

Conclusões da conferência internacional sobre planeamento fiscal

Por Amândio Fernandes Silva e Domingos Cravo

A desmistificação da ideia de planeamento fiscal como uma prática ilícita, a distinção entre elisão fiscal e outras figuras, bem como o enquadramento jurisprudencial do TJCE e a preocupação com as opções legislativas de combate ao planeamento fiscal abusivo, foram algumas das ideias fortes que sobressaíram na terceira conferência organizada pela CTOC e IDEFF.



Amândio Fernandes Silva
Jurista da CTOC



Domingos Cravo
Docente no ISCA-Aveiro
Membro do GECTOC

A Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, através do seu Gabinete de Estudos, e o IDEFF (Instituto do Direito Económico Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa) realizaram, no dia 10 de Outubro de 2008, uma conferência subordinada ao tema «Planeamento Fiscal». Tal como nas anteriores conferências dedicadas aos temas da «Competitividade Fiscal» e «Novas Tendências de Tributação das Sociedades», salientamos a indiscutível qualidade das intervenções, razão suficiente para justificar a forte adesão dos TOC a este evento, como se verificou.

Na sessão de abertura, o Presidente do IDEFF, Eduardo Paz Ferreira, e o Presidente da Direcção da CTOC, Domingues de Azevedo, identificaram os objectivos que presidiram à realização da conferência: desmistificar a ideia do planeamento fiscal como uma prática ilícita, discutindo, para o efeito, os seus limites, benefícios e práticas nacionais e internacionais.

O secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, Carlos Lobo, não podendo estar presente, enviou uma mensagem aos conferencistas em que saudou a actualidade do tema e defendeu a necessidade de Portugal afirmar junto das instituições internacionais o que pretende e defende ao nível da concorrência fiscal ou planeamento fiscal.

Dos temas apresentados e objecto de debate na conferência retirámos as seguintes conclusões:

Tema 1 – Planeamento fiscal: conceitos, figuras afins e limites

O primeiro painel, dedicado ao tema «Planeamento Fiscal: conceitos, figuras afins e limites», moderado por Eduardo Paz Ferreira, teve como orador António Carlos dos Santos e como comentador, José Xavier de Basto.

António Carlos dos Santos começou por delimitar o conceito de planeamento fiscal. O contribuinte pode reduzir a sua carga fiscal, adoptando um comportamento I) *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, regimes especiais, etc.; II) *contra legem* – quando a poupança fiscal resulta de práticas ilícitas; ou III) *extra legem* (elisão fiscal ou *tax avoidance*) quando a poupança fiscal é obtida através da utilização de negócios jurídicos que não se encontram previstos nas normas de incidência fiscal e/ou que, estando previstos nessas normas, têm um regime menos oneroso.

O conceito de planeamento fiscal aproxima-se do conceito de elisão fiscal (comportamento *extra legem*): o contribuinte opta por determinado comportamento ou negócio jurídico de que vai resultar uma diminuição ou exclusão de tributação.

A elisão fiscal pode ocorrer a nível nacional ou internacional, consonante o comportamento do contribuinte se restrinja à opção por um determinado regime fiscal na nossa ordem jurídica ou se confrontem vários ordenamentos jurídicos com regimes fiscais diversos.



Em função da natureza do elemento de conexão utilizado, a elisão fiscal internacional pode ser I) subjectiva – quando opera através de um elemento de conexão subjectivo, como a residência ou o domicílio do contribuinte ou II) 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 de exercício da actividade ou instalação de um estabelecimento estável. Neste caso, o objectivo de reduzir a carga fiscal poderá resultar, por exemplo, da transferência do rendimento para um ordenamento fiscal mais favorável.

Na segunda parte da sua intervenção, o orador apresentou uma descrição das principais medidas adoptadas pelo Estado no combate ao planeamento fiscal abusivo, nomeadamente a adopção de cláusulas gerais anti-abuso e o regime jurídico do planeamento fiscal abusivo, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro.

