



Revista Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

ISSN: 0120-3886

revista.derecho@upb.edu.co

Universidad Pontificia Bolivariana
Colombia

Almeida do Amaral, Karina

O papel da soft law perante a concorrência fiscal internacional: o código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas.

Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 46, núm. 124, enero-junio, 2016,
pp. 65-91

Universidad Pontificia Bolivariana
Medellín, Colombia

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151448396005>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

O papel da *soft law* perante a concorrência fiscal internacional: o código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas.

The role of *soft law* before the international tax competition: the code of conduct for business taxation

Le rôle de la *soft law* contre la concurrence fiscale internationale: le code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises

El papel de la *soft law* ante la competencia fiscal internacional: el código de conducta en el dominio de la fiscalidad de las empresas

Karina Almeida do Amaral¹

1 Doutoranda pela Universidade Autónoma de Lisboa; área de especialização: Ciências Jurídico-Políticas. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; área de especialização: Ciências Jurídico-Políticas. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Correio eletrônico: karinaamaral_direito@hotmail.com – <http://orcid.org/0000-0002-8805-6329>

Cómo citar este artículo:

Almeida do Amaral, K. (2016). O papel da *soft law* perante a concorrência fiscal internacional: o código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(124), pp. 65-91.

Recibido: 18 de mayo de 2015.

Aprobado: 14 de marzo de 2016.

Resumo

O presente trabalho procura examinar a aplicação do código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas enquanto instrumento da *soft law* proposto para contrariar a concorrência fiscal internacional. A este respeito, o objetivo é obter o significado da *soft law*, caracterizando esta normativa na função do contexto da União Europeia. Por outro lado, o artigo analisa o fenómeno da concorrência fiscal entre os países do mundo globalizado, identificando a concorrência europeia nesta área, bem como examinar o contexto histórico que deu a origem ao código de conduta, na sua aplicação e prática efetiva.

Palavras-chave

Concorrência fiscal internacional; *Soft law*; União Europeia; Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas

Abstract

The present work aims to examine the application of the Code of Conduct for business taxation as an instrument of soft law proposed to combating international tax competition. In this sense, the objective is to get a meaning for the soft law, characterizing its normative function in the context of the European Union. On the other hand, the article disposes about the phenomenon of tax competition among the states in the globalized world, identifying European competence in this area, as well as examines the historical context that gave origin to the Code of conduct, its application and practical efficiency.

Keywords

International tax competition, soft law, European Union, Code of Conduct for business taxation.

Résumé

Le présent travail vise à examiner l'application du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises comme un instrument de soft law qui se propose de lutter

contre la concurrence fiscale internationale. Dans ce cas, l'objectif est d'obtenir un sens de *soft law*, caractérisant sa fonction normative dans le cadre de L'Union européenne. D'autre part, il se dispose sur le phénomène de la concurrence fiscale entre les Etats dans le monde globalisé, en s'identifiant les compétences européennes dans ce domaine, ainsi que examine le contexte historique qui a donné lieu à l'élaboration de ce code de conduite, son application et son efficacité pratique.

Mots-clés

La concurrence fiscale internationale, la *soft law*, L'Union Européenne, le Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises.

Resumen

El presente trabajo busca examinar la aplicación del código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas como un instrumento de la *soft law* propuesto para contrarrestar la competencia fiscal internacional. En este sentido, el objetivo es obtener el significado de la *soft law*, caracterizando esta normativa en función del contexto de la Unión Europea. Por otra parte, el artículo analiza el fenómeno de la competencia fiscal entre los países del mundo globalizado, identificando la competencia europea en esta área, así como también examinar el contexto histórico que dio origen a el código de conducta, en su aplicación y efectiva práctica.

Palabras clave

Competencia fiscal internacional; *Soft law*; Unión Europea; Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

Introdução

A proposta de trabalho baseia-se no papel desempenhado pelo Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas enquanto instrumento de *soft law* perante a concorrência fiscal internacional. Utilizam-se, para tanto, referências doutrinárias, o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia², o Código de conduta³, assim como a Comunicação da Comissão No. 384⁴.

No que diz respeito ao desenvolvimento do tema objetiva-se, primeiramente, obter um significado da *soft law* como instrumento normativo que permanece na ordem jurídica em convivência com a *hard law*. Nesse contexto, caminha-se para a diferenciação de ambas as categorias através das suas principais características. Importa alcançar o propósito da existência da *soft law* tendo em conta, essencialmente, seu papel como norma no quadro da União Europeia.

Em seguida, o foco mantém-se direcionado à compreensão da concorrência fiscal internacional, por “analogia com a concorrência interempresarial, Conforme Santos (2003a) explica,

num sentido mais alargado, pode, pois, dizer-se que a concorrência com incidência na vida econômica não se processa apenas no terreno da atividade empresarial, mas também no campo da ação institucional. Existe, particularmente entre Estados (por vezes regiões ou administrações autônomas do mesmo Estado), uma concorrência nas relações interestaduais que se manifesta no plano das instituições, em particular, da própria ordem jurídica e que tem reflexos muito importantes na criação de condições de competitividade das empresas. (pp. 158; 161).

Propõe-se, então, salientar, num primeiro momento, as imposições advindas desse fenómeno no mundo globalizado. A partir daí, segue-se para a consideração dos seus contornos mais relevantes, como forma de estabelecer uma percepção coerente.

2 Jornal Oficial da União Europeia, C 83, 30.03.2010.

3 Jornal Oficial, C 002, 06.01.1998.

4 Jornal Oficial, C 384, 10.12.1998.

Em relação à concorrência fiscal no contexto da União Europeia a abordagem prende-se, unicamente, com a fiscalidade direta sobre as empresas. Os Estados-membros são soberanos, nesse âmbito, e podem vetar eventuais propostas fiscais com as quais não concordem –regra da unanimidade– (Santos, 2003b, p. 99); (Mota, 2012, p. 52). Em sede indireta fiscal o objetivo da União permanece na manutenção da livre circulação das mercadorias e serviços (Oliveira, 2011, p. 382); (Santos, 2003b, pp. 92-95). O estabelecimento do mercado comum acabou por acentuar, segundo Santos (2003b), a necessidade de “neutralizar os fatores de distorção originados pelas formas indiretas de tributação, nomeadamente as que recaem sobre os preços” (p. 95). Nesse intuito, evidencia-se alguma harmonização na tentativa de aproximar os sistemas fiscais dos Estados (Oliveira, 2011, p. 382); (Santos, 2003b, pp. 92-95; 382); (Nabais, 2003, p. 71); (Anastácio, 2006, pp. 57-58).

Por outro lado, o debate da concorrência fiscal não constitui tema apenas enquadrado no direito europeu. Efetua-se, primeiramente, uma discussão geral no sentido de alcançar os seus principais aspetos, delineamentos e possíveis efeitos. No mundo globalizado o tema da competição no campo da fiscalidade emerge como imprescindível para todo e qualquer Estado.

