

# PLANEAMENTO FISCAL

Conceito, Figuras Afins, Limites

António Carlos dos Santos

GETOC/IDEFF

Porto, 10 de Outubro 2008

# Vias de economia ou poupança fiscal

- O contribuinte pode reduzir a sua carga fiscal, agindo
  - a) 'Intra legem' – quando a poupança fiscal é expressa ou implicitamente querida pelo legislador que estabelece normas negativas de tributação como exclusões tributárias, deduções específicas, abatimentos à matéria colectável personalizantes, ou estabelece isenções fiscais, zonas francas, etc;
  - b) 'Extra legem' – (elisão fiscal ou 'tax avoidance') quando a poupança fiscal é obtida através da utilização de negócios jurídicos que não estão previstos nas normas de incidência fiscal e/ou que, estando previstos nessas normas, têm um regime menos oneroso;
- c) "Contra legem", quando a poupança fiscal resulta da prática de actos ilícitos

# Planeamento Fiscal

- A poupança fiscal decorrente do recurso a negócios jurídicos menos onerosos (via b) é uma consequência do facto de só os actos ou negócios expressamente previstos na lei poderem ser sujeitos a tributação (princípios da legalidade e da tipicidade dos impostos) e da não admissibilidade da analogia em matéria de incidência fiscal

# Planeamento fiscal = Elisão Fiscal

- Elisão fiscal (do latim *elidere*, eliminar, suprimir) : implica a prática de acto ou conjunto de actos (operações), no âmbito da esfera de liberdade concedida aos particulares pelo **princípio da legalidade ou tipicidade da tributação**, tendo como efeito a aplicação de regime tributário menos oneroso do que se aplicaria sem que tal acto ou conjunto de actos tivesse sido praticado.

# Elisão Fiscal

- É a esta faculdade voluntária de opção ou escolha racional que existe na elisão fiscal que se referem as expressões “planeamento fiscal” (*tax planning*), *gestão fiscal* ou “engenharia fiscal”.
- O carácter mais favorável da ordem jurídica *escolhida* não se traduz necessariamente numa ausência de tributação, podendo os objectivos do contribuinte satisfazer-se com uma tributação mais moderada.

# Elisão Fiscal

- A elisão fiscal pode ocorrer a nível meramente *interno*, face a uma pluralidade de regimes fiscais de um só ordenamento fiscal, ou a nível *internacional*, face a uma pluralidade de regimes fiscais de mais de um ordenamento fiscal.

# Elisão Fiscal Internacional

- Na *elisão fiscal internacional* está em causa a prática de actos (em princípio) *lícitos*, realizados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, face a uma pluralidade de regimes fiscais de ordenamentos distintos.

# Elisão Fiscal Internacional

- *A elisão fiscal internacional* assenta num duplo pressuposto: (i) a existência de dois ou mais ordenamentos tributários, dos quais um ou mais se apresentam, face a uma dada situação concreta, como mais favoráveis que o outro ou outros; (ii) a faculdade de opção ou escolha voluntária pelo contribuinte do ordenamento tributário aplicável, pela influência voluntária na produção do facto ou factos geradores em termos de atrair a respectiva aplicação.



# Modalidades de elisão fiscal internacional

- Classificam-se em função da natureza do elemento de conexão utilizado:
- *subjectiva* quando opera através de um elemento de conexão subjectivo, como a residência ou o domicílio do contribuinte;
- *objectiva* quando opera através de um elemento de conexão objectivo, como o local onde se situa a fonte de produção ou de pagamento de um rendimento, designadamente o local do exercício da actividade, ou o local de instalação de um estabelecimento estável.

# Elisão subjectiva Deslocalização de domicílio fiscal

- Ex. de elisão fiscal subjectiva: uma pessoa singular, para escapar à tributação elevada do seu país de residência, transfere o seu domicílio para país de tributação mais reduzida.

