

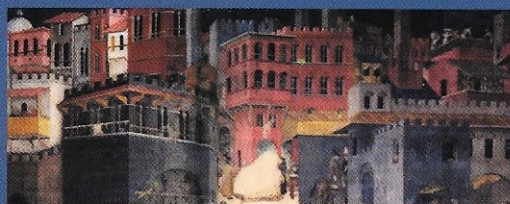
Heleno Taveira Tôrres

Coordenador

Direito Tributário Internacional

Aplicado

Volume VI



Agostinho Toffoli Tavoraro	Jacques Malherbe
Alexandre Alkmim Teixeira	Joachim Englisch
Antônio Carlos dos Santos	Karoline Marchiori de Assis
Arnaldo Sampaio de Moraes Vidal	Luis M. Alonso González
Bruna Cunha	Marcos Aurélio Pereira Valadão
Carlos Henrique Tranjan Bechara	Marcos Shigueo Takata
Daniel Gutmann	Michael Lang
Dennis Weber	Paulo César Teixeira Duarte Filho
Emir Nunes de Oliveira Neto	Pablo Chico de la Câmara
Fernando Daniel de Moura Fonseca	Pasquale Pistone
Fernando Serrano Antón	Sergio André Rocha
Giuseppe Melis	Tatiana Sampaio Octaviano Falcão
Gustavo G. Vettori	Victor Uckmar
Heleno Taveira Tôrres	Vito Tanzi
Igor Mauler Santiago	

QUARTIER LATIN

António Carlos dos Santos

A Europa perante a concorrência fiscal: guerra e paz?

Doutor em Direito. Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF/FDUL) e do Instituto para o Desenvolvimento e Estudos Económicos, Financeiros e Empresariais (IDEFE/ISEG). Membro do Centro de Investigação SOCIUS/ISEG e do Gabinete de Estudos da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas. Jurisconsulto.

1. A concorrência fiscal, forma de concorrência institucional, designadamente de concorrência entre Estados ou entre jurisdições fiscais (e não entre empresas), é um tema da moda na Europa e no mundo, objecto de acérrimos debates, em particular no plano político. De tal forma assim é que, no Brasil, o tema tem sido analisado sob a égide do deus Marte: a guerra fiscal, o outro nome da concorrência fiscal, sublinha a natureza mais política que económica ou jurídica deste fenómeno.

Essa noção difundiu-se nos últimos vinte anos na comunicação social e no discurso político, quase sempre sem preocupações de grande rigor¹.

Na verdade, até aos anos noventa do século passado, o fenómeno da concorrência fiscal entre Estados soberanos, independentemente das formas que assumia, não era, nem na então Comunidade Europeia (hoje, União Europeia) nem no mundo, objecto de uma preocupação específica e muito menos de uma qualquer forma de regulação.

A utilização da política fiscal para atrair investimentos, directos ou financeiros, bem como serviços, mercadorias, tecnologia, reformados, artistas, desportistas ou consumidores transfronteiriços, era encarada como um *fenómeno natural*, como se decorresse das ideias de livre concorrência e de soberania fiscal dos Estados.

A concorrência que as políticas fiscais estaduais, em particular nos domínios dos benefícios à poupança e às empresas, geravam era, quase sempre, incentivada ou, pelo menos tolerada pelas instâncias internacionais, por se traduzir num meio de controlar ou limitar cargas fiscais excessivas, de travar as despesas públicas e de aumentar a eficácia dos serviços públicos, de promover a liberdade de circulação de capitais ou de criar um factor de compensação de desvantagens competitivas (geográficas, escassez de recursos, etc.) de uma determinada região ou país, em particular dos Estados que, nos últimos anos, acederam a uma independência meramente formal, desprovida de sustentação económica².

1 Em boa verdade, existe concorrência fiscal pela simples razão de que são muito diversos os sistemas fiscais dos Estados. E essa diversidade não decorre apenas da estrutura económica ou dos patamares de desenvolvimento de um dado país, do tipo de Estado ou do nível da sua despesa pública, mas também da sua história, da sua cultura política, técnica e administrativa, do tipo de sistema jurídico, da própria psicologia colectiva. Independentemente das políticas fiscais, estes factores constituem o principal sustentáculo da concorrência fiscal (passiva) no "mercado internacional dos impostos".

2 Havia, é certo, na Europa, inúmeros estudos, relatórios e propostas favoráveis a uma harmonização da tributação directa ou, pelo menos, a uma forte aproximação, ainda que selectiva, das legislações dos Estados-membros da então Comunidade (Económica) Europeia sobre a fiscalidade das sociedades que, a terem sido objecto

2. A partir dos anos noventa do século passado, sobretudo a partir do momento em que a liberdade de circulação de capitais estava assegurada, certas formas de concorrência fiscal (ou, pelo menos, os seus excessos) passaram a ser vistas como um problema. É a partir de então – curiosamente numa altura em que a Europa abandonava o objectivo da harmonização da tributação directa em favor de formas de coordenação fiscal mais flexíveis e consolidava o princípio da subsidiariedade como princípio regulador da distribuição de competências entre a Comunidade (União) e Estados-membros – que a concorrência fiscal se torna uma preocupação real. A realização do programa de construção do mercado interno decorrente do Acto Único Europeu (1985) e, sobretudo, a partir do Tratado de Maastricht (1992), do programa de criação de um espaço financeiro europeu e de uma moeda única (o euro) são factores que vieram dar outra projecção a este fenómeno. Neste entretempo, pela primeira vez, o fenómeno da concorrência fiscal era objecto de análise oficial específica no Relatório Ruding (1992).

A liberdade de circulação de capitais consolidava-se na Europa e no mundo. Os sectores mais lúcidos da própria alta finança passaram a defender a necessidade de uma regulação do sistema financeiro sob pena de este poder soçobrar ou ser exposto a graves crises (SOROS, 1998). Tornava-se, para muitos, claro que se deveriam evitar as disfunções resultantes da volatilidade do capital financeiro, entre as quais a quase ausência de tributação³. Descobria-se que, num mundo cada vez mais globalizado e interdependente, as medidas fiscais tomadas por um Estado têm repercussões em outros (a clássica questão das “externalidades”) e que a concorrência fiscal não tem apenas facetas positivas, podendo, entre outras coisas, conduzir à erosão das receitas fiscais de outros Estados ou traduzir-se na obtenção de mais uma vantagem competitiva acrescida, provocando, por razões fiscais, entorses na própria dinâmica da concorrência empresarial.

Germinavam as condições sociais (globalização, extrema mobilidade de certos factores de produção, ausência de neutralidade na tributação internacional, atitudes não cooperativas das jurisdições) e teóricas (as teorias económicas sobre a concorrência fiscal) para a regulação deste fenómeno.

de concretização, teriam contribuído para a diminuição do impacto do fenómeno da concorrência fiscal. Mas, em rigor, não era esse o objectivo central de tais estudos e propostas.

3 É fácil de verificar hoje como estas lúcidas posições não tiveram vencimento ou concretização. A violência da crise financeira internacional - que, com origem nos Estados Unidos, eclodiu, a partir de finais de 2006, com o *subprime* e se expandiu em quase todo o mundo com repercussões económicas e sociais gravíssimas - está aí para o demonstrar.

Faltava apenas traduzi-las para o discurso político e encontrar os meios ou vias a utilizar para esse efeito.

3. No quadro europeu, começou então a reconhecer-se que a concorrência fiscal entre Estados-membros seria dificilmente compatível com um dos fins da Comunidade (União Europeia), expresso no princípio da solidariedade. Este princípio tem por corolários os princípios da cooperação e lealdade, que implicam que os Estados se abstenham de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos definidos pelos tratados, entre os quais o de que a concorrência não seja falseada no mercado interno, e que tenham em conta os efeitos das suas decisões relativamente aos outros Estados-membros.

Mas a verdade é que aqueles princípios são temperados pelos princípios da soberania fiscal dos Estados-membros, com o corolário da territorialidade das leis tributárias, e da subsidiariedade, os quais ancorados na regra da decisão por unanimidade em matéria fiscal (mantida após o recente Tratado de Lisboa) implicam que sejam, em primeira linha, os Estados-membros a intervir (de forma isolada ou em acção conjunta) para a realização dos objectivos europeus, quando as acções encaradas para o efeito não sejam do domínio das atribuições exclusivas da União (Comunidade).

