

WORKING PAPERS

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

Paco Manolo Camargo Alcalde

A REGULAÇÃO E O COMBATE AOS PARAÍSOIS FISCAIS NO PLANO INTERNACIONAL

**ANÁLISE À DIFICULDADE DE ENCONTRAR
A NECESSÁRIA TUTELA MULTILATERAL E AO PAPEL DA OMC**

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

30

SÉRIE BCE

(página deixada em branco propositadamente)



I
•
J

(página deixada em branco propositadamente)

WORKING PAPERS
BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

Paco Manolo Camargo Alcalde

**A REGULAÇÃO E O COMBATE AOS PARAÍSOIS FISCAIS
NO PLANO INTERNACIONAL**

**ANÁLISE À DIFICULDADE DE ENCONTRAR
A NECESSÁRIA TUTELA MULTILATERAL E AO PAPEL DA OMC**

INSTITUTO ALFVIRIDICO

EDIÇÃO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

DIREÇÃO

Luís Pedro Cunha
lpc@fd.uc.pt

REVISÃO EDITORIAL

Isaías Hipólito
ihipolito@fd.uc.pt

CONCEÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva
apsilva@fd.uc.pt

CONTACTOS

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra
bce@fd.uc.pt

ISBN

978-989-8891-81-5

© JULHO 2020

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RESUMO: Este artigo versa sobre a regulação e o combate aos paraísos fiscais, analisando o atual estágio de tutela deste fenómeno e a eventual necessidade de alcance multilateral, com a consequente superação dos obstáculos hodiernamente encontrados. À luz das regras da OMC, investigaremos se esta organização já tutela questões referentes aos paraísos fiscais ou se deveria tutelá-las.

PALAVRAS-CHAVE: paraísos fiscais; plurilateralismo; multilateralismo; elisão fiscal internacional; evasão fiscal internacional; OCDE; OMC

REGULATION AND FIGHT AGAINST TAX HAVENS
AT THE INTERNATIONAL LEVEL

AN ANALYSIS OF THE DIFFICULTY TO FIND
THE NECESSARY MULTILATERAL PROTECTION
AND THE ROLE OF THE WTO

ABSTRACT: This paper deals with the regulation and fight against tax havens, through the analysis of the current stage of regulatory rules regarding this phenomenon and the possible need for a multilateral reach, with the consequent overcoming of the obstacles currently encountered. In the light of WTO rules, we will investigate whether this organization already oversees issues regarding tax havens or should restrict them by law.

KEYWORDS: tax havens; plurilateralism; multilateralism; international tax avoidance; international tax evasion; OECD; WTO

Introdução

Entre as inúmeras influências exercidas pelo amplamente discutido e complexo fenómeno da globalização estão os impactos causados no comércio mundial de bens e serviços, bem como nos regimes fiscais dos países. As facilidades decorrentes de diferentes novas formas de contratação pelas empresas¹ e a possibilidade de utilização de outros países para atingirem seus anseios, por meio do aproveitamento de suas legislações, têm engendrado inúmeras adversidades aos seus países de origem.

Verifica-se que os instrumentos de integração entre as economias nacionais têm ensejado paulatinas reduções das barreiras ao comércio e ao trânsito de capitais; contudo, também se têm evidenciado os impactos que determinados regimes fiscais podem ocasionar em outros países. O crescente ambiente de competitividade no contexto internacional não é apenas formado pelas empresas transnacionais², senão também pelos Estados, que buscam

¹ A polissemia do termo “empresa” para o Direito das Sociedades enseja o necessário esclarecimento do sentido de sua utilização. Em nossos trabalhos, usualmente adotamos “empresa” como significante de atividade empresarial, adstrito ao perfil funcional descrito por Alberto Asquini. Não obstante, em virtude da recorrente utilização de “empresa” como sinônimo de sociedade empresária, ou seja, pessoa colectiva que exerce atividade tipicamente comercial, além de termos derivados desta acepção, a exemplo de “empresas transnacionais”, neste trabalho utilizaremos “empresa” conforme o perfil subjectivo descrito por Asquini. Em outras palavras, sob a ótica deste perfil, “empresa” coincide com empreendedor, no caso a pessoa colectiva. Cf. Alberto ASQUINI. “Profilì dell’impresa”. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 41/1 (1943).

² Optamos pela utilização do termo “empresas transnacionais” em vez de “empresas multinacionais” por entendermos que se trata de termo condizente com o atual estágio de evolução na classificação da doutrina e dos documentos de organizações internacionais. Apesar dos complexos organogramas de estruturas de grandes grupos económicos e de participações societárias das mais diversas origens, cada pessoa colectiva é constituída em um determinado país, tendo sua personalidade jurídica por ele atribuída e não se confundindo com as

atrair capital estrangeiro a fim de aquecerem suas economias e aumentarem suas arrecadações.

Ocorre que, se por um lado a competição fiscal internacional é inevitável, ela deve ser estabelecida em parâmetros de razoabilidade e sem prejudicar desarrazoadamente as demais economias³. De contrário, está-se a falar da denominada *harmful tax competition*, ou concorrência fiscal prejudicial. E é neste cenário que se enquadram os paraísos fiscais, os quais se valem de regimes fiscais que privilegiam o capital estrangeiro como forma de o captarem, mas em detrimento dos países que originalmente seriam beneficiários dos recolhimentos de tributos.

Conforme apresentaremos neste trabalho, essa competitividade possui destacada importância no plano fiscal, pois tem o condão de exercer distorções nos padrões do comércio e dos investimentos no mundo todo, provocando nocivas erosões nas bases fiscais dos países, sobretudo em matéria de receitas provenientes de impostos diretos, que ensejam consequente modificação de suas estruturas de arrecadação⁴.

pessoas de seus sócios. Por exemplo, uma pessoa colectiva constituída em Portugal é portuguesa, ainda que seus sócios sejam originários de outros países. O adjetivo “multinacional” pode dar a falsa ideia ao intérprete de que se estaria a referir uma sociedade com origem em diversos países, motivo pelo qual a opção por “transnacional” implica a designação de uma sociedade cujas atividades e presenças — por meio de subsidiárias — transcendem sua nacionalidade, ou seja, têm lugar em outros países. Não entendemos, contudo, que o termo “empresas multinacionais” esteja incorreto, dado se tratar de um termo consagrado e arraigado. Mesmo a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), que opta regularmente pelo termo “empresas transnacionais” ou *transnational corporations*, por vezes se refere ao mesmo fenómeno como “empresas multinacionais” ou *multinational enterprises*. A terminologia, portanto, fica a critério de seu utilizador, não sendo um termo unicamente jurídico, senão também económico e social. Nesse sentido, cf. Luiz Olavo BAPTISTA, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987; e Celso de Albuquerque MELLO, *Direito Internacional Económico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

³ Para uma análise crítica da concorrência fiscal e da intervenção regulatória de organizações internacionais — com foco na OCDE —, cf. Michael LITTLEWOOD, “Tax Competition: Harmful to Whom”, *Michigan Journal of International Law* 26/1 (2004) 411-487.

⁴ Roman GRYNBERG / Bridget CHILALA, “WTO Compatibility of the OECD ‘Defensive Measures’ Against Harmful Tax Competition”, *The Journal of World Investment* (setembro de 2001) 507. Em complementação, cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT AND COOPERATION, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998, 14.

Do ponto de vista das empresas transnacionais, não analisaremos a racionalidade que as leva a recorrerem a paraísos fiscais, nem se os planeamentos tributários nos quais suas utilizações estão inseridas compensam. E do ponto de vista dos paraísos fiscais, não entraremos nas discussões acerca da legitimidade da adoção de seus regimes fiscais, de suas soberanias⁵, e nem mesmo do interessante embate entre suas regulações e o liberalismo económico⁶.

Portanto, alheio à análise axiológica da existência dos paraísos fiscais, este trabalho parte do pressuposto de que há impactos nocivos causados às economias dos demais países em decorrência de regimes fiscais privilegiados e de as legislações nacionais não serem suficientes — embora permanecendo importantes — para combater ou mitigar os efeitos causados.

Sendo assim, investigamos o tratamento dado no plano internacional à tutela dos paraísos fiscais, analisando a atuação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) no plano plurilateral e os motivos pelos quais se faz necessária uma atuação com maior amplitude, no plano multilateral. A partir daí, investiga-se se o principal organismo para desempenhar esse papel seria a Organização Mundial do Comércio (OMC) e quais são os pontos de intersecção entre a atuação desta e os regimes fiscais privilegiados, à luz dos acordos atualmente em vigor.

1. Paraísos Fiscais

1.1. Notas introdutórias

O emprego de mecanismos aptos a reduzir ou evitar a carga tributária que poderia recair sobre determinado sujeito passivo é

⁵ Há duas maneiras de analisar os paraísos fiscais sob a perspectiva da economia global: a de que eles são países ou territórios soberanos, que agem de maneira neutra e são instrumentos ao exercício do *laissez faire*; ou a de que são países que promovem graves distorções no sistema económico global.

⁶ Para introdução ao assunto, cf. Maria Leonor Machado Esteves de Campos e ASSUNÇÃO, “Medidas de combate aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinada ao dogma liberal: um paradoxo incurável?”, *Revista do Ministério Público* 30/120 (2009) 101-144.

compreendido como planeamento fiscal⁷. O planeamento pode provir da expressa intenção do legislador fiscal, da sua omissão — voluntária ou não — ou ser operacionalizado em afronta à lei.

Um dos principais, se não o principal recurso utilizado pelos particulares com altas rendas para evitarem ou diminuírem o pagamento de tributos diretos são os paraísos fiscais, que podem ser utilizados tanto por pessoas singulares quanto por pessoas colectivas. Por envolverem mais de um país e, conseqüentemente, mais de uma legislação aplicável, o fenómeno que eles representam no plano internacional está intrinsecamente relacionado à elisão fiscal internacional e, por vezes, à evasão fiscal internacional.

Em linhas gerais, entende-se evasão fiscal como a utilização de mecanismos e ações ilícitas por parte do contribuinte a fim de evitar o pagamento de tributos, ao passo que a elisão fiscal seria a utilização de meios lícitos, ainda que por vezes considerados ilegítimos, para que o contribuinte se furte ao pagamento de tributos⁸⁻⁹.

A elisão fiscal, por ser lícita e contemplada pela autonomia privada do particular, não está, ao menos em princípio, sujeita a ensejar qualquer sanção ao potencial sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Este poderá utilizar tanto técnicas elisivas advindas da lei, na hipótese em que as alternativas dadas pelo ordenamento jurídico permitem planeamento de atos anteriores ao fato gerador que ensejem a diminuição ou, até mesmo, evitem o pagamento de tributos, quanto de técnicas elisivas decorrentes de lacunas na lei. Nestes últimos casos, apenas a análise casuística e dependente das

⁷ José Saldanha SANCHES, *Os Limites do Planeamento Fiscal — Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 21.

⁸ Cf. Gilberto de ULHÔA CANTO, “Elisão e evasão”, in Ives Gandra da Silva MARTINS, coord., *Caderno de pesquisas tributárias* 13, São Paulo: Resenha Tributária, 1988, 41; Hermes Marcelo HUCK, “Evasão e elisão no Direito Tributário Internacional”, in *Planeamento Fiscal: Teoria e Prática*, vol. 2, São Paulo: Dialética, 1998, 11; e Hugo de Brito MACHADO, “A norma antielisão e o princípio da legalidade — análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN”, in Valdir de Oliveira ROCHA, coord., *O Planeamento Tributário e a Lei Complementar 104*, São Paulo: Dialética, 2001, 115.

⁹ Segundo Marta Caldas, evasão fiscal corresponde a ato *contra legem*, elisão fiscal corresponde a ato *extra legem* e planeamento fiscal (*stricto sensu*) corresponde a ato *intra* e *secundum legem*. Nesse sentido, cf. Marta CALDAS, *O conceito de Planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Coimbra: Almedina, 2015, (Cadernos IDEFF), Versão digital/Kindle, pos. 168.

provas obtidas poderá determinar se houve ou não elisão fiscal, cabendo, via de regra, às autoridades fiscais o ônus probatório na hipótese de alegação de evasão.

No plano internacional, em que este estudo se situa, temos as figuras da *elisão fiscal internacional* (*tax avoidance*) e da *evasão fiscal internacional* (*tax evasion*). Nesta última, há o pressuposto do cometimento de ato ilícito, consubstanciado na prestação de declarações falsas às autoridades fiscais sobre fatos que envolvam mais de um país, com o intuito de evitar o recolhimento do tributo devido em um deles.

Já a elisão, no âmbito do direito fiscal internacional, compreende a utilização de técnicas lícitas de planejamentos fiscais, a fim de utilizarem, das melhores formas possíveis, os *elementos de estraneidade*¹⁰ relativos às normas aplicáveis a determinadas hipóteses de incidências tributárias. Em outras palavras, criam-se estruturas jurídicas e situações jurígenas do ponto de vista da incidência fiscal anteriores à ocorrência do fato, para que a regra aplicada seja a mais favorável, em detrimento da menos favorável, que, em tese, não se aplicará¹¹⁻¹².

¹⁰ *Elemento de estraneidade* pode ser entendido como determinada característica de um fato jurídico ou de uma relação jurídica que a projete sobre mais de um ordenamento jurídico. Há autores que entendem não haver distinção entre *elemento de estraneidade* e *elemento de conexão*; por outro lado, os que fazem a distinção explicam que o elemento de conexão é um critério eminentemente jurídico, que implica a possibilidade de verificação de qual ordenamento jurídico será aplicado àquele fato ou àquela relação jurídica, sendo que o elemento de estraneidade possui natureza genérica. Neste trabalho, tal distinção não apresenta relevância, motivo pelo qual adotaremos o termo *elemento de estraneidade*, sobretudo porque aqui referimos o elemento em si e não qual a norma aplicável. Para maior aprofundamento acerca dos elementos de estraneidade, cf. JACOB DOLINGER, *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, 8.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹¹ ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.^a ed. actual., Coimbra: Almedina, 2007, 351.