# Elisão subjectiva/ Deslocalização de domicílio fiscal

- Também o domicílio das pessoas colectivas (a sua sede estatutária, direcção efectiva ou país de incorporação) pode ser escolhido ou deslocalizado com o propósito exclusivo de evitar a sujeição a um certo ordenamento tributário ou atrair a aplicação de regime tributário mais favorável.

# Elisão Fiscal Objectiva

- A elisão fiscal objectiva concretiza-se através do elemento objectivo da norma de conflitos, fundamentalmente a “fonte de produção” da renda, visando impedir a sua configuração jurídica ou imputá-la, total ou parcialmente, a território de regime fiscal mais favorável.

# Elisão Fiscal Objectiva

- A elisão fiscal objectiva pode distinguir-se em várias espécies, consoante o objectivo do contribuinte em influenciar o elemento de conexão em causa: *dividir* o rendimento, distribuindo-o entre territórios fiscais distintos; *acumular* o rendimento em território fiscalmente mais favorável; *transferir* o rendimento de um para outro ordenamento fiscalmente menos oneroso.

# Planeamento Fiscal, evasão e fraude

- Não existe na legislação fiscal portuguesa uma distinção entre evasão e fraude fiscal, existindo grande flutuação terminológica. Por vezes o termo evasão é utilizado em sentido amplo, abrangendo a fraude fiscal, por vezes em sentido restrito, referindo-se aos ilícitos fiscais menos graves.

# Planeamento Fiscal e outras figuras

Alguns Crimes tributários comuns/RGIT:

- Artigo 87.º Burla tributária
- Artigo 88.º Frustração de créditos
- Artigo 89.º Associação criminosa
- Artigo 90.º Desobediência qualificada
- Artigo 91.º Violação de segredo

# Planeamento Fiscal e Fraude Fiscal

- Elisão fiscal e fraude fiscal: na *fraude* há uma violação directa e frontal das normas jurídicas (falsas declarações, falso balanço, operações fictícias, etc.)
- A fraude fiscal e a fraude fiscal qualificada estão previstas e punidas pelos arts 103.º e 104.º do RGIT



# Planeamento Fiscal e outras figuras

## Exemplos de Contra-ordenações fiscais/RGIT:

- Artigo 113.º Recusa de entrega, exibição ou apresentação de escrita e de documentos fiscalmente relevantes
- Artigo 114.º Falta de entrega da prestação tributária
- Artigo 115.º Violação de segredo fiscal
- Artigo 116.º Falta ou atraso de declarações

# Planeamento Fiscal e Simulação

➤ LGT/Artigo 39.º

## ***Simulação dos negócios jurídicos***

- 1 - Em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado.
- 2 - Sem prejuízo dos poderes de correcção da matéria tributável legalmente atribuídos à administração tributária, a tributação do negócio jurídico real constante de documento autêntico depende de decisão judicial que declare a sua nulidade.

# Planeamento fiscal lícito e abusivo

- Se a letra ou espírito da lei tributária não tiverem previsto a tributação de determinado facto, ele não poderá ser tributado, obtendo-se assim uma poupança fiscal. Estas operações são lícitas.
- No entanto, há que distinguir, neste âmbito, certos negócios que a lei considera como abusivos, anómalos, os quais são objecto de normas anti-abuso especiais ou gerais e que se podem considerar como actos antijurídicos, ao abrigo dessas leis anti-abuso (anti 'tax avoidance clauses').
- Tais cláusulas são aplicadas a posteriori, consistindo normalmente na desconsideração do negócio jurídico efectuado

# O novo regime do planeamento fiscal abusivo: Legislação

- Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro
- Entrada em vigor: 15 de Maio de 2008
- Autorização legislativa: art. 98º da Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro (OE 2007)
- Portaria n.º 364-A/2008, de 14 de Maio

# Autorização legislativa do PFA

- Artigo 98.º LOE 2007
- 1 - Fica o Governo autorizado a estabelecer, em consonância com experiências recentes de outros países, medidas de *carácter preventivo* relativamente a práticas de evasão e de planeamento fiscal *agressivo*, mediante a consagração de obrigações específicas de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária sobre os esquemas, operações ou transacções adoptados ou propostos que tenham como principal ou um dos principais objectivos a obtenção de vantagens fiscais.