4. Por isso, uma acção conjunta contra a concorrência fiscal implicava, no plano da aceitabilidade e da argumentação políticas, uma forte sensibilização dos poderes políticos e da opinião pública para a necessidade de regulação deste fenómeno.

Dois tópicos, de sinal distinto, foram decisivos neste domínio. O primeiro, de ordem interna, traduziu-se na demonstração de que a concorrência fiscal podia conduzir não só ao crescimento do mercado paralelo como à degradação financeira (*fiscal degradation*), isto é, à erosão das bases tributárias dos Estados-membros, à redução da carga fiscal em favor do capital e ao acréscimo desta carga em detrimento do trabalho por conta de outrem, numa altura em que a palavra de ordem era (tal como hoje) a promoção do emprego. O segundo prendeu-se com o reconhecimento do facto de, em espaços económicos integrados, como o da União Europeia, o fenómeno da concorrência fiscal ter, a exemplo do que ocorre no quadro das experiências de federalismo financeiro, não só uma dimensão interna (a concorrência fiscal entre as jurisdições do espaço integrado) como ainda uma importante dimensão externa (a concorrência fiscal entre blocos económicos ou entre Estados pertencentes a distintos espaços económicos). Por isso, do ponto de vista europeu, era importante que o combate à con-

corrência fiscal (desleal) não ficasse circunscrito ao espaço da União Europeia, sob pena da sua ineficácia⁴.

5. Os argumentos pró e contra a concorrência fiscal têm funcionado sobretudo como mecanismos de legitimação da acção política. De forma linear, a concorrência fiscal é normalmente associada, ao tema da competitividade dos países, da atractividade dos territórios. Esta seria incrementada por uma estratégia política tendente a baixar a carga fiscal sobre as empresas ou sobre o factor trabalho. Cria-se assim uma espécie de “mercado de impostos”, em que as jurisdições oferecem reduções de receitas fiscais (em regra através da baixa do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, ou, de forma mais genérica, da carga fiscal global que incide sobre as empresas), em troca, de uma maior propensão das empresas para desenvolverem novas actividades ou para incrementarem as existentes (concorrência fiscal activa) ou, no mínimo, para não abandonarem o território que se tornou agora fiscalmente mais atractivo (concorrência fiscal defensiva). O mesmo raciocínio é feito para a atracção do investimento de carteira ou para a captação de trabalho qualificado (através de regimes de não residentes fiscalmente muito favoráveis) ou de reformados com altas pensões⁵. Normalmente esta redução da carga fiscal seria efectuada através da redução das taxas nominais dos impostos, pois de um ponto de vista simbólico, esta é a forma que obtém maior visibilidade. Mas a concorrência fiscal pode ocorrer mediante fórmulas muito mais subtis. Ela pode ainda ocorrer relativamente a impostos indirectos (como os impostos sobre o consumo), sempre que não exista harmonização fiscal (caso do Brasil quanto ao ICMS) ou uniformização fiscal (existente quanto aos impostos sobre o comércio externo no quadro de uma União Aduaneira).

A noção de concorrência fiscal é, pois, complexa. A sua relação com o tema da competitividade não é linear.

Contribuir para uma maior clareza na discussão deste tema é o principal objectivo deste texto.

4 A questão seria ainda mais complexa, uma vez que o território fiscal ou aduaneiro da União não coincide com o território político-administrativo (em sentido amplo) do conjunto dos seus Estados-membros, sendo, em regra, mais restrito. Este facto propicia a existência de uma concorrência fiscal interna que opera como se fosse externa.

5 Estamos aqui perante formas de intervenção estadual distintas do clássico protecçãoismo: em vez da criação de barreiras dirigidas aos factores externos de produção, desmantelam-se, parcial ou totalmente, as barreiras fiscais até então existentes para captar esses mesmos factores, em especial, os mais móveis como o capital ou o trabalho altamente qualificado.

6. Importa pois analisar, de forma mais aprofundada, a noção (polissémica) de concorrência fiscal.

A teoria distingue, segundo os *níveis de jurisdição*, entre concorrência fiscal *vertical* e *horizontal*. A primeira dá-se entre jurisdições que se situam em diferentes níveis de decisão no mesmo território. Por exemplo, entre Federação e Estados federados, entre uma Organização Supranacional e Estados-membros ou, como ocorre em Portugal, entre jurisdições nos territórios do Continente, das Regiões Autónomas e dos Municípios. Esta forma de concorrência, inerente ao fenómeno do federalismo fiscal, traduz-se, em regra, na possibilidade de coexistirem no mesmo espaço (território) normas com origem em jurisdições situadas em níveis distintos. Ou seja: havendo um problema de concurso de normas, ela será, em princípio, resolvido mediante normas de conflitos ou regras de delimitação de competências, assumindo o modelo de resolução uma de duas formas, a do federalismo dual ou do federalismo cooperativo.

A segunda dá-se entre jurisdições situadas no mesmo nível, como é o caso da Bahia e São Paulo, no Brasil, de Portugal e a Espanha, no quadro da União Europeia, ou dos municípios de Póvoa de Varzim e de Vila do Conde, no quadro do território português (podendo, neste caso, a concorrência fiscal operar, por exemplo, através da derrama e do imposto municipal sobre imóveis).

7. A teoria distingue igualmente entre a concorrência fiscal *passiva*, *activa* ou *por imitação*. A concorrência fiscal *passiva* (ou implícita) decorre automaticamente da simples diversidade dos sistemas fiscais, fruto de factores tão distintos como o nível de desenvolvimento, a história política, a cultura das jurisdições, legitimada pelo exercício, pelas jurisdições, da sua soberania fiscal. De facto, a mera existência de sistemas fiscais distintos, mesmo no quadro de um espaço económico integrado (como o da União Europeia ou o de um Estado Federal, como os Estados Unidos da América ou o Brasil) implica uma ausência de neutralidade na relação entre jurisdições distintas que, na falta de cooperação ou coordenação entre elas, propicia a escolha pelos factores produtivos mais móveis dos sistemas fiscais mais benévolo.

Diferente desta é a concorrência fiscal *activa* a qual visa, pela via tributária, tornar um determinado território mais atractivo ao investimento. Esta concorrência pode resultar de uma estratégia de ataque (concorrência fiscal *ofensiva*) ou de defesa, de reacção ao ataque de outros (concorrência fiscal *defensiva*). Muito embora os efeitos possam ser semelhantes, distinta será a predisposição para substituir a concorrência por estratégias

de cooperação entre jurisdições. Por fim, fala-se ainda da concorrência *por comparação ou por imitação* (*yardstick competition*) que decorre da adopção unilateral de boas práticas de outras jurisdições motivada sobretudo por razões políticas, inerentes aos processos e ciclos eleitorais. A enorme difusão de informação hoje existente possibilita o incremento desta forma de concorrência.

Em qualquer dos casos, a concorrência fiscal (uma estratégia não cooperativa das jurisdições) não se confunde nem com o *planeamento fiscal* (estratégia das empresas baseada na opção por menor tributação decorrente da liberdade de gestão inerente à liberdade de iniciativa) e, menos ainda, com os fenómenos de fraude e de evasão fiscais⁶. Em comum, todos estes fenómenos têm, porém, o facto de contribuírem para o fenómeno da erosão das receitas fiscais (*fiscal degradation*).

8. A concorrência fiscal pode exercer-se através de formas e de técnicas muito distintas, nenhum imposto ficando à partida à margem da sua acção. Assim, ela pode manifestar-se não só em relação a cada um dos tributos (impostos, taxas, contribuições, tributos para fiscais) mas também em relação à estrutura dos impostos no seu conjunto. Ela pode exercer-se através das taxas, dos elementos qualitativos dos impostos, como a definição da incidência, das isenções, da matéria colectável, ou mesmo através dos procedimentos administrativos ou dos sistemas de sanções.