No que toca à União Europeia interessa verificar, desde logo, de que forma o Direito originário estabelece a matéria em termos de competência. Tencionase compreender como a comissão e Estados-membros procuraram lidar com a concorrência fiscal prejudicial. Considera-se o tema da concorrência fiscal enquanto problema para os objetivos da União, assim como o contexto histórico que deu origem ao Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, constituído como *soft law*. Procura-se, igualmente, analisar tal instrumento, suas regras, bem como alcançar referências práticas que evidenciem sua eficiência no combate à concorrência fiscal prejudicial. Nesse sentido, qualquer referência ao regime dos auxílios de Estado⁵ visa, unicamente, compreender a ideia da sua remissão feita no Código⁶.

5 Secção 2 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, C 83, 30.03.2010.

6 Nessa tarefa utilizam-se, em momento oportuno, algumas citações relativas ao Relatório da Comissão de 09.02.2004 a respeito da “implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas”.

1. *Soft law*

1.1 Em busca de compreensão

A *soft law* constitui um instrumento presente nas mais diversas áreas do Direito Internacional. Embora o termo tenha sido utilizado por McNair em 1930⁷ sua proliferação deu-se após a Segunda Guerra Mundial, tendo em conta o aparecimento de novos atores no cenário universal (Oliveira & Bertoldi, 2012, p. 6291); (Rodrigues, 2011, p. 27).

No que diz respeito ao seu significado interessa salientar, desde logo, que a referência à *soft law*, por um lado, importa a consideração da *hard law*, por outro. A doutrina ressalta, no primeiro caso, a existência de regras denominadas flexíveis na medida em que não vinculam e, portanto, não podem ser impostas. Em contraste encontram-se as demais normas jurídicas estabelecidas como “imperativas, coercivas e tuteladas”⁸

Nesse contexto, ambas as categorias normativas coexistem na ordem jurídica, ainda que individualizadas por intermédio da sua própria natureza. A *soft law* mantém-se como regra que vigora no ordenamento, apesar da sua incapacidade de impor-se como a *hard law* em caráter vinculativo. Tal inaptidão advém do fato de que não foi adotada através do processo formal estabelecido para constituição de uma norma jurídica (Hachez, 2010, p.19); (Trubek D. M. & Trubek L. G., 2005, p. 363); (Gersen & Posner, 2008, p. 18).

Contudo, isso não significa que o Direito designado como flexível não seja eficiente na produção de resultados (Rodrigues, 2011, p. 13); (Gersen & Posner, 2008, p. 4); (Snyder, 1993, p. 32); (Senden, 2005); (Guzman & Meyer, 2010, p. 175). Sua existência pressupõe, por vezes, a busca de uma efetividade em áreas exigentes de um dinamismo dificilmente alcançado através da *hard law* (Schelkle, 2007, p. 176); (Rodrigues, 2011, p. 26); (Silva, 2010, pp. 74-

7 O termo fora utilizado no intuito de designar, de um lado, o direito em forma de princípios e, do outro, a *hard law* como direito concreto. Nesse sentido, Hachez (2010, p. 38); Oliveira & Bertoldi (2012, p. 6291).

8 Nesse sentido, Rodrigues (2011, p. 15); Oliveira & Bertoldi (2012, p. 6291); Hillgenberg (1999, p. 501); Gersen & Posner (2008, p. 18); Cottrell & Nance (2005, p. 12); Guzman & Meyer (2010, p. 174); Hachez (2010, p.19); Rubio (2007, p. 600).

75); (Rubio, 2007, p. 604); (Gersen & Posner, 2008, p. 24). A *soft law* afirma-se, assim, segundo Snyder, como conjunto de “regras de conduta que, em princípio, não têm força vinculativa mas que, no entanto, podem ter efeitos práticos” (1994, p. 198) (1993, p. 32)⁹.

1.2 No contexto da União Europeia

A utilização da *soft law* não representa novidade no quadro da União Europeia segundo ressalva a doutrina (Snyder, 1994, p. 199; 203). Ao longo do processo de integração é possível constatar um aumento da sua incrementação (Senden, 2005); (Schafer, 2006, p. 195); (Rodrigues, 2011, p. 29). O próprio Tratado sobre o funcionamento da União Europeia consagra, no artigo 288, a sua existência quando determina que “as recomendações e os pareceres não são vinculativos”.

Por outro lado, evidencia-se um alargamento da *soft law* através da utilização de formas atípicas que, embora não previstas, permanecem na prática. Rodrigues explica que, apesar da sua crescente utilização, não há regulação jurídica da *soft law*:

[...] a única disciplina expressa e medianamente sistémica da matéria da *soft law* emerge da União Europeia, encontrando-se contida na Resolução do Parlamento Europeu, de 4 de setembro de 2007, sobre as implicações institucionais e jurídicas da utilização dos instrumentos de *soft law*. Porém, embora reconhecendo a existência da designada *soft law*, e atribuindo-lhe mesmo natureza jurídica, o que nela se observa é uma oposição frontal e determinada. Oposição liderada pelo Parlamento Europeu, órgão de representação da globalidade dos cidadãos dos Estados-membros –mais do que dos cidadãos europeus– contra o principal mentor, utilizador e beneficiário da *soft law*, a Comissão Europeia. Mais relevante do que isso, embora emanada do Parlamento Europeu, a referida Resolução sobre a *soft law* é, ela própria, *soft law*. Não é Direito, nem Direito da União Europeia. É não imperativa, não coerciva e não tutelada pelos Tribunais da União Europeia. Não conduz a qualquer limitação jurídica da *soft law* pelo Direito da União Europeia, ou, de outro ângulo, da Comissão Europeia ou do Conselho da União Europeia pelo Parlamento Europeu. Derradeiramente,

⁹ Nesse sentido, Senden (2005); Trubek, D. M & Trubek, L. G. (2005, pp. 343).

não só essa Resolução do Parlamento Europeu não assume natureza jurídica, como não é líquido que possa entender-se como normativa. Não é líquido que seu conteúdo reflita a existência de quaisquer regras ou comandos, ainda que não jurídicos. De onde se conclui que, também no Direito da União Europeia inexistente, afinal, qualquer regulação jurídica da *soft law* (2011, p. 29; 33).

Paralelamente corrobora-se a tese de que a expansão da *soft law* decorre, também, da crescente interdependência entre os Estados resultante do fenómeno da globalização. Neste sentido, Rodrigues acrescenta que “as causas complementares do desenvolvimento da *soft law*... são as resultantes da cada vez maior complexidade técnica dos problemas e desafios a que faz face à comunidade internacional contemporânea, com as inerentes dificuldades em sede de regulação jurídica” (2011, p. 28).

Nesse sentido, é possível constatar a viabilidade da *soft law*, como fazem referência Rodrigues (2011) e Senden (2005), por exemplo, em áreas de atuação não exclusiva da União, como é o caso da fiscalidade direta. A partilha de competência com os Estados-membros pressupõe, necessariamente, uma atividade conjunta. Tal coordenação acarreta a ponderação entre interesses diversos, conflitantes e, muitas vezes, não se possibilita o consenso necessário à criação da *hard law*. O impasse acaba por ser desfeito por intermédio do Direito flexível, que comporta realidades e conveniências distintas dos Estados (Schafer, 2006, pp. 195-197); (Gersen & Posner, 2008, p. 16); (Senden, 2005); (Guzman & Meyer, 2010, p. 176); (Trubek D. M., Contrell & Nance, 2005, pp. 3-4).

