeiras, a Lei n.º 2/2014 introduziu ainda no CIRC (artigo 50.º-A) um regime de tributação mais favorável relativo aos rendimentos de patentes e outros direitos de propriedade industrial (*patent box*) explorados por sociedades. Este regime privilegiado consiste no facto de, quando satisfeitas certas condições, o valor dos rendimentos provenientes de contratos que tenham por objeto a cessão ou a utilização temporária dos direitos de propriedade industrial sujeitos a registo como patentes, desenhos ou modelos industriais (excluindo as marcas) ser reduzido para metade, para efeitos de determinação do lucro tributável, equivalendo assim, na prática, a uma isenção parcial de 50%.

Este regime, aplicável apenas a ativos registados a partir de 1 de janeiro de 2014, depende da verificação cumulativa de certas condições (previstas no n.º 3 do citado art. 50.º-A⁵³) e é também atribuído aos rendimentos decorrentes da violação dos direitos de propriedade industrial acima referidos.

Note-se que, para efeitos da eliminação da dupla tributação jurídica internacional e cálculo do crédito de imposto, também são apenas considerados 50% deste tipo de rendimentos.

53. Para aplicação da isenção parcial a lei exige o preenchimento das seguintes condições: os direitos de propriedade intelectual devem resultar de atividades de investigação e desenvolvimento realizadas ou contratadas pelo sujeito passivo; o cessionário não pode ser residente numa jurisdição sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável nem deve utilizar os direitos de propriedade intelectual na prossecução de uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola; e, caso o cessionário seja uma entidade relacionada, os direitos de propriedade industrial não podem ser utilizados para criar gastos dedutíveis para o sujeito passivo.

De igual modo, no caso de serem obtidos fora do território português os rendimentos desta natureza, prevê-se também, ao abrigo das regras de eliminação da dupla tributação jurídica, que tais rendimentos apenas serão considerados, para efeitos do cálculo da fração do IRC, em metade do seu valor bruto

Note-se ainda que, paralelamente, foi criado um regime específico de dedutibilidade do valor de aquisição dos ativos intangíveis não amortizáveis. Assim, o CIRC consagra agora, no artigo 45.º-A, para efeitos de aceitação como gasto, o reconhecimento fiscal, por um período de vinte anos, da aquisição, a título oneroso, de ativos intangíveis (adquiridos em, ou após, 1 de janeiro de 2014) que não tenham vigência temporal limitada. Este regime aplica-se somente aos elementos da propriedade industrial ou assimilados e ao *goodwill* adquirido numa concentração de atividades empresariais, não incluindo, contudo, o *goodwill* respeitante a participações sociais (*goodwill* financeiro).

5. Interrogações sobre a questão da competitividade e seus principais instrumentos na reforma do IRC

5.1 Sobre a questão da competitividade

Nem o Governo nem a Comissão de Reforma definem o que entendem por competitividade, conceito fácil de entender quando referido a concorrência entre empresas, mas nebuloso quando se refere à concorrência entre países (territórios, instituições, jurisdições) como se pressupusesse um “mercado dos impostos”.

Como escrevi em outro lugar, “o debate em torno da concorrência fiscal e da competitividade é, nem seria de esperar outra coisa, um debate profundamente marcado por perspectivas político-ideológicas. Este debate reproduz, em última instância, um outro, o das funções

e papel do Estado na sociedade de hoje”⁵⁴.

Na filosofia da União, muito influenciada pelo ordoliberalismo alemão, a *concorrência* é vista como um meio e não um fim em si mesmo. Também na OCDE, a *competitividade* não é uma finalidade, mas sim um instrumento: ela define-se como a capacidade para atingir uma progressão sustentada dos rendimentos reais e das condições de vida nas regiões ou nos Estados, produzindo postos de trabalho para todos os que procuram emprego. Por outras palavras: o objetivo último da competitividade é o bem-estar social⁵⁵.

Ora, uma estratégia de concorrência fiscal ofensiva através da redução drástica de impostos pode ser contrária ao aumento da competitividade assim entendida, pode prejudicar o desenvolvimento, os esforços no sentido da melhoria dos fatores reais de competitividade.