Ela abrange ainda as relações entre fisco e contribuinte (por exemplo, o papel das informações e acordos prévios) e as boas práticas legislativas (as que fomentem a previsibilidade, a transparência, a estabilidade e a simplicidade das normas fiscais), administrativas (as que garantam uma aplicação imparcial e com respeito pelas garantias dos contribuintes por parte do aparelho fiscal) e judiciais (por exemplo, as que garantam decisões rápidas por parte dos tribunais). Mas também pode exercer-se através da criação de ambientes fiscais laxistas, com inspecções ou fiscalizações inoperantes ou

6 O “mercado internacional de impostos”, integrando países com reduzidos níveis (globais ou sectoriais) de tributação, é naturalmente aproveitado pelas empresas transnacionais para, através da adopção de políticas de planeamento fiscal, diminuir (mais ou menos artificialmente) os custos de produção. No entanto, o planeamento fiscal (interno ou internacional) não se confunde com a prática de actos ilícitos (objecto de sanções criminais ou contra-ordenacionais). Em si mesmo o planeamento fiscal insere-se na liberdade de gestão inerente à liberdade de iniciativa económica. Acresce que há formas de planeamento fiscal (conducentes a uma poupança fiscal) que são mesmo incentivados pelo legislador. Pode, no entanto, a lei limitar a prática de actos de planeamento fiscal considerados como abusivos ou agressivos mediante uma panóplia de instrumentos, incluindo, em alguns países, entre os quais Portugal, o estabelecimento de um regime específico de controlo do planeamento fiscal abusivo (SANTOS, 2009).

pouco frequentes, de sanções quase inexistentes para comportamentos desviantes ou de perdões ou amnistias fiscais mais ou menos recorrentes.

Sem prejuízo da questão das taxas ser a face mais visível da competitividade fiscal, é um típico erro das metodologias positivistas centrar nelas toda a atenção, apenas porque são o elemento mais facilmente mensurável.

9. Para muitos, o objectivo final da concorrência fiscal, pelo menos da concorrência fiscal activa (ofensiva ou defensiva), seria a *competitividade*, vista como questão exclusivamente económica: um país é competitivo se está em condições de entrar em concorrência com outros. A fiscalidade seria pois uma das formas de conseguir a atracção de investimento externo, directo ou de *portfólio*; ou de criação de condições para impedir a sua saída.

A noção de competitividade, mesmo para a insuspeita OCDE, é, porém, mais complexa (OCDE, 1996). Assim esta organização internacional define-a como um meio e não um fim. Neste sentido, ela é 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. A competitividade designa pois a capacidade das empresas, indústrias, regiões, nações ou entes supranacionais para gerarem, de forma sustentada, níveis de rendimento e de emprego relativamente elevados, no quadro de uma exposição crescente à concorrência internacional. O objectivo último da competitividade é o bem-estar social. Se a promoção da concorrência fiscal trouxer menor bem-estar social, se ela não comportar a melhoria das condições de vida dos cidadãos, o que se promove não é a competitividade e o desenvolvimento, mas um crescimento anárquico que apenas a alguns beneficiará.

10. Não existe, porém, uma relação linear entre competitividade e concorrência fiscal. Uma estratégia de concorrência fiscal pode aumentar a competitividade, mas também pode desincentivá-la. De facto, a busca da competitividade por via fiscal (através de incentivos fiscais para atracção de capitais estrangeiros), a exemplo da manutenção de políticas de baixos salários ou de outras formas de subsídio-dependência pode prejudicar o desenvolvimento, a concentração de esforços no sentido da melhoria dos factores reais de competitividade. Por outras palavras, pode significar a criação pelo Estado de condições para a manutenção de um modelo de desenvolvimento esgotado. O risco é pois o de o Estado (ao reduzir impostos) subvencionar os empresários para que estes não introduzam as mudanças de gestão ou tecnológicas necessárias ao incremento da produtividade.

De facto, uma das chaves da competitividade está hoje na inovação, a qual, numa sociedade de risco, implica cultura de risco (presente na célebre destruição criadora de Schumpeter). E isso é essencialmente função dos empresários e não do Estado. A este pede-se que não comprometa aquele objectivo, propiciando um ambiente favorável ao espírito empreendedor, um ambiente político e legislativo dotado de grande estabilidade, previsibilidade e sem teias burocráticas inúteis. Numa palavra: exige-se que o poder político regule, fiscalize, promova, defina estratégias, impulsione a concertação. Mas exige-se igualmente uma classe empresarial que não tema o risco, que não se acolha ao abrigo do Estado, que não atire os custos sociais das empresas para a socialização pela comunidade, uma classe empresarial que cumpra as obrigações ambientais, laborais, fiscais definidas pelo poder político, que dialogue mas não aspire a exercer o poder político através de formas de pressão não legitimadas pelo princípio democrático. E acima de tudo uma classe empresarial que invista na inovação, na tecnologia, na formação profissional, no desenvolvimento dos recursos humanos. A redução da carga fiscal pode revelar-se importante no apoio a estes objectivos. Mas deve tratar-se de uma redução selectiva, a efectuar através de controlados auxílios de Estado.

Por fim, o dilema do prisioneiro (na teoria dos jogos) mostra-nos que a competitividade (mesmo em sentido estrito) pode ser alcançada através da estratégia de cooperação/ coordenação entre Estados (jurisdições), em vez da opção por uma estratégia de concorrência fiscal sem limites.

11. Chegados aqui, é fácil verificar que o debate sobre a concorrência fiscal concentra a sua atenção na acção do Estado (das jurisdições) na economia através da função fiscal, deixando na sombra não só o papel das empresas, mas também outras formas de acção que o Estado frequentemente utiliza, tais como a regulação através de melhor despesa (condicionada ela mesma pelos impostos) ou a regulação normativa.

No primeiro caso dissocia-se a questão dos impostos da questão da despesa pública, omitindo-se que a concorrência se estabelece, em última instância, entre dois “pacotes” a oferecer: menos impostos equivale a menos despesa pública, mais impostos, a mais despesa pública. Deslocada a questão para este campo, o que se torna importante é a análise de quais os impostos sobre que repousa a carga fiscal (serão os que melhor favorecem as finalidades do Estado?) e qual a qualidade da despesa pública (em que medida esta representa ou não um investimento reproduzível ou beneficia o desenvolvimento. sócio-económico). Ter como seguro que a redução da carga fiscal atrai investimento (directo ou em carteira) é uma estratégia com

riscos: a redução é certa, a atracção do investimento é provável, mas a efectividade deste é incerta, pois não há uma reacção automática do investimento relativamente à redução da carga fiscal. De facto, o (bom) investimento, em particular o directo depende de muitos outros factores para além dos impostos.

No segundo caso, prestar uma atenção excessiva aos impostos como factor de competitividade, em particular à despesa fiscal pode fazer esquecer outras formas de acção estatal (não são sujeitas ao controlo apertado da despesa fiscal), que podem constituir, em certos casos, importantes factores de competitividade. É o que acontece com os chamados “subsídios normativos”, muito utilizados, aliás, por diversos países europeus. Sobre estes não incide, com efeito, a intensa vigilância existente sobre os benefícios fiscais a empresas que, no caso da União Europeia, se manifesta em sede de regime de auxílios de Estado (artigos 107 e ss. do Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE), do Código de conduta sobre a fiscalidade directa das empresas (1998) e também, indirectamente, do Pacto de Estabilidade e de Crescimento. E fora da Europa com menos intensidade, mas nem por isso com menor importância, tal vigilância exerce-se no quadro da Organização Mundial de Comércio (OMC) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).

12. 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 do papel do Estado na sociedade de hoje e a sua relação com o mercado e a concorrência.

Quem defenda um “Estado mínimo”, um Estado centrado essencialmente nas funções regalias, com uma intervenção mínima na economia e na sociedade, e acredite, sem reticências, na bondade da iniciativa privada, tenderá a defender a concorrência fiscal como forma de limitar o “monstro” (o Leviathan de Hobbes). Quem acredita que o Estado tem uma importante função a desempenhar, seja como actor socioeconómico, seja na regulação da economia e da sociedade ou na definição de estratégias de desenvolvimento (isto é, quem acredita na bondade do Estado Social e desconfie da auto-regulação dos mercados), tenderá a preocupar-se com a quebra de receitas que a concorrência fiscal tenderá a proporcionar por considerar que, desse modo, fica prejudicada a possibilidade de uma regulação coerente do tecido sócio-económico.