2. Concorrência fiscal

2.1 Observação do fenómeno

A compreensão da concorrência fiscal importa a consideração, por um lado, da ideia de que um mercado competitivo pressupõe a concorrência entre as empresas pela qualidade dos produtos, pelos preços, etc. Por outro lado, interessa a percepção de que a própria existência de diversos sistemas fiscais entre os Estados constituiria, segundo Santos (2009b), “um fator favorável

à preferência das empresas e dos investidores, na sua permanente busca de reduzir custos, pelo sistema fiscal mais vantajoso” (p. 161). Adicionalmente, este autor acrescenta:

para além disso, as políticas fiscais estaduais (ou regionais), ao serem conscientemente usadas para criação dum ambiente económico competitivo, traduzindo em benefícios, facilidades ou incentivos destinados à atração de empresas e de investimento, conduziriam normalmente... a uma certa competição entre Estados (p. 161).

É crível ressaltar, perante tal contexto, que a globalização, com a abertura dos mercados e a internacionalização das economias, determinou uma maior interdependência entre os Estados¹⁰. Os avanços tecnológicos nas áreas das comunicações e dos transportes, bem como a constatação da mobilidade dos fatores de produção, constituem elementos que acentuam uma disputa fiscal estatal¹¹. Diante disso, Santos (2009b) afirma que, “a deslocalização de atividades, a mobilidade de fatores estão cada vez mais ligados ao desenvolvimento da sociedade de informação” (p. 171). Adicionalmente, o autor refere que a revolução digital tem como duas consequências, quais sejam, a desintermediação e desmaterialização da atividade econômica. Por isso, considerar a mundialização significa não esquecer que tais efeitos ameaçam perturbar a legislação tributária e as relações entre empresas (contribuintes) e administrações fiscais (2009a, p. 42; 51).

Nesse sentido, corrobora-se a afirmação de que, no plano internacional, a concorrência fiscal pode ser vista como “uma situação na qual as decisões dos Estados são interdependentes e engendram efeitos fiscais externos”, Segundo apresenta Santos em suas diferentes publicações. Seguindo con este autor, na prática, as medidas estabelecidas por um Estado, dentro do âmbito do seu sistema de fisco, podem refletir-se na afetação das receitas de outro ente estatal.

10 Nesse sentido, Mota (2011, p. 169-171); Andrade (2001, p. 209); Mendes (2013, p. 71); Anastácio (2006, p. 53); Mota (2012, p.46); Santos (2013, p. 37); Santos (2009a, p.39-40); Dias & Minhoto (2006, pp. 33-34; 37-38); Santos (2009b, p.65); Palma (2006, p.127).

11 Nesse sentido, Mota (2011, p. 169-171); Pires (2008, pp. 184-185); Maia (2009, p. 268); Tanzi (2005, pp. 697-698); Mota (2012, pp. 47-48).

2.2 Concorrência fiscal: boa ou má?

A presença de entidades governamentais distintas em sede de fiscalidade (as jurisdições) impõe, por si própria, certo grau de concorrência fiscal (Santos, 2009a, p. 44-45). Tal fenómeno, como diz Santos, assume-se de forma “inerente à coexistência de múltiplos sistemas fiscais autônomos” (2009b, p. 163). Segundo acrescenta o autor,

Essa diversidade não decorre apenas da estrutura económica ou nível de desenvolvimento de um dado país, mas também da sua história política, da sua cultura técnica e administrativa. Ela existe mesmo dentro de grandes espaços económicos integrados ou em vias de integração onde, em princípio, os Estados que lhes dão corpo partilham um sistema de valores relativamente homogéneo (2009a, p. 187).

Nesse cenário, é possível ponderar em que sentido, positivo ou negativo, os efeitos de tal competição podem ser verificados.

A concorrência fiscal pressupõe que os Estados possam procurar, em tese, “racionalmente através da oferta de vantagens ou facilidades na fiscalidade, atingir um nível de competitividade elevado para ‘comprarem’ (atraírem ou fixarem no seu território) investimentos externos, diretos ou financeiros e aumentarem os seus créditos” (Santos, 2009b, p. 162). Isso significa que as decisões fiscais estatais são passíveis de permanência direcionada e implementada como forma de promover seus territórios, no intuito de alcançarem bons resultados face à concorrência (Santos, 2009a, pp. 28; 34); (Loureiro, 2010, p. 594).

Por um lado, os governos, em virtude da manutenção da sua competitividade, acabariam por estabelecer níveis de tributação mais baixos e seriam, conseqüentemente, obrigados a ponderar os seus gastos públicos. Tais esforços podem ser considerados como benéficos até certo ponto, na medida em que não conduzam à erosão das receitas fiscais estatais, considerada como o resultado da prevalência dos governos em regime de competição¹².

A noção da eventual perda da receita por parte dos Estados faz com que modifiquem suas ações, na tentativa de preservação e desenvolvimento

12 Nesse sentido, Mota (2012, p. 49); Santos (2003b, pp. 98;463) (2009a, p. 109) (2009b, p. 166); Palma (2006, p. 127); Maia (2009, p. 269); Anastácio (2006, pp. 62-63).

do seu sistema em busca de novos créditos. No plano interno os entes estatais, para proteção das suas bases de tributação, vêm-se na tentação de transferir a carga fiscal aos fatores dotados de menor mobilidade, como o trabalho. No plano externo, por sua vez, é possível suspeitar-se de uma diminuição da tributação dos fatores mais móveis para atrair novos investimentos, bem, segundo Santos, como da “possibilidade de retaliação de outros Estados que vejam seus recursos fiscais afetados”. Assim, a corrida contra a perda de receitas implicaria, necessariamente, sua baixa progressiva¹³, o que influencia a capacidade de existência do Estado Social (Santos, 2003b, p. 100).

2.3 No âmbito da União Europeia

2.3.1 Competência

No caso da União Europeia, espaço económico integrado, importa ressaltar que os Estados-membros “são, com pequenas exceções, soberanos em sede de fiscalidade direta sobre as empresas e que a intervenção da Comunidade neste campo está sujeita ao princípio da subsidiariedade” (Santos, 2009b, p. 99)¹⁴. Além disso, o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia prevê, no seu artigo 113, a deliberação por unanimidade para adotar “disposições relacionadas com a harmonização das legislações”.

Contudo, os entes estatais estariam obrigados a respeitar os princípios da solidariedade, cooperação e lealdade (Santos, 2009b, p. 162). Isso significa que têm o dever de preservar os objetivos da União através da consideração dos efeitos que suas decisões fiscais possam gerar aos demais membros. O autor, nas diferentes publicações referenciadas, acrescenta que os Estados, na União Europeia, devem ter em conta as políticas dos outros.