¹² Há autores que entendem que a expressão *evasão fiscal internacional* já está relacionada tanto à *tax evasion* quanto à *tax avoidance*. Ou seja, referir-se-ia tanto à violação de deveres de uma relação jurídica tributária com elementos de estraneidade por meio da prática de atos ilícitos, quanto à utilização voluntária de normas tributárias menos onerosas para o contribuinte, respectivamente. Nesse sentido, cf. MARIA EDUARDA AZEVEDO, “A elisão fiscal internacional e os paraísos fiscais”. *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros, 432 (jan-jun 2014) 25. Já LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO tem um posicionamento ainda mais abrangente quanto à conceituação de *evasão fiscal internacional*. Para ele, a licitude ou ilicitude das técnicas e meios utilizados pelos sujeitos passivos não são fatores determinantes. A simples utilização de mecanismos

A utilização dos paraísos fiscais geralmente dá-se no âmbito dos planeamentos tributários, de modo que, até que se comprove a ilicitude dos instrumentos utilizados, está em jogo a *elisão fiscal internacional*, para a qual são condições *sine qua non*: i) a existência de dois ou mais ordenamentos tributários; ii) que um ou mais destes ordenamentos apresentem disciplina mais favorável ao sujeito passivo para determinada hipótese de incidência tributária; e iii) a possibilidade de o contribuinte poder se valer do ordenamento que ele julgue mais favorável por meio da produção de facto jurídico consubstanciado na hipótese de incidência que será subsumida à norma cuja aplicação se deseja¹³.

Muito embora os privilégios de que os particulares estrangeiros gozam em paraísos fiscais poderem ser relacionados a qualquer tipo de tributo — e.g., impostos, taxas e contribuições —, a maior preocupação em nível global se dá com os impostos diretos, sobretudo com os impostos sobre rendimentos, que compõem parcela significativa das receitas fiscais¹⁴ dos países.

Desde o final do século XIX, o principal modo de arrecadação do Estado Moderno tem sido o imposto de renda progressivo. A principal característica que o distingue das outras formas de tributação é que este tipo de imposto se funda na base do capital, ou seja, na renda em si, não sendo necessário haver consumo de algum bem ou serviço¹⁵ para a sua incidência.

lícitos ou ilícitos que permitam ao sujeito passivo evitar ou diminuir a incidência de um tributo em cenário que envolva mais de um ordenamento tributário já é suficiente para que a situação seja denominada como *evasão*. Cf. Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, “Evasão e fraude fiscal internacional”, in *Colóquio sobre a Internacionalização da Economia e a Fiscalidade — XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993, 328.

¹³ Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 352.

¹⁴ Para que o Estado possa dispendir recursos pelo regime de despesas públicas, é necessária a captação de receitas. Em Portugal, uma das principais conceituações de receita pública é a de Sousa Franco, que a explana como “qualquer recurso obtido durante um determinado período, mediante o qual o sujeito público pode satisfazer as despesas públicas que estão a seu cargo”. Cf. António Luciano de Sousa FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015, 299. As receitas fiscais, especificamente, são aquelas provenientes dos pagamentos de tributos pelos particulares, sendo a principal fonte de recursos financeiros dos Estados. Nesse sentido, cf. Luís Eduardo SCHOUERI, *Direito Tributário*, 8.^a ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 136.

¹⁵ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies, and Tax Competition”, Michael LANG / Judith HERDIN / Ines HOFBAUER, coord., *WTO and Direct Taxation*, The Hague: Kluwer Law International, 2005, 117.

A capacidade de se tributar o imposto sobre a renda é, no entanto, vulnerável, à medida que os agentes sujeitos a este tipo de tributação podem utilizar manobras financeiras e jurídicas para que a renda seja originada em outro país, no qual não haverá tributação sobre a renda ou em que ela será menor — muitas vezes substancialmente — do que aquela do país em que ela originalmente se verificaria¹⁶. É justamente sobre essa possibilidade que atuam os países que possuem regimes fiscais considerados privilegiados em detrimento da maioria dos países. São eles o que vulgarmente se convencionou denominar de paraísos fiscais.

Praticamente desde que há imposto, há paraíso fiscal. Sua verificação se dá desde a Grécia Antiga, época na qual algumas ilhas serviam para armazenamento de mercadorias a fim de fugirem ao pagamento de impostos em Atenas¹⁷. Um famoso paraíso fiscal, a Suíça, muito antes da Primeira Guerra Mundial já atraía ativos provenientes de diversos países, diversos dos quais de fora da Europa inclusive. A despeito de não proporcionarem relevantes ganhos de capital aos investidores que lá depositavam seus recursos, as estabilidades política e cambial, além do sigilo bancário, já eram grandes atrativos¹⁸.

Não obstante, a premente necessidade de recursos de diversos países europeus nos períodos pós-guerras para reconstrução de suas infraestruturas e utilização nas demais despesas públicas fez com que o aumento dos tributos se tornasse inevitável. O imediato efeito negativo foi a fuga de recursos financeiros para países que possuíam baixa tributação sobre o capital e neutralidade em relação aos conflitos, sendo o principal destino a Suíça. Tais países, cientes deste fluxo, trataram de abaixar ainda mais a carga tributária, a fim de se tornarem polos atrativos de capital¹⁹.

Entre as décadas de 1920 e 1970, a Suíça prosperava como o principal paraíso fiscal. No entanto, a partir da década de 1980, outros países que já possuíam características atribuíveis a paraísos fiscais começaram a desenvolver suas legislações em benefício de

¹⁶ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 117.

¹⁷ Maria Eduarda AZEVEDO, “A elisão fiscal internacional”, 32.

¹⁸ Caroline DOGGART, *Paraísos Fiscais*, 3.ª ed., Porto: Vida Económica, 2003, 11-12.

¹⁹ Eugenia Ramona MARA, “Determinants of tax havens”, *Procedia Economics and Finance* 32 (dezembro 2015) 1638-1640.

investidores estrangeiros que para lá levassem seus capitais²⁰. Desde então, o que se tem visto é a prosperidade dos paraísos fiscais, a sofisticação de suas leis e, conseqüentemente, um enorme deslocamento de capital para fins elisivos ou evasivos.

A motivação de países ou territórios para desenvolverem legislações com as características que identificaremos abaixo é simples: atração de recursos estrangeiros que servirão de propulsores de suas economias das mais variadas formas, gerando, sobretudo, maior arrecadação. Se não fossem paraísos fiscais, a maioria desses países ou territórios não teria outra forma de obtenção de receitas públicas e de geração de riqueza nas mesmas cifras que experimentam, o que faz com que a discussão acerca da legitimidade de suas legislações ganhe maior complexidade.

1.2. Delimitação conceitual

Não há consenso, doutrinário ou legal, acerca do exato conceito de paraíso fiscal, sendo que a dificuldade de indicação de critérios objetivos impacta, outrossim, a denominação utilizada. Por diplomacia, as legislações fiscais domésticas tendem a utilizar expressões como “regime fiscal privilegiado”, “país submetido a regime de tributação mais vantajoso”, “territórios de fiscalidade privilegiada”, “oásis fiscais”, “regimes fiscais claramente mais favoráveis” — expressão utilizada pelo legislador português — ou alguma designação semelhante para se referirem àqueles países que possuem tributos mais vantajosos do que os seus²¹.

Há uma série de características que compõem um paraíso fiscal²²⁻²³. As principais são: *i*) regime fiscal muito benéfico relativo ao

²⁰ Gabriel ZUCMAN, *The hidden wealth of nations: the scourge of tax havens*, trad. Teresa Lavender Fagan, Chicago: The University of Chicago Press, 2015, 22 e s.

²¹ Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 357.

²² Maria Eduarda AZEVEDO, “A elisão fiscal internacional”, 34.

²³ Há outras características citadas na literatura sobre o tema, a exemplo do forte sigilo dos profissionais que assessoram as empresas com capital estrangeiro assegurado pelas legislações. Contudo, as nove características elencadas são tidas como as principais, sendo as demais delas derivadas. Nesse sentido, cf. Christian CHAVAGNEUX / Ronen PALAN, *Les paradis fiscaux*, 3.^a ed., Paris : La Découverte, 2012, 10-12.

imposto sobre a renda; *ii*) legislação societária flexível que permite, inclusive, rápida e fácil constituição de pessoas colectivas; *iii*) legislação financeira flexível; *iv*) falta de mecanismos de controlo e de restrições cambiais; *v*) criação de instrumentos para contornar regras prudenciais; *vi*) fortes sigilos bancários e comercial; *vii*) ausência de troca de informações com autoridades de outros países; *viii*) bom sistema de comunicações; e *ix*) estabilidades política e social.

A carência de uniformidade acerca da definição de paraíso fiscal implica na óbvia debilidade classificatória e divisória dos tipos de paraísos fiscais, relevantes para apreciação das dinâmicas de seus multifários impactos. Avi-Yonah identificou, de maneira ampla, três tipos de paraísos fiscais²⁴. O primeiro deles corresponde aos *Paraísos Fiscais de Produção*, que são aqueles países que adotam isenções ou benefícios fiscais para atrair investidores estrangeiros que construam fábricas neles. Com foco quase exclusivo na exportação para o mercado externo, esses paraísos fiscais concedem tratamento diferenciado ao capital estrangeiro, de cujos benefícios os nacionais não gozam.

O segundo corresponde aos *Paraísos Fiscais Tradicionais*, representados pelos países com pouca ou nenhuma tributação sobre a renda para que, assim, atraiam investidores estrangeiros e instituições financeiras sob a promessa de manterem a tributação baixa ou inexistente. Esses paraísos fiscais possuem, essencialmente, legislação altamente protetora de informações relativas às empresas e às transações que estas efetuam, sendo o sigilo bancário fator de alta atratividade.

O terceiro tipo atine aos *Paraísos Fiscais para Sedes*, cujos países que nele se enquadram têm regimes destinados a incentivar que empresas transnacionais neles estabeleçam suas sedes, sob a promessa de não tributarem ou tributarem com alíquotas baixas as rendas derivadas de suas subsidiárias estrangeiras.

O delineamento das precípuas características dos paraísos fiscais e de suas consequentes categorizações é relevante para a correta análise dos mecanismos que são utilizados para fins de redução ou exclusão dos tributos aplicáveis a determinados casos concretos e para a consequente identificação do instituto jurídico presente: se a elisão ou a evasão fiscal. Ademais, após esse *iter* de

²⁴ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 128.

constatações, a relevância é abstraída da necessidade de subsunção das normas legais aplicáveis.

Contudo, a maneira mais comum de identificação de paraísos fiscais é a divulgação de um rol de países e territórios que podem ser considerados como tal. Com critérios muitas vezes obscuros e não isonômicos — pois países que, por dedução lógica, deveriam estar em determinadas listas, por motivos políticos e comerciais não estão —, as listas mais comuns são as que indicam nominalmente os países com regimes fiscais considerados privilegiados. A maioria dos países adotam este sistema de listas; dentre eles: Austrália, Bélgica, Brasil, Dinamarca, França, Itália, Japão, Portugal, Espanha, Reino Unido e os Estados Unidos.

Em regra, há o que se convencionou denominar de listas negras, nas quais se encontram os países com regimes fiscais privilegiados. Por outro lado, há países que preferem a divulgação de listas daqueles que não são considerados paraísos fiscais, o que implica na não declaração de que determinados países ou territórios são paraísos fiscais. Trata-se das listas brancas²⁵, adotadas pelo Reino Unido e pelo Canadá, por exemplo.

Nota-se, outrossim, que o Reino Unido ainda elaborou uma lista cinzenta, que seria uma lista de transição, na qual os países que nela se encontram são considerados, ainda que temporariamente, paraísos fiscais e ficariam sujeitos a análise mais detalhada sobre as medidas que tomariam ou estariam tomando a fim de não mais terem seus regimes fiscais considerados privilegiados pelo Reino Unido.

O primeiro país a formular uma lista de paraísos fiscais foi a Alemanha, em 1972, por meio da *Aussensteuergesetz*, denominando-os, por uma questão diplomática, de *países de reduzidos impostos*. Inicialmente, a lista contemplava unicamente os paraísos fiscais para pessoas singulares e não para as colectivas²⁶.

Há países tidos como paraísos fiscais “clássicos”, que figuram não apenas em listas de organizações internacionais, mas também em listas de autoridades fiscais de inúmeros países, além de se en-

²⁵ Caroline DOGGART, *Paraísos Fiscais*, 30.

²⁶ Fernando António Fonte RAMOS, “Paraísos Fiscais”, in *Polícia e Justiça*, III Série, 6 (jul-dez 2015) 29.

quadrarem nas principais características presentes nos paraísos fiscais, descritas acima.

A falta de harmonização conceitual dos paraísos fiscais implica na necessária cautela ao analisar as características que os compõem, para correto sopesamento. Embora os EUA não sejam considerados um país de baixa tributação e, via de regra, não sejam caracterizados como um paraíso fiscal, não tributam, por exemplo, os juros pagos aos residentes de outros países que detenham depósitos bancários em sua jurisdição, de modo a encorajar a permanência destes recursos na economia estadunidense²⁷.

Importa contudo observar que, para ser efetivamente considerado privilegiado para fins de figurar em uma ou mais listas negras, ou ser tratado por alguma legislação como temerária, o regime fiscal de determinado país ou território deve ser, de facto, nocivo à economia de outro Estado. Embora seja possível sua caracterização como paraíso fiscal, não seria adequado tratar o Vaticano como tal, pois a isenção de impostos se aplica apenas aos seus residentes, que são cerca de 500 pessoas, não sendo possível beneficiar de seu regime fiscal como mero imigrante e nem mesmo por meio de pessoa colectiva²⁸. A escala é tão ínfima que classificar o Vaticano como paraíso fiscal pode implicar em indesejado desvirtuamento do conceito.

1.3. Utilização dos paraísos fiscais

Os planeamentos fiscais engendrados pelas empresas transnacionais são, via de regra, elaborados e operacionalizados com a utilização de sofisticadas estruturas societárias e contratuais. Não nos debruçaremos sobre suas especificidades, pois além de não serem objeto deste trabalho, a constante sofisticação das técnicas elisivas e evasivas nos acautela a apresentar somente seu panorama.

Como abordado na introdução deste trabalho, as transnacionais albergam um conceito que, além de transcender países em atuação e presença, compreende um conjunto de pessoas colectivas. Sob a perspectiva societária, as empresas transnacionais utili-

²⁷ Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 362.