As cláusulas gerais anti-abuso funcionam *a posteriori* e visam desconsiderar certos negócios que a lei considera abusivos por visarem exclusivamente evitar a tributação (por exemplo, o artigo 39.º da Lei Geral Tributária, relativo à simulação de negócios jurídicos).

De inspiração anglo-saxónica, o Decreto-Lei n.º 29/2008 encara o planeamento fiscal abusivo de forma distinta, visando primordialmente os seguintes objectivos: I) reforçar a eficácia no combate à fraude e evasão fiscal; II) regular o exercício da consultadoria fiscal agressiva; e III) diminuir os custos administrativos da fiscalização.

Estes objectivos são alcançados através da consagração de deveres de comunicação, informação e esclarecimento a que os consultores fiscais (advogados, TOC, ROC e outros profissionais legalmente habilitados) e entidades financeiras ficam obrigados relativamente a esquemas “pré-fabricados” de planeamento fiscal agressivo.

O referido diploma introduziu, pela primeira vez na nossa legislação, uma definição de planeamento fiscal. Considera-se planeamento fiscal «qualquer esquema ou actuação que determine ou se espere que determine, de modo exclusivo ou determinante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de impos-

to.» Para este efeito, entende-se por vantagem fiscal a redução, eliminação ou diferimento temporal do imposto ou benefício fiscal que não se alcançaria sem a utilização do esquema ou actuação.

Para terminar, Carlos dos Santos questiona a oportunidade de introdução desta legislação e o aumento dos custos de contexto destes mecanismos numa altura em que é crucial a captação de investimentos.

No seu comentário a este tema, Xavier de Basto fez uma crítica contundente à proliferação de conceitos indeterminados na legislação fiscal que põem em causa os mais elementares princípios de segurança e confiança jurídica dos contribuintes. Por outro lado, na sua opinião, o diploma relativo ao planeamento fiscal abusivo aumenta os custos fiscais dos contribuintes sem qualquer proveito aparente.

Tema II – Os veículos do planeamento fiscal

Neste segundo painel, moderado por Clotilde Celorico Palma, foi apresentada por Francisco Sousa da Câmara uma perspectiva prática de mecanismos de planeamento fiscal através da utilização de determinados veículos de planeamento fiscal.

Na introdução, o orador lembrou que são os Estados os principais responsáveis pela criação de mecanismos e produtos de planeamento fiscal abusivo, como sejam, por exemplo, os paraísos fiscais.

Neste sentido, uma operação ou esquema de planeamento fiscal tem como principais instrumentos a legislação nacional, as convenções contra a dupla tributação e outros actos de origem internacional emanados de outros Estados ou que resultam de acordos entre os vários Estados.

Na outra face da moeda, temos as medidas adoptadas pelos Estados para combater o planeamento fiscal agressivo, nomeadamente, as normas anti-abuso, a nível nacional, e o Código de Conduta e as Directivas sobre os auxílios de Estado, a nível comunitário.

Francisco Sousa da Câmara referiu alguns exemplos de oportunidades de planeamento fiscal, como sejam a realização de um determinado investimento ou negócio, a dupla residência, o aproveitamento de menos-valias ou perdas, o

exercício de uma determinada actividade (*holding*, financeira, seguradoras, etc.) ou a cobertura de risco através de instrumentos financeiros derivados.

Neste âmbito, foram apresentados pelo orador vários exemplos de planeamento fiscal através de utilização de sociedades de gestão de participações sociais (*holdings*), entidades híbridas e fundos (*trusts*) como veículos. Neste contexto, assumem central importância as sociedades gestoras de participações sociais (*holdings*) que, pelo seu favorável enquadramento fiscal, constituem o principal veículo de planeamento fiscal.