13 Nesse sentido, Santos (2009b, pp. 162-163); Anastácio (2006, p. 66); Hufbauer & Kim (2008, p. 21); Andrade (2001, pp. 228-229); Santos (2003b, p. 100); (Mota, 2012, p. 50); (Maia, 2009, p. 269).

14 Nesse sentido, Mota (2012, p. 52); Santos (2003b, p. 466).

3. Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas

3.1 Contexto originário da soft law

A concorrência fiscal constitui um fenómeno antigo¹⁵, cuja discussão emergiu da necessidade de ponderar o exercício da soberania fiscal dos Estados em virtude da sua eficiência económica. Conforme ressalva Santos (2009b),

A diversidade dos sistemas e das políticas fiscais estaduais era e é patente. Mas, enquanto ainda há uma década o recurso a uma política fiscal ativa para atrair investimentos, diretos ou financeiros, serviços, mercadorias, tecnologias ou consumidores transfronteiriços era encarado como um fenómeno natural – que decorria da soberania dos Estados, se não mesmo do ideário da livre competição – hoje, em nome da eficiência económica e do princípio da neutralidade (em termos de escolha económica), tende-se a reduzir ou desativar o intervencionismo fiscal (p. 153).

Nesse sentido, o tema “foi, pela primeira vez, objeto de análise específica” (Palma, 2006, p. 129) no relatório Ruding¹⁶. A autora acrescenta que “até os anos 90, o único instrumento ao dispor da Comunidade para combater a concorrência fiscal prejudicial consistia no recurso ao controle, por via administrativa e judicial, dos auxílios de Estado de natureza fiscal” (p. 129).

Em 1996 a Comissão propôs um documento intitulado *A fiscalidade na União Europeia*, onde defendia-se “a necessidade de criar condições para gerar o crescimento e o emprego, estabilizar os sistemas fiscais e realizar plenamente o mercado único, identificando, em particular, os principais problemas existentes a nível de fiscalidade”¹⁷ (Palma, 2006, p. 129). Segundo a autora aconselhava-se, nesse âmbito, a adoção de um “intercâmbio de informações relativas às

15 Segundo Santos (2009b), “com Tiebout, o tema ganhou foros de cidade nos Estados Unidos da América. Mas a análise da concorrência fiscal não abrangia então a questão das relações entre Estados soberanos, tenho continuado a circunscrever-se, até há poucos anos, às relações entre Estados federados no quadro de sistemas federais de governo ou entre regiões ou municípios de um mesmo Estado” (p. 153).

16 Nesse sentido, Palma (2006, p. 129); Andrade (2001, p. 233); Santos (2003b, p. 464) (2009a, p. 189)

17 Nesse sentido, Santos (2003b, pp. 468-469) (2009a, p.p. 217-219) (2009b, pp. 171-172).

políticas e medidas adotadas noutros Estados-membros, anunciando a apresentação de um conjunto de iniciativas”. Para tanto, seria necessário criar um consenso “sobre as medidas fiscais prejudiciais, a definição de códigos de boa conduta e a introdução de uma maior coordenação das medidas adotadas pelas autoridades fiscais dos Estados-membros”.

Em 1997 foi apresentado formalmente, em comunicação da Comissão ao Conselho, o pacote fiscal denominado *Rumo a uma coordenação fiscal na União Europeia*. Tal comunicação baseava-se nos trabalhos do Grupo de Política Fiscal criado pela Comissão e composto por representantes políticos dos diversos Estados¹⁸. Pretendia-se “desenvolver uma abordagem coordenada contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal, incluindo um Código de Conduta” (Palma, 2006, p. 130). A autora refere que o pacote

É apresentado tendo em consideração, basicamente, três tipos de objetivos, a saber: reduzir as distorções no mercado único, impedir perdas significativas em termos de receitas fiscais e inverter a tendência no sentido de um aumento da carga fiscal sobre o trabalho comparativamente com matérias coletáveis de maior mobilidade (p. 130).

Nesse caso, constata-se que a opção de aproximação dos Estados no que diz respeito ao tratamento dos problemas fiscais demonstra claro objetivo (Santos, 2009a, 253). A eventual aprovação de quaisquer medidas em sede de fiscalidade direta dependia da concordância dos membros, segundo explica Santos (2009a) “o Código é relativo ao domínio da fiscalidade direta onde, em princípio, os poderes de decisão não pertencem ao Conselho, mas aos Estados-membros”¹⁹.

Como resultado desse engajamento surgiu um Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, através da aprovação das conclusões do Conselho ECOFIN de dezembro de 1997. Conforme explica Santos “o Código foi aprovado por uma resolução conjunta do Conselho e dos Representantes dos Estados-membros, reunidos no Conselho” (2009a, p. 253). Também acrescenta, que “todos os analistas estão de acordo que nem o Código nem a Resolução que o aprova são instrumentos jurídicos. Não integram as fontes de direito comunitário nem são suscetíveis de invocação perante o Tribunal

¹⁸ Nesse sentido, Palma (2006, p. 130). Santos (2003b, p. 470) (2009a, p. 231).

¹⁹ Tradução e adaptação própria.

de Justiça” (2003b, p. 474). Representava, todavia, um acordo político, não vinculativo juridicamente, um instrumento de *soft law*²⁰.

Paralelamente, em 1998, surgiu outra tentativa de regulação da concorrência fiscal internacional por intermédio da recomendação da OCDE, “de âmbito geográfico mais vasto.” Segundo Santos (2009b), tal instrumento

procura combater as práticas prejudiciais que afetam a localização de atividades financeiras e outras prestações de serviços possibilitadas pela existência de regimes fiscais preferenciais e de paraísos fiscais, com pretensão a aplicar-se a nível mundial, mesmo com relação a Estados não membros, de forma a criar uma igualização das condições de jogo (*a level playing field*) que neutralize o fator fiscal (p. 168).

Embora não tenha sido constituída como ato vinculativo, Santos (2009b) afirma que, definiu critérios para identificar a denominada concorrência fiscal prejudicial, considerada nas formas de paraísos fiscais ou de regimes fiscais preferenciais²¹.

Com relação aos paraísos fiscais estaríamos perante a “inexistência ou insignificância de tributação sobre os rendimentos”, assim como haveria “ausência de atividades substanciais” (Santos, 2009b, p. 188). No que toca aos regimes fiscais preferenciais, existiriam “taxas de tributação nulas ou fracas relativamente a certa(s) categoria(s) de rendimentos”, assentes “na limitação de vantagens fiscais a não-residentes ou na recusa destes terem acesso ao mercado nacional” (pp. 188-189). Além disso, ambas as categorias possuiriam, em comum, a falta de transparência “e a inexistência de uma verdadeira troca de informações” (p. 189). Segundo, Mota (2012) acrescenta,

a própria OCDE reconhece que não basta a existência de um nível mais baixo de tributação para se qualificar um sistema fiscal como prejudicial em relação a outros. É necessária a associação de outros fatores, tais como, a ausência de cooperação na troca de informações, a existência de rígidas regras de proteção do sigilo fiscal e a falta de transparência do regime fiscal (p. 54).