# Objectivos da lei

- Reforçar a eficácia no combate à fraude e evasão fiscais, através do reforço da cooperação entre a DGCI e certas entidades
- Regular o exercício da consultoria fiscal agressiva que visa a exploração sem limites e sem peias das “fragilidades da lei fiscal, mesmo que em desconformidade com o plano e o espírito legislativo”
- Diminuir os custos administrativos da fiscalização

# Objecto do novo regime

- Consagra especiais deveres de comunicação, informação e esclarecimento à Administração Fiscal por parte de consultores fiscais e entidades financeiras de esquemas pré-fabricados de planeamento fiscal “agressivo” para oferta a clientes

# Impostos abrangidos

- Os principais impostos geridos pela DGCI:  
IRS, IRC, IVA, IMI, IMT, IS
- Impostos não abrangidos:  
Os IEC, incluindo o IA



# Noção de Planeamento fiscal

- PF é “qualquer esquema ou actuação que determine, ou se espera que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto”
- Vantagem é “a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema ou a actuação”

# Lei do PFA: Observações

- A lei confirma que o PF não é, em si mesmo, um acto ilícito
- É um acto de poupança fiscal, de gestão fiscal em que o contribuinte procura aproveitar o conhecimento das leis para concretizar as soluções que lhe são mais favoráveis

# Lei do PFA: Observações

- A poupança fiscal é um direito do contribuinte que assenta no princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica (61/1 CRP)
- É um dever perante os accionistas, decorrente de um imperativo de racionalidade económica e de boa gestão

# Lei do PFA: observações

- “A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” /61/1 CRP)
- É um direito de defesa que reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (17 CRP) e que engloba a liberdade de gestão

# Observações

- O PF pode, porém, ser objecto de restrições por aplicação de outros princípios constitucionais
- “O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e riqueza” (103/1 CRP)

# PF e dever fundamental de pagar impostos

- O Estado fiscal
- A constituição fiscal, os princípios da igualdade e da capacidade contributiva
- O planeamento fiscal do Estado (político, legislativo e administrativo)

# Restrições ao PF

Art. 18,º da CRP

- N.º 2: A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos

# Restrições aos DLG

Art. 18

n.º 3: “ As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”



# PF: a visão comunitária

- “O objectivo de minimizar a carga fiscal de uma empresa é, em si, uma consideração comercial válida, desde que as disposições adoptadas com vista à sua realização não levem a transferências de lucros artificiais” (Comunicação da Comissão de 10.12.2007)

# Projecção das decisões sobre Regras CFC em relação ao PF

- Decisão do TJCE no Caso *Cadbury Schweppes* (Proc. C-196/04, de 12 de Setembro de 2006): as legislações nacionais (CFC) relativas às sociedades estrangeiras controladas, estão genericamente em conformidade com o Tratado, na medida em que prossigam o objectivo legítimo de combater a fraude ou a evasão fiscal.
- Todavia, estas regras serão contrárias aos artigos 43.º e 48.º do TCE, quando se apliquem a expedientes que não constituam “expedientes puramente artificiais”.

# Restrições comunitárias às restrições ao PF

- O dispositivo sobre o PF abusivo é uma medida anti-abuso.
- As medidas anti-abuso devem ser conformes com as disposições do TCE

# A Lei PFA: Esquemas ou actuações abusivos

- Os que impliquem a participação de entidade (E) sujeita a RFP, isto é,
  - a E cujo território de residência conste da lista aprovada por portaria do MF
  - Ou quando a E aí não for tributada em IR idêntico ou análogo ao IRS ou IRC
  - Ou o imposto efectivamente pago seja = ou < a 60% do imposto devido se a E residisse em Portugal

# Esquemas ou actuações abusivos

- Aqueles que impliquem a participação de E total ou parcialmente isenta
- Os que envolvam operações financeiras ou sobre seguros susceptíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário
- Os que impliquem a utilização de prejuízos fiscais