De facto, os estudos até hoje realizados mostram que o fator fiscal, sendo importante, não é normalmente um fator-chave na

54. “Concorrência fiscal e Competitividade: *A Never Ending Story*”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 427, p. 13. Sigo aqui de perto este meu artigo, que ganhou atualidade perante a reforma do IRC ora proposta. Vide igualmente MATTHEWS, S., “What is a “Competitive” Tax System”, *OECD Taxation Working Papers*, n.º 2, 2011, e uma síntese de diversos trabalhos sobre o tema da competitividade internacional e os impostos sobre as empresas, com diferentes perspetivas e conclusões, no citado *Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal*, pp. 335 e ss.

55. Sobre o tema, cf. OCDE, *La compétitivité industrielle*, Paris: Service de publications, 1996.

decisão de investimento⁵⁶. Em regra, é elemento de desempate quando as condições apresentadas por Estados que sejam potenciais destinatários do investimento projetado sejam idênticas, nomeadamente a localização e o ordenamento do território, a estabilidade política e legislativa, os efeitos de aglomeração, a existência de mão de obra qualificada, os níveis de investigação e desenvolvimento, a qualidade dos serviços públicos, a eliminação da burocracia inútil, o preço das comunicações, da eletricidade, do gás ou da água, etc. E mesmo quando se fala da importância do fator fiscal não se fala necessariamente da dimensão quantitativa da fiscalidade (isto é, da redução de taxas nominais e de custos económicos de contexto, isenções totais ou parciais, etc.), ainda por cima cingida ao IRC, mas também (muitas vezes, sobretudo) da sua dimensão qualitativa (estabilidade do sistema, celeridade da justiça fiscal, confiança na administração tributária, custos não económicos de cumprimento, transparência, qualidade dos sistemas de informação fiscal, etc.). O bom investimento procura qualidade. O investimento especulativo satisfaz-se com radicais reduções de taxas e com ausência de tributação das mais-valias mobiliárias.

56. Ver, entre outros, o estudo de MARTINS, António, “A internacionalização das empresas e a tributação dos lucros: uma análise preliminar para o caso português”, in SANCHES, J. L.S./ MARTINS, A. (org.), *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 71-82, onde pode ler-se, a p. 73, que o fator fiscal “pode não constituir a razão principal para as escolhas empresariais no que toca à internacionalização.” Elencando como elementos que poderão sobrepor-se ao aspeto tributário, “o acesso a mercados a partir de uma base de produção/prestação de serviços local, a qualidade das infraestruturas disponíveis, a existência de subsídios financeiros ao investimento, a quantidade, preço e qualidade de mão-de-obra, a disponibilidade de matérias-primas”, o autor defende que, a partir dos dados apresentados, se pode concluir não existir uma associação direta entre “grau de internacionalização e menor carga tributária sobre os lucros das empresas”. Este resultado – acrescenta Martins – “desmistifica uma acusação muitas vezes feita às empresas que se internacionalizam com o propósito de reduzir a carga fiscal” (p. 81).

O Relatório e a PL repousam, no essencial, numa filosofia mecanicista: menos impostos seria igual a maior competitividade fiscal, maior competitividade fiscal seria igual a mais investimento, mais investimento seria igual a maior crescimento económico e maior crescimento económico seria igual a mais emprego. A questão é obviamente mais complexa, pois não existe qualquer relação automática entre descida de taxas de IRC e efetivo investimento, em particular, investimento direto. A redução das alíquotas significa quebra mais que provável da receita fiscal (e consequentemente, se não houver compensação, menor nível de serviços públicos e de investimento público) e incertos benefícios dessa redução sobre o bem-estar social⁵⁷. A Bulgária tem taxas nominais de IRC de 10% e, como refere Samuel Fernandes, não consta que esteja na rota de atração do bom investimento⁵⁸. Situação algo similar acontece com Chipre, que não evitou, por isso, ser objeto de resgate.

5.2 Sobre a redução da taxa nominal do IRC

Vimos que, segundo o Governo, a intervenção prioritária na fiscalidade deveria ocorrer no IRC⁵⁹ e não noutros impostos, nomeadamente no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), hoje uma manta de retalhos, sem coerência lógica, ou,

57. Sublinhe-se ainda, no plano político, que a redução das taxas de IRC e, de forma geral, o acréscimo de despesa fiscal neste âmbito são acompanhados por violentos cortes em pensões e em remunerações de funcionários públicos.