20 Nesse sentido, Nabais (2003, p. 85); Santos (2003b, pp. 473-474) (2009a, pp. 251-252; 258) (2009b, p. 168); Mota (2012, p. 61); Palma (2006, p. 133).

21 Nesse sentido, Mota (2012, p. 54); Nabais (2003, pp. 83-84); Palma (2010, p. 612); Anastácio (2006, p. 59).

3.2 O texto do Código e sua prática

Como primeira referência interessa ressaltar que “o Código de conduta é um compromisso político e que, portanto, não afeta os direitos e obrigações dos Estados-membros, nem as competências respectivas dos Estados-membros e da Comunidade tal como decorrem do Tratado”²². Com relação às regras instituídas impõe-se, desde logo, considerar que o ponto “H” determinou ao Conselho a criação de um grupo para avaliar as “medidas fiscais suscetíveis de serem abrangidas pelo âmbito de aplicação do presente Código” (Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998). Tal grupo, *ad hoc* do Conselho e com participação da Comissão, possui representantes políticos dos Estados-membros.

No que diz respeito aos critérios para avaliação das medidas, foram consideradas as “que tenham ou sejam suscetíveis de ter uma incidência sensível na localização das atividades económicas na Comunidade” (Ponto A, Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998). Em consonância com tal disposição acresceu-se a determinação de que as medidas potencialmente prejudiciais correspondem àquelas “que prevejam um nível de tributação... significativamente inferior ao normalmente aplicado no Estado-membro em causa” (Ponto B, Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998)²³.

Nesse sentido, há uma ressalva no ponto “G” que “sublinha ainda a necessidade de, durante a avaliação, se apreciarem cuidadosamente os efeitos das medidas fiscais sobre os outros Estados-membros, nomeadamente tendo em conta os níveis de tributação efetiva das atividades em causa em toda a Comunidade” (Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas,

²² Jornal Oficial, C 002, 06.01.1998.

²³ Na avaliação das medidas é necessário ter em conta cinco critérios, quais sejam, “se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não residentes; se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna...; se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade económica real nem qualquer presença económica substancial no Estado-membro que proporcione essas vantagens fiscais; se o método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional se afasta dos princípios geralmente aceites a nível internacional...; se as medidas fiscais carecem de transparência, nomeadamente quando as disposições legais sejam aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente a nível administrativo”. Nesse sentido, Mota (2012, p. 62). Santos (2003b, pp. 480-481) (2009a, p. 272) (2009b, p. 186).

1998)²⁴. Quanto aos meios de ação, o Código prevê o congelamento (*standstill*) e o desmantelamento (*rollback*), nos Pontos “C” e “D”. Isso significa que os Estados-membros comprometem-se “a não introduzir novas medidas fiscais prejudiciais...”, assim como “reanalisar as disposições existentes e as práticas em vigor...”, “com o objetivo de eliminar o mais rapidamente possível quaisquer medidas prejudiciais” (Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998).

Além disso, o ponto “E” estabelece que “os Estados-membros informar-se-ão mutuamente das medidas fiscais, em vigor ou projetadas, suscetíveis de serem abrangidas pelo âmbito de aplicação do Código” (Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998)²⁵. No que toca ao âmbito de aplicação do Código os Estados-membros mantêm o compromisso de “promover a sua adoção nos países terceiros” e “nos territórios a que não se aplica o Tratado” (Ponto M, Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998).

Com relação ao Ponto “J” “o Conselho constata que parte das medidas fiscais abrangidas pelo código é suscetível de cair dentro do âmbito de aplicação... sobre auxílios estatais, e a “Comissão se compromete a publicar... as diretrizes para aplicação das regras relativas aos auxílios... às medidas que respeitem à fiscalidade das empresas...” (Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas, 1998).

Nesse sentido, o grupo “procedeu à seleção e análise das medidas fiscais e ficou incumbido de apresentar regularmente um relatório” para deliberação do Conselho (Palma, 2006, p. 135). No relatório final, *Primarolo*, foram consideradas várias medidas como prejudiciais. Levando-se em consideração que tal documento não foi aprovado, “não poderíamos falar da existência de um consenso nem de uma qualificação oficial das 66 medidas como prejudiciais, pelo que vários Estados-membros sempre se questionaram sobre o prosseguimento dos trabalhos [...]” (Palma, 2006, 136). Apesar da sua

24 Além disso, acrescenta-se que “desde que as medidas fiscais sejam utilizadas para apoiar o desenvolvimento económico de regiões específicas, avaliar-se-á se as mesmas são proporcionais e orientadas para os objetivos pretendidos”. Nesse sentido, Santos (2003b, pp. 481-482) (2009a, p. 273).

25 Além disso, sublinha-se que “os Estados-membros são convidados a fornecer informações, a pedido de outros Estados-membros, relativamente a qualquer medida fiscal que pareça estar abrangida pelo âmbito de aplicação do Código”. Nesse sentido, Santos (2003b, p. 482).

pendência de aprovação, no Conselho ECOFIN de 2003 obteve-se acordo quanto ao Código de conduta (p. 138-139).

Contudo, o Conselho limitou-se a “congratular o Grupo pelos trabalhos efetuados [...]”, tomou “nota das medidas de revisão ou de substituição das medidas qualificadas como prejudiciais em determinados territórios dependentes ou associados de Estados-membros [...]”, concordou “com as medidas de desmantelamento de certos regimes fiscais prejudiciais de Estados-membros, bem como com a extensão de benefícios de determinados regimes para além de 2005 [...]”, aprovou “algumas propostas relativas à troca de informações [...]” e voltou “a pedir ao Grupo para acompanhar o *standstill* e o *rollback*”. Ou seja, não houve “qualquer referência específica e explicitamente ao Relatório Primarolo [...]” (Palma, 2006, p. 138).

3.3 Reflexão

A análise das regras estabelecidas pelo Código impõe, desde logo, a menção à existência da recomendação da OCDE de 1998, e considerando o que diz Santos nas diferentes obras referenciadas, “[...] o Código, na sua aplicação prática aproximou-se da aplicação do regime da OCDE”. Segundo refere a doutrina

Ainda que o campo de aplicação e os critérios dos dois instrumentos não sejam exatamente os mesmos, a verdade é que são amplamente comuns e, na prática, os resultados finais concernentes às medidas prejudiciais são semelhantes. Além disso [...] certos critérios de avaliação remetem-se à certos princípios jurídicos difundidos pela OCDE (Santos, 2009a, p. 259).

Levando-se em consideração o ponto “J” verificou-se a possibilidade da existência de medidas fiscais abrangidas pelo regime dos auxílios fiscais²⁶.

26 Como forma de esclarecimento o artigo 107, No. 1, do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia determina: “salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”. Jornal Oficial da União Europeia, C 83, 30.03.2010.