²⁸ Caroline DOGGART, *Paraísos Fiscais*, 87.

zam uma sociedade conhecida como *holding*²⁹, que não configura um tipo societário. A *holding* pode ser organizada sob qualquer forma lícita admitida no direito do país no qual é constituída, sendo sua definição designadora de uma sociedade que tem como objeto social a participação societária em outras pessoas jurídicas³⁰, independentemente de seus objetos sociais.

Nada mais é do que um instrumento de organização multifária no âmbito de um grupo de sociedades, permitindo coordenação do controle interno³¹ — no âmbito societário —, melhor gestão das empresas que compõem o grupo, melhor organização contábil, além de serem utilizadas como instrumentos de planejamento tributário, como veremos adiante. A *holding* pode ser pura ou mista, sendo a primeira unicamente utilizada para deter participações societárias de outras pessoas jurídicas, ao passo que a *holding* mista pode ter outros objetos sociais secundários.

Costumeiramente, elas se estabelecem no topo dos organogramas dos grupos, sendo domiciliadas em países desenvolvidos e com regimes fiscais que não são considerados privilegiados, sendo seus sócios, em tese, os beneficiários finais dos lucros auferidos³².

As transnacionais também utilizam as denominadas *sociiedades-base*, que são pessoas jurídicas constituídas em paraísos fiscais

²⁹ Sobre a sociedade *holding*, cf. Fábio Konder COMPARATO / Calixto SALOMÃO FILHO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 6.^a ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014:142-148; e Berardino LIBONATI, *Holding e Investment Trust*, Milão: Giuffrè, 1969.

³⁰ Optamos por utilizar o termo “pessoas jurídicas”, pois a participação pode se dar em tipos de organização empresarial que não sejam sociedades. Por não se tratar de um trabalho com foco em regime jurídico de um determinado país, as expressões genéricas tendem a satisfazer melhor os anseios ora pretendidos.

³¹ As propriedades das participações societárias em outras empresas podem ou não implicar que a *holding* tenha poder de controle sobre aquelas, não sendo isso, contudo, fator determinante para a sua caracterização. No direito estadunidense, a *holding* que tem o controle das empresas cujas participações societárias possui é denominada *holding corporation*, ao passo que a *holding* que é utilizada como instrumento de exercício do poder de controle e é caracterizada como “sociedade-mãe”, é denominada *holding company*. Nesse sentido, cf. Henry W. BALLANTINE, *On corporations*, Chicago: Ed. Revista, 1946, 308.

³² Embora esse seja o caminho natural, como veremos adiante, muitas vezes os lucros não são distribuídos nas *holdings*, justamente em razão de obstáculos fiscais, que fazem com que eles fiquem “retidos” em outras sociedades do grupo.

e que são controladas³³ pela *holding*, direta ou indiretamente. A forma de controle indireto usualmente empregue pelas empresas transnacionais é a utilização de uma ou mais pessoas colectivas intermediárias — controladas pela sociedade-mãe —, também denominadas *sociedades-operadoras*, que poderão estar domiciliadas em um terceiro país ou no próprio paraíso fiscal³⁴. A precípua função das sociedades-base é o recebimento dos rendimentos que seriam destinados diretamente à sociedade-mãe, para assim evitar que eles sejam tributados no país de origem desta³⁵. Doravante, neste trabalho qualificaremos como *subsidiárias* tanto as sociedades-base quanto as sociedades-operadoras, para facilitar a compreensão de que se está a falar das sociedades constituídas em outros países que não o da sociedade-mãe.

Diversas são as formas de utilização das subsidiárias das empresas transnacionais em paraísos fiscais, das quais destacamos algumas. A primeira delas é a manipulação de preços³⁶ relacionados com a importação e exportação de bens e serviços³⁷ entre empresas do mesmo grupo económico. Diferentemente do que ocorreria em uma relação jurídico-contratual entre empresas independentes, que estabeleceriam os preços consoante as regras naturais do mercado, pautados pelo amplamente conhecido princípio da oferta e da demanda, as sociedades que compõem um grupo podem estabelecer os preços de maneira artificial, a fim de promoverem uma transferência indireta de lucros (*transfer pricing*), que permite a atrofia dos lucros tributáveis em um país e a hipertrofia dos lucros

³³ Para uma análise aprofundada do poder de controle, especialmente a necessária distinção entre poder de controle societário e poder de controle empresarial, cf. Walfrido Jorge WARDE JÚNIOR, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³⁴ No primeiro caso, as sociedades-base controladas pelas sociedades-operadoras serão denominadas de *sociedades-base típicas*. Caso, contudo, ambas sejam domiciliadas no mesmo paraíso fiscal, as sociedades-base serão atípicas. Nesse sentido, cf. Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 378-379.

³⁵ Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO, “Evasão e fraude fiscal internacional”, 313.

³⁶ Kimberly A. CLAUSING, “Tax-motivated transfer pricing and US intra-firm trade prices”, *Journal of Public Economics* 87 (2003) 2207-2223.

³⁷ Sobretudo serviços, já que as autoridades fiscais e aduaneiras conseguem identificar com maior eficiência artificialidades nos preços de bens.

tributáveis em outro³⁸. Este segundo país, que tributará os lucros indiretamente transferidos, será justamente o paraíso fiscal.

A segunda forma que destacamos são as simulações de empréstimos³⁹, nas quais as pessoas colectivas de países com altas alíquotas de imposto sobre os rendimentos contratam mútuos com suas subsidiárias localizadas em paraísos fiscais, pagando a estas altos juros como remuneração do capital emprestado. Este artifício faz com que a sociedade mutuária, ou seja, a que contratou o empréstimo aufera menos lucros por força do pagamento dos juros, geralmente altos, à sociedade mutuante que, por sua vez, obteve rendimentos advindos do empréstimo que culminarão em lucros.

A terceira forma consiste na transferência de ativos intangíveis⁴⁰ às pessoas colectivas localizadas em paraísos fiscais, que licenciarão suas utilizações àquelas localizadas no país de origem a altos preços. Esta forma em muito se assemelha à *transfer pricing*, já que ambas possuem a mesma lógica. A diferença está no alto potencial de manipulação dos preços envolvidos e nas diferentes técnicas que podem ser utilizadas tanto para transferir o ativo intangível⁴¹ quanto para licenciá-lo.

Como uma quarta, destacamos a simples acumulação de rendimentos pela subsidiária domiciliada em paraíso fiscal, que acumulará o que seria destinado à sociedade-mãe e por ela seria em grande parte auferido como lucros (*international tax deferral*)⁴². A distribuição de tais rendimentos, na forma de lucros, apenas será feita em momento oportuno do ponto de vista da tributação, a exemplo de eventual oportunidade em que o sócio domiciliado em país que não possua regime fiscal privilegiado apresente prejuízos fiscais compensáveis.

³⁸ Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 432.

³⁹ Harry HUIZINGA / Luc LAEVEN / Gaëtan NICODÈME, “Capital Structure and International Debt Shifting”, *Journal of Financial Economics* 88/1 (2008) 80-118.

⁴⁰ Michael W. FAULKENDER / Kristine W. HANKINS / Mitchell A. PETERSON, *Understanding the Rise in Corporate Cash: Precautionary Savings or Foreign Taxes*. NBER working paper n.º 23799, setembro de 2017, 55 p.

⁴¹ Que podem envolver desde a mera compra e venda até operações societárias com cisão total ou parcial da pessoa colectiva envolvida.

⁴² Sobre *tax deferral*, cf. Christopher H. HANNA, “Demystifying Tax Deferral”, *SMU Law Review* 52/2 (1999) 383-422; e Peter A. GLICKLICH, / Candice M. TURNER, “Anti-Deferral and Anti-Tax Avoidance”, *International Tax Journal* 33/2 (março-abril 2007) 5-8 e 66-67.

Outrossim, destacamos o *treaty shopping*⁴³, que consiste na utilização de *conduit companies*⁴⁴ domiciliadas em países que sejam signatários de acordos ou tratados de natureza fiscal, em busca dos regimes que sejam mais favoráveis às empresas transnacionais, quando o país de origem e o país de destino dos recursos não possuam a melhor relação fiscal possível. Otimiza-se, assim, a operação pela aposição de uma ou mais empresas do grupo no caminho percorrido.

Dentre inúmeras outras formas de utilização das estruturas societárias e contratuais no âmbito dos paraísos fiscais para fins elisivos ou fraudulentos, está a constituição de uma sociedade com as mesmas características da sociedade-mãe, mas em paraíso fiscal. Neste caso, essa nova sociedade seria responsável por toda as operações de determinado grupo transnacional em uma dada circunscrição. Como exemplo, poder-se-ia imaginar que, para evitar o pagamento de impostos diretos nos Estados Unidos, os sócios de uma empresa transnacional estadunidense constituem uma outra sociedade em um paraíso fiscal e esta gozará de todos os rendimentos experimentados globalmente, com exceção justamente dos Estados Unidos. Por meio de contratos aptos a possibilitar o regular exercício de atividade empresarial em nome da empresa-mãe original — e.g., contratos de licença de uso de marca etc. —, os lucros distribuídos aos sócios dificilmente ingressarão na jurisdição norte-americana, de modo que seus sócios carecerão de estruturas complementares para poderem manter tais recursos no estrangeiro.

2. Importância do combate aos paraísos fiscais

Em todos os exemplos citados acima, as empresas transnacionais utilizam estruturas societárias e contratuais alicerçadas em

⁴³ Para maior aprofundamento acerca do *treaty shopping*, cf. Stef van WEEGHEL, *The Improper Use of Tax Treaties — with Particular Reference to the Netherlands and the United States*, The Hague: Kluwer Law International, 1998; e Luís Eduardo SCHOUERI, *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação — Treaty Shopping*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 197 p.

⁴⁴ *Conduit Company* é uma pessoa colectiva constituída em um paraíso fiscal com o único intuito de ser um canal de trânsito de rendimentos ou como parte contratante em alguma transação específica, para posterior redirecionamento ao real beneficiário. Cf. Alberto XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 395.

paraísos fiscais para diminuir ou evitarem o pagamento de impostos diretos em seus países de origem, que possuem regimes fiscais mais rigorosos. A consequência é clara: não há pagamento de tributos ou há substancial redução dos montantes a serem pagos aos países que não são considerados paraísos fiscais, impactando, portanto, diretamente a arrecadação destes.

A competição global para atração de investimentos tem pressionado cada vez mais os países a reduzirem a carga tributária atinente aos impostos diretos, pois além daqueles que desejam atrair investidores nacionais e, sobretudo, estrangeiros, há aqueles que já possuem relevante quantidade de investidores e não desejam suas saídas para destinos com condições tributárias mais benéficas. Verifica-se que desde 1985 houve grande redução das alíquotas dos impostos sobre os rendimentos das pessoas colectivas ao redor do mundo, tendo, desde então, passado de 49% para 24%, em média⁴⁵. A competição é tal que, em 2018, os Estados Unidos da América reduziram suas alíquotas de imposto sobre rendimentos de pessoas colectivas de 35% para 21%⁴⁶.

Essa competição fiscal entre os países é fortemente aprofundada em razão da existência dos paraísos fiscais, que promovem verdadeiros êxodos de capital dos países de origem das grandes empresas transnacionais, instrumentalizados por sofisticadas técnicas de planeamento tributário com finalidades elisivas.

Contudo, a mensuração dos danos diretos e indiretos causados às receitas públicas e, em última análise, às finanças públicas em geral dos países que não são paraísos fiscais é extremamente difícil. Os motivos para esta dificuldade são variados, sendo os principais o grande sigilo bancário implementado e possibilitado pelos paraísos fiscais, a falta de intercâmbio de informações com outros países e a carência de mecanismos eficientes de regulação ou combate aos regimes fiscais privilegiados nocivos à economia global.

⁴⁵ Michael KEEN / Kai A. KONRAD, *The Theory of International Tax Competition and Coordination*. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, n.º 2012-06, julho de 2012, 3 e s.

⁴⁶ Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, NBER Working Paper n.º 24701, junho de 2018, 52 p. Pode ser acessado por <<http://www.nber.org/papers/w24701>>.

O recente vazamento de documentos sigilosos, dentre eles os mundialmente conhecidos como *Panama Papers* e *WikiLeaks*, além dos esforços de diversas instituições pelo mundo, possibilitaram o acesso a informações antes secretas e o cruzamento de dados para a medição fidedigna sob diferentes perspectivas de impactos dos paraísos fiscais. Talvez o estudo mais apurado e recente sobre o tema seja o *The Missing Profits of Nations*, publicado em junho de 2018 por Thomas Torslov, Ludvig Wier e Gabriel Zucman, no qual os autores utilizaram dados relativos a afiliadas e empresas do mesmo grupo económico de companhias transnacionais situadas em paraísos fiscais⁴⁷.

O referido estudo demonstrou que cerca de 40% dos lucros auferidos pelas empresas transnacionais fora de seus países de origem são transferidos para paraísos fiscais em detrimento de serem remetidos às empresas controladoras, como usualmente se faria⁴⁸. Isso corresponde a mais de 600 mil milhões de dólares por ano⁴⁹.

Os países que mais perdem receitas fiscais em decorrência de práticas de elisão fiscal internacional são os países europeus que não são paraísos fiscais⁵⁰, e os Estados Unidos, cujas pessoas colectivas de lá originadas são as que mais promovem esta prática no mundo. Estima-se que esses países membros da União Europeia deixem de arrecadar anualmente 20% das receitas fiscais advindas dos lucros das pessoas colectivas e os Estados Unidos 15%. A

⁴⁷ Trata de pesquisa sofisticada, com farta utilização de dados novos e sob critérios objetivos. Ademais, há direta comparação com outros trabalhos até então desenvolvidos por outros autores, cujos resultados são confrontados e, havendo discrepâncias, as justificativas são realizadas com fundamentos económicos. Basicamente, os estudos que vinham sendo elaborados utilizavam métodos indiretos para estimar os montantes de lucros que eram destinados a empresas sediadas em paraísos fiscais, ao passo que os autores em referência utilizaram dados contabilizados pelas empresas transnacionais. Cf. Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*.

⁴⁸ Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 3.

⁴⁹ Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 24.