No primeiro caso, estão normalmente todos os que vêm a concorrência como um fim em si mesmo, como algo de intrinsecamente bom, cuja dis-

seminação seria desejável em todos os domínios (transformados em mercados de tipo diverso) e, portanto, também no (mercado) dos impostos. Estas posições, de índole neo-liberal, socorrem-se, para o efeito, dos ensinamentos dos defensores da escola da escolha pública (BUCHANAN, BRENNAN, 1980) e dos que transpõem o célebre “voto com os pés” (TIEBOUT, 1956) para a esfera das relações entre Estados (jurisdições). No segundo estão, por exemplo, aqueles que, a partir das premissas da escola neo-clássica das finanças públicas (MUSGRAVE, 2001) ou da crítica a TIEBOUT (OATES, 1972), defendem o chamado modelo *standard* de concorrência fiscal (ZODROW, MIESZKOWSKI, 1986). Este modelo conclui pela necessidade da sua contenção como forma de evitar a erosão das receitas fiscais e a concentração da carga fiscal nos factores de produção dotados de menor mobilidade (como o trabalho, em especial, o de menor qualificação e os bens imóveis).

13. Defensores e críticos da estratégia de concorrência fiscal como aqueles que referenciamos, partilham, porém, dois pressupostos comuns.

Por um lado, ambos aceitam que a concorrência fiscal é susceptível de produzir uma baixa de receitas fiscais que, segundo os críticos, no limite, poderia mesmo tender para zero (*race to the bottom*). O que ocorre é que estas duas perspectivas valorizam de forma distinta a questão da quebra de receitas fiscais, positivamente no primeiro caso (no limite, a redução da despesa pública surge como um bem em si mesmo), negativamente no segundo (a quebra de receitas pode inviabilizar uma relação óptima entre oferta de bens públicos e o seu preço). Sublinhe-se, porém, que nem sempre a concorrência fiscal terá este efeito. Alguns economistas, como JANEBA e SCHJELDERUP (2001), defendem que, em certas circunstâncias, dado estarmos perante um “mercado imperfeito”, a concorrência fiscal poderá, pelo contrário, conduzir a um aumento de impostos.

Por outro lado, quer as estratégias de desenvolvimento da concorrência fiscal, quer as da sua contenção pressupõem que a interpenetração de mercados, a rarefacção das fronteiras provocada pela revolução nas modernas técnicas de informação e de comunicação, fenómenos que acompanham o processo de globalização, propiciam uma enorme mobilidade das empresas transnacionais e dos capitais que os colocam em condições de poderem optar pelos territórios de menor tributação (paraísos fiscais ou, de forma mais selectiva, regimes fiscais privilegiados).

Assim, as deslocalizações de empresas, de agentes económicos e do capital financeiro far-se-iam sobretudo em função da carga tributária que iriam suportar e esta seria, desde logo, revelada pelas taxas nominais de tributação.

14. As consequências destas posições no plano político são evidentes.

Quem é favorável à diminuição do peso do Estado e ao controlo da despesa pública, é normalmente favorável a uma estratégia de concorrência fiscal, ainda que, por razões conjunturais, esta possa, na União Europeia, ter maior dificuldade de afirmação na área do euro, em virtude da necessidade de cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento.

Refira-se, porém, que a estratégia de desenvolvimento da concorrência fiscal não é unívoca. Há quem a defenda por pensar que este *market oriented approach* seria a melhor forma de contribuir para uma aproximação dos sistemas fiscais entre os Estados (uma “harmonização de facto”, embora nivelada por baixo). Neste caso, a concorrência fiscal propõe-se prosseguir um objectivo de convergência entre sistemas fiscais, nomeadamente os dos Estados-membros da União Europeia, mediante a sua aproximação espontânea (por adopção unilateral de medidas), sem intervenção política da União. Há, porém, quem a defenda (e pratique) como um valor em si mesmo, como forma legítima de um poder fiscalmente soberano pretender atrair, não só uma parte substancial da actividade económica “deslocalizável”, como ainda, a prazo, um aumento das próprias receitas fiscais (argumentando, não raro, com a célebre “curva de Laffer”).

Quem é favorável a uma maior presença do Estado (encarado como entidade benevolente) no tecido sócio-económico ou teme pela quebra real ou eventual das receitas fiscais, é normalmente favorável a uma estratégia de contenção da concorrência fiscal, optando por estratégias de coordenação fiscal que, no quadro europeu, poderiam, no limite, conduzir a uma harmonização fiscal.

15. Posta assim a questão – e sem esquecer que existem hoje posições intermédias que partindo, por exemplo, das premissas da escola da escolha pública (EDWARDS, KEEN, 1986) ou das premissas do modelo *standard* (WILSON, WILDASIN, 2001), tendem a considerar o Estado como ente simultaneamente Leviathan e benevolente – a sua resolução depende, em larga medida, de factores empíricos, infelizmente até hoje de difícil comprovação. Depende sobretudo da resposta a dar a questões como a de saber se o incremento da concorrência fiscal tem efectivamente produzido uma quebra das receitas fiscais ou a de saber que lugar ocupa a tributação como factor de atracção ou repulsão do investimento.

Ora, em função dos estudos disponíveis, manifestamente insuficientes, nenhuma destas questões tem recebido uma resposta conclusiva (vide, entre outros, ANDRADE, 2002). No entanto, parece certo que, até agora, a concorrência fiscal não teve os efeitos previstos pela teoria económica. Por

um lado, as estatísticas do Eurostat e da OCDE mostram que não existe uma quebra global de receitas fiscais sobre as empresas nem uma quebra específica relativa ao IRC⁷. Acresce que o peso relativo deste imposto na estrutura fiscal, pelo menos até à recente crise mundial, se manteve relativamente estável, apesar do incremento da concorrência fiscal na última década e meia e de ter havido, de há anos a esta parte, uma baixa das taxas nominais (legais) de imposto. Não há pois nenhuma “corrida para o fundo”, nem tão pouco existe uma convergência espontânea de taxas para um mesmo nível. Vários factores normalmente não tidos em conta por este tipo de estudos, como a existência de uma coordenação implícita entre jurisdições, a tributação da renda económica em certos casos, a mobilidade imperfeita das empresas, permitirão porventura explicar este desfasamento entre teoria e prática.

Por outro lado, alguns estudos e inquéritos apontam para o facto de o factor fiscal, sendo importante na decisão de investimento, estar longe de ser o factor principal desta decisão. Quando dois territórios estão em igualdade de condições relativamente a outros factores tão ou mais importantes, como, por exemplo, a localização e dimensão do mercado, o ordenamento do território, os efeitos de aglomeração de que falam BALDWIN e KRUGER (2000), a existência de mão de obra qualificada, a inovação, etc., aí sim, o factor fiscal tende a fazer a diferença. Acresce que quando se fala na importância do factor fiscal, isso não quer dizer necessariamente que se trate de redução das taxas nominais. Embora estas sejam importantes no plano psicológico, dada a sua visibilidade, mais importante, no plano económico, será a questão das taxas efectivas de tributação. Mas os outros factores qualitativos acima indicados (estabilidade do sistema, bom funcionamento da administração e da justiça tributária, simplicidade e transparência) ou quantitativos (o peso de outros tributos) assumem igualmente uma enorme relevância, se bem que de difícil quantificação.

16. A constituição económica da União Europeia legitima a concorrência fiscal (passiva), baseada na soberania dos Estados-membros. Ao contrário de uma visão corrente, mas infundada, em sede fiscal, a regra não é a harmonização fiscal. No entanto, a concorrência fiscal não é, no plano jurídico, a exemplo da concorrência entre empresas, um fim em si mesmo, mas um meio para a prossecução de determinados fins (óptica da concorrência-meio recebida pelo Tratado de Roma). Ela é pois susceptível de ser objecto de regulação.

7

Admite-se que hoje a situação se possa ter alterado (conjunturalmente?), fruto da crise financeira e económica em que vivemos.

Desde meados dos anos noventa do século passado, como se disse, a então CE começou a preocupar-se seriamente com o fenómeno dos limites à concorrência fiscal, aprovando, para o efeito, um pacote fiscal na sequência de propostas do Comissário Mário Monti⁸. No entanto, uma intervenção neste domínio implicava que fosse demonstrado que, no plano dos meios, os instrumentos ao seu dispor eram, por si só, inadequados para combater esse fenómeno.