António Lobo Xavier, no seu comentário a este tema, manifestou a sua preocupação com a introdução de regras anti-abuso no nosso sistema fiscal atendendo ao comportamento e *modus operandi* da administração fiscal. A margem de discricionariedade associada às cláusulas gerais anti-abuso terá como consequência o aumento da litigância entre contribuinte e administração fiscal. Acrescenta ainda não compreender como é que podemos atrair investimento estrangeiro e, simultaneamente, pretender adoptar mecanismos de combate ao planeamento fiscal mais severos que os dos nossos principais parceiros económicos.

Tema III – A Contabilidade e o planeamento fiscal

No painel «A Contabilidade e o planeamento fiscal», moderado por Domingos Cravo e comentado por Avelino Antão, foi abordada por Ana Maria Rodrigues a problemática da contabilidade criativa.

Segundo a oradora, esta figura tem associadas várias concepções, das quais se podem destacar «o processo mediante o qual se utilizam os conhecimentos das normas contabilísticas para manipular os valores das demonstrações financeiras a divulgar», «a gestão cuidada dos buracos da lei» ou «artimanhas que não infringem as regras do jogo»; mas também a ideia de «engenharia dos lucros artificiais». Em suma, a contabilidade criativa pode ser sinónimo de artifícios contabilísticos ou de manipulações contabilísticas e até operações que se poderão considerar verdadeiras fraudes.

Com a utilização da contabilidade criativa procura-se sempre modificar (num ou noutro sentido) a imagem apresentada nas demonstrações financeiras, seja numa perspectiva de

resultados, seja na perspectiva da posição financeira da entidade em causa. Evidentemente que, no que respeita à temática da conferência, importa especialmente apreciar a contabilidade criativa como instrumento que minimizar o resultado com o fito de diminuir o montante de impostos a pagar.

Na análise dos factores que podem facilitar práticas de contabilidade criativa, salientou-se os princípios e normas contabilísticas vigentes que são susceptíveis de diferentes interpretações, sem que daí resulte, necessariamente, qualquer fraude ou aplicação menos legal, mas que podem conduzir a diferentes formas de reflectir a posição financeira e o resultado das entidades.

A nova orientação a nível internacional em matéria de mensuração, com a tendência para o abandono do «custo histórico», emergindo o primado do «justo valor» – convergência para o valor de mercado –, pode estar a criar uma nova e importante zona de contabilidade criativa, pois o «justo valor» é um critério de valorização altamente subjectivo que cria um regime de incerteza quanto à fiabilidade das informações divulgadas, permitindo-se manipular os valores dos elementos das demonstrações financeiras, que passam a ser apresentados em função do objectivo que se visa atingir; e permitir assim criar os resultados pretendidos, quer no ano do reconhecimento quer nos anos subsequentes.

Também na linha da subjectividade – e, consequentemente, como factor potencialmente indutor de contabilidade criativa – encontram-se temáticas como a imparidade, cujo impacto como técnica de planeamento fiscal estará fortemente dependente do modo como tais matérias venham a ser regulamentadas.

Para além deste aspecto, foram também suscitadas várias questões que se impõem ao legislador fiscal, designadamente:

- Qual dos modelos de valorização ou mensuração poderá vir a servir de base ao cálculo de imposto?
- Como ultrapassar a existência de diferentes modelos de valorização para diferentes elementos patrimoniais?
- Como ultrapassar a subjectividade que poderá emergir dos testes de «imparidade»?
- Como ultrapassar a arbitrariedade que poderá emergir nos processos de reclassificação dos elementos patrimoniais?



Como conclusão, a oradora entende que embora o caminho ainda seja sinuoso, pois desconhecem-se os riscos de muitas das opções permitidas pelas NIFR/NCRF na esfera fiscal, «as opções contabilísticas permitidas pelas normas contabilísticas, que condicionam o resultado contabilístico terão que ser neutralizadas pelo normativo fiscal, pois caso contrário acabam por condicionar o montante das receitas fiscais de um país.»