⁵⁰ Países como Irlanda, Suíça, Luxemburgo, Liechtenstein, dentre outros, e territórios como Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Virgens Americanas e Ilhas Jersey, por exemplo, são considerados pela maioria dos autores e, inclusive, por diversas listas como paraísos fiscais. Nesse sentido, cf. Jane G. GRAVELLE, "Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion", *National Tax Journal* 62/4 (dezembro de 2009) 727-753.

média global em termos de receitas fiscais que deixam de ser auferidas é da ordem de 10%, o que demonstra a indubitável mazela engendrada pelos paraísos fiscais à economia global.

Os paraísos fiscais formam um círculo vicioso, no qual a enorme atratividade que possuem decorre das baixas alíquotas de impostos diretos que, quanto mais baixas, mais atraem capital externo e, consequentemente, aumentam as receitas fiscais dos países de destino. Desde a década de 1990, as alíquotas de impostos sobre rendimentos dos países que possuem sistemas tributários privilegiados têm decrescido em proporção inversa ao crescimento da porcentagem de participação das receitas fiscais nas receitas efectivas dos paraísos fiscais⁵¹.

Porém, isso não significa que os paraísos fiscais sejam os destinos de parcela substancial dos impostos que deveriam ser recolhidos sobre os rendimentos das empresas transnacionais. O fenómeno que eles representam, embora lhes traga consideráveis receitas fiscais, impacta significativamente, e de maneira negativa, os demais países. Contudo, parte substancial dos lucros dessas pessoas colectivas deixam de ser tributados, não sendo, portanto, destinados a nenhum erário. Em outras palavras, as empresas transnacionais aumentam demasiadamente suas margens de lucros, os países de origem dessas empresas têm perdas significativas em receitas fiscais e, por fim, os paraísos fiscais beneficiam com o consequente aumento de suas receitas fiscais, não obstante possuam baixas alíquotas.

Utilizando uma métrica que relaciona pagamentos aos funcionários e lucratividade, tem-se que as pessoas colectivas controladas direta ou indiretamente por transnacionais sediadas nos Estados Unidos da América são muito mais lucrativas quando situadas em paraísos fiscais do que nos demais países. Elas lucram, em média, 49 centavos de dólar por cada dólar pago aos trabalhadores em países cujos impostos sobre os rendimentos de pessoas colectivas sejam normais, ao passo que nos paraísos fiscais essa proporção varia de 300% na Suíça a 800% na Irlanda, por exemplo⁵².

⁵¹ Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 24 e s.

⁵² Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 20.

Na tentativa de evitarem ou amenizarem os efeitos causados pelos paraísos fiscais, os demais países tendem a diminuir suas alíquotas de impostos diretos, fato potencializado pela relativa facilidade que as empresas transnacionais têm em mudar suas sedes, subsidiárias e até mesmo fábricas de um país para outro, gozando, assim, de diversos benefícios fiscais nos países em que se encontram⁵³. Muitos desses países, ao sopesarem os ônus da saída de empresas transnacionais em face dos benefícios fiscais, tendem a priorizar a permanência dessas empresas em seus territórios, pois, diferentemente dos motivos que levam determinados países a possuírem regimes fiscais privilegiados, os países que possuem impostos sobre rendimentos considerados normais ou altos visam não apenas às receitas fiscais advindas de rendimentos, mas também às gerações de empregos diretos, indiretos, à circulação de bens e serviços e ao regular funcionamento de suas economias sob os demais aspectos micro e macro económicos.

Em contraposição à redução de receita fiscal decorrente dos benefícios dados às empresas e às baixas alíquotas de impostos sobre os rendimentos delas, os países tendem a aumentar a tributação sobre consumo e sobre os salários⁵⁴. A melhor forma de distribuição de renda e a forma mais justa de tributação é justamente a tributação direta sobre a renda com alíquotas progressivas, em prestígio aos *princípios da progressividade da capacidade contributiva*⁵⁵. No entanto, o impacto que ela causa com fuga de capitais é imenso, sobretudo daqueles indivíduos que possuem altos patrimônios e, conseqüentemente, maior acesso a técnicas elisivas.

Destarte, os países não apenas distribuem a arrecadação com tributos indiretos, como muitas vezes tributam mais fortemente

⁵³ Cf. James R. HINES JR. / Eric M. RICE, "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business", *Quarterly Journal of Economics* 109/1 (fevereiro de 1994) 149-182; Rosanne ALTSHULER / T. Scott NEWLON, "The Effects of U.S. Tax Policy on the Income Repatriation Patterns of U.S. Multinational Corporations", in Alberto GIOVANNINI *et al.*, ed., *Studies in International Taxation*. Chicago: University of Chicago Press, 1993, 77-116.

⁵⁴ Cf. Jeffrey Owens OWENS / Jacques SASSEVILLE, *Emerging Issues in Tax Reform*. Paper apresentado no International Fiscal Association Congress, Nova Delhi, outubro de 1997.

⁵⁵ Acerca dos princípios da progressividade e da capacidade contributiva e de interessante crítica acerca da correlação que se faz entre esses princípios, cf. Luís Eduardo SCHOUERI, *Planejamento fiscal*, 374-383.

pela via indireta, pois esse deslocamento enseja menor impacto às fontes do capital, implicando em maior pulverização das vias contributivas. Proporcionalmente, os mais ricos sentem menor impacto do que os mais pobres, pois a perda marginal para os sujeitos com altos rendimentos é menor.

Esse fenómeno tem sido verificado de maneira paulatina e irrefreável, sempre em benefício daqueles que possuem maior poderio económico. Além do mencionado crescente deslocamento da relevância da participação dos impostos diretos para os impostos indiretos nas receitas fiscais, nota-se que com a abertura das economias dos países membros da OCDE, há uma tendência à redução da tributação sobre a renda das empresas e o concomitante aumento da tributação sobre os salários, o que também finda por dar maior equilíbrio às arrecadações dos Estados⁵⁶⁻⁵⁷.

Essas constantes mudanças na dinâmica de arrecadações são nocivas para todos os países. Os subdesenvolvidos sofrem por já terem naturais dificuldades: de proporcionar aos seus cidadãos ou às pessoas colectivas ambientes que propiciem altos rendimentos; de atrair investimentos estrangeiros; e, conseqüentemente, de auferir receitas públicas relevantes. Os países em desenvolvimento, por sua vez, estão mergulhados num cenário de alta competitividade e alta incerteza, o que os obriga a tomarem medidas agressivas

⁵⁶ Cf. Enrique G. MENDOZA / Assaf RAZIN / Linda L. TESAR, “Effective Tax Rates in Macroeconomics: Cross-Country Estimates of Tax Rates on Factor Income and Consumption”, *Journal of Monetary Economics* 34/3 (fevereiro de 1994) 297-323; Enrique G. MENDOZA / Maria MILESI-FERRETTI / Patrick ASEA, “On the ineffectiveness of tax policy in altering long-run growth: Harberger’s superneutrality conjecture”, *Journal of Public Economics* 66/1 (outubro de 1997) 99-126.

⁵⁷ Importante ressaltar que essa transição, embora amplamente verificada, não se aplica a todos os países. Isso porque muitos países atraem empresas transnacionais em razão de seu amplo mercado consumidor, de suas riquezas naturais e de eventuais facilidades logísticas, motivos que justificariam a presença de subsidiárias dessas companhias, apesar de sua tributação direta ser, eventualmente, considerada alta. Não obstante, caso haja outros países com condições de oferecer riquezas naturais tão boas quanto mercado consumidor grande, etc., a guerra fiscal entra em cena novamente, não havendo outra opção senão participar dela e oferecer incentivos fiscais aos investidores estrangeiros. Nesse sentido, cf. Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 122.; e Eric BOND, “Tax Holidays and Industry Behavior”, *Review of Economics and Statistics* 63/1 (fevereiro de 1981) 88-95; James R. HINES JR., “Lessons from Behavioral Responses to International Taxation”, *National Tax Journal* 52 (junho de 1999) 305-322.

de captação de investimentos, de manutenção do capital neles presente e de adequação das fontes de receitas públicas, sobretudo fiscais. Por fim, as guerras fiscais são nocivas também para os países desenvolvidos, que dependem de alto gasto governamental para a manutenção da seguridade social, que é ameaçada pela eventual e iminente necessidade de redução de alíquotas dos tributos⁵⁸.

Evidente, portanto, a importância do combate aos paraísos fiscais pelos demais países, dado o enorme impacto que causam nas arrecadações destes e, conseqüentemente, em todos os seus planos económicos. Todavia, subsistem questionamentos acerca do modo como os países têm enfrentado esse mal para as suas economias e se seus planos de ação se têm demonstrado eficientes.

3. O combate aos Paraísos Fiscais

Cada país possui seu próprio sistema legal de proteção do erário, com regras que almejam evitar a prática de elisão ou evasão fiscal pelos seus contribuintes, mesclando legislações de natureza fiscal, criminal, económica, financeira, dentre outras. Não nos cabe aqui investigar as especificidades das legislações de cada país em causa, pois além de cada qual ter sua própria maneira de disciplinar o combate às práticas que visam a reduzir ou evitar o recolhimento de impostos, o foco deste trabalho atine ao tratamento multilateral da matéria.

Contudo, de maneira genérica, as legislações nacionais têm geralmente pontos em comum quanto à forma de tentar impedir que as empresas transnacionais se valham de outro regime fiscal que julguem lhes ser mais benéfico, em detrimento do recolhimento de imposto em seu país de origem. Ao tratarmos das disciplinas legais dadas aos países no tocante à utilização de paraísos fiscais para fins elisivos ou evasivos, o ponto de partida é a utilização das listas que elencam os países ou territórios considerados para aquele determinado fisco como possuidores de regimes fiscais privilegiados. Isso faz com que as operações financeiras realizadas por empresas transnacionais sediadas naquele país determinado sejam objeto de

⁵⁸ Cf. Deborah ROSEVEARE *et al.*, *Ageing Populations, Pension Systems and Government Budgets: Simulations for 20 OECD Countries*, OECD Economics Department Working Papers, n.º 168, janeiro de 1996, 70 p.

especial escrutínio pelas autoridades fiscalizadoras quando estejam relacionadas com algum país ou território indicado na lista.

As leis disciplinadoras dos impostos sobre os rendimentos das pessoas colectivas, por exemplo, tendem a estabelecer um conjunto de normas anti-abuso, com a finalidade de combater comportamentos específicos potencialmente elisivos através do estabelecimento de presunções relativas, inversões do ónus da prova, desconsideração de certos custos quando envolverem paraísos fiscais, regras atinentes aos preços de transferência, entre outras.

Não obstante, para os paraísos fiscais, as consequências práticas de se estar em uma é eventualmente ter um menor número de transações comerciais com os demais países e diminuição da reputação. No entanto, não se verifica de maneira sistemática qualquer tipo de sanção direta e genérica para os países que são dessa forma considerados.

A importância das legislações dos países que visem à prevenção, fiscalização e combate à utilização de paraísos fiscais com finalidade elisiva ou evasiva é incontestável. Entretanto, não basta a mera existência delas por dois motivos: primeiro porque as legislações nacionais não têm capacidade de frear a atuação dos paraísos fiscais, por não exercerem qualquer influência sobre a soberania daqueles países; e segundo porque, sem uma atuação coordenada, as empresas transnacionais sempre encontrarão brechas legais e promoverão maiores sofisticacões em suas estruturas societárias e contratuais.

É inegável que a primeira frente de combate aos paraísos fiscais é composta justamente pelos países que são por aqueles prejudicados, mas também é inegável a necessidade de uma atuação articulada, para que se dirimam as possibilidades de ação das empresas transnacionais em encontrar subterfúgios para diminuir ou evitarem o pagamento de impostos diretos. Ademais, quanto maior o número de países exercendo pressões sobre os paraísos fiscais, melhores serão os resultados obtidos.

3.1. A atuação da OCDE

Embora importantes, as legislações dos países têm-se mostrando, individualmente, inócuas em face da agressividade com a qual os paraísos fiscais os afetam, de modo que os organismos de alcance global assumem papel de inegável importância na coordena-

ção e implementação de regras e práticas que permitam a diminuição dos efeitos nocivos das guerras fiscais, em muito robustecidas pelos paraísos fiscais. A racionalidade é simples: quanto maior o número de países que adotem medidas contra os paraísos fiscais, mais eficiente será o combate, em razão da diminuição das possibilidades de planeamentos com fins elisivos ou evasivos.

Para alguns, a OCDE é a organização mais adequada para tratar das discussões acerca de guerras fiscais e, inclusive, de paraísos fiscais, no mínimo por três motivos⁵⁹. O primeiro deles é que para que os investidores corram menos riscos com seus capitais investidos, o ideal é que façam seus investimentos em um país membro da OCDE. Hipoteticamente, se os países membros da OCDE tributassem os rendimentos provenientes de investimentos estrangeiros, não haveria necessidade de se preocuparem com paraísos fiscais, pois os pontos de inflexão poderiam ser sanados de maneira homogênea, sem preocupação com a concorrência de outros regimes fiscais.

O segundo motivo é que 93% de tudo o que é produzido no mundo é feito por subsidiárias de empresas transnacionais cujas sedes se encontram em países membros da OCDE⁶⁰, de modo que esses países podem, de maneira coordenada, tributar as receitas de suas empresas advindas do exterior. Essas transnacionais tendem a permanecer nesses países membros da OCDE devido às suas legislações acerca de empresas e mercados de capitais serem protetivas dos investidores e lhes darem segurança jurídica.

O terceiro motivo é que a OCDE pode ser considerada uma instituição com a experiência adequada às discussões sobre concorrência fiscal prejudicial, por todo o seu histórico em relação à matéria. Em 1998, esta organização publicou um relatório intitulado *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*, no qual pretendeu buscar uma definição para a identificação dos paraísos fiscais, a fim de harmonizar o conceito em nível global, especialmente entre seus países membros. Segundo o relatório, os paraísos fiscais são caracterizados por não promoverem a tributação sobre rendimentos ou possuírem alíquotas baixas; não trocarem

⁵⁹ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 125.

⁶⁰ Cf. *Multinational enterprises in the global economy — heavily debated but hardly measured*. Acedido em: <<https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>>, acessado em 12.06.2019.

informações de maneira efetiva com os demais países em relação aos investidores estrangeiros; não serem transparentes sobre seus regimes fiscais, societários e prudenciais; e, por fim, não exigirem que os investidores comprovem atividade substancial como forma de demonstração de lastro de seus recursos⁶¹.