Em rigor, o único instrumento então existente (e, aliás, até aos anos oitenta pouco utilizado), era o recurso ao controlo, por via administrativa e judicial, dos auxílios de Estado de natureza tributária. No entanto, a forma como o regime dos auxílios públicos estava (e está) regulada no Tratado é pouco propícia a que possa dar corpo a uma verdadeira política de regulação da concorrência fiscal. O objectivo do Tratado ao instituir um regime de auxílios públicos não se prendia com o fenómeno da concorrência fiscal em si mesmo e as suas consequências para o erário público ou para o emprego, mas com a construção do mercado interno, de modo a que a concorrência entre empresas não fosse falseada por novas formas de protecção pública favorável às empresas “nacionais”.

Um tal regime não era (nem é) vocacionado para atingir o objectivo de regulação da concorrência fiscal nefasta ou desleal, como não o é para atingir outros objectivos, como sejam os da coesão económica e social ou do controlo do défice dos Estados-membros. O seu carácter casuístico impede uma visão global do problema, apesar do esforço da Comissão para, no quadro de uma extensa revisão da disciplina dos auxílios de Estado, tornar

8 No seguimento do ECOFIN informal de Verona, em Abril de 1996, a União acordou num programa de ataque à concorrência fiscal desleal assente em três pilares: um de carácter *normativo*, relativamente à fiscalidade da poupança (proposta de directiva da Comissão, de 4 de Junho de 1998, aprovada em 2003), destinado a assegurar um nível mínimo de tributação efectiva dos rendimentos sob a forma de juros no interior da Comunidade; outro de carácter *administrativo*, com a clarificação pela Comissão das regras do jogo quanto aos auxílios do Estado de natureza fiscal, em aplicação dos artigos 87º a 89º do Tratado da Comunidade Europeia (hoje 107.º a 109.º do TFUE), através de uma Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras de auxílios de Estado às medidas que relevam da fiscalidade directa das empresas de 11 de Novembro de 1998; um terceiro, o da *concertação política*, dando origem a uma Resolução do Conselho e dos representantes dos Estados-membros, a qual, em 1 de Dezembro de 1997, aprovou um Código de Conduta sobre a fiscalidade das empresas, pragmaticamente cingido à tributação directa, domínio em que o processo normativo de aproximação de legislações dos Estados-membros era praticamente inexistente. Os dois últimos instrumentos configuram formas de *regulação* em sentido estrito (por oposição ao primeiro que é um típico método de *regulamentação*), seja de auto-regulação (o Código de conduta), seja de hetero-regulação (a aplicação do regime de auxílios públicos à tributação pela Comissão Europeia).

públicos os critérios de aplicação das derrogações ao princípio da incompatibilidade. Poderia ser um instrumento auxiliar ou complementar, mas nunca o instrumento central de regulação da concorrência fiscal. Outros instrumentos deveriam assumir o papel principal. É aqui que surge a proposta de auto-regulação, por via política, concretizada no Código de Conduta para a fiscalidade directa das empresas⁹.

17. Em causa estava sobretudo a concorrência fiscal horizontal (entre Estados-membros e entre a União e Estados terceiros), sob a forma de concorrência activa na tributação directa, aquela que, no entender das instituições europeias, poderia possuir facetas mais prejudiciais. A concorrência passiva e a concorrência por imitação são vistas com um olhar mais benevolente.

Quanto à concorrência activa no quadro da tributação directa das empresas, a política da União Europeia, a exemplo da política da OCDE, propunha-se assentar na busca de consensos e de compromissos políticos e em formas de *soft law*, ou seja, na cooperação e coordenação fiscal como forma de a regular.

Seria difícil, aliás, ser de outro modo num domínio como a fiscalidade, em que, como se disse, não só as decisões são tomadas por unanimidade, mas em que a competência originária pertence aos Estados-membros. Assim, a União, aceitando que podendo esta forma de concorrência ter efeitos positivos, procurou distinguir entre concorrência fiscal prejudicial ou nefasta e concorrência fiscal não prejudicial (ou leal) e delimitar os casos em que se manifestam os efeitos negativos ou positivos desta forma de concorrência institucional. Em termos gerais, como decorre do referido Código de conduta, a concorrência fiscal *prejudicial* seria, no fundo, aquela que é efectuada através da criação de regimes fiscais privilegiados, muitas vezes baseados em formas de discriminação positiva de empresas estrangeiras (originando situações de discriminação inversa e de *ring fencing*) e em medidas com falta de transparência ou não conformes com princípios de tributação geralmente aceites no plano internacional (regimes que, no entanto, poderiam ser justificados em certas circunstâncias), enquanto a concorrência fiscal *leal* seria aquela que se exerceria através do sistema regra de tributação (por exemplo, uma redução generalizada das taxas do

9 Este Código é, pelo menos em teoria, o instrumento mais inovador e importante, por ser o único específica e globalmente destinado à regulação da concorrência fiscal e por acolher as recomendações do Conselho de Edimburgo (1992) no sentido de se passar a privilegiar a utilização de formas de *soft law*, tais como a aprovação de códigos de conduta, em detrimento das tradicionais directivas.

imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, mesmo para níveis muito baixos).

18. Essa distinção que não parece ter suficiente suporte na teoria económica (apesar da inteligente tentativa de justificação de AVI-YONAH, 2000) ou nos tratados europeus, assume uma natureza eminentemente política. Na melhor das hipóteses, a distinção repousa sobre um princípio de neutralidade na tributação e numa aproximação à forma como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido a noção de auxílios de Estado sobre a forma fiscal. A partir dela, porém, a União procura eliminar ou conter os efeitos negativos da concorrência fiscal activa e incrementar os positivos. Aqueles deveriam ser limados ou erradicados, enquanto os segundos poderiam ser aceites ou mesmo incentivados.

Deste modo, a União Europeia, aplicando o princípio da subsidiariedade, elegeu como principais meios de combate à concorrência fiscal, não a harmonização fiscal clássica (ou seja, o método da regulamentação, restrito, até hoje, neste domínio, à questão da tributação da poupança) a levar a cabo por meio de directivas, mas um método de regulação (em sentido estrito), traduzido numa combinação de instrumentos políticos, como o referido Código de conduta da fiscalidade directa das empresas e a acção do Grupo Primarolo que lhe dá consistência (em articulação com o Relatório da OCDE sobre a concorrência fiscal prejudicial e com o Fórum criado por esta organização para a regulação das práticas fiscais concorrenciais), de instrumentos jurídico-administrativos, como a aplicação do regime dos auxílios de Estado em socorro do Código de conduta (de um modo que revela, aliás, a contaminação política deste regime), o incremento da troca de informações e a aplicação do Pacto de Estabilidade e de Crescimento, em particular através da necessidade de cumprimento das Orientações Gerais das Políticas Económicas dos Estados-membros (artigo 121, n.º 2 do TFUE), a verificar no processo de avaliação dos programas de estabilidade e crescimento de cada Estado-membro.

Apenas no domínio da tributação da poupança das pessoas singulares, a União optou, como se referiu, por uma harmonização de baixa intensidade, através de uma directiva que permite aos Estados-membros a opção entre um sistema da troca de informações e o estabelecimento de uma retenção na fonte. Estas medidas foram igualmente acompanhadas por uma intensificação da *cooperação administrativa* e pelo incentivo a que os Estados adoptassem medidas anti-abuso como forma de combate a um fenómeno que embora não se confunda com o da concorrência fiscal, tem com ele inegáveis relações, o da evasão e fraude fiscais.

Na base dos objectivos desta regulação da concorrência fiscal está pois a ideia de que ela possui uma dupla face. Por um lado, pode ser benéfica funcionando, no interior da União, como factor de dinamização das economias, de controlo da despesa pública e conduzindo mesmo a uma certa harmonização de facto dos sistemas fiscais. Por outro, para além de certos limites, pode ter efeitos perversos sobre os défices públicos e as políticas sociais. O fenómeno da concorrência fiscal passa a ser encarado como um fenómeno predominantemente político, como um elemento da concorrência institucional, na medida em que interfere com as condições que, em cada Estado, permitem escolher o nível das receitas fiscais e, consequentemente, a forma de Estado e o próprio tipo de civilização. A definição dos limites da concorrência fiscal (que práticas são prejudiciais ou desleais?) e dos caminhos para tornar efectivos tais limites surgem assim como as questões centrais a resolver.