# Esquemas ou actuações abusivos

- Os que sejam propostos com cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade em benefício do respectivo promotor

# Sujeitos da obrigação de comunicação: os promotores

- Promotor é qualquer entidade com ou sem PJ, residente ou estabelecida em território nacional, que, no exercício da sua actividade económica, preste, a qualquer título, com ou sem remuneração, serviços de apoio, assessoria, aconselhamento consultoria ou análogos no domínio tributário, relativos à determinação da sua situação tributária ou ao cumprimento de obrigações tributárias de clientes ou de terceiros

# Promotores: sua vinculação às obrigações

- Um promotor fica vinculado às obrigações de informação quando, por qualquer forma, tenha participado ou colaborado na concepção ou proposta de esquema ou actuação de PF ou tenha acompanhado a sua preparação, adopção ou implementação



# Exemplos de promotores

- Instituições de crédito e instituições financeiras
- ROC e sociedades de ROC
- Advogados, solicitadores e respectivas sociedades
- TOC

# Delimitação negativa da promoção

Quanto aos advogados e solicitadores e respectivas sociedades, não são actos de promoção:

o aconselhamento sobre esquemas no contexto da avaliação jurídica do cliente, no âmbito da consultoria jurídica, da defesa ou representação em processo e, de forma geral, os actos próprios definidos na Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto

# Delimitação negativa de promoção

Quanto aos ROC e respectivas sociedades, não são actos de promoção

- as recomendações sobre esquemas no âmbito e para os efeitos das funções de revisão legal de contas

# Sujeitos da obrigação de comunicação: os utilizadores

- Se não houver proposta de promotor ou este residir fora de Portugal, compete ao utilizador a obrigação de comunicação desde que o utilizador seja
  - Pessoa colectiva ou entidade sem personalidade jurídica
  - Pessoa singular quando esteja em causa esquema que envolva RFP ou que implique a participação de entidade total ou parcialmente isenta

# Declaração de Planeamento Fiscal

- Modelo aprovado pela Portaria n.º 364-A/2008
- Modelo disponível no site da DGCI
- Comunicação a efectuar electronicamente

# Comunicação ao DG

- Pelo promotor: 20 dias subsequente ao termo do mês em que tenha efectuado a 1ª proposta ou, se não for proponente, a tenha passado a acompanhar
- Pelo utilizador: até ao fim do mês seguinte ao da sua adopção

# Dever de informação

- Para além da identificação de promotor ou utilizador o dever de informação abrange:
- Descrição pormenorizada do esquema (tipos negociais, estruturas societárias, operações) e da vantagem pretendida, podendo esta ser objecto de esclarecimentos complementares a prestar em 30 dias após notificação
- Indicação da base legal a que respeita a vantagem pretendida

# Dever de informação

- Não abrange a identificação de clientes
- Não é prejudicado por qualquer dever de sigilo
- Não origina violação de dever de confidencialidade nem implica responsabilidade de quem presta as informações
- As informações estão protegidas pelo sigilo fiscal (64 LGT)



# Gestão administrativa

- As informações recebidas constarão de uma BD nacional por imposto
- Serão divulgados na internet os esquemas considerados como abusivos
- O DG pode propor medidas legislativas ou regulamentares para contrariar o esquema
- Os esquemas mais relevantes podem ser objecto de fiscalização

# Penalidades

- Em processo de contra-ordenação instaurado pelo DF do domicílio poderão ser aplicadas coimas aos promotores ou utilizadores que não efectuem a comunicação das informações ou dos esclarecimentos dentro dos prazos
- A negligência é punível
- O pagamento da coima não dispensa o dever de comunicar ou esclarecer

# Observações finais

- A oportunidade do mecanismo e os custos de contexto: as experiências existentes situam-se em sistemas jurídicos anglo-saxónicos
- A capacidade de controlo e a prevenção de abusos
- A relação com a cláusula geral anti-abuso e com o mecanismo das informações prévias vinculativas