Desde então, a OCDE vem ganhando notável importância como fórum de discussões sobre questões fiscais, bem como fonte de *soft law* de caráter regulatório em matérias fiscais. A partir de 2000, a organização passou a publicar listas de países que são considerados paraísos fiscais, e atualmente possui três listas. A *lista negra* é composta por países considerados paraísos fiscais e que não se comprometeram perante a OCDE a realizar adaptações em suas legislações a fim de que seus regimes fiscais não sejam considerados nocivos. A *lista cinza* elenca os países que se comprometeram, de alguma forma, a adaptar suas legislações de acordo com as diretrizes estabelecidas pela OCDE. E, por fim, a *lista branca* é composta pelos países que estão a implementar as adequações requeridas pela organização⁶².

Entendemos que *é meritório* o esforço dessa organização em promover debates técnicos e com ampla participação inclusive de países não membros, bem como em estabelecer um *iter* de condutas em matéria fiscal que deverão ser tomadas pelos países — com desejáveis implicações em suas legislações. Destaca-se o documento intitulado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*⁶³, publicado em 2013, no qual a OCDE apresenta a erosão de base tributária e a transferência de lucros, e cuja sigla e acrônimo BEPS designa a utilização de planejamentos fiscais agressivos pelas empresas transnacionais que se aproveitam justamente das brechas nas legislações dos países e de elementos de estraneidade para promover a transferência de lucros para países com regimes fiscais privilegiados.

⁶¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT AND COOPERATION, *Harmful Tax Competition*, 23. Este relatório é considerado limitado por não abordar a guerra fiscal sobre atividades financeiras e serviços, e nem a tributação sobre receitas advindas de investimentos.

⁶² Cf. Jane G. GRAVELLE, “Tax Havens”, 727-753.

⁶³ ORGANIZATION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT AND COOPERATION, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, in < <https://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>>, acessado em 14.06.2019.

Naquele mesmo ano, com respaldo do G-20, a OCDE publicou o *BEPS Action Plan*⁶⁴, que apresenta quinze planos de ação a serem adotados pelos países membros, por meio de relatórios individualizados, consubstanciados em políticas formuladas para aprimoramento dos mecanismos de controle de evasão fiscal internacional e para diminuição da fuga de capitais para paraísos fiscais decorrente de planejamentos elisivos.

As *ações sugeridas* têm as seguintes temáticas: *a) Ação 1*: identificação dos desafios fiscais relativos à economia digital, cujo relatório apresenta diferentes formas de contornar as vicissitudes encontradas pelos países para recolhimento de impostos diretos e indiretos; *b) Ação 2*: neutralização dos efeitos dos instrumentos híbridos, de modo que os países possam diminuir as brechas que permitam dupla não tributação, dupla dedução de impostos, diferimento do pagamento de impostos, dentre outras; *c) Ação 3*: sugestões de melhoramento das normas atinentes às empresas controladas por estrangeiros, sobretudo no tocante ao escrutínio de informações; *d) Ação 4*: estabelecimento de regras que previnam a erosão da base fiscal em decorrência dos pagamentos de juros ou outros gastos financeiros excessivos; *e) Ação 5*: combate à concorrência fiscal prejudicial entre os países, por meio da adoção de transparência e da exigência de substância econômica das atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais; *f) Ação 6*: impedimento da utilização abusiva de Tratados; *g) Ação 7*: impedimento de utilização de mecanismos artificiais aptos a descaracterizarem um estabelecimento como permanente no país em que deveria ser tributado; *h) Ações 8, 9 e 10*: visam a assegurar que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor de acordo com as funções, ativos e riscos incorridos por cada parte envolvida em uma transação; *i) Ação 11*: estabelecimento de métodos de coleta e análise de dados relativos à erosão da base fiscal e à transferência de lucros, a fim de se otimizar o seu combate; *j) Ação 12*: exigência de que os sujeitos passivos das relações jurídico-fiscais revelem seus mecanismos de planejamento fiscal agressivo; *k) Ação 13*: reexame dos instrumentos utilizados nas operações que envolvam pre-

⁶⁴ ORGANIZATION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT AND COOPERATION, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, in < <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>>, acessado em 14.06.2019.

ço de transferência; l) *Ação 14: dar maior eficiência aos mecanismos de resolução de controvérsias, sobretudo no âmbito fiscal*; e m) *Ação 15: desenvolvimento de um instrumento multilateral, condizente com o atual estágio da economia global e com as sofisticações implementadas pelos planejamentos fiscais, para que se evite a dupla tributação*.

Os planos de ação acima identificados estão no plano da denominada *soft law*, possuindo caráter meramente sugestivo, não sendo oponíveis de maneira peremptória para os países. E esse é apenas um dos aspectos que implicam a limitação da eficiência e, inclusive, da eficácia da atuação da OCDE no combate aos paraísos fiscais⁶⁵.

Algumas são as desvantagens imputadas à atribuição à OCDE da missão de regular a guerra fiscal entre os países⁶⁶. A primeira delas é que a OCDE tem apenas 36 membros⁶⁷ e não se sabe se eles teriam a força necessária para fazer com que outros países não membros também adotassem políticas preventivas quanto à guerra fiscal. Importantes potências económicas como Índia e China são grandes empecilhos para os membros da OCDE.

A segunda desvantagem é que a OCDE é vista por muitos como a organização dos países ricos, de modo que seus membros considerados como países em desenvolvimento, ou que recentemente alcançaram um bom estágio de desenvolvimento — a exemplo de México e Coréia do Sul, respectivamente — não concordariam com muitas das medidas propostas, temendo terem suas economias enfraquecidas em benefício do crescimento dos países desenvolvidos. Não por outro motivo, a intenção da OCDE de desenvolver um acordo multilateral sobre investimentos, o *Multilateral Agreement on Investments*⁶⁸, não se concretizou, pois os países

⁶⁵ Não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista económico, a eficiência é distinta da eficácia. No âmbito económico, enquanto eficiência está relacionada com obtenção de melhores resultados por meio da mínima utilização possível de recursos e do mínimo cometimento de erros, a eficácia relaciona-se diretamente ao atingimento dos efeitos desejados por determinado agente. Nesse sentido, cf. Décio ZYLBERSZTAJN / Rachel SZTAJN, *Direito e economia: análise económica do direito e das organizações*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 81.

⁶⁶ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 126.

⁶⁷ Cf. < <https://www.oecd.org/about/members-and-partners/>>, acessado em 08.05.2019.

⁶⁸ Sobre o frustrado acordo, cf. Rainer GEIGER, “Towards a Multilateral Agreement on Investment”, *Cornell International Law Journal* 31/3 (1998) 467-475.

em desenvolvimento e organizações contrárias ao acordo coordenaram campanhas desfavoráveis, sob a alegação de que favoreceria os países ricos e as suas empresas transnacionais, pois criar-se-iam dificuldades para regulação e fiscalização de investidores estrangeiros.

A terceira desvantagem é que a OCDE tem atuação limitada, correspondendo, via de regra, às transações financeiras e não aos investimentos diretos, o que implica que, apesar de todos os esforços empenhados, não estão abrangidos os paraísos fiscais de produção, por exemplo.

Outro interessante ponto de inflexão que pode ser apontado corresponde ao fato de que os paraísos fiscais não são alvos habituais dos demais países em litígios que envolvam disputas por receitas perdidas decorrentes de preços de transferência manipulados pelas empresas transnacionais. Os esforços dos países tendem a se concentrar em detrimento de outros países que não possuem regimes fiscais agressivos. Ainda nesse contexto, os acordos bilaterais ou plurilaterais que tenham por objeto a facilitação de disputas envolvendo questões fiscais tendem a desviar o foco dos paraísos fiscais. Na União Europeia, por exemplo, 90% das disputas envolvendo questões fiscais envolvem países que possuem alíquotas consideradas altas⁶⁹.

Essas constatações demonstram que os países membros da OCDE canibalizam-se em busca de evitarem maiores perdas em suas receitas fiscais, ao passo que os paraísos fiscais são relegados a um confortável ostracismo. As razões que conduzem a esta realidade são incertas, pois as informações das quais se tem conhecimento atualmente não são suficientes para se chegar a conclusões assertivas. Torslov, Wier e Zucman sugerem duas formas de interpretação dos resultados encontrados⁷⁰. Uma delas indica que

⁶⁹ Dados de 2014 relativos a uma pesquisa conduzida pela *Ernst & Young* (EY) com as 26 maiores economias do mundo demonstram que os principais países alvos de disputas fiscais relativas à transferência de lucros são EUA, Alemanha e Japão. Entre os paraísos fiscais, apenas Suíça e Holanda foram citadas como alvos em algumas oportunidades, mas a Irlanda — considerada o maior paraíso fiscal do mundo em 2015 e destino de mais de 100 mil milhões de dólares anuais a título de transferência de lucros — não foi citada entre os três principais alvos das maiores economias globais. Sobre este estudo, cf. Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 29-31.

⁷⁰ Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 30.

maior rigorismo em face dos paraísos fiscais e das empresas transnacionais que os utilizam implicaria não apenas o deslocamento de parte dos recursos financeiros dessas empresas, como já ocorre, mas a aquisição de ativos imobilizados em paraísos fiscais ou em outro país que, embora não seja paraíso fiscal, não lhes oferece grandes resistências, originando, portanto, uma transferência de sede ou de algum estabelecimento relevante, como uma fábrica. Ou seja, há possível temor entre os países de provocarem a si próprios perdas de receitas maiores do que as já experimentadas com a transferência de lucros.

A segunda forma de interpretar os resultados relacionados com os conflitos que envolvam perdas de receitas fiscais seria que as facilidades encontradas na busca de receitas perdidas em face de países que não são paraísos fiscais deixam os litígios em face destes em segundo plano. A alocação de recursos e esforços em face de economias que possuem maior transparência e de cujas operações das empresas transnacionais se tenha mais informações é facilitada em comparação àquelas relacionadas com países dotados de rigorosos sigilos bancários e societários.

Embora o projeto BEPS venha apresentando resultados ao longo dos anos⁷¹, nota-se que a OCDE enfrenta dificuldades em ser uma organização que possibilite o efetivo combate aos paraísos fiscais. Os variados motivos aventados são circunscritos por dois pontos em comum: *i)* a não perentoriedade da adoção de suas políticas; e *ii)* a limitação de alcance dessa organização, que faz com que as mesmas brechas insanáveis pelos países — com suas legislações agindo isoladamente — se verifiquem, ainda que em dimensões distintas. Parece-nos haver pouca dúvida (se a há) de que a melhor forma de tutelar a delicada regulação dos paraísos fiscais é pela via do multilateralismo. Delinear-se-ia um cenário ideal com a realização do trabalho que já é feito pela OCDE, mas por alguma organização de alcance amplificado.

Recordemos que a própria OCDE, por meio da sugerida Ação 15 contra o BEPS admite a necessidade de alcance multilateral por

⁷¹ Tomando-se como exemplo a Ação 5 (*Harmful Tax Practices*), 255 regimes fiscais privilegiados foram revisados, a fim de que se garantisse que haveria substância económica nas atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais que os países detentores de tais regimes fiscais privilegiados desejam atrair. Nesse sentido, cf. OECD (2019), *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS — Progress report July 2018 — May 2019*, OECD Publishing, Paris.

meio da celebração de um instrumento que seja apto a promover harmoniosamente os ajustes necessários nos Acordos Destinados a evitar a Dupla Tributação (ADT), sem que as soberanias dos países sejam atingidas e permitindo a transposição da natural dificuldade (e improbabilidade) de se ajustarem os ADTs um a um.

Nesse contexto de inegável necessidade de recurso ao sistema multilateral, questiona-se, então, qual seria a melhor organização para concentrar as discussões sobre os paraísos fiscais e para promover, de facto, a celebração de acordos aptos a combatê-los. As duas alternativas óbvias seriam a ONU e a OMC, talvez com preponderância da segunda, por possuir aparente familiaridade com a matéria, se comparada à ONU.

3.2. Necessidade de alcance multilateral

Em que pese o clamor pela implementação no plano multilateral de ações objetivadas à redução dos impactos dos paraísos fiscais nas economias dos países, a análise técnica da questão não pode prescindir da identificação dos instrumentos aptos para isso. Ao abordarmos o estudo dos paraísos fiscais no âmbito da OMC deparamo-nos com diferentes perspectivas. Primeiramente, cumpre observar se algum dos acordos celebrados versa sobre questões que envolvam tributação direta. Havendo, então, disposições concernentes à matéria fiscal, o estudo segue para a verificação de pontos de convergência com os paraísos fiscais. Outra perspectiva relaciona-se às soluções de controvérsias da organização, com o necessário questionamento se disputas envolvendo paraísos fiscais podem ser objeto de consulta e, eventualmente, levadas ao Órgão de Solução de Controvérsias.

3.2.1. Breves Notas sobre a OMC

O GATT é um acordo celebrado em 1947, na onda da dinâmica global do pós-Segunda Guerra Mundial, que estabelece regramento sobre pautas aduaneiras e sobre o comércio internacional, visando à paulatina redução de barreiras comerciais e a consequente expansão do comércio entre os países partes do acordo. Além de ser, por natureza, um acordo multilateral, até 1995

o GATT também exerceu função de organização internacional, especificamente até a criação da Organização Mundial do Comércio, a OMC⁷².

Destarte, hodiernamente tanto a OMC, na qualidade de instituição, quanto o GATT e os demais acordos correspondem a elementos basilares do comércio internacional. Luís Pedro Cunha identifica três funções do GATT e da OMC: *i)* garantir uma estrutura internacional propícia ao comércio internacional; *ii)* busca paulatina da redução de barreiras comerciais, almejando o alcance da liberalização comercial; e *iii)* inibir, por meio do estabelecimento de regras, o relacionamento comercial agressivo por parte de um país ou de maneira bilateral em detrimento de outras economias⁷³.

O sistema comercial multilateral possui princípios regentes das relações estabelecidas entre os países signatários do GATT e membros da OMC, dos quais destacamos o *princípio da não discriminação*, o *princípio da proibição das restrições quantitativas*, o *princípio da redução generalizada e progressiva dos impostos alfandegários*, o *princípio da transparência* e o *princípio da reciprocidade*.