19. A questão-chave do “pacote fiscal” é a da relação entre o regime do Código de conduta e o regime dos auxílios de Estado. O primeiro é visto como um instrumento político, embora dele possam advir certas consequências jurídicas, ou, numa outra perspectiva, como um instrumento de *soft law* internacional, insusceptível, a exemplo de outros, de invocação perante o Tribunal de Justiça¹⁰. O segundo é um instrumento jurídico clássico, directamente decorrente das regras do Tratado sobre a concorrência. As decisões em sede de Código de conduta pertencem ao Conselho. As decisões em sede de auxílios de Estado competem (quase) em exclusivo à Comissão, ainda que sujeitas a controlo jurisdicional. O primeiro assume-se como um instrumento específico de regulação da concorrência fiscal nefasta. O segundo é um instrumento auxiliar. O primeiro cinge-se, por determinação política, à fiscalidade directa, tendo,

10 Todos os analistas estão de acordo que nem o Código nem a Resolução que o aprova são instrumentos jurídicos. Não integram as fontes de direito comunitário nem são susceptíveis de invocação perante o Tribunal de Justiça. São actos políticos. Todo este processo é, de resto, marcadamente político. Política foi, por exemplo, a constituição do Grupo “Código de Conduta” (Grupo Primarolo) encarregado da avaliação das medidas em análise. Ele teve por base um modelo (o do extinto Comité monetário) que se afasta sensivelmente do modelo tradicional dos grupos de trabalho existentes no Conselho em matéria fiscal (v.g., os grupos *ad hoc* e questões financeiras). A presidência deste grupo não é designada por inerência (isto é, não é atribuída ao representante do país que num determinado momento exerça a presidência da União) mas (pelo menos em teoria) designada por eleição pelo período de dois anos. Política foi ainda a não clarificação do mecanismo de decisão no seio do grupo, sendo sistematicamente evitado qualquer processo de votação. Na prática pretendeu-se decidir com base em amplos consensos. Mas quando se analisam as 66 medidas consideradas como prejudiciais, constantes da lista “negra” final, facilmente se verifica que raramente houve total consenso no seio do grupo quanto à decisão de nela incluir ou não uma determinada medida em concreto.

porém, levantado dúvidas se abrange as contribuições das empresas para a segurança social. O segundo atinge em princípio toda a fiscalidade e para-fiscalidade.

O próprio Código de conduta remete para a disciplina dos auxílios de natureza fiscal. Não apenas para vincular a Comissão à publicação de directrizes para a aplicação das regras dos auxílios de natureza fiscal, mas também para a vincular à análise ou reanálise, caso a caso, dos regimes fiscais em vigor e dos projectos dos Estados-membros, garantindo coerência e igualdade de tratamento na aplicação das normas e dos objectivos do Tratado.

Uma análise da relação entre os regimes do Código e dos auxílios de Estado implica, porém, algumas observações suplementares sobre o próprio Código.

20. O procedimento de coordenação das políticas fiscais, subjacente ao Código de Conduta, inspira-se nos mecanismos de coordenação das políticas económicas. A técnica utilizada é a da neutralização das medidas fiscais consideradas nefastas, por serem susceptíveis de terem uma incidência sensível na localização das actividades económicas no seio da União (Comunidade), presumindo-se o carácter prejudicial da medida quando ela conduza a um nível de tributação efectivo significativamente inferior ao normalmente aplicado no Estado-membro em causa. O objectivo último é o de estabelecer limites à concorrência fiscal, eliminando a prejudicial, ao mesmo tempo que se salvaguardaria o princípio da subsidiariedade e, consequentemente, a possibilidade de os Estados-membros disporem de uma política fiscal própria.

Na base da regulação deste fenómeno estão formas de supervisão multilateral das medidas potencialmente lesivas da concorrência, das quais a mais importante é a existência de um “direito” de informação e análise (*droit de regard*) por parte de cada Estado-membro relativamente às medidas fiscais dos outros Estados e o reforço da cooperação administrativa. São estes mecanismos que poderão tornar eficaz a cláusula de *stand still*, isto é, o compromisso de não introdução de novas medidas lesivas da concorrência. Em boa verdade, este mecanismo foi a pedra de consolidação do Código. Mais difícil e controversa foi a forma de pôr em prática o compromisso de desmantelamento (*roll back*) das medidas e práticas existentes que foram consideradas como efectivamente lesivas da concorrência¹¹.

11 Um bom exemplo é o caso do regime da Zona Franca da Madeira (medida B6 no processo de avaliação), autorizado temporariamente pela Comissão ao abrigo do regime de auxílios de Estado de natureza regional. A posição portuguesa era a de que este regime estava salvaguardado pelo ponto G do Código de conduta que estabelece

21. O Código admite uma certa sobreposição com o regime dos auxílios de Estado, sem contudo definir os critérios que estão na base da aplicação de um e outro. Uma análise do regime dos auxílios públicos de natureza fiscal, tendo em conta as orientações específicas da Comissão sobre a matéria de 1999, revela-nos que uma parte importante das medidas sujeitas à disciplina do Código estão igualmente sujeitas à disciplina dos auxílios. Dada a diferente natureza jurídica de um e outro dos instrumentos, isto significa que a delimitação do campo de aplicação autónoma do Código está dependente da aplicação do regime dos auxílios de Estado de natureza fiscal, a qual tem alguma especificidade em relação ao regime geral dos auxílios.

Com efeito, a sujeição ao princípio da incompatibilidade dos auxílios públicos impende sobre qualquer vantagem de natureza fiscal (onde, por definição estão em jogo recursos financeiros públicos) auferida por empresas, em sentido amplo, independentemente da sua forma (desagravamento ou redução do montante de imposto, redução da matéria colectável, deferimento no tempo ou reescalonamento da dívida, práticas administrativas discriminatórias, etc.), imputável, directa ou indirectamente, ao Estado (central, regional ou local) e, de forma mais ampla, directa ou indirectamente aos poderes públicos, que, tendo natureza selectiva, preenchem duas condições: a susceptibilidade de afectar o comércio intracomunitário e de falsear ou ameaçar falsear a concorrência.

uma forma específica de avaliação (e uma cláusula de exclusão de prejudicialidade) para as medidas destinadas a promover o desenvolvimento de regiões ultraperiféricas (no caso da Madeira e dos Açores hoje especificamente exigido pelo artigo 349º TFUE, que corresponde ao anterior 299º do Tratado da União Europeia), tendo apresentado em favor desta sua posição um relatório técnico muito circunstanciado. Este relatório nunca foi discutido no seio do grupo Primarolo. A posição da Comissão era a de que a medida não era proporcional aos objectivos que visava atingir, sem que ficasse esclarecido o que era entendido por proporcionalidade. No final a medida foi inscrita na lista, apesar da posição portuguesa em sentido contrário, e perante o (incómodo) silêncio de todos os Estados-membros. Este facto deu origem a que no Relatório final do Grupo "Código de Conduta " para o ECOFIN de 29 de Novembro de 1999 (SN 4901/99, de 23 de Novembro) fosse inscrita a seguinte nota de pé de página (nota nº 8, a p. 12): "A Delegação Portuguesa pediu que o número 32 (sobre a avaliação positiva dada pelo Grupo à medida) fosse alterado com o aditamento da frase "baseando-se exclusivamente na avaliação pelos critérios do ponto B do Código", de forma a ficar claro que a medida B6 não foi avaliada nos termos do ponto G do código. Com efeito, nenhum Estado membro exprimiu opinião sobre o conceito de proporcionalidade relativamente à medida B6 nos termos do ponto G do código, nem sobre a avaliação da medida B6 face à condição ultraperiférica da Madeira, nem sobre o conteúdo do relatório apresentado por Portugal sobre esta matéria, não sendo por isso possível partir do princípio de que este silêncio geral sobre o assunto possa significar, em qualquer circunstância, que a medida B6 foi devidamente avaliada no âmbito do ponto G do código".

Dada a forma muito alargada como são entendidos alguns elementos integradores do conceito de auxílios (como Estado, vantagem, empresa), dado o primado da chamada teoria dos efeitos e a forma ampla e interligada como são entendidas as condições de aplicação do princípio da incompatibilidade, a questão central do campo de aplicação do regime dos auxílios passa a girar em torno da noção da *selectividade*. Ou seja, da questão de saber o que é uma vantagem fiscal selectiva, sendo certo que as medidas não selectivas (isto é, as chamadas medidas gerais) estão for a do campo de aplicação do regime dos auxílios de Estado.