58. Ver “O senhor Amândio de Cabanas de Tavira e a reforma do IRC”, *Jornal de Negócios* de 09.08.2013.

59. A arrecadação do IRC representa em Portugal cerca de 3,2% do PIB, um pouco acima do valor médio da área do euro (2,9%). O comportamento da receita de IRC é, porém, algo errático, dado ser muito dependente de um pequeno número de empresas. Segundo o Orçamento do Cidadão (no sítio do Ministério das Finanças), 2,1% das empresas representam mais de 67% da receita fiscal cobrada, o que a torna muito influenciável pelo desempenho de cada empresa em concreto.

eventualmente, no IVA, um imposto de cariz regressivo. Vê-se, no entanto, com dificuldade a pretensão de isolar a tributação das empresas no quadro da tributação do rendimento, até pelas óbvias repercussões mútuas entre os dois impostos⁶⁰.

Para a Comissão, na esteira do Governo, a reforma visa promover a competitividade pela via da redução do IRC (que acresce à redução dos custos salariais e ao aumento da precariedade no emprego, que tem pautado a política do atual Governo). A competitividade implicaria a redução da taxa nominal e algumas medidas de incentivo que provocam níveis acrescidos de despesa fiscal. Esta dimensão quantitativa da competitividade prevalece sobre as outras finalidades dos impostos, nomeadamente a equidade e a justa repartição dos sacrifícios em contexto de crise, bem como sobre os aspetos qualitativos, fiscais ou não, de promoção da competitividade (melhor justiça, incluindo a fiscal, administração confiável, estabilidade das leis fiscais, diminuição da burocracia, acesso ao crédito, etc.). Acresce que, relativamente ao IRC, o que é importante para a atração de investimento não é a taxa legal, mas a taxa *efetiva* de tributação que é, neste caso, muito inferior à legal. Não há, porém, acordo sobre a real dimensão desta taxa, dependendo dos critérios de cálculo utilizados: o Relatório avançava com 25,5%, socorrendo-se de dados de instituições europeias; no entanto, a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) apontava, nos anos de 2009 a 2011, para níveis bem

60. Uma das questões que se levantam é, desde logo, a da discrepância enorme entre as taxas aplicáveis à empresas individuais desprovidas de forma societária que continuarão a ser tributadas a taxas marginais máximas que, com as atuais sobretaxas, podem exceder os 50%, e as aplicáveis às empresas em sede de IRC. *Vide*, sobre o dualismo na tributação das empresas individuais sem forma societária e das empresas societárias, as pertinentes reflexões de NABAIS, J. Casalta, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, Coimbra: Almedina, em especial, pp. 123 e ss. Sobre as relações entre IRS e IRC, cf. igualmente o artigo de Manuel FAUSTINO neste mesmo livro.

inferiores, na ordem, respetivamente, dos 19% e 17%.⁶¹

O Relatório e a PL promovem, como se disse, a concorrência fiscal beligerante, ofensiva, ignorando a existência de outros caminhos, desde logo a já referida proposta de diretiva da Comissão sobre a matéria coletável consolidada comum (de 2010) que não merece, no Relatório, qualquer menção. Quando, na UE, muitos clamam por uma União Bancária e por um reforço dos mecanismos de coordenação financeira e mesmo de harmonização fiscal para salvar a Europa de si própria, a opção pela concorrência fiscal ofensiva surge em contraciclo e obriga a uma justificação aprofundada e não a uma mera assunção ideológica.