Para este estudo, importa-nos a explanação do princípio da não discriminação, que, conforme se observará adiante, regerá o pensamento analítico e crítico sobre a relação da OMC com os paraísos fiscais. Este princípio tem em si contidas duas cláusulas, quais sejam a *cláusula da nação-mais-favorecida* e a *cláusula do tratamento nacional*. A primeira — que está estabelecida no artigo I do GATT e no artigo II do GATS⁷⁴ —, diferentemente do que seu nome aparenta sugerir, procura a harmonização nas reduções alfandegárias, sem que haja diferenciação entre estas em razão do país de origem

⁷² A OMC foi criada por ocasião do que se costuma denominar Rodada do Uruguai, em Marrakesh, após a assinatura da Ata Final da Rodada Uruguai.

⁷³ Luís Pedro CUNHA, *O sistema comercial multilateral e os espaços de integração regional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 18-22. O autor ainda destaca as funções identificadas por Bhagwati, que não se afastam das por ele identificadas, às quais acresce a importância do mecanismo de resolução de litígios imparcial e eficaz.

⁷⁴ GATS é sigla e acrônimo de *General Agreement on Trade in Services*. Trata-se de um acordo celebrado como resultado das negociações da Rodada do Uruguai e que entrou em vigor em janeiro de 1995. Embora debilitado em alcance por força dos Estados Unidos, é um complexo acordo que regulamenta a liberalização de inúmeros setores de serviços, agrupados em 12 áreas, dignando-se estabelecer o conceito dos serviços por ele tutelados. Para maior aprofundamento acerca do GATS, cf. Luís Pedro CUNHA, “GATT, GATS e Serviços Financeiros: o caminho percorrido”, *Boletim de Ciência Económicas* 59 (2016) 446 e s.

da mercadoria. Tal cláusula tem o condão de dar maior estabilidade às condições de acesso a mercados externos, pois impede — ou ao menos dificulta — a exclusão de determinado país por comportamentos arbitrários⁷⁵.

Já a cláusula do tratamento nacional — estabelecida no artigo III do GATT e no artigo XVII do GATS — visa dirimir maiores distorções que possam ser estabelecidas entre as mercadorias advindas de importação e as produzidas nacionalmente, além daquelas barreiras já decorrentes da tributação alfandegária. Esta cláusula traz consigo a função de evitar que a disciplina legal de determinado país importador implique em acréscimos de discriminação entre as mercadorias importadas e as mercadorias produzidas nacionalmente; ou seja, não pode ser aplicada visando a proteção da produção nacional⁷⁶.

3.2.2. Regras sobre impostos diretos no âmbito da OMC

Conforme amplamente abordado acima, há intrínseca relação entre os paraísos fiscais e os impostos diretos, motivo pelo qual a análise da relação entre a OMC e os países com regimes fiscais privilegiados não prescinde da busca de regras relacionadas com essa específica perspectiva de tributação. Tomando-se o GATT como paradigma, a tarefa não é simples, pois não há dispositivo que possa ser veementemente atribuído aos impostos diretos. Diversas são as referências que afirmam ser inconclusivo o estabelecimento de clara relação — i.e., sem grande esforço interpretativo ou sem interpretação enviesada — entre suas regras e aqueles impostos⁷⁷, pois eles estão relacionados com os rendimentos e as transmissões de direito de propriedade⁷⁸, ao passo que o acordo em questão dispõe sobre o comércio de produtos.

⁷⁵ Luís Pedro CUNHA, *O sistema comercial multilateral*, 29.

⁷⁶ Cf. Luís Pedro CUNHA, “GATT, GATS e Serviços Financeiros”, 435.

⁷⁷ Dentre outros, cf. Michael LANG / Judith HERDIN-WINTER / Ines HOFBAUER-STEFFEL, ed., *WTO and Direct Taxation*. Wien: Linde Verlag Wien, 2005; e Michael DALY, *The WTO and Direct Taxation, Discussion Paper n.º 9*, World Trade Organization (WTO), Geneva, 2005, 29 p.

⁷⁸ Para fins de conceituação dos impostos diretos, utilizamos o entendimento exprimido no artigo XXVIII, (o) do GATS — já que o GATT não possui referência direta a esta maneira de classificação de imposto —, que pres-

Três são os artigos do GATT nos quais se poderia vislumbrar alguma conexão com os impostos diretos, restando verificar se há fundamentos suficientes para sustentar alguma compatibilidade com o estudo ora realizado. O primeiro deles é o artigo I, especificamente em seu n.º 1, contido na Parte I do acordo, que dispõe sobre tratamento geral de nação mais favorecida. A dúvida que se coloca é se a vantagem, o favor, a imunidade ou o privilégio concedido a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país poderia ser relacionado com um imposto direto. Ainda que a resposta possa ser positiva, na prática é extremamente improvável que isso se verifique, dada a dificuldade de se estabelecer uma disciplina fiscal que relacione imposto direto como forma de fomentar o ingresso de determinado produto estrangeiro no mercado interno em detrimento de produtos de outros países⁷⁹.

O segundo é o artigo III, contido na Parte do II do acordo, que dispõe sobre o tratamento nacional no tocante à tributação e regulamentação internas. A disciplina plasmada neste artigo traz uma amálgama do *princípio da proibição das restrições quantitativas* e do *princípio da não discriminação*, motivo pelo qual lhe fizemos referência acima, ao tratarmos da *cláusula do tratamento nacional*. Portanto, além da proibição de restrições quantitativas relacionadas com os produtos importados, este artigo impede a sua tributação que tenha por intuito proteger a produção nacional.

Apesar de se tratar de um dispositivo referente à tributação, ele é geralmente entendido como referente apenas a impostos indiretos, a exemplo do Imposto sobre Valor Acrescentado (IVA), em Portugal. Ainda que se interprete que o artigo III do GATT também esteja se referindo à tributação direta, é improvável que a tributação sobre a renda, por exemplo, seja utilizada como um instrumento de proteção da produção nacional, em virtude da dificuldade de se elaborar regras sobre imposto sobre rendimentos

creve o seguinte: “direct taxes’ comprise all taxes on total income, on total capital or on elements of income or of capital, including taxes on gains from the alienation of property, taxes on estates, inheritances and gifts, and taxes on the total amounts of wages or salaries paid by enterprises, as well as taxes on capital appreciation.”

⁷⁹ Stefan FALIS, “The applicability of Art. I and Art. III GATT to Direct Taxes”, in Judith HERDIN-WINTER / Ines HOFBAUER, ed., *The Relevance of WTO Law for Tax Matters*. Viena: Linde, 2006, 41-42.

que atinjam apenas aquelas relacionadas com a produção internacional⁸⁰. Não obstante essa improbabilidade, tem de se considerar uma hipótese, que seria a eventual possibilidade de dedução do imposto de renda atrelada aos montantes dispendidos pelo contribuinte com determinados produtos nacionais⁸¹.

Por fim, o terceiro artigo do GATT que alegadamente poderia versar sobre imposto direto é o artigo XVI, que dispõe sobre procedimentos de notificação em casos de subsídios. Este artigo deve ser interpretado à luz do Código de Subsídios (*Subsidies Code*) — incluído na versão de 1994 do GATT —, o qual amplifica a conceituação de subsídios para aplicação do Artigo XVI. Dentre as outras possibilidades de consideração de ocorrência de subsídios, o referido Código traz uma nota atinente à tributação. Contudo, diz respeito especificamente a “impostos ou taxas habitualmente aplicados sobre o produto similar quando destinado ao mercado interno”⁸², não deixando dúvidas de que não se trata de um dispositivo concernente à tributação direta.

Se isso não bastasse, o Código de Subsídios aplica-se apenas a produtos e não a serviços, o que o distancia ainda mais dos paraísos fiscais. A tutela relacionada com o comércio internacional de serviços é feita pelo GATS, que, por sua vez, não possui outra regra que regule os subsídios além do artigo XV, que prescreve que os membros da OMC reconheçam que os subsídios têm potencial de distorcer o comércio global de serviços e que são importantes para os países em desenvolvimento.

Embora o GATS faça referências expressas aos impostos diretos, nenhum de seus artigos tem a função de restringir a maneira como os países membros da OMC disciplinam seus regimes fiscais sob esta perspectiva. Não à toa, o artigo XIV, n.º 1, “d” do GATS apresenta exceção à aplicação da cláusula do tratamento nacional plasmada no artigo XVII, ao permitir que um país membro apli-

⁸⁰ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 126-127.

⁸¹ Stefan FALIS, “The applicability of Art. I and Art. III GATT”, 48.

⁸² Cf. nota de rodapé n.º 1 do *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, que dispõe o seguinte: “In accordance with the provisions of Article XVI of GATT 1994 (Note to Article XVI) and the provisions of Annexes I through III of this Agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.” (itálico nosso).

que medidas incompatíveis com este artigo quando a diferença de tratamento tiver por objetivo a arrecadação de impostos diretos de forma equitativa ou efetiva.

Nota-se, portanto, não haver possibilidade de vinculação das regras do GATS aos paraísos fiscais. Pelo fato de os serviços também se relacionarem com investimentos diretos, a diferenciação entre comércio e investimentos fica dificultada, motivo pelo qual os Estados Unidos inseriram provisões no GATS que o previnem de se sobrepor às legislações fiscais internas dos países e aos tratados que regulem de alguma forma impostos sobre rendimentos relacionados com investimentos estrangeiros diretos⁸³. Outrossim, como visto acima, há diversas mitigações do princípio da não-discriminação, que culminaram numa relativa inocuidade do GATS, mormente se comparado com o GATT.

A discussão sobre a relação das regras contidas nos acordos celebrados no âmbito da OMC com os paraísos fiscais cinge-se quase exclusivamente ao campo académico, pois não há casos concretos que possam ser analisados a fim de se compreender qual seria a interpretação da organização — por meio de seu Órgão de Solução de Controvérsias — quanto ao tema. O único ponto de contacto atine à primeira perspectiva de nossa análise, que são os impostos diretos, os quais muitas vezes têm suas disciplinas legais dadas pelos países membros, arguidas como violadoras de outros acordos celebrados na esfera da OMC.

Com efeito, destacamos duas disputas nas quais se discutiu a matéria dos impostos diretos. O primeiro deles é conhecido como *The Foreign Sales Corporations Case*⁸⁴ (FSC) e derivou de uma consulta infrutífera da União Europeia, que se insurgiu contra subsídios a empresas norte americanas, os quais consistiam em deduções nos impostos sobre rendimentos das pessoas colectivas baseadas nas receitas advindas das vendas de produtos por subsidiárias domiciliadas em outros países, inclusive em paraísos fiscais. Como os produtos vendidos por essas subsidiárias eram produzidos nos Es-

⁸³ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 127.

⁸⁴ Para maior aprofundamento sobre o *The Foreign Sales Corporations Case*, cf. Michael DALY, *The WTO and Direct Taxation*, 9-10; e David L. BRUMBAUGH, *A History of the Extraterritorial Income (ETI) and Foreign Sales Corporation (FSC) Export Tax-Benefit Controversy*. Congressional Research Service, 9 de novembro de 2004.

tados Unidos, a União Europeia entendia que se tratava de frontal violação dos artigos 3.1(a) e 3.1(b) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e dos artigos 3, 8, 9 e 10, do Acordo sobre Agricultura, consistindo em indevidos incentivos às exportações de produtos nacionais.

Dessa forma, a União Europeia requereu o estabelecimento de um Painel⁸⁵ (*Panel*), que foi formado em setembro de 1998. Importa-nos aqui destacar que o relatório do Painel concluiu que as isenções permitidas pela legislação norte americana eram, sim, subsídios à exportação de produtos proibidos, destarte violando o artigo 3.1(a) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, além de implicarem em ações inconsistentes com as obrigações estatuídas pelos artigos 3.3 e 8 do Acordo sobre Agricultura.

Inconformados, os Estados Unidos apelaram ao Órgão de Recurso⁸⁶ (*Appellate Body*), cujo relatório de 22 de fevereiro de 2000 concluiu que a legislação norte americana de facto implicava na ocorrência de subsídios proibidos pelo artigo 3.1(a) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias; contudo, no tocante ao Acordo sobre Agricultura, a violação era dos artigos 10.1 e 8, e não do artigo 3.3. Decidiu-se, portanto, que houve violação das regras da OMC na concessão de subsídios proibidos decorrentes de deduções nos impostos sobre rendimentos atreladas às receitas auferidas por subsidiárias internacionais pela venda de produtos produzidos nos Estados Unidos.

Como consequência, os Estados Unidos implementaram uma reforma em sua legislação fiscal, por ocasião das adaptações necessárias decorrentes do *FSC Case*, que se deu com o *Extraterritorial Income Exclusion Act* (*ETI Act*). Não obstante, a União Europeia entendeu que ainda havia subsídios proibidos, os quais estavam apenas disciplinados de outra forma pela nova lei, motivo pelo qual requereu o estabelecimento de um novo Painel. Tanto o re-

⁸⁵ No Brasil, os Painéis são denominados de Grupos Especiais. Nesse sentido, cf. Decreto n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que promulgou a “Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT”, apensada por cópia ao decreto.

⁸⁶ No Brasil, o Órgão de Recurso é denominado de Órgão de Apelação. Cf. Anexo 2 da “Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT”, apensa ao Decreto n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

latório do Painei quanto o relatório do Órgão de Recurso conuiuam haver subúdios proibidos à luz dos artigos 1.1. e 3.1.(a) do Acordo sobre Subúdios e Medidas Compensatórias. Ademais, conuiuam que o *ETI Act* violava o artigo III, n.º 4 do GATT, ao discriminar os produtos importados em benefício dos nacionais⁸⁷.

Em decorrência da inércia dos Estados Unidos em implementar as necessárias modificações em sua legislação, a fim de se adequarem às regras da OMC, e da manutenção da insurgência da União Europeia, as partes instauraram uma arbitragem, com fundamento no artigo 22.6 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias. Como resultado, houve autorização para que a União Europeia adotasse medidas de retaliação contra os Estados Unidos.

Constata-se, portanto, a dificuldade na identificação de normas constantes nos acordos celebrados no âmbito da OMC que digam respeito à tributação direta, sendo necessários não apenas esforços interpretativos, como também especificidades casuísticas para que se possa fazer a adequada subsunção dos fatos ao que está previsto nas regras.

