

O direito dos contribuintes ao planeamento fiscal

Por Amândio Fernandes Silva

A distinção entre planeamento fiscal legítimo ou ilegítimo é ténue e depende da interpretação e/ou discricionariedade da administração fiscal. Enquanto actuação legítima, planeamento fiscal é a aplicação dos conhecimentos que se tem da lei aos casos concretos que surgem na vida profissional. Deste modo, os TOC têm aqui importante papel a desenvolver.



Amândio Fernandes Silva
Jurista da CTOC

O planeamento fiscal está associado a um conjunto de ideias preconcebidas e, muitas vezes, redutoras sobre o seu significado, meios e objectivos. Desde logo, muitas pessoas consideram o planeamento fiscal sinónimo de evasão e fuga ao pagamento de impostos de forma ilícita (uma prática não só censurável do ponto de vista ético

como ilegal e punível nos termos definidos pelos códigos fiscais).

Em segundo lugar, o planeamento fiscal é entendido como uma prática só acessível a um pequeno grupo de contribuintes que recorrem a mecanismos complexos de redução ou eliminação da tributação como, por exemplo, a utilização de paraísos fiscais. Ou seja, o planeamento fiscal é encarado como uma realidade distante e ao serviço daqueles que dispõem conhecimentos e meios financeiros para o efeito.

Por último, a análise e discussão dos principais mecanismos de planeamento fiscal, bem como dos “remédios” ou medidas adoptadas pela administração fiscal para combater alguns tipos de planeamento fiscal mais agressivo remete-nos para a tradicional imagem do jogo do “gato e do rato”: o Estado define as regras e, de imediato, os contribuintes tentam encontrar meios de evitar a tributação.

Ora, em nossa opinião, estas ideias são redutoras e não correspondem de forma alguma à realidade. Como veremos, o planeamento fiscal pode (e deve) ser legítimo e lícito; o planeamento fiscal lícito não é uma prática elitista mas apenas a aplicação do conhecimento da lei a uma situação tributária concreta.

O planeamento fiscal não é sequer uma forma de o contribuinte se opor aos interesses do Estado. Na permanente tensão entre o Estado e os contribuintes, o Estado é não só um actor passivo do planeamento fiscal, mas também o principal autor de vários mecanismos de planeamento fiscal com o objectivo de aumentar a concorrência fiscal do país face a terceiros ou para, através de políticas fiscais, prosseguir determinados objectivos económicos.

Para melhor compreensão, analisaremos o conceito de planeamento fiscal e as medidas anti-abuso adoptadas pelo Estado.

Definição de planeamento fiscal

Na definição de planeamento fiscal, a generalidade dos autores tenta delimitá-lo às actuações legítimas e lícitas, afastando deste conceito as situações em que estamos perante um acto ilegal ou de evasão fiscal.

Por exemplo, Germano Marques da Silva considera que «planeamento fiscal é a ordenação dos actos do contribuinte em conformidade com a lei tributária, tendente ao não pagamento, ao menor pagamento ou ao pagamento mais distante; pressupõe sempre o respeito da lei e, por isso, não se verifica qualquer ilegalidade. Tal conduta não se confunde com a sonegação fiscal que consiste em procedimento fraudulento capaz de iludir o fisco para eximir o contribuinte ao pagamento do imposto devido.»⁽¹⁾

De igual modo, Saldanha Sanches refere que o «planeamento fiscal (legítimo) é a técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por

estar ligado a uma obrigação ou escolher entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada por menos encargos fiscais. A contrario, o planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo.»⁽²⁾ Em conformidade com a generalidade da doutrina, podemos afirmar que o planeamento fiscal é o conjunto de actos que, no respeito pela lei, visam reduzir ou minimizar a carga fiscal do contribuinte.

Neste sentido, o planeamento fiscal não se confunde com a evasão fiscal em que a redução da carga fiscal é conseguida mediante actos ilícitos (falsificação da contabilidade, facturas falsas, apropriação de impostos, etc.).

A dificuldade surge, no entanto, quando o legislador pretende combater a denominada elisão fiscal abusiva que se traduz na prática de actos lícitos cujo resultado não é aceite pela nossa ordem jurídica, porque contrário aos princípios que fundamentam o nosso sistema fiscal.⁽³⁾

Neste caso, os actos e práticas dos contribuintes são, por si só, legais. No entanto, a administração fiscal pode considerar estes comportamentos concretos ilegítimos na medida em que os mesmos visem apenas obter a eliminação ou redução dos impostos a pagar. Para obviar a esta possibilidade, o Estado adoptou medidas anti-abuso.

A adopção destas medidas anti-abuso não resolve as dificuldades de distinção entre práticas de planeamento fiscal lícito das práticas de planeamento fiscal que embora lícitas são consideradas abusivas e introduz no sistema fiscal normas que criam incerteza e discricionariedade na sua aplicação.

