



## PLANEAMENTO FISCAL E OS SEUS LIMITES

3 de Outubro de 2012

### 1. O PLANEAMENTO FISCAL EM TEMPOS DE CRISE

Num contexto de crise económica, de escassez de crédito e de resgate internacional, como o que se vive em Portugal, agudizam-se duas tendências antagónicas:

- (a) Por um lado, o Estado necessita de arrecadar cada vez mais receita fiscal e, por isso, tende a aumentar de forma sucessiva e generalizada os impostos; e
- (b) Por outro lado, os contribuintes, que enfrentam maiores dificuldades económicas e financeiras, procuram reduzir ou mitigar a carga fiscal sobre as suas actividades e os seus rendimentos de forma a assegurar os meios indispensáveis para fazer face às suas necessidades.

A redução da carga fiscal pode ser feita de diversas formas: umas lícitas e outras ilícitas, como sucede com a fraude ou evasão fiscal. A forma usada depende muitas das vezes do tipo de contribuinte e do tipo de actividade.

Notícias recentes, provenientes do Observatório de Economia e Gestão de Fraude, revelam que em Portugal a designada “Economia Não Registada”<sup>(1)</sup> se traduz em 25,4% do PIB português, levando assim a uma diminuição das receitas do Estado em cerca de 43,4 mil milhões de euros. Esta percentagem encontra-se substancialmente acima da média da OCDE que se cifra em 16,4%.

Fora dos casos de fraude e evasão fiscal, existem situações em que os contribuintes poderão optar, de forma legal, por formas que permitem uma poupança fiscal. É nestas situações que se enquadra o planeamento fiscal de que vamos tratar neste estudo.

### 2. DO “DIREITO” AO PLANEAMENTO FISCAL

O planeamento fiscal não se pode confundir com a evasão fiscal: embora em ambos os casos se verifique uma redução ou diferimento da carga fiscal, no caso do planeamento essa redução ou diferimento é feita em conformidade e dentro dos limites impostos por lei.

Uma das principais razões para a existência de planeamento fiscal é a falta de neutralidade e de uniformização/harmonização dos vários sistemas de impostos. Com efeito, é sabido que a tributação pode variar consoante o tipo de contribuinte, o tipo de rendimento e ainda o território da residência/sede do contribuinte, sendo que, em certos casos, a diferença pode ser substancial, como acontece nos designados “paraísos fiscais”.

Com as dificuldades económicas e financeiras e escassez de financiamento que se verifica actualmente, torna-se cada vez mais importante, aquando da celebração de um negócio ou do lançamento de qualquer projecto de investimento, avaliar as diversas alternativas e as suas implicações fiscais.

Face à falta de neutralidade e uniformização do sistema de impostos, o contribuinte tem sempre a possibilidade de optar pela via que, legalmente, lhe permita realizar os seus

---

<sup>(1)</sup> A “Economia Não Registada” inclui designadamente a produção ilegal, a produção não declarada, a produção informal, a produção para uso próprio (autoconsumo) e a produção subcoberta por deficiências da estatística.

objectivos económicos da forma fiscalmente menos onerosa, desde que, claro está, não faça uma mera escolha na óptica das poupanças fiscais da operação e não viole as normas fiscais aplicáveis.

Aliás, deve referir-se que não é apenas o contribuinte que adopta estratégias de planeamento fiscal. O próprio Estado toma opções no sentido de tornar determinados actos ou negócios jurídicos mais ou menos onerosos do ponto de vista fiscal consoante os seus objectivos, quer criando isenções de tributação, quer através da atribuição de benefícios fiscais - ainda que actualmente a tendência seja a inversa. A este respeito, basta ver os casos em que o Estado concede opções ao sujeito passivo para obter uma poupança fiscal<sup>(2)</sup>.

### 3. LIMITES AO PLANEAMENTO FISCAL

#### 3.1. A cláusula geral anti-abuso

Tendo em conta que o planeamento fiscal pode ter impacto nas receitas fiscais, o Estado tem vindo progressivamente a introduzir limites a este mesmo planeamento, quer através da aprovação de normas específicas que procuram impedi-lo ou desincentivá-lo, quer, mais recentemente, através da imposição de obrigações de reporte de esquemas de planeamento fiscal.

Um dos limites introduzidos na lei fiscal portuguesa, desde 1999, é a cláusula geral anti-abuso prevista no artigo 38.º da Lei Geral Tributária. Nos termos desta norma, a Administração Tributária poderá considerar ineficazes os actos ou negócios jurídicos que sejam essencial ou principalmente dirigidos, por meios fraudulentos ou artificiosos, e com abuso das formas jurídicas utilizadas, à obtenção de vantagens fiscais que não seriam obtidas, total ou parcialmente, sem utilização daqueles meios.

A consideração da ineficácia desses actos ou negócios jurídicos, de um ponto de vista estritamente fiscal, leva a que Administração Tributária possa proceder à tributação da operação de acordo com as normas legais aplicáveis caso esta não tivesse sido praticada por meios fraudulentos e artificiosos, não se produzindo, desta forma, as vantagens fiscais que o sujeito passivo pretendia obter<sup>(3)</sup>.