Questão assaz preocupante é a de nem o Governo nem a Comissão de Reforma explicitarem claramente o custo da reforma. Das centenas de milhões de euros de despesa fiscal inicialmente estimada para o período 2014-2018 com a redução da taxa nominal (no mínimo, 1200 milhões de euros), qual é a parte que se traduz em bónus para as grandes empresas que atualmente suportam a maioria da receita de IRC (muitas delas em posições rentistas, de quase monopólio) e qual é a parte que terá um real efeito de incentivo ao crescimento e ao emprego? Que garantias existem que os

61. Mesmo quem, em nome da competitividade das empresas, tenha vindo a defender a descida do IRC no atual contexto não deixa de considerar essa medida como insuficiente para a atração de empresas. É o que se deduz do estudo da *Ernst & Young* quando proclama: “Se Portugal definir, adotar e implementar uma estratégia nacional, *também* alicerçada na simplificação de impostos e obrigações acessórias, na estabilidade fiscal e legislativa, na redução da burocracia, na flexibilização do regime legal e assegurando um sistema judicial que funcione em tempo oportuno, *talvez* consigamos atrair empresas multinacionais – aliás, como vários outros países da União Europeia vêm fazendo – e, com isso, impulsionar o investimento, o crescimento económico e a criação de valor e de emprego” (NEVES et al., *O Novo IRC*, Coimbra: Almedina/ E&Y, 2013, p. 43. - *italico* nosso). Sem esquecer que há limites para a concorrência fiscal: “Este movimento de *race to the bottom* foi de tal modo intenso que, atualmente, nos países que enveredaram por esse modelo de concorrência fiscal, existe uma discussão intensa sobre os níveis socialmente aceitáveis de tributação das empresas, atenta a responsabilidade social em contribuir” (*ibidem*, p. 31).

lucros que passam a beneficiar de menor tributação não se dirijam para paraísos fiscais ou sejam investidos no estrangeiro? Acresce que não há avaliação de muitas das propostas de nova despesa fiscal nem medidas suficientes de alargamento de base tributária (as que existem recaem essencialmente sobre as PME ou, em nome do emprego, decorrem da extinção dos incentivos fiscais à criação de emprego!)⁶². A própria Comissão confessa que a reforma do IRC não é autossustentável: o poder político terá pois de esclarecer como é que, em situação de constrangimento orçamental, ela virá a ser financiada de modo a cumprir as metas do Memorando, dos PEC e das GOPE: mais IRS? mais IVA? mais cortes na despesa social, nas pensões ou nos vencimentos dos funcionários públicos⁶³? Ou, com a proximidade das eleições, será retomado o estafado discurso das “gorduras do Estado” ou ressuscitado o controverso *Guião para a Reforma do Estado*? Por fim, é notório o cenário irrealista dos fundamentos económicos apresentados para o cálculo da despesa fiscal. Basta pensar que este cálculo pressupõe o crescimento do PIB para 4% em 2018, que infelizmente ninguém vislumbra.

Pode, a meu ver, justificar-se uma estratégia de concorrência fiscal defensiva, procurando alinhar as taxas nominais (e, sobretudo, as taxas efetivas do IRC que devem ser objeto de cálculo mais objetivo) e aprovar medidas que impeçam ou dificultem as chamadas formas de planeamento fiscal abusivo. Mas é difícil justificar mais do que isso. Mais tarde, quando houver folga orçamental, pode eventualmente

62. Para a crítica desta opção, *vide* o referido estudo da *Ernst & Young*, p. 98, onde se defende que, este benefício deveria ser mantido tendo em conta que o desemprego jovem (estimado pelo INE em 37,1% no segundo semestre de 2013) “é cada vez mais um flagelo da economia nacional”.

63. Ora, a insistir-se nesta solução, para além de poder haver a declaração, pelo Tribunal Constitucional, de inconstitucionalidade de novas normas, ela teria, com fortíssima probabilidade, um impacto recessivo sobre a economia, tornando muito mais difícil atingir-se as metas orçamentais previstas.

discutir-se o fim ou a redução da derrama estadual, uma vez que foi apresentada como medida provisória no contexto de combate à crise. Já o fim da derrama municipal não me parece aceitável. Implicaria a diminuição da autonomia financeira dos municípios consagrada constitucionalmente e a adoção de uma harmonização fiscal interna no plano dos tributos municipais sobre empresas pouco consentânea com a promoção da concorrência fiscal beligerante para o exterior.

5.3 Sobre o regime de privilégio de afiliação «*participation exemption*»

No plano técnico, a escolha do método de isenção mostra-se, em geral, adequado a países que, como Portugal, são importadores líquidos de capitais. Trata-se, no fundo, de optar pela neutralidade na importação de capitais (NIC), em vez da neutralidade na exportação de capitais (NEC)⁶⁴.