Se tais esforços interpretativos já são necessários em relação à disciplina dos impostos diretos, maior é a dificuldade em relação aos paraísos fiscais. Nos exemplos acima mencionados, poder-se-iam colateralmente identificar conexões com os paraísos fiscais apenas sob a remota e casuística perspectiva de que as empresas transnacionais com sede nos Estados Unidos beneficiariam de subsidiárias localizadas em países com regimes fiscais privilegiados. Sendo assim, a indagação é se há ou não algum tipo de disciplina dos paraísos fiscais por parte da OMC.

3.2.3. *Tutela dos paraísos fiscais pela OMC*

Diante deste cenário, tentaremos apresentar resposta ao questionamento feito alhures sobre uma das perspectivas de análise da relação da OMC com os paraísos fiscais. Após a investigação sobre a existência de regras que se relacionem com impostos diretos, resta verificar a possibilidade de estabelecimento dessas regras com os paraísos fiscais. Busca-se, em rigor, identificar algum tipo de

⁸⁷ Michael DALY, *The WTO and Direct Taxation*, 11.

regulação que a OMC possa exercer sobre os países com regimes fiscais privilegiados.

O posicionamento de Avi-Yonah é de que as disposições do GATT poderiam ser aplicáveis unicamente aos paraísos fiscais de produção, os quais, como explanado acima, são países que adotam regimes fiscais que privilegiam o ingresso de capital estrangeiro utilizado para a construção de fábricas⁸⁸. Em outras palavras, visa-se à produção de bens que serão designados para exportação, e o regime fiscal aplicável às empresas que lá se constituam para esse fim é distinto do regime ao qual as empresas nacionais são submetidas. Partilhamos deste entendimento e ousamos complementá-lo com a assertiva de que a exegese dos demais acordos celebrados no contexto da OMC também indica haver apenas contemplação da regulação desse tipo específico de paraísos fiscais.

Se um país oferece a empresas transnacionais condições tributárias favoráveis em regime de *ring fencing*, ou seja, distintas e inaplicáveis às empresas nacionais, com foco exclusivo em exportação de bens, parece-nos que se trata de uma forma de subsídio⁸⁹, não permitido aos países partes no GATT e membros da OMC.

As subsidiárias de empresas transnacionais que se localizam em paraísos fiscais são extremamente lucrativas, se comparadas às empresas localizadas nos demais países. Nestes, por cada dólar pago de salário, as empresas auferem lucro bruto de aproximadamente 36 centavos. Já as que estão situadas em paraísos fiscais lucram mais de 200% em relação ao que é gasto com salários⁹⁰. Isso demonstra que as empresas transnacionais não utilizam amplamente os paraísos fiscais para produção de bens ou serviços.

Ainda assim, eles têm enorme capacidade de promover graves distorções no comércio global de bens, com grandes impactos nas margens de lucros das empresas transnacionais e nos regimes de preços praticados. Contudo, apesar da capacidade, ainda não há estudos que indiquem o peso que esses paraísos fiscais têm para a economia global, e nem há disputas no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC atinentes a eles.

⁸⁸ Michael DALY, *The WTO and Direct Taxation*, 128.

⁸⁹ Reuven AVI-YONAH / Joel SLEMMOD, "(How) Should Trade Agreements Address Income Tax Issues". *Tax Law Review* 55 (2002).

⁹⁰ Thomas R. TORSLOV / Ludvig S. WIER / Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, 18.

Portanto, a única conclusão a que talvez se possa chegar é que a atuação da OMC, que já é restrita a apenas um tipo de paraíso fiscal, fica ainda mais restringida se levarmos em conta que os paraísos fiscais de produção são mais raros do que os demais. Os outros dois tipos de paraísos fiscais, nomeadamente o *tradicional* e o *para sedes*, não violam, em princípio, as regras da OMC, pois seus regimes fiscais são formulados para atrair empresas transnacionais que pretendam recolher menos impostos sobre rendimentos, mas em circunstâncias distintas dos paraísos fiscais de produção.

3.2.4. Incompatibilidades com a OMC

A pertinência de se discutir a problemática envolvendo os paraísos fiscais e sua eventual regulação perspectivada sob o alcance da OMC decorre da inquestionável relevância desta organização para o comércio de bens e serviços no plano multilateral, e de sua consequente importância para a saúde da economia global. Como bem recorda Antonio Lopo Martinez, o preâmbulo do acordo constitutivo da OMC indica que seus objetivos são: melhorar os níveis de vida e pleno emprego, fomentar o crescimento amplo e estável da renda real e da demanda efetiva, expandir a produção e o comércio internacional de bens e serviços e resguardar a eficiência na utilização de recursos de maneira sustentável⁹¹; o que apenas ratifica a consideração da organização como ator relevante em qualquer discussão sobre temas de impacto mundial.

Se por um lado se debate se a OMC possui ou deveria possuir atuação regulatória sobre a concorrência fiscal prejudicial ou, especificamente, sobre os países com regimes fiscais privilegiados, por outro examina-se se as demais regras constantes em acordos celebrados em perspectiva plurilateral ou multilateral seriam incompatíveis com os regramentos da OMC já existentes.

A magnitude desta discussão provém da inocuidade ou de ocasionais resultados nocivos que medidas adotadas por países que estejam em consonância com esse hipotético acordo celebrado com finalidade de combate aos paraísos fiscais sejam concomi-

⁹¹ Antonio Lopo MARTINEZ, *Princípio da Transparência na OMC*, 2016, Coimbra: Faculdade de Direito — Instituto Jurídico, (Working Papers do Boletim de Ciências Económicas 16), 15.

tantemente violadoras de algum dos acordos da OMC, caso seja um país membro. Melhor ilustra a relevância da preocupação que se coloca o recente conflito envolvendo Panamá e Argentina, que é uma clara demonstração de que as regras estabelecidas em acordos celebrados no âmbito de outras organizações, ou as condutas por estas recomendadas, podem ser incompatíveis com a OMC.

Por ensejo de recomendações de medidas com finalidades de prevenir e combater a elisão fiscal internacional feitas pela OCDE⁹², a Argentina — a despeito de não ser um país membro daquela organização — adotou ações contra países que eram por ela considerados “não-cooperativos”⁹³: *i*) majoração do imposto sobre juros pagos a instituições financeiras domiciliadas nesses países; *ii*) caracterização de todos os rendimentos provenientes desses países como “enriquecimento injustificado”⁹⁴, implicando em majoração dos impostos incidentes; *iii*) aplicação de regras sobre preços de transferência a todas as transações que envolvessem empresas desses países, ainda que não fosse relacionada com a empresa argentina; *iv*) regras mais severas sobre a dedução de despesas incorridas na relação com a parte estrangeira; *v*) maior rigor quanto a exigências para acesso ao mercado de resseguros argentino; *vi*) maior rigor quanto a exigências para acesso ao mercado de capitais argentino; *vii*) maior rigor quanto a exigências para registro de filiais na Argentina por empresas daqueles países; e *viii*) necessidade de autorização do Banco Central da Argentina para a realização de operações de câmbio.

Em dezembro de 2012, o Panamá requereu o estabelecimento de um Painel em face da Argentina, alegando violação ao GATS por prejuízos decorrentes do tratamento diferenciado dado às empresas panamenhas. Em setembro de 2015, o relatório do Painel indicou haver violação do artigo II, n.º 1 do GATS por parte da Argentina, em virtude de as medidas adotadas por esta⁹⁵ promo-

⁹² As recomendações foram feitas pela organização no *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*.

⁹³ Marie LAMENSCH, “WTO Appellate Body Report in Argentina — Financial Services: Further Clarity on Likeness Analyses in a GATS Context?”, *Derivatives & Financial Instruments* 19/5 (12 de outubro de 2017) 6-7.

⁹⁴ Tratava-se de uma presunção relativa, de modo que o ônus de provar a origem lícita dos recursos caberia ao contribuinte.

⁹⁵ Nomeadamente as medidas *i*) a *iv*).

verem distorções nas condições competitivas, em detrimento das empresas domiciliadas nos países que fossem considerados “não cooperativos”.

A despeito de a Argentina ter fundamentado a adoção das medidas com fulcro no artigo XIV, “c” do GATS, que visariam assegurar a observância de suas leis internas, o Painel, alicerçado na *cláusula da nação-mais-favorecida*, concluiu haver limitações na imposição de regras discriminatórias arbitrárias, configurando, então, abuso da utilização das exceções à referida cláusula.

Outro relevante ponto consiste na manifesta inconsistência do critério de elaboração da lista dos países ou territórios que seriam considerados “não-cooperativos”, pois Chipre, Gibraltar e Hong-Kong foram assim considerados, a despeito de terem, à época, iniciado negociações para um acordo para troca de informações, ao passo que paraísos fiscais clássicos como Ilhas Virgens Britânicas e Luxemburgo foram considerados como “cooperativos”.

Após recurso da Argentina, o relatório do Órgão de Recurso reverteu a conclusão do relatório do Painel. Não obstante, a motivação foi por questões formais, em relação a como o Painel concluiu que os serviços especificamente das empresas panamenhas poderiam ser considerados similares aos das demais empresas que teoricamente seriam beneficiadas⁹⁶. Ou seja, o segundo relatório não reformou o primeiro por incongruência quanto ao mérito, mas, sim, quanto à forma.

O Órgão de Recurso indicou que as medidas adotadas pela Argentina tinham o condão de modificar as condições de competitividade em detrimento das empresas domiciliadas nos países considerados “não-cooperativos” e que se o Painel tivesse logrado demonstrar os referenciais objetivos para identificação das similaridades dos serviços, a conclusão a que chegaria seria a de que a Argentina violou o GATS quanto à *cláusula da nação-mais-favorecida*.

Embora o resultado obtido do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC seja favorável à Argentina, por ter sido decorrente de erro formal do Painel, é indubitável que ficam em aberto possíveis discussões futuras sobre a incompatibilidade de medidas

⁹⁶ Guzmán RAMÍREZ, “World Trade Organization Finding on Anti-Avoidance Measures to Counter Foreign Preferential Tax Regimes Versus the Free Flow of Capital and Investment”, *Bulletin for International Taxation IBFD*, 71/2 (20 de janeiro de 2017) 4-6.

adotadas por países membros da OMC, em razão de influência exercida por outras organizações internacionais.

Evidencia-se que o posicionamento da OMC é de que as medidas ou ações tomadas pelos seus países membros, ainda que designadas para combate aos efeitos nocivos de paraísos fiscais, não podem ignorar as obrigações já assumidas perante a organização pela adesão aos seus acordos⁹⁷. Podem, portanto, ser implementadas, mas sempre dentro de parâmetros adequados.

Conclusão

As distorções às finanças públicas ensejadas pelos paraísos fiscais são nefastas para os países que não possuem regimes fiscais privilegiados e possuem muitas ou grandes empresas transnacionais, dadas as suas crescentes utilizações como mecanismos de finalidades elisivas e evasivas de tributos, mormente impostos diretos. Os países que seriam destinatários originários destes impostos sofrem com a paulatina insuficiência da sua arrecadação, cuja essencialidade atine à manutenção do regime de despesas públicas.

As decorrências desse cenário são multifárias, com especial destaque para o deslocamento da política de arrecadação para os impostos indiretos, sobrecarregando aqueles que proporcionalmente possuem menores aferições de rendas, com a consequente concentração de riqueza nas grandes empresas transnacionais.

Fica claro, portanto, que há enorme carência de alcance multilateral das medidas que visam ao combate aos paraísos fiscais, pois as legislações nacionais que dificultam a utilização de países que possuam regimes fiscais privilegiados por suas empresas transnacionais, além de sempre possuírem brechas, têm potencial de promover ainda maior fuga de capitais. A falta de harmonia entre as leis dos países implica em incontornáveis assimetrias utilizadas em favor dos planejamentos tributários.

Apesar do importante e destacado papel da OCDE no trato de relevantes temas fiscais, nomeadamente a concorrência fiscal prejudicial e uma de suas vertentes, que são justamente os paraísos fiscais, seu alcance plurilateral tem-se mostrado insuficiente para impedir que as bases fiscais dos países continuem a ser erodidas.

⁹⁷ Guzmán RAMÍREZ, “World Trade Organization Finding”, 1 e 5-6.

Ademais, todo acordo celebrado sob sua tutela e quaisquer medidas que sejam por ela sugeridas devem ser compatíveis com as regras da OMC, dado o protagonismo desta organização em questões que envolvam o comércio internacional de bens e serviços.

Enquadrar as condutas dos paraísos fiscais em uma organização multilateral significa demonstrar que seus papéis na economia global não estão marginalizados e que eles devem se adequar aos anseios atinentes ao livre comércio equilibrado. Relegar sua regulação para organizações sem tal alcance, ainda que de enorme importância como a OCDE, pode significar o fracasso do *enforcement* das regras e implicar no agravamento de assimetrias e distorções comerciais.

A adoção de medidas defensivas pelos países que buscam se proteger dos paraísos fiscais tem grande susceptibilidade de violar o *princípio da não discriminação* e pode culminar em restrições ao livre comércio de bens e serviços objetivado pela OMC, com o consequente represamento de investimentos. Diante desse cenário e da premente necessidade de alcance multilateral, é imprescindível que a OMC passe a ter algum tipo de ingerência na matéria, sob risco de agravamento das distorções na economia global geradas pelos paraísos fiscais.

Contudo, algumas complicações são facilmente identificadas. Dentre os argumentos desfavoráveis à OMC ser uma instituição destinada, também, a tratar de questões fiscais, está o de que ela não possui *expertise* suficiente nesse ramo de discussões. Isso pode, no entanto, ser facilmente solucionado com a escolha de profissionais com amplo e notório conhecimento sobre direito tributário internacional para fazerem parte dos painéis⁹⁸. Outro argumento atine ao fato de o poder de tributar ser visto como uma das principais manifestações de soberania de um Estado⁹⁹, havendo intrínseca dificuldade em se atingir alcance multilateral sobre questões de tal importância¹⁰⁰.

Como se isso não bastasse, a tutela dos paraísos fiscais pela OMC tem outros dois importantes concorrentes, que são as ques-

⁹⁸ Reuven S. AVI-YONAH, “The WTO, Export Subsidies”, 129.

⁹⁹ C. F. BASTABLE, *Public Finance*, Livro II, 3.^a ed. rev. e ampl., London: MacMillan, 1932, 158.