22. Analisando a prática administrativa e jurisprudencial e as orientações da Comissão constantes da sua Comunicação de 11 de Novembro de 1998, poderíamos dizer que a questão da selectividade se desdobra em dois testes, o da especificidade e o da excepionalidade (ou “anormalidade”).

O primeiro visa detectar as medidas que, mesmo que se apresentem formalmente como gerais, têm por objectivo favorecer de facto apenas uma ou algumas empresas, sectores ou funções gerais de produções ou regiões de um determinado Estado (selectividade *ad hoc*, sectorial, horizontal ou regional). As questões a responder são do tipo: aplica-se a medida a todo o território nacional? Recai apenas sobre certos sectores ou tipos de actividade? Beneficia ou não certas funções gerais das empresas? É discriminatória, na lei ou na prática?

O segundo teste visa excluir que sejam consideradas como selectivas medidas que, respondendo afirmativamente ao primeiro teste, se integrem coerentemente na natureza do sistema fiscal. Ou na formulação da Comunicação: não seriam auxílios de Estado as medidas fiscais de natureza diferencial cuja racionalidade económica as torna necessárias ou funcionais em relação à eficácia do sistema fiscal. A fórmula não é muito clara, mas parece apontar para a distinção entre as medidas cujos objectivos são inerentes ao próprio sistema e medidas que visam objectivos que lhe são externos (destinados a satisfazer fins extra-financeiros). Os primeiros, como, por exemplo, a estrutura de taxas, seriam medidas justificadas pela natureza do sistema (medidas fiscais de natureza geral). Os restantes seriam medidas excepcionais (não normais) e, por isso, selectivas.

Daqui resulta uma dupla consequência. Primeira, o Código de Conduta teria vocação para se aplicar *autonomamente* sobretudo às chamadas medidas fiscais de natureza geral ou, pelo menos, a um certo tipo de medidas deste género. Na prática, deveria funcionar como um sucedâneo político dos mecanismos (até hoje nunca accionados) previstos nos artigos 116.º e 117.º do TFUE (ex-96º e 97º do TUE). Com efeito, como se sabe, se um

Estado membro realizar uma política fiscal que conceda amplas vantagens às colocações e investimentos de capitais de forma a que estes afluam em massa ao seu território, desviando-se do seu curso ou destino normal, dá-se uma distorção nas condições de concorrência que poderá fazer accionar os mecanismos previstos nos artigos 116º (relativos às disparidades pré-existentes) e 177º (relativos às disparidades supervenientes) do Tratado.

Segunda, quando as medidas foram previamente avaliadas em sede de Código de Conduta e, posteriormente, em sede de auxílios de Estado – o que será a situação normal, dada a equivalência funcional dos critérios do Código e do regime de auxílios tributários, verifica-se que a primeira avaliação contamina os resultados da segunda. A principal consequência deste facto é a forma, muito ampla, como o critério da selectividade passou a ser aplicado em matéria tributária.

23. Ainda uma derradeira observação. O combate à concorrência fiscal prejudicial apenas ganharia eficácia se fosse acompanhado de igual combate no plano internacional (relativamente a paraísos fiscais ou regimes fiscais privilegiados injustificados), domínio onde durante muitos anos, o fenómeno da concorrência fiscal foi também visto com benevolência, não sendo objecto de regulação específica. As tradicionais medidas de natureza geral patrocinadas pela OCDE (o recurso à via convencional para evitar não apenas duplas tributações mas também a não tributação e a evasão fiscal, a disciplina dos preços de transferência, o incremento da assistência mútua entre administrações) apenas marginalmente se preocupavam com a concorrência fiscal desleal.

Acresce que o regime de auxílios de Estado, embora se aplique aos países do Espaço Económico Europeu, nem sequer se aplica a todo o território da União Europeia. Por isso, o Código de Conduta veio estabelecer o compromisso de os Estados-membros promoverem a adopção dos princípios destinados a eliminar as medidas fiscais prejudiciais num quadro geográfico o mais amplo possível, o que apontava, não só para a sua aplicação aos territórios dependentes ou associados dos Estados-membros, como para uma estratégia concertada relativamente à da Recomendação da OCDE que, em Abril de 1998, aprovou o relatório *Concurrence Fiscale Dommageable, Un problème mondial* e as directrizes relativas ao combate à concorrência fiscal nefasta (embora com demarcação do Luxemburgo e da Suíça). No fundo, do que se tratava era de construir o embrião de uma nova Ordem Fiscal Internacional, fora do âmbito da ONU, com todos os problemas de legitimidade e de eficácia que se perfilariam.

Hoje, doze anos passados sobre a aprovação do Código de Conduta, o balanço que pode ser feito dos trabalhos do Código de Conduta não é tão exaltante como o que a União oficialmente proclama. A opção por regular a concorrência fiscal mediante formas de *soft law* revelou todas as suas limitações. O carácter não juridicamente vinculativo não dá garantias suficientes de imparcialidade. De facto, as sanções políticas podem ser mais facilmente utilizadas contra os pequenos países que contra os grandes. Por outro lado, não é claro como deve interpretar-se um código político: com base em técnicas jurídicas como se de *hard law* se tratasse? Ou com base em sucessivos compromissos políticos, à margem dos mecanismos de revisão, que podem desvirtuar a forma e o espírito inicial do Código? Acresce que a sua efectiva aplicação ficou dependente da aprovação de outro elemento do “pacote fiscal” – a Directiva da poupança - o que apenas ocorreu em 2003. Isso não impediu, porém, que, entre 1999 e 2003, houvesse uma aprovação condicional de um conjunto de decisões em sede do Grupo do Código de Conduta, a mais importante de todas a constituição da já referida lista “negra” de 66 medidas prejudiciais. O Código acabou por legitimar uma análise prévia pelos Estados-membros de medidas (de apoio aos sectores financeiros) que eram incompatíveis com o mercado interno ao abrigo do regime de auxílios de Estado. Assim, os trabalhos de avaliação do Código transformaram-se em trabalhos preparatórios para a aplicação por parte da Comissão da disciplina, numa óptica cada vez mais restritiva, dos auxílios de Estado. Em boa verdade a aprovação da lista negra decorreu mais da ameaça de aplicação do regime de auxílios de Estado que do código de Conduta em si mesmo.

Surpreendentemente o Código de Conduta assumiu foros de *hard law* ao integrar o *acquis communautaire* nas negociações para a adesão dos países do leste europeu e também ao ver os resultados do seu trabalho (“a lista negra”) recebidos por algumas convenções para evitar a dupla tributação (por exemplo, entre Portugal e a Holanda).

Hoje o Código de Conduta perdeu grande parte da sua importância inicial. O Grupo Primarolo continua a reunir-se mas tendo na agenda problemas de menor impacto.

Neste contexto, o único pilar que teve condições para prosseguir a regulação da concorrência fiscal foi o do controlo administrativo e judicial dos auxílios de Estado de natureza fiscal, isto é, precisamente aquele que, apesar de novas linhas directrizes da Comissão, não tem vocação para combater a concorrência fiscal. O que era apresentado como acessório ocupa agora

a primeira linha do combate. Na ausência de um instrumento apropriado a concorrência fiscal arrisca-se a ser incrementada. Os Estados conhecendo melhor os regimes fiscais preferenciais dos outros serão tentados a consagrá-los. A reavaliação de certos regimes de auxílios de Estado de natureza regional, podendo conduzir à sua limitação ou eliminação antes do período aceite para a sua vigência, funcionou como um factor de promoção da concorrência fiscal levada a cabo por Estados com territórios associados ou dependentes que não integram o espaço comunitário e aos quais o regime dos auxílios não se aplica (v.g. Ilhas Anglo-Saxónicas). Uma decisão administrativa nesse sentido traduzir-se-á, na prática, numa vantagem em favor dos territórios externos à acção fiscal da União e em detrimento de territórios ultraperiféricos que integram o espaço comunitário e que, segundo o Tratado, deveriam ser objecto de particular apoio por parte da União. Com isto ficará prejudicada a garantia de coerência e igualdade de tratamento que presidiu à aprovação do Código de Conduta.