Nesse caso, a Comissão elaborou uma comunicação²⁷ através da qual estabeleceu dois critérios para relacionar a análise dos auxílios estatais ao procedimento do Código de conduta. Estes foram os pontos No. 30 e No. 33 da Comunicação. Com relação ao primeiro determinou-se que a consideração de uma medida como prejudicial através do Código de conduta não implica, obrigatoriamente, sua eventual qualificação como auxílio de Estado. Contudo, decidiu-se que a compatibilidade de um auxílio com o mercado comum deverá ser aferida tendo em conta seus efeitos colocados *em evidência* através do Código. No que toca ao segundo ponto analisaram-se “os auxílios destinados a favorecer o desenvolvimento económico de determinadas regiões”. Nesse caso, estatuiu-se que “os critérios de apreciação dos auxílios com finalidade regional permitem ter em consideração... outros eventuais efeitos... que a aplicação do código de conduta colocará em evidência” (Santos, 2009a, pp. 434-435).

No que diz respeito ao Código de conduta interessa ressaltar que representa um instrumento de *soft law*, destinado ao combate da concorrência fiscal entre os Estados dentro do âmbito da fiscalidade direta das empresas (Palma, 2006, p. 146); (Santos (2003b, p. 488) (2009a, p. 429) (2009b, p. 168)). O regime dos auxílios estatais, por sua vez, constante do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, constitui-se como norma jurídica, *hard law*, que visa impedir a concorrência entre empresas (Moreira, 2008, pp. 46-47); (Mota, 2012, p. 61). Além disso, abrange não apenas a fiscalidade direta das empresas mas, também, a indireta e a parafiscalidade ((Santos (2003b, p. 488) (2009a, p. 429)). Constatase, assim, que a remissão feita ao regime dos auxílios fiscais teve como propósito reforçar sua eficácia, visto que, segundo Santos, “o regime dos auxílios afirma-se como o *hard law stick* do Código de Conduta” (2003b, p. 487)

Todavia, ainda que a doutrina considere certa aproximação entre o Código e os auxílios estatais, “somente uma análise comparativa dos critérios” relativos aos dois regimes seria adequada para “clarificar sua aplicação isolada ou

27 Tal comunicação trata da “aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas”. Nesse sentido, Santos (2009a, p. 433) (2009b, pp. 168-169).

simultânea”. Na prática, tal “trabalho não foi efetuado pelo Grupo do Código ou, ao menos de forma sistemática, pela Comissão”²⁸ (Santos, 2009a, p. 435).

No que toca ao âmbito de aplicação do Código, o compromisso de extensão aos territórios dependentes, bem como a países terceiros, demonstra o propósito da União de que as normas fossem aplicadas para além do seu território (Santos, 2003b). Conforme explica este autor o Código de conduta representa “uma estratégia concertada da União Europeia relativamente à da Recomendação da OCDE que, como dissemos, em Abril de 1998, aprovou o relatório e as diretrizes relativas ao combate à concorrência fiscal nefasta” (p. 473). Sua intenção era manter-se como precursora do combate à concorrência fiscal internacional, tendo em conta que, segundo o autor, “no fundo, o que está em causa é a participação da União na construção de uma nova Ordem Fiscal Internacional [...]” (p. 473). Ainda que não tenha conseguido expandir-se aos países terceiros existem dados que demonstram sua aplicação aos territórios dependentes (Palma, 2006, p. 147).

Nesse contexto, importa destacar que a luta contra a concorrência fiscal pressupõe, necessariamente, uma atitude cooperativa entre os entes estatais, conforme explica Santos (2009b),

O que legitima a regulação da concorrência fiscal no plano internacional será, a exemplo da regulação do mercado e da concorrência interempresarial, a necessidade de manter a concorrência fiscal dentro de limites aceitáveis

28 Tradução e adaptação nossas. A partir da prática da Comissão foi elaborado, em 2004, um “relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas” (Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 09.02.2004). No ponto 69 salientou-se que “no âmbito do seu compromisso de reexaminar os regimes fiscais em vigor nos Estados-membros, referido no ponto J do código de conduta, a Comissão deu prioridade às medidas que eram simultaneamente objeto de um exame no âmbito do código de conduta”. Nesse sentido, iniciou-se “em 11 de Julho de 2001 procedimentos relativamente a 15 regimes fiscais, dos quais 13 foram entretanto considerados prejudiciais pelo Grupo Código de Conduta”. No que diz respeito à tal opção ressalva-se que “as 15 medidas examinadas pela Comissão foram escolhidas com base no seu impacto económico significativo e pelos seus efeitos espacialmente negativos sobre a concorrência e o comércio”. Na prática, a ação “representou, em certos casos em que os Estados-membros não tinham ainda previsto a supressão das medidas prejudiciais, um incentivo adicional para o fazer, tal como indicava o código de conduta”. Em seguida concluiu-se que a atuação “paralela da Comissão no domínio dos auxílios estatais permitiu, em certa medida, facilitar o acordo sobre o código de conduta”. De qualquer forma, uma ideia passível de ser retirada do entrelaçamento do Código e do regime de auxílios de Estado é a influência da *soft law* sobre a *hard law*.

que não ponham em causa nem a concorrência interempresarial, nem a existência das funções essenciais do Estado nos dias de hoje, nem, no plano da União Europeia, a realização dos fins próprios desta (p. 169).

A União Europeia demonstrou-se consciente, com a criação do Código de conduta, de que somente poderia alcançar resultados através da obtenção de acordo entre os Estados-membros (Santos, 2009b, p. 168). Os entes estatais acabaram por reconhecer os problemas resultantes da concorrência fiscal, assim como concordaram que sua mitigação passaria pela implementação do combate aos efeitos de forma conjunta, todavia, segundo Santos,

[...]será sempre muito difícil haver um acordo global sobre os limites de tolerância admissíveis, sobre a extensão das funções do Estado e, no plano prático, sobre a questão de saber se um determinado investimento que se deslocizou de um Estado para o outro foi, em concreto, atraído pelo incentivo fiscal criado por este ou por razões de índole não fiscal.

Porém, o recurso da *soft law* demonstra a inviabilidade da criação de um diploma jurídico.

Por outro lado, ressalta-se que não houve uma tentativa de esclarecer o significado de concorrência fiscal prejudicial, De acordo com Santos (2009a) “a União Europeia e a OCDE não estão preocupados em apresentar uma distinção clara entre concorrência fiscal prejudicial e não prejudicial, ou esclarecer os fundamentos económicos, jurídicos e políticos dessa distinção” (p. 63). No caso do Código, a sua feitura pressupõe que os Estados preferiram utilizar-se de um instrumento político através do qual foram estabelecidos critérios para reconhecer uma medida com carácter prejudicial.

Contudo, a forma como seu grupo determinou o processo de verificação do carácter lesivo das medidas gerou, desde logo, grande controvérsia entre os Estados-membros (Palma, 2006, p. 136) ((Santos (2003b, pp. 479-480) (2009b, pp. 186-187)). Segundo refere a doutrina, a identificação de várias medidas prejudiciais durante o trabalho de análise nunca alcançou consenso, tendo em conta a discordância dos entes governamentais a respeito da avaliação. Em virtude disso, Palma (2006, p. 136) explica que,

Foram apostas muitas reservas dos Estados-membros relativamente à avaliação de determinadas medidas, existindo mesmo reservas gerais ao relatório e à metodologia adotada no tocante ao próprio processo de

avaliação das medidas [...] Além disso, invoca-se que os trabalhos foram assumidos de forma ligeira e que seria necessário encetar estudos profundos em determinadas áreas, tais como a das holding e das pequenas economias abertas.