Por exemplo, poderá a criação de uma sociedade gestora de participações ser considerada um operação de planeamento fiscal abusivo? O enquadramento de uma sociedade no regime geral de tributação ou no regime simplificado é legítima por razões de exclusiva poupança fiscal? A transformação de uma sociedade por quotas numa sociedade anónima por exclusiva conveniência fiscal deve ser censurada? A deslocalização da sede de uma empresa ou de uma filial para um paraíso fiscal (para a Zona Franca da Madeira, por exemplo) é um acto com exclusivos objectivos fiscais, devendo, por isso, ser desconsiderada?

Mais, como compatibilizamos estas disposições com o princípio de liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa) ou a necessidade dos órgãos de gestão das mais diversas entidades garantirem uma optimização dos custos, incluindo os custos fiscais?

As respostas a estas questões apenas podem resultar da adequada interpretação e aplicação das normas anti-abuso à luz dos princípios que conformam a nossa ordem jurídica.



As medidas anti-abuso

Como referimos, o legislador criou normas anti-abuso para combater a utilização artificiosa de formas jurídicas para conseguir uma redução ou eliminação do imposto a pagar.

Para devido enquadramento destas normas, o n.º 2 do artigo 63.º do Código do Procedimento e Processo Tributário (CPPT), considera normas anti-abuso quaisquer normas legais que consagrem a ineficácia perante a administração tributária de negócios ou actos jurídicos celebrados ou praticados com manifesto abuso das formas jurídicas de que resulte a eliminação ou redução dos tributos que de outro modo seriam devidos. Com a integração de cláusulas anti-abuso na nossa ordem jurídica, a administração fiscal pode, se devidamente comprovado e justificado, desconsiderar as figuras jurídicas utilizadas pelos contribuintes e tributar de acordo com realidade económica subjacente.

O artigo 38.º n.º 2 da Lei Geral Tributária estabelece uma cláusula geral anti-abuso, nos seguintes termos: «São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.»

O planeamento fiscal pode (e deve) ser legítimo e lícito; o planeamento fiscal lícito não é uma prática elitista mas apenas a aplicação do conhecimento da lei a uma situação tributária concreta.

Nos nossos códigos fiscais existem várias cláusulas especiais anti-abuso, como por exemplo, as regras sobre preços de transferência (artigo 58.º do Código do IRC); a não dedução como custo fiscal dos pagamentos feitos a pessoas ou entidades sujeitas a um regime fiscal claramente mais favorável (artigo 59.º do Código do IRC), imputação aos sócios residentes em território nacional dos lucros obtidos por sociedades não residentes sujeitas um regime fiscal mais favorável (artigo 60.º do Código do IRC), as regras sobre subcapitalização (artigo 61.º do Código do IRC); a simulação de negócios jurídicos (artigo 39.º n.º 1 da LGT), etc..

Se estas cláusulas especiais, independentemente do juízo que se possa fazer sobre a sua existência, são de fácil entendimento e interpretação, nomeadamente pelo seu carácter e objectivos concretos, já a aplicação e interpretação da norma geral anti-abuso, pela sua natureza abstracta, é difícil e pode colidir com os mais elementares princípios da certeza e segurança jurídica.

Para devida aplicação desta norma devemos atender a uma interpretação sistemática destas normas à luz da letra e espírito do cláusula geral anti-abuso e das normas fiscais aplicáveis naquele caso.

Os requisitos materiais da cláusula geral anti-abuso são: I) a utilização pelo contribuinte de um negócio jurídico artificioso ou com abuso de forma jurídica que tem como II) fim único ou determinante evitar a tributação que seria devido caso tivesse sido utilizado um negócio ou acto de substância económica equivalente. Ainda que não decorra directamente do texto da lei, teremos que forçosamente ter em conta a intenção do legislador e assim estabelecer como terceiro requisito a intenção da lei em tributar aquela situação concreta (ou seja, não poderá o legislador invocar a cláusula anti-abuso quando este admita, de forma inequívoca, que o contribuinte possa, naquele caso, reduzir ou anular a tributação).⁽⁴⁾

Como vemos, a lei separa a existência de um negócio jurídico artificioso que apenas existe por razões essencialmente fiscais da situação do abuso de forma jurídica que consiste na escolha, para fins exclusivamente fiscais, de uma forma jurídica que, em circunstâncias normais⁽⁵⁾, não seria utilizada. Mas o requisito essencial da cláusula geral anti-abuso está relacionado com o