A falta de vontade política dos Estados para superar estes e outros problemas (como a questão do financiamento do Orçamento comunitário), o trilhar caminhos que não conduzem a lugar algum, tornou cada vez mais tentador o movimento de refundação da própria União. Entretanto, alguns Estados, com menos medidas de efectiva concorrência fiscal desleal, sairão mais prejudicados que outros em que tais medidas ou práticas ficaram profusamente demonstradas. Sem esquecer que os Estados mais ricos, nos apoios que dão a empresas ou sectores, operam mais pela via da despesa que pela via fiscal.

Bibliografia

- ACIR (US Advisory Commission on Intergovernmental Relations). 1991, *Interjurisdictional Tax and Policy Competition: Good or Bad for the Federal System?*, Washington DC, M—177 (disponível na internet).
- ANASTÁCIO, G. 1998, "Concorrência fiscal na União Europeia", In: *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 53-89.
- ANDRADE, F. R. 2002, "Concorrência Fiscal Internacional na Tributação dos Lucros das Empresas", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLV, Coimbra: Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, pp. 49-284.
- AVI-YONAH, R. S. 2000, "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", disponível na internet (http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract_id=208748), publicado igualmente In: *Harvard Law Review* 113, nº 7, pp. 1573-1676.
- BAKER & McKENZIE, 1999, *Survey of the Effective Tax Burden In: the European Union*, Amsterdam.

- BALLBÉ, M./PADRÓS, C. 1997, *Estado competitivo y armonización europea*, Barcelona: Ariel.
- BALDWIN, R./ KRUGMAN, P. 2000, "Agglomeration, Integration and Tax Harmonization", *Discussion Paper n.º 2630*, London: Center for Economic Policy Research (<http://heiwwww.unige.ch>).
- BÉNASSY-QUÉRÉ, A./BRETIN, E./LARÈCHE-RÉVIL, A./MADIÈS, T./MAYER, T. 2003, "La compétitivité fiscale", In: CONSEIL D'ANALYSE ÉCONOMIQUE, *Compétitivité*, Paris: La documentation française, pp. 185-214.
- BLUMENBERG, J./ LAUSTERER, M. 1999, "Staatliche Beihilfen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung", In: *Steuerrecht und europäische Integration: Festschrift für Albert J. Rädler zum 65. Geburtstag*, München: Beck, pp. 1-3.
- BRATTON/ McCACHERY, 2001, "Tax coordination and tax competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on business taxation", *CMLR*, nº 38, pp. 677-718.
- BRENNAN, G./BUCHANAN, J. 1980, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, New York: Cambridge University Press.
- CARAVACA, A./GONZALÉZ, J. 2001, *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid: Colex.
- CASTAGNÈDE, B./SALIN, P. 2003, "Débat: faut-il baisser les impôts ? Échange entre Pascal Salin et Bernard Castagnède", *L'année fiscale, Débats Études Chroniques, Revue annuelle*, Paris: PUF, pp. 9-30.
- CONSEIL DES IMPÔTS, 2004, *La concurrence fiscale et l'entreprise*, XXIIème rapport au Président de la République (disponível na internet).
- 2003, *La fiscalité dérogatoire. Pour un réexamen des dépenses fiscales*, XXIème Rapport au Président de la République (disponível na internet).
- EDWARDS, J./KEEN, M. 1996, "Tax Competition and Leviathan", *European Economic Review*, 44, pp. 113-134.
- HUGOUNENQ, R./LE CACHEUX, J./MADIÈS, T. 1999 "Diversité des fiscalités européennes et risques de concurrence fiscale", *Revue de l'OFCE*, nº 70, 63-109 .
- JANEBA, E./SCHJELDERUP, G. 2001, "Tax Competition: A Review of the Theory", Utenriksdepartementet (disponível na internet <http://odin.dep.no/ud/norsk/handelspolitikk/032121-220006/index-dok000-b-f-a.html>), *Report nº 3* in the *Globalisation Project*, commissioned by the Norwegian Ministry of Foreign Affairs, 10 p.
- JACQUEMIN / PENCH, 1997, *Pour une compétitivité européenne: Rapport du Groupe Consultatif sur la Compétitivité*, Bruxelles: De Boeck.
- KENYON, D. A. 1997, Theories of Interjurisdictional Competition", *New England Economic Review*, n.º 3-4, pp. 13-36
- LOPÉZ, J. M. [2006]. *Competencia Fiscal Perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*, València: tirant lo Blanch.
- MALHERBE, Jacques. 2003, "Il ruolo della fiscalità, dal Trattato sull'Unione Europea alla Costituzione Europea", communication présentée au Convegno di Studio *Le ragioni del Diritto tributario in Europa. Giornate di Studi per Furio Bosello*, Bologna, les 26 et 27 settembre 2003, (<http://berliri.giuri.unibo.it/seminario/convegno260903.htm>).
- MARINI, Philippe. 1999, *La concurrence fiscale en Europe: une contribution au débat*, Paris: Les Rapports du Sénat (nº 483).
- NABAIS, Casalta. 2004, "A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas", In: *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2005.

- NUNES, G. Avelãs. 2006, "Estado social e tributação directa sobre as empresas na União Europeia", *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra Editora.
- OATES, Wallace. 1972, *Fiscal Federalism*, Aldershot: Gregg Revivals.
- OCDE. 1998, *Concurrence Fiscale Dommageable, Un Problème Mondial*, Paris: Service de Publications. 1996, *La compétitivité industrielle*, Paris: Service de Publications.
- ORSINI, Gilbert. 1995, *L'interventionnisme fiscal*, Paris: PUF.
- PALMA, Clotilde C. 2004, "Código de Conduta da Fiscalidade das Empresas – O desafio dos novos Estados-membros", *15 Anos da reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, AFI/IDEFF (FDUL), Almedina, 2005, pp. 653 e ss.
- PINTO, Carlo. 2003, *Tax Competition and EU Law*, The Hague, London, New York: Kluwer.
- QUITZOW, C. M. von. 2002, *State Measures Distorting Free Competition in the EC*, The Hague, London, Boston: Kluwer.
- RUBENS, E. 2002, *La fiscalité des entreprises. Aspects financiers de la concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union européenne*, Bruxelles: Larcier.
- SANTOS, A Carlos dos. 2009, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ.
- 2009, "Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal; o fiscalista no seu labirinto", *Fiscalidade*, n.º 38, pp. 61-100.
- 2005, "Desafios actuais da política fiscal", *15 Anos da reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, AFI/IDEFF (FDUL), Almedina, 2005, pp. 707 e ss.
- 2004, Aides d'État, Code de conduite et concurrence fiscale dans l'Union européenne: les centres d'affaires comme cible", *RIDE*, n.º 1, pp. 9-45
- 2003, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.
- 2000, "Point J of the Code of Conduct or the Primacy of Politics over Administration", *European Taxation*, vol. 40, Sep., pp. 417-421.
- SCHÖN, Wolfgang (ed.). 2003, *Tax Competition in Europe*, (3rd annual conference of the European Association of Tax Law Professors), Amsterdam: IBFD.
- SOROS, G. 1998, *La crise du capitalisme mondial, L'intégrisme des marchés*, Paris: Plon.
- STEICHEN, A. 2003, "Typologie des systèmes fiscaux comparés", In: *L'année fiscale 2003*, pp. 33-67
- TIEBOUT, C. 1956, "Pure Theory of Local expenditures", *The Journal of Political Economy*, vol. 64.
- TOLLGERDT, Johan. 2003, The EC Rules on Fiscal State Aid – an imperfect instrument in the work against harmful tax competition, Faculty of Law, University of Lund (disponível na internet), pp. 1-82.
- WILSON, J. D. 1999, "Theories of Tax Competition", *National Tax Journal*, vol. 52, n. 2, pp. 269-304.
- WILSON, J. D./WILDASIN, D. 2001, "Tax Competition: Bane or Boon?" (mimeo, disponível na internet) Office for Tax Policy Research/ Institute for Fiscal Studies, *Conference World Tax Competition*, University of Kentucky and Michigan State University, 42 p.
- ZODROW, G./ MIESZKOWSKI, P. 1986, "Pigout, Tiebout, Property Taxation and the Underprovision of Local Public Goods", *Journal of Urban Economics*, n.19, pp. 356-370.