Sem curar agora de saber se tal regime se justifica ou não, é certo que introdução de um regime deste tipo implica sempre especiais cautelas, de forma a blindá-lo em relação a situações de planeamento fiscal abusivo. Neste contexto, seria bom não esquecer a recente controvérsia que tem ocorrido nos Países Baixos por o regime holandês permitir a existência de “empresas caixas de correio” (*letter box*). Esta discussão chegou a pôr em maus lençóis o atual presidente do Eurogrupo e levou a que o Parlamento holandês tenha solicitado ao Governo medidas que evitassem que as sociedades estrangeiras se

64. Sobre a NEC e a NIC, vide VOGEL, Klaus, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Rotterdam/ Deventer: EFS/ Kluwer, 1994, pp. 11 e ss. , bem como MUSGRAVE, Peggy, *Taxation of Foreign Income. An Economic Analysis*, Baltimore: Johns Hopkins Press, 1963.

dirigissem para os Países Baixos apenas por razões fiscais⁶⁵.

Do mesmo modo, este regime deve ser cuidadosamente analisado no quadro dos já referidos esforços da OCDE (e do G20) para controlar a erosão das bases tributárias (nomeadamente do plano BEPS) e das novas orientações europeias⁶⁶. No plano interno, exigiria ainda uma clara demonstração da sua compatibilidade com o princípio da capacidade contributiva, fundamento da tributação mundial global que rege os impostos sobre o rendimento⁶⁷. Além disso, deveria ainda justificar-se a razão de se cingir a opção pelo princípio da territorialidade apenas a rendimentos das pessoas coletivas e não também a idênticos rendimentos das pessoas singulares? Como justificar a discriminação negativa das pessoas (e empresas) singulares?⁶⁸

Mas talvez a questão mais importante seja ainda a de saber se as condições ou requisitos exigidos são suficientes para evitar que o

65. Note-se que a atratividade da Holanda não advém do nível das taxas do imposto sobre sociedades (25%), mas de outros fatores, não fiscais, como a sua localização geográfica, a qualificação dos trabalhadores, o domínio do inglês, ou fiscais, como o sistema de *rulings*, a existência de uma administração fiscal *friendly*, etc.

66. Como escreve DOURADO, A. P., “A dupla não tributação, a competitividade e o que queremos ser e parecer”, *Jornal de Negócios*, de 28.08.2013, “o mundo navega na direção do controlo dos paraísos fiscais, da tentativa mais ou menos séria da tributação efetiva das multinacionais e dos beneficiários efetivos dos rendimentos, e da transparência fiscal”.

67. Bastará o recurso ao princípio da praticabilidade, mesmo que isso signifique a confissão da dificuldade da tributação de rendimentos auferidos no exterior? Ou a simples afirmação do princípio de neutralidade?

68. Poderia ainda pôr-se a questão de saber se não deveria ter-se aproveitado esta reforma legislativa para clarificar se existe ou não um auxílio de Estado no artigo 51.º, n.º 6, do CIRC (anterior 51.º, n.º 2), uma vez que certas empresas podem beneficiar do regime independentemente da percentagem de participação (que pode assim ser inferior a 5%) ou do prazo que esta tenha permanecido na titularidade das referidas empresas (que, deste modo, pode ser inferior a 24 meses). Este regime privilegiado até poderia justificar-se em relação às sociedades de desenvolvimento (como auxílio regional, ao abrigo do artigo 107, n. 3, alíneas a) e c) do TFUE), mas muito dificilmente o será quanto às sociedades de natureza exclusivamente financeira.

território português venha a funcionar como plataforma de triangulações. Note-se que mesmo quem tem uma posição de princípio favorável à *participation exemption* não deixou de suscitar esta questão. É o caso, por exemplo, de Ana Paula DOURADO ou de Freitas PEREIRA. A primeira defende que “o problema do regime de isenção de participações que agora nos é apresentado não é a opção pela isenção (...) para atrair investimento estrangeiro e especialmente evitar a deslocalização das nossas sociedades. O problema está nos requisitos para a qualificação das participadas e das participantes nas sociedades lusas, pois eles afastam todas as medidas antiabuso atualmente recomendadas, exceto a lista negra. Estes requisitos colocariam o país perigosamente na rota da má governação e por isso esperamos que sejam tornados muito mais exigentes, sem pôr em causa o núcleo da isenção das participações”⁶⁹.