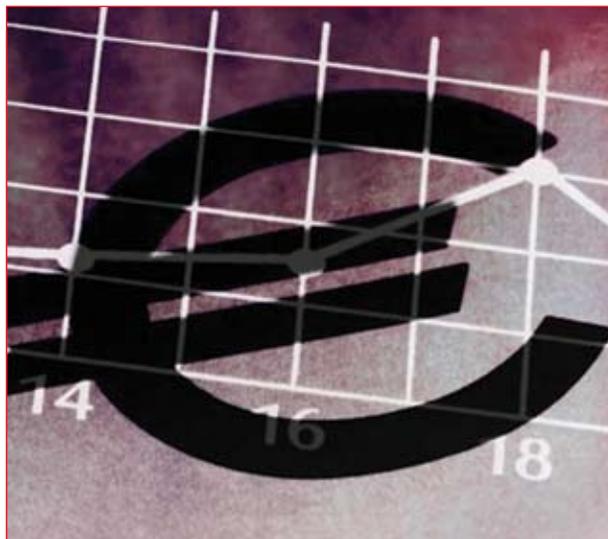
fim essencial ou principal do negócio, ou seja, a desconsideração do negócio jurídico em causa para efeitos de tributação depende da prova de que o negócio visa exclusivamente fins fiscais. Tal como resulta da jurisprudência comunitária, há abuso de direito quando sejam criados ou utilizados expedientes artificiais destinados a contornar o pagamento de impostos, salvo quando existam outras razões de natureza económica e comerciais que o possam justificar. ⁽⁶⁾ Em conformidade, o n.º 9 do artigo 63.º do CPPT exige que a fundamentação da administração fiscal para aplicar esta disposição contenha os seguintes elementos:

- «a) A descrição do negócio jurídico celebrado ou do acto jurídico realizado e da sua verdadeira substância económica;
b) A indicação dos elementos que demonstrem que a celebração do negócio ou prática do acto tiveram como fim único ou determinante evitar a tributação que seria devida em caso de negócio ou acto de substância económica equivalente;
c) A descrição dos negócios ou actos de substância económica equivalente aos efectivamente celebrados ou praticados e das normas de incidência que se lhes aplicam.»

Por fim, como defendemos supra, há que atender à intenção do legislador ao criar determinados regimes especiais que atenuam ou eliminam a tributação. Ao fazê-lo o legislador expressamente admite que, por motivos de política económica, pretende incentivar a utilização de determinadas formas jurídicas (SGPS, sociedades comerciais em detrimento da do exercício a título individual) ou tratar fiscalmente de forma mais favorável determinadas operações (fusões, reestruturação de empresas, etc.). Assim, se é o próprio Estado a criar e incentivar estas práticas, não pode a administração fiscal considerá-las abusivas ao abrigo desta cláusula.

Conclusões

A distinção entre planeamento fiscal legítimo ou ilegítimo é ténue e depende da interpretação, e,



por vezes, discricionariedade, da administração fiscal face às cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. Neste contexto, é necessário respeitar aos limites estabelecidos pelos princípios de liberdade de iniciativa económica ou estabelecimento que decorrem quer da Constituição da República Portuguesa quer dos Tratados Comunitários.

Por outro lado, num mundo globalizado, a adopção de medidas anti-abuso excessivas pode ter como efeito a fuga de empresas e capitais. Aos Estados caberá definir as políticas fiscais que permitam a captação de investimentos e o aumento da concorrência fiscal, daí o seu papel activo na criação dos principais mecanismos de planeamento fiscal.

Por fim, o planeamento fiscal mais não é que a aplicação dos conhecimentos que temos da lei aos casos concretos que nos surgem na vida profissional. Deste modo, os TOC devem ser os principais agentes do planeamento fiscal legítimo permitindo, com os seus conhecimentos da lei, a optimização dos custos fiscais dos seus clientes. ■

(Texto recebido pela CTOC em Novembro de 2008)

⁽¹⁾ *In Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, p. 10, disponível no sítio www.afp.pt

⁽²⁾ Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 21

⁽³⁾ Vide Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Almedina, 2004, p. 15.

⁽⁴⁾ Vide Saldanha Sanches, p. 178 e ss. e Gustavo Lopes Courinha, p. 185 e ss.

⁽⁵⁾ Estamos perante conceitos indeterminados e de difícil comprovação. Em condições "normais", os actores económicos vão utilizar as formas jurídicas que acarretem menos custos e produzam os mesmos efeitos jurídicos.

⁽⁶⁾ Vide, a título de exemplo, os acórdãos do TJCE: Acórdão Cadbury Schweppes, Proc. C-196/04, de 12 de Setembro de 2006; Acórdão Test Claimants, Proc. C-524, de 13 de Março de 2007; Acórdão Halifax, Proc. C-255/02, de 21 de Fevereiro de 2002; ou Acórdão Part Service, Proc. C-245/06, de 21 de Fevereiro de 2008.