Aliás, alguns dados sobre a manutenção dos efeitos de determinados regimes demonstram alguma pressão no sentido de impedir que sejam desmantelados. Neste caso, Palma (2006) impõe-de que, ainda que o grupo tivesse previsto o ano de 2011 como data limite para produção de efeitos quanto aos regimes de desmantelamento, foi aberta exceção aos territórios dependentes do Reino Unido até 2019. Tais governos, quais sejam, Guernsey, Jersey e Ilha de Man “anunciaram que, a 1 de Janeiro de 2006, vão introduzir uma taxa geral de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas de 0% e uma taxa mais elevada (embora reduzida) para as atividades financeiras e conseguiram garantir a produção de efeitos dos regimes antigos até 2019”. Isso significa que “com uma mera declaração de intenções, conseguiram que os respetivos regimes deixassem de ser qualificados como prejudiciais” (p. 137).

Nesse sentido, interessa considerar a existência de certa influência política nos trabalhos do grupo do Código (Palma, 2006, p. 149). Embora o Código de conduta pareça ter funcionado como um documento que estipula a intenção dos Estados-membros de combater a concorrência fiscal prejudicial, na prática a mudança de atitude impõe-se mais difícil (Palma, 2010, p. 616). Conforme constata a doutrina a própria regulação da concorrência entre Estados em sede de fisco impõe dificuldades em vários níveis. acrescenta Santos (2009a),

Não há consenso na literatura sobre a avaliação da concorrência fiscal e dos seus efeitos, e sobre a questão de saber se a concorrência é prejudicial ou não. A avaliação depende de vários fatores, entre outros os interesses dos diversos Estados e suas perspectivas ideológicas (p. 108).

Nesse contexto, segundo Santos (2009b), importa ter em conta que os Estados podem “configurar autonomamente o seu sistema fiscal, exercendo as suas prerrogativas de tributar ou não uma dada situação, não havendo uma ordem jurídica internacional que se imponha nesse domínio” (pp. 164-165). Nesse sentido, o autor considera que,

A fiscalidade é, em larga medida, um produto histórico-cultural e não apenas uma opção de política económica do governo de um determinado Estado. A sua concreta configuração depende, como vimos, de múltiplos

fatores, desde o regime económico, o nível de desenvolvimento, a maior ou menor sofisticação do aparelho administrativo, o sistema jurídico, a representação social do fisco, a tolerância, maior ou menor, em relação a fenómenos de evasão e fraude, etc.

Em seguida, é possível encontrar-se a situação dos Estados que foram capazes de aceder “à independência política (independência formal) sem que as condições de uma independência económica estivessem asseguradas (independência real)” (Santos, 2009b, p. 164). Segundo explica o autor,

A venda de um dos poucos produtos de que dispunham –uma baixa ou nula fiscalidade– era, para os novos Estados, uma condição de sobrevivência e representa, diga-se de passagem, para as antigas potências coloniais, não só uma forma de promover a livre circulação de capitais, como a libertação de um fardo financeiro”²⁹.

Existem, também, os Estados que podem auferir rendimentos de outras fontes, como referencia Santos (2009b), outros que estabelecem regimes fiscais preferenciais para atrair investimentos numa determinada região, assim como alguns que optam por conceder incentivos fiscais com o propósito de “contrabalançar défices competitivos”³⁰. O autor confirma que, em virtude disso, pode não fazer sentido a existência de um sistema fiscal. Como exemplo cita o caso da Estónia que não possui, “sequer, um verdadeiro imposto sobre as sociedades”. Ainda que pudesse sofrer pressões políticas para criação do imposto, poderia fazê-lo com uma taxa reduzida (p. 165).

Apesar disso, verifica-se que o acordo sobre a existência de um diploma regulatório da concorrência fiscal internacional demonstra, de fato, a preocupação dos Estados-membros com a eventual possibilidade de erosão fiscal. Todavia, as regras dispostas através do texto do Código de conduta somente serão cumpridas na medida em que os Estados não utilizem sua influência política em sentido contrário³¹. Na prática do seu grupo a existência da prorrogação dos efeitos de determinados regimes demonstra a prevalência

29 Nesse sentido, segundo Mota (2012), “a regulação preocupa-se com o combate às práticas prejudiciais, mas não oferece alternativas à subsistência dessas jurisdições” (p. 63).

30 Como exemplos o autor cita “situação geográfica, reduzido mercado, escassez de recursos, insuficientes comunicações”, etc.

31 Santos (2009a, p. 258), explica “a força do Código depende da boa vontade dos Estados-membros”. Tradução e adaptação nossas.

de certos interesses estatais (Palma (2006, p. 149) (2010, pp. 615-616)); (Santos (2003b, p. 491).

Por outro lado, as exceções ao regime do Código implicam a conservação da competição estatal em sede de fiscalidade direta sobre as empresas (Palma (2006, p. 149) (2010, pp. 615-616)). Adicionalmente, Santos (2003b) alerta, que

De fato, os mecanismos de troca de informações e os juízos de censura política podem funcionar como forma eficaz de pressão. O risco aqui é o de tais mecanismos funcionarem sobretudo em relação aos Estados com menor peso político ou económico. Por isso, um mecanismo juridicamente vinculativo seria preferível (p. 474-475).

Assim, sua aplicação mantém-se desequilibrada no quadro da União Europeia e dos seus territórios dependentes, assim como nula nos países terceiros (Palma (2006, pp. 147-148) (2010, p. 615)).

Conclusões

1. A *soft law* apresenta-se em coexistência com a *hard law*. Embora, não imponha efeitos vinculativos, uma vez que sua feitura não pressupõe um processo formal que lhe garanta estatuto jurídico, isso não significa que não produza resultados práticos. Ao contrário, o recurso da *soft law* pode ter como propósito a procura por uma eficiência que não foi alcançada através da *hard law*.
2. No quadro da União Europeia a utilização da *soft law* foi incrementada ao longo do processo de integração. O próprio Tratado sobre o funcionamento da União Europeia consagra sua existência, assim como subsiste, na prática, através de outras formas atípicas não previstas. Além disso, a sua viabilidade pode impor-se em áreas de competência não exclusiva da União, como é o caso da fiscalidade direta.
3. A concorrência fiscal internacional corresponde à competição fiscal entre os Estados, onde uma decisão de um ente estatal em sede de fisco pode afetar as receitas de outro. Apresenta-se, assim, como um fenómeno inerente à coexistência de diversos sistemas fiscais estatais. Ainda que possa

gerar efeitos positivos, o que torna-se preocupante é seu contributo para a erosão da base fiscal dos Estados.