O segundo defende igualmente a predominância da neutralidade na importação de capitais (NIC) e, conseqüentemente, o acentuar de uma base territorial para a tributação, onde se insere o novo regime, mas sublinha que “isso não significa defender que o País se torne uma plataforma de triangulação de rendimentos de capitais, de reduzido efeito sobre a economia real e ao arrepio das recomendações internacionais mais recentes”⁷⁰. De facto, a questão hoje não é só a de evitar a dupla tributação, como a de evitar a dupla não tributação, pelo que seria prudente afastar cenários que conduzissem a situações de “*double deep*”. Segundo este autor, a adoção da cláusula *switch over* prevista no artigo 73.º da proposta de diretiva sobre MCCC teria sido um passo na boa direção.

Por fim, sublinhe-se que esta é uma das medidas em relação à qual o Relatório não avança qualquer estimativa de despesa fiscal.

69. *Ibidem*.

70. “Aumento da competitividade fiscal, com efeitos no investimento e emprego, ou simples erosão das receitas fiscais?”, *Jornal de Negócios*, de 26.08.2013.

5.4 Sobre a «*patent box*»

A justificação oficial para a criação deste regime especial de tributação para ativos intangíveis e rendimentos da propriedade industrial (*patent box*) seria a de tornar Portugal um país fiscalmente competitivo em termos de investimento em investigação e desenvolvimento. No fundo, tão competitivo como vários outros.

Há, de facto, regimes muito diversos deste tipo, cujo objetivo é o de incentivar empresas à inovação. Na Irlanda, um regime de *patent box* foi criado em 1973, mas outros Estados, nos anos 2000, seguiram as suas pisadas, adotando sistemas similares, entre os quais a Bélgica, a China, a França, o Luxemburgo, a Holanda, a Espanha e a Suíça. A gota de água, porém, parece ter transbordado quando, em 2013, o Reino Unido introduziu, entre outros benefícios, uma taxa de imposto de 10% sobre o rendimento dos produtos patenteados. Tal facto originou uma corrida ao novo regime por parte de empresas alemãs, cujo registo de patentes no Reino Unido ultrapassou rapidamente os 25%, sendo o caso mais mediático o do gigante farmacêutico *GlaxoSmithKline*. A reação do Ministro das finanças alemão, Wolfgang Schäuble, não se fez esperar, qualificando este tipo de regimes de concorrência desleal, em desacordo com as políticas da UE destinadas a impedir “regras fiscais discriminatórias”.

Os regimes de *patent box* tinham sido objeto de análise no Grupo Primarolo, mas essa análise tinha sido efetuada com grande benevolência, particularmente em relação ao requisito da substância económica. Hoje, estes regimes estão debaixo de fogo quer na União Europeia quer na OCDE, sendo incerto o seu destino. Existe, na verdade, uma contradição entre, por um lado, as recomendações do G20 e da OCDE, no sentido de um combate acrescido a formas de deslocalização de lucros, e, em particular, da União, que sente a necessidade de uma mais eficaz coordenação fiscal como estratégia europeia de superação da crise e, por outro, as medidas que, de for-

ma avulsa e em nome da competitividade, têm vindo a ser tomadas por muitos países. Se todos os EM adoptarem medidas deste tipo, elas neutralizam-se umas às outras, daí resultando apenas vantagens para as empresas multinacionais, mas não, a médio prazo, para os Estados, que verão as suas bases tributárias erodidas.

Há, pois, uma sombra que se projeta sobre o novo regime. Será interessante saber o resultado do escrutínio da OCDE e da União, pois ele será um importante indício da consistência política da própria União.