¹⁰⁰ Robert GREEN, “Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments: A Comparison of the International Tax and Trade Regime”, *Yale Journal of International Law* 23 (1998).

tões sociais¹⁰¹ e ambientais¹⁰², de modo que a fundamentação com a necessidade de a OMC começar a tratar de concorrência fiscal prejudicial passa pela necessária demonstração de que esta possui maior importância que as demais, dada a natural limitação em tratar de todos esses temas — que exigem cautela e profundos debates — a curto prazo.

Alternativa ainda pouco ventilada para que as discussões e ações em face de países com regimes fiscais privilegiados sejam mantidas no plano multilateral seria a utilização da ONU, cujo principal ponto de interseção se encontra no fato de que tais regimes proporcionam altos impactos negativos nas receitas públicas dos demais países — como apresentámos acima — e, consequentemente, impedem ou dificultam a eficiência ou a expansão do regime de despesas públicas, agravando as desigualdades sociais e a concentração de riqueza. Não por outro motivo, um recente relatório elaborado por especialistas independentes e apresentado em 2016 pelo Secretário Geral daquela organização à Assembleia Geral¹⁰³, recomendou a criação de um órgão destinado à promoção de cooperação em matéria fiscal entre os países membros; a adoção de uma convenção da ONU sobre matéria fiscal; a eliminação dos paraísos fiscais; a revisão dos *Guiding Principles on Business and Human Rights*, para inclusão da obrigação de as empresas pagarem os tributos devidos e onde são, de facto, devidos, ou seja, sem a utilização de técnicas que lhes permitam não pagá-los ou diminuí-los substancialmente; e a adoção de um imposto sobre transações financeiras pelos países membros.

Algumas das prováveis dificuldades que a ONU encontraria seriam semelhantes às encontradas pela OCDE. Muito embora estejamos a falar de uma organização multilateral, o que trasporia a

¹⁰¹ Cf Johanna SUTHERLAND, “International Trade and GATT/WTO Social Clause: Broadening the Debate”, *Queensland University of Technology Law Journal* 14 (1998) 83-107; e Joseph FEWSMITH, “The Political and Social Implications of China’s Accession to the WTO”, *China Quarterly* 167 (setembro de 2001) 573-591.

¹⁰² Cf. Joel P. TRACHTMAN, “WTO Trade and Environment Jurisprudence: Avoiding Environmental Catastrophe”, *Harvard International Law Journal* 58/2 (2017) 273-309.

¹⁰³ UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, A/71/286, 04 de agosto de 2016 (republished em 05.06.2016 por questões técnicas) 28 p.

principal dificuldade encontrada pela OCDE, as recomendações aos países e eventuais acordos por eles celebrados igualmente não poderiam violar as regras estabelecidas no âmbito da OMC.

Destarte, ainda que se considere que a OMC não seja a organização mais apta para tratar de paraísos fiscais, sua participação é essencial, se não para regulá-los, ao menos para dirimir assimetrias que possam advir de conflitos de normas ou recomendações de outras organizações internacionais. Por ora, talvez um esforço conjunto e harmonioso entre a OMC e a OCDE fosse o suficiente para remediar as dificuldades encontradas, a fim de, ao menos, se dirimirem as antinomias verificadas entre as normas prescritas nos acordos celebrados no âmbito daquela e a *soft law* apresentada nos últimos anos por esta.

Em qualquer dos casos tratados neste trabalho, o caminho será árduo, já que o poder de tributar tem essencialidade de caráter económico, social e político para os países, sendo entendido como uma das puras manifestações de soberania. A luta contra os paraísos fiscais depende de coordenação e harmonia das atuações dos países, não prescindindo do alcance multilateral. Evidencia-se a existência de um dilema, plasmado na necessidade de maior distanciamento — ou, ao menos, maior cautela — do *laissez-faire* ao qual as empresas transnacionais se habituaram, sendo necessária maior intervenção, embora moderada, dos Estados para a concretização de condutas atinentes às boas práticas fiscais.

Siglas

ADT	Acordo Destinado a evitar a Dupla Tributação
GATS	General Agreement on Trade in Services ou, em português, Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade ou, em português, Acordo sobre Tarifas e Comércio
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development ou, em português, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
WTO	World Trade Organization

Bibliografia

- ALTSHULER, Rosanne / NEWLON, T. Scott, “The Effects of U.S. Tax Policy on the Income Repatriation Patterns of U.S. Multinational Corporations”, in Alberto GIOVANNINI *et al.*, ed., *Studies in International Taxation*. Chicago: University of Chicago Press, 1993, 77-116.
- ASQUINI, Alberto. “Profili dell’impresa”, *Rivista del Diritto Commerciale*, Milão, 41/1 (1943).
- ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de Campos e. “Medidas de combate aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinada ao dogma liberal: um paradoxo incurável?”, *Revista do Ministério Público* 30/120 (2009) 101-144.

- AVI-YONAH, Reuven S. “The WTO, Export Subsidies, and Tax Competition”, Michael LANG / Judith HERDIN / Ines HOFBAUER, coord., *WTO and Direct Taxation*, The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- / SLEMROD, Joel. “(How) Should Trade Agreements Address Income Tax Issues?”. *Tax Law Review* 55 (2002).
- AZEVEDO, Maria Eduarda. “A elisão fiscal internacional e os paraísos fiscais”. *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros, 432 (jan-jun 2014).
- BALLANTINE, Henry W. *On corporations*, Chicago: Ed. Revista, 1946.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, *Empresa Transnacional e Direito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- BASTABLE, C. F. *Public Finance*, Livro II, 3.^a ed. rev. e ampl., London: Mac-Millan, 1932.
- BOND, Eric, “Tax Holidays and Industry Behavior”, *Review of Economics and Statistics* 63/1 (fevereiro de 1981) 88-95.
- BRUMBAUGH, David L. *A History of the Extraterritorial Income (ETI) and Foreign Sales Corporation (FSC) Export Tax-Benefit Controversy*. Congressional Research Service, 9 de novembro de 2004.
- CALDAS, Marta, *O conceito de Planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?*, Coimbra: Almedina, 2015, (Cadernos IDEFF), Versão digital/Kindle.
- CHAVAGNEUX, Christian / PALAN, Ronen, *Les paradis fiscaux*, 3.^a ed., Paris : La Découverte, 2012.
- CLAUSING, Kimberly A. “Tax-motivated transfer pricing and US intrafirm trade prices”, *Journal of Public Economics* 87 (2003) 2207-2223.
- COMPARATO, Fábio Konder / SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.
- CUNHA, Luís Pedro, “GATT, GATS e Serviços Financeiros: o caminho percorrido”, *Boletim de Ciência Económicas* 59 (2016).
- *O sistema comercial multilateral e os espaços de integração regional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DALY, Michael. *The WTO and Direct Taxation, Discussion Paper n.º 9*, World Trade Organization (WTO), Geneva, 2005, 29 p.
- DOGGART, Caroline. *Paraísos Fiscais*, 3.^a ed., Porto: Vida Económica, 2003.
- DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, 8.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- FALIS, Stefan. “The applicability of Art. I and Art. III GATT to Direct Taxes”, in Judith HERDIN-WINTER / Ines HOFBAUER, ed., *The Relevance of WTO Law for Tax Matters*. Viena: Linde, 2006.
- FAULKENDER, Michael W. / HANKINS, Kristine W. / PETERSON, Mitchell A. *Understanding the Rise in Corporate Cash: Precautionary Savings or Foreign Taxes*. NBER working paper n.º 23799, setembro de 2017, 55 p.
- FEWSMITH, Joseph. “The Political and Social Implications of China’s Accession to the WTO”, *China Quarterly* 167 (setembro de 2001) 573-591.
- FRANCO, António Luciano de Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.
- GEIGER, Rainer. “Towards a Multilateral Agreement on Investment”, *Cornell International Law Journal* 31/3 (1998) 467-475.
- GLICKLICH, Peter A. / TURNER, Candice M., “Anti-Deferral and Anti-Tax Avoidance”, *International Tax Journal* 33/2 (março-abril 2007).
- GRAVELLE, Jane G. “Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion”, *National Tax Journal* 62/4 (dezembro de 2009).
- GREEN, Robert. “Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments: A Comparison of the International Tax and Trade Regime”, *Yale Journal of International Law* 23 (1998).
- GRYNBERG, Roman / CHILALA, Bridget. “WTO Compatibility of the OECD ‘Defensive Measures’ Against Harmful Tax Competition”, *The Journal of World Investment* (setembro de 2001) 507-527.
- HANNA, Christopher H. “Demystifying Tax Deferral”, *SMU Law Review* 52/2 (1999) 383-422.
- HINES JR., James R. “Lessons from Behavioral Responses to International Taxation”, *National Tax Journal* 52 (junho de 1999) 305-322.
- / RICE, Eric M. “Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business”, *Quarterly Journal of Economics* 109/1 (fevereiro de 1994) 149-182.
- HUCK, Hermes Marcelo, “Evasão e elisão no Direito Tributário Internacional”, in *Planejamento Fiscal: Teoria e Prática*, vol. 2, São Paulo: Dialética, 1998.
- HUIZINGA, Harry / LAEVEN, Luc / NICODÈME, Gaëtan, “Capital Structure and International Debt Shifting”, *Journal of Financial Economics* 88/1 (2008) 80—118.
- KEEN, Michael / KONRAD, Kai A., *The Theory of International Tax Competition and Coordination*. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, n.º 2012-06, julho de 2012.

- LAMENSCH, Marie, “WTO Appellate Body Report in Argentina — Financial Services: Further Clarity on Likeness Analyses in a GATS Context?”, *Derivatives & Financial Instruments* 19/5 (12 de outubro de 2017) 10 p.
- LANG, Michael / HERDIN-WINTER, Judith / HOFBAUER-STEFFEL, Ines, ed., *WTO and Direct Taxation*. Wien: Linde Verlag Wien, 2005.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Evasão e fraude fiscal internacional”, in *Colóquio sobre a Internacionalização da Economia e a Fiscalidade — XXX Aniversário do Centro de Estudos Fiscais*, Lisboa, 1993.
- LIBONATI, Berardino, *Holding e Investment Trust*, Milão: Giuffrè, 1969.
- LITTLEWOOD, Michael, “Tax Competition: Harmful to Whom”, *Michigan Journal of International Law* 26/1 (2004) 411-487.
- MACHADO, Hugo de Brito, “A norma antielisão e o princípio da legalidade — análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN”, in Valdir de Oliveira ROCHA, coord., *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, São Paulo: Dialética, 2001.
- MARA, Eugenia Ramona, “Determinants of tax havens”, *Procedia Economics and Finance* 32 (dezembro 2015).
- MARTINEZ, Antonio Lopo, *Princípio da Transparência na OMC*, 2016, Coimbra: Faculdade de Direito — Instituto Jurídico, (Working Papers do Boletim de Ciências Económicas 16).
- MELLO, Celso de Albuquerque, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MENDOZA, Enrique G. / MILESI-FERRETTI, Maria / ASEA, Patrick, “On the ineffectiveness of tax policy in altering long-run growth: Harberger’s superneutrality conjecture”, *Journal of Public Economics* 66/1 (outubro de 1997) 99-126.
- / RAZIN, Assaf / TESAR, Linda L., “Effective Tax Rates in Macroeconomics: Cross-Country Estimates of Tax Rates on Factor Income and Consumption”, *Journal of Monetary Economics* 34/3 (fevereiro de 1994) 297-323.
- Multinational enterprises in the global economy — heavily debated but hardly measured*. Acedido em: <<https://www.oecd.org/industry/ind/MNEs-in-the-global-economy-policy-note.pdf>>, acessado em 12.06.2019.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC DEVELOPMENT AND COOPERATION, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.
- *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.
- *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, 1998.

- <<https://www.oecd.org/about/members-and-partners/>>, acessado em 08.05.2019.
- OWENS, Jeffrey Owens / SASSEVILLE, Jacques, *Emerging Issues in Tax Reform*. Paper apresentado no International Fiscal Association Congress, Nova Delhi, outubro de 1997.
- RAMÍREZ, Guzmán, “World Trade Organization Finding on Anti-Avoidance Measures to Counter Foreign Preferential Tax Regimes Versus the Free Flow of Capital and Investment”, *Bulletin for International Taxation IBFD*, 71/2 (20 de janeiro de 2017) 6 p.
- RAMOS, Fernando António Fonte, “Paraísos Fiscais”, in *Polícia e Justiça*, III Série, 6 (jul-dez 2015).
- ROSEVEARE, Deborah *et al.*, *Ageing Populations, Pension Systems and Government Budgets: Simulations for 20 OECD Countries*. OECD Economics Department Working Papers, n.º 168, janeiro de 1996, 70 p.
- SANCHES, José Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal — Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SCHOUERI, Luís Eduardo, *Direito Tributário*, 8.^a ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação — Treaty Shopping*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SUTHERLAND, Johanna, “International Trade and GATT/WTO Social Clause: Broadening the Debate”, *Queensland University of Technology Law Journal* 14 (1998) 83-107.
- TORSLOV, Thomas R. / WIER, Ludvig S. / ZUCMAN, Gabriel, *The Missing Profits of Nations*, NBER Working Paper n.º 24701, junho de 2018, 52 p.
- TRACHTMAN, Joel P., “WTO Trade and Environment Jurisprudence: Avoiding Environmental Catastrophe”, *Harvard International Law Journal* 58/2 (2017) 273-309.
- ULHÔA CANTO, Gilberto de. “Elisão e evasão”, in Ives Gandra da Silva MARTINS, coord., *Caderno de pesquisas tributárias*, n.º 13. São Paulo: Resenha Tributária, 1988.
- UNITED NATIONS, GENERAL ASSEMBLY, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, A/71/286, 04 de agosto de 2016 (republicado em 05.06.2016 por questões técnicas), 28 p.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WEEGHEL, Stef van, *The Improper Use of Tax Treaties — with Particular Reference to the Netherlands and the United States*, The Hague: Kluwer Law International, 1998.

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2.^a ed. actual., Coimbra: Almedina, 2007.

ZUCMAN, Gabriel, *The hidden wealth of nations: the scourge of tax havens*, trad. Teresa Lavender Fagan, Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

ZYLBERSZTAJN, Décio / SZTAJN, Rachel, *Direito e economia: análise económica do direito e das organizações*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.