De forma a complementar a norma geral anti-abuso, em Fevereiro de 2008 o Governo aprovou a obrigação de reporte de esquemas fiscais por parte de promotores e consultores, ficando a Administração Fiscal obrigada a divulgar os esquemas que considera abusivos e, como tal, susceptíveis de serem abrangidos pela norma geral anti-abuso.

Até à decisão do caso Jerónimo Martins no ano de 2011, não se conheciam decisões dos tribunais portugueses que aplicassem a norma geral anti-abuso<sup>(4)</sup>. Considerando que se trata

---

<sup>(2)</sup> A título de exemplo, pode-se apontar a opção pelo regime de tributação dos grupos de sociedades em sede de IRC, a opção pela tributação conjunta ou separada em sede de IRS no caso dos sujeitos passivos unidos de facto ou as taxas reduzidas que eram aplicadas em certas zonas do país.

<sup>(3)</sup> Além do dever de fundamentar e demonstrar os pressupostos elencados na lei, é condição de aplicação da norma geral anti-abuso a existência de uma norma de incidência tributária sobre aquele acto ou negócio jurídico concreto. Esta situação não ocorre, por exemplo, quando o Estado tributa de forma fragmentária determinadas realidades, permitindo que o contribuinte possa, legitimamente, optar por uma figura jurídica não tributada ou não tributada tão onerosamente.

<sup>(4)</sup> No caso em apreço, uma das sociedades do grupo Jerónimo Martins, com residência fiscal na Zona Franca da Madeira (“ZFM”), concedia empréstimos a outras sociedades do grupo. Em consequência desta intermediação, o

da primeira vez que a norma é aplicada por um tribunal, é talvez cedo para antecipar a evolução que se irá registar futuramente na utilização desta norma. Contudo, é expectável que a tendência seja para uma maior utilização desta norma por parte da Administração Fiscal.

### **3.2. As cláusulas anti-abuso específicas**

Além da cláusula geral anti-abuso existem outras normas que cumprem objectivos semelhantes, funcionando como mecanismos de combate ao planeamento fiscal abusivo em situações particularmente identificadas pelo legislador.

No Código do IRC e no Estatuto dos Benefícios Fiscais encontramos vários exemplos, nomeadamente:

- (a) A exclusão da aplicação do regime de neutralidade fiscal nas operações de fusão, cisão e entrada de activos, quando estas operações tenham como principal ou principais objectivos a evasão fiscal;
- (b) A aplicação do regime dos preços de transferência, que permite à Administração Tributária não considerar preços ou condições que sejam anormais face àquelas que são praticadas no mercado em geral sempre que as transacções sejam efectuadas entre partes que possuam entre si relações especiais;
- (c) A não dedutibilidade dos pagamentos efectuados a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado;
- (d) A imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português, desde que verificados determinados pressupostos quanto à detenção de participações sociais nessas entidades;
- (e) A limitação da isenção sobre dividendos quando estes tenham sido gerados por lucros não sujeitos a tributação efectiva; e
- (f) A exclusão do regime de isenção de mais-valias nas SGPS quando as partes de capital tenham sido adquiridas (i) a entidades com as quais existam relações especiais, (ii) a entidades com domicílio, sede ou direcção efectiva em território sujeito a um regime fiscal mais favorável, constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, ou (iii) residentes em território português sujeitas a um regime especial de tributação, e desde que tenham sido detidas pela alienante por período inferior a três anos.

Mais recentemente, a Lei do Orçamento de Estado para 2012 introduziu no Código do IVA uma norma específica anti-abuso que, na prática, obriga a que o valor tributário das transmissões de bens ou prestações de serviços efectuadas por sujeitos passivos que tenham relações especiais com os respectivos adquirentes ou destinatários, seja o valor normal do bem ou do serviço e não o preço acordado entre as partes.

---

grupo evitava que os juros dos empréstimos fossem tributados. A Administração Tributária, aplicando a norma geral anti-abuso, considerou ineficazes estes negócios, alterando as liquidações no sentido de tributar os juros pagos como se os mútuos fossem celebrados directamente entre as empresas do grupo sem recurso à participada domiciliada na ZFM.



Requisito comum a todas estas regras é o facto de caber à Administração Tributária o ónus de fundamentar e demonstrar a verificação dos pressupostos elencados legalmente.

#### **4. CAUTELAS NO PLANEAMENTO FISCAL**

Como vimos, o contribuinte tem a possibilidade de escolher, de entre as várias opções legalmente admissíveis, a opção fiscalmente menos onerosa desde que a poupança fiscal não seja o único ou o principal fim do acto a praticar ou do negócio jurídico a celebrar.

Em tempos de dificuldades, o planeamento fiscal poderá permitir obter algumas poupanças e, desta forma, libertar meios para fazer face às necessidades, em particular, num momento em que o crédito escasseia.

Contudo, tendo em conta os limites ao planeamento previstos na lei, é importante que os contribuintes se assegurem que respeitam aqueles limites, o que poderá ser feito quer através de confirmação junto da Administração Tributária e/ou através de aconselhamento junto de profissionais especializados.

Estas cautelas deverão ser redobradas, em particular, se tivermos em conta a decisão jurisprudencial acima referida. Com efeito, com esta decisão, é expectável que a Administração Tributária venha a aplicar a norma geral anti-abuso e as normas anti-abuso específicas num maior número de casos no futuro.

Lisboa, 3 de Outubro de 2012

Macedo Vitorino & Associados