4. Na União Europeia os Estados são soberanos em sede de fiscalidade direta. Todavia, impõe-se aos membros a consideração do princípio da solidariedade e dos objetivos da Comunidade.
5. O Código de conduta surgiu como tentativa para alcançar uma maior coordenação fiscal na União Europeia. Sua feitura demonstra a consciência da União quanto aos efeitos perversos resultantes da concorrência fiscal, assim como revela a noção de que a mitigação de tal problemática pressupõe o acordo entre os Estados para estabelecimento de um combate de forma conjunta. A utilização do Código mantém-se desequilibrada no quadro da União Europeia e dos territórios dependentes, assim como inaplicável aos países terceiros. Nesse sentido, tal diploma somente será eficaz na medida em que os Estados tenham boa vontade para instituir uma mudança de atitude prática. ■

Referências

- Anastácio, G. (2006). Concorrência fiscal na União Europeia. Em *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco* (pp.53-87). Coimbra: Coimbra Editora.
- Andrade, F. (2001). Concorrência fiscal e concorrência fiscal prejudicial na tributação direta do capital. *Boletim de Ciências Económicas*, 44, 209-238.
- Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas [Código]. (1998) Jornal Oficial
- Dias, S. & Minhoto, L. (2006). Globalização e Estado Nacional. *Integração*, 12(44), 33-40. Recuperado de ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/33_44.pdf
- Gersen, J. & Posner, E. (2008). *Soft Law*. (Public Law and Legal Theory Working Paper No. 213). Chicago : University of Chicago, Law School. Recuperado de <http://www.law.uchicago.edu/files/files/pl213.pdf>.
- Guzman, A. & Meyer, T. (2010). International Soft Law. *Journal of Legal Analysis*, 2(1), 171-225. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353444

- Hachez, I. (2010). Basiles conceptuelles autour des notions de source du droit, force normative et soft law. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, (65), 1-64.
- Hillgenberg, H. (1999). A Fresh Look at Soft Law. *European Journal of international Law*, 10(3), 499-515. Recuperado de <http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/3/499.full.pdf>.
- Hufbauer, G. & Kim, J. (2008). International Tax competition: tree big issues. *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, 1(2), 19-28.
- Loureiro, C. (2010). A globalização e os processos de reforma fiscal: a concorrência fiscal internacional. Em *Conferência Portugal – União Europeia e os EUA: novas perspectivas económicas num contexto de globalização* (pp. 593-609). Coimbra: Almedina.
- Maia, A. (2009). A concorrência fiscal internacional: análise sob a perspectiva da Organização Mundial do Comércio (OMC). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 50(1-2), 265-295.
- Mendes, M. (2013). Perspetivas do Direito Internacional da Concorrência: a necessidade de uma abordagem alternativa aos acordos de cooperação e à convergência de sistemas de direito da concorrência. *Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, (2), 71-97.
- Moreira, T. (2008). Crise e Política de Concorrência – alguns comentários. *Revista de finanças públicas e direito fiscal*, 1(4), 39-50.
- Mota, R. (2011). A cooperação internacional na operacionalização do intercâmbio de informações fiscais. Em *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise* (pp. 167-204). Coimbra: Almedina.
- Mota, R. (2012). Aspetos Relevantes da concorrência Fiscal Internacional. *Revista da PGFN*, 2(4), 45-70. Recuperado de <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-ii-numero-iv/Graquel4.pdf>
- Nabais, J. (2003). *A soberania fiscal no atual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas*. Coimbra: Almedina.
- Oliveira, L. & Bertoldi, M. (2012). A importância da Soft Law na evolução do Direito internacional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 1(10), 6265-6289. Recuperado de <http://www.idb-fdul.com/>
- Oliveira, M. (2011). O futuro da integração europeia e a harmonização fiscal na Europa. Em *25 Anos na União Europeia: 125 reflexões* (pp. 381-387). Lisboa: Almedina.
- Palma, C. (2006). O controlo da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia; ponto da situação dos trabalhos do Grupo do Código de Conduta. Em *Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto* (pp. 127-152). Coimbra: Coimbra Editora.

- Palma, C. (2010). Portugal, a concorrência fiscal prejudicial e a competitividade fiscal. Em *Conferência Portugal – União Europeia e os EUA: novas perspectivas económicas num contexto de globalização* (pp. 611-617). Coimbra: Almedina.
- Pires, R. (2008). Notas de reflexão: acordos para evitar e para eliminar a dupla tributação no direito internacional fiscal do século XXI. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, (2), 179-196.
- Rodrigues, L. (2011). Soft Law. *Revista Negócios Estrangeiros*, (19), 11-37.
- Rubio, N. (2007). Les instruments de soft law dans les politiques communautaires: vecteur d'une meilleure articulation entre la politique de la concurrence et la politique de cohésion économique et sociale. *Revue trimestrielle de droit européen*, 43(4), 597-608.
- Santos, A. (2003a). A posição portuguesa face à regulação comunitária da concorrência fiscal. Em *Planeamento Fiscal e Concorrência Internacional*. Lisboa: Fisco.
- Santos, A. (2003b). *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra : Almedina.
- Santos, A. (2009a). *L'Union Européenne et la Régulation de la Concurrence Fiscale*. Bruylant.
- Santos, A. (2009b). Planeamento fiscal, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto. *Fiscalidade*, (38), 61-100.
- Santos, A. (2013). As ciências sociais e humanas e a fiscalidade: o olhar da Ciência Política. Em *Fiscalidade: Outros Olhares* (pp. 15-46). Vida Económica.
- Schafer, A. (2006). Resolving deadlock: why international organizations introduce soft law. *European Law Journal*, 12(2), 194-208.
- Schelkle, W. (2007). EU Fiscal Governance: Had Law in the shadow of Soft Law? *Columbia Journal of European Law*, 13(705), 705-731. Recuperado de <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/research/SchelkleGovernance.pdf>.
- Senden, L. (2005). Soft Law, Self-regulation and co-regulation in European Law: where do they meet? *Electronic Journal of Comparative Law*, 9.1. Recuperado de <http://ec.europa.eu/digitalagenda/sites/digitalagenda/files/discussions/Soft%20Law,%20SelfRegulation%20and%20CoRegulation%20in%20European%20LawWhere%20do%20they%20meet.pdf>.
- Silva, P. (2010). O futuro da política social europeia: entre a eficácia e normatividade. *Sociedade e Trabalho*, (40), 65-78.
- Snyder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *The Modern Law Review*, 56(1), 19-54. Recuperado de <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02852.x/pdf>.

Snyder, F. (1994). *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. Em *The Construction of Europe: essays in honour of Emile Noel* (pp. 197-225). Kluwer Academic Publishers.

Tanzi, V. (2005). Globalization e tax systems. Em *15 Anos de reforma fiscal de 1988/89: jornadas de homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha* (pp. 695-706). Coimbra: Almedina.

Trubek, D. M., Cottrell, P. & Nance, M. (2005). Soft Law, Hard Law, and European Integration: toward a theory of hybridity. *Legal Studies Research Paper*, (1002), 1-43. Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=855447.

Trubek, D. M. & Trubek, L. G. (2005). Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the role of the Open Method of Co-ordination. *European Law Journal*, 11(3), 343-364. Recuperado de <http://eucenter.wisc.edu/Publications/trubekTrubekELJ.pdf>.