6. *Breve conclusão*

As recomendações do Relatório sobre a Reforma do IRC, após consulta pública nos planos técnico e político, deram origem a uma Proposta de Lei cuja discussão final foi feita em sede parlamentar. Originariamente, a proposta afigurava-se mais como uma espécie de “contrato de adesão” em que a margem de cedência parecia previamente determinada, do que um documento que propunha um sério diálogo político sobre os seus fundamentos, as suas consequências, os seus custos e as alternativas possíveis, tendo em vista compromissos. O Governo, contando com o apoio de grandes empresas, escritórios de advocacia e consultoras e, com raras exceções, de comentadores económicos em diversos meios de comunicação, com o beneplácito do Presidente da República, procurou e conseguiu, em nome da estabilidade da reforma, assegurar o voto favorável do Partido Socialista, um dos partidos que assinaram o Memorando de Entendimento com a *troika*. Não se desconhece que, no decurso da auscultação pública e sobretudo do processo negocial, houve importantes modificações introduzidas pelo Governo à sua Proposta de Lei e ao Relatório da Comissão. No entanto, a filosofia inicial da proposta e os seus pressupostos políticos permaneceram. A intervenção do PS, partido que normalmente assume, no campo da política fiscal, posições mais

favoráveis à cooperação e à harmonização que à concorrência fiscal, permitiu limar arestas mais agressivas da Proposta de Lei, mormente em matéria de taxas de imposto, sem, no entanto, ter conseguido uma modificação substancial, como aliás, foi salientado pelo presidente da Comissão da Reforma.

O futuro é largamente imprevisível. Nesta, como em outras matérias, a experimentação social não é possível, pois ela alteraria forçosamente a realidade, impedindo a comparação com a prossecução da situação existente ou com a adoção de propostas distintas. Mas, ainda assim, será possível, a médio prazo, analisar os efeitos da reforma, tendo em conta os objetivos propostos e a filosofia global do diploma. Há questões de cuja resposta irá depender a bondade ou não da nova lei. Enunciemos algumas delas: o custo da reforma do IRC será o que foi avançado pelo Governo ou, como se nos afigura mais provável, esta sairá bem mais cara do que o previsto? As empresas (algumas delas, pelo menos) que deslocalizaram a sede ou mesmo a atividade para outras paragens por razões fiscais voltarão a Portugal? Vai o território português servir ou não de plataforma de triangulações indesejáveis? Quantas empresas serão atraídas para Portugal pelo novo regime, quantos postos de trabalho serão criados e qual o custo fiscal de cada novo posto de trabalho? Como vão ser financiados os custos da reforma e as quebras de receita que implica?

Estas respostas poderão ser dadas dentro de dois ou três anos. E então poder-se-á com mais clareza saber se a reforma teve algum êxito ou se foi um fracasso, se foi um real incentivo ou um bónus desnecessário.

Importa ainda sublinhar que a estratégia das alterações ao CIRC ora aprovadas não é uma questão meramente interna, que apenas diga respeito à política fiscal internacional do Estado Português. Ela questiona a política publicamente defendida por organizações internacionais e a própria política dos países que serão afetados com a estratégia concorrencial, desde logo a vizinha Espanha.

E talvez seja esse o principal mérito da Reforma: ela obriga a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e a OCDE a clarificarem as suas posições em matéria de concorrência fiscal ativa e ofensiva. Será que as solenes proclamações efetuadas por estas organizações contra a concorrência fiscal desleal, contra o planeamento fiscal abusivo (ou agressivo), contra a evasão fiscal, contra as deslocalizações por razões estritamente fiscais, são mesmo para levar a sério? Ou são efetuadas apenas para dar alguma satisfação às opiniões públicas dos Estados que veem com crescente preocupação e desencanto a tributação incidir cada vez mais nos fatores não móveis da produção, desde logo, os rendimentos dos trabalhadores por conta de outrem? Ou nem sequer isso, não passando de meros “tigres de papel” que batem em retirada como o fizeram anteriormente no quadro do combate da OCDE à concorrência fiscal prejudicial, com a mudança de política operada com a chegada de Bush à presidência norte-americana?

E se a Reforma do IRC interpela estas organizações da “governança fiscal mundial”, o mesmo acontece em relação aos Estados participantes nestas organizações, e desde logo, os que mais afetados poderão ser com a sua aprovação. E como as estratégias de concorrência fiscal atingem, em primeiro lugar, os vizinhos, fico a aguardar com expectativa a resposta da política fiscal espanhola...