Tema IV – Planeamento fiscal e jurisprudência comunitária

No último painel, moderado por Xavier de Basto e comentado por Rui Morais, Andrea Mondini apresentou o enquadramento feito pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) dos limites e âmbito do planeamento fiscal.

Na sua intervenção, Andrea Mondini referiu que o conceito de «planeamento fiscal» não é utilizado pelo TJCE, mas sim o conceito de «abuso de direito» das normas fiscais. Na sua construção jurisprudencial, o TJCE pretendeu responder a duas questões: há um direito ao planeamento fiscal? O que entender por prática fiscal abusiva?

As principais decisões do TJCE, atendendo à sua natureza comunitária, referem-se à Sexta Directiva do IVA. No entanto, existem já algumas decisões relevantes quanto a outros impostos não harmonizados em que, por estarem em causa princípios estabelecidos nos Tratados Comunitários, foi conferida legitimidade ao TJCE para se pronunciar. Em causa estão os princípios de liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado membro no território de outro Estado membro (artigos 43.º e 48.º do Tratado CE) e de não discriminação (artigo 58.º do Tratado CE).

Em termos concretos, o TJCE reconhece, em primeiro lugar, o direito do contribuinte «escolher a estrutura da sua actividade de forma a limitar a sua dívida fiscal.» (Ac. Halifax, de 21 de Fevereiro de 2006)

Atentos a este pressuposto, é necessário definir, em segundo lugar, o que se entende por prática fiscal abusiva. No âmbito do IVA, o TJCE, nos acórdãos Halifax e Part Service, afirma que há uma prática abusiva quando as operações, apesar de formalmente de acordo com as disposições legais, tenham por resultado a obtenção de uma vantagem fiscal con-

trária ao objectivo dessas disposições. Deverá também resultar de um conjunto de elementos objectivos que as operações em causa têm por finalidade essencial a obtenção de uma vantagem fiscal.

Em decisões relativas a impostos não harmonizados, o TJCE refere que há abuso de direito quando sejam criados/utilizados expedientes artificiais destinados a contornar o pagamento do imposto nacional, podendo, no entanto, o contribuinte elidir esta presunção comprovando que existe um substrato económico e comercial na operação em causa (*vide*, Acórdãos Cadbury Schweppes, de 12 de Setembro de 2006 e Test Claimants, de 13 de Março de 2007).

Ora, estas decisões jurisprudenciais permitem-nos perceber o exacto alcance do abuso de direito e servem, simultaneamente, como limite às próprias regras nacionais.

Em síntese, das várias intervenções apresentadas, podemos encontrar algumas ideias fortes e transversais aos vários temas debatidos.

Em primeiro lugar, o objectivo de desmistificação da ideia do planeamento fiscal como uma prática ilícita foi alcançado. A distinção entre elisão fiscal e outras figuras, bem como o enquadramento jurisprudencial do TJCE, apresentados nesta conferência permitem-nos compreender melhor o alcance do planeamento fiscal legítimo.

Todos os painéis demonstraram preocupação com as opções legislativas de combate ao planeamento fiscal abusivo, quer através da introdução de cláusulas gerais anti-abuso quer através da criação de deveres de comunicação e informação de esquemas de planeamento fiscal agressivo.

Ficou, no entanto, um aviso: estas medidas podem colidir com os direitos legítimos dos contribuintes se erradamente interpretadas e aplicadas pela administração fiscal e serem um sério obstáculo à competitividade fiscal do nosso país.

Por fim, no que se refere às matérias da contabilidade, o debate está lançado: como garantir que a *ratio* das normas contabilísticas não seja desvirtuado por práticas de contabilidade criativa? A discussão pública do novo sistema de normalização contabilística dará, em Portugal, continuidade a este debate. ■

(Texto recebido pela CTOC em Janeiro de 2009)