

PLANEAMENTO FISCAL ABUSIVO (ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DE ANTEPROJECTO DE DECRETO-LEI)

1. Pondo termo a alguma expectativa gerada entre os agentes económicos - e, parece, confirmando as piores expectativas -, é finalmente conhecido o teor do anteprojecto de Decreto-Lei do Governo, em uso da autorização legislativa consagrada na Lei que aprovou o Orçamento do Estado para 2007 (n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro), com vista à consagração de medidas de carácter preventivo de combate ao planeamento fiscal (dito) agressivo.

Na linha do que havia sido delineado naquela autorização legislativa, o anteprojecto assenta na imposição, às entidades que prestem serviços de apoio, assessoria, consultoria, ou análogos, de deveres de comunicação, ao Director-Geral dos Impostos, das operações e transacções em que intervenham os seus clientes - com expressa derrogação de eventual dever de sigilo a que estejam obrigadas - e que tenham como principal, ou um dos objectivos, a obtenção de vantagens fiscais, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI), Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT) e Imposto do Selo (IS), e não de outros impostos sem justificação expressa.

2. Embora seguindo, na sua estrutura, o essencial da lei habilitante é, contudo, na concretização dos conceitos relevantes para a sua aplicação que o anteprojecto em análise se vem a revelar mais surpreendente. E isto porque, pese embora a autorização legislativa indicasse, pela sua redacção, que o conjunto de medidas a adoptar teriam por finalidade o combate às situações mais gravosas, geralmente reconduzíveis a práticas de evasão fiscal e de abuso de direito - o dito planeamento fiscal "agressivo" -, o certo é que o Governo, ao definir o âmbito das operações sujeitas àquela comunicação obrigatória, optou por moldes tais que, na prática, implicam um dever de reporte de todas e quaisquer situações de aproveitamento, lícito e ilícito, legítimo ou ilegítimo, das soluções fiscalmente menos onerosas.

Assim, e de acordo com o referido anteprojecto, serão de considerar como situações de planeamento fiscal, sujeitas a comunicação obrigatória ao Director-Geral dos Impostos, todas e quaisquer operações, planos, projectos, propostas, conselhos ou instruções que determinem, ou se espere que determinem, a obtenção de uma vantagem fiscal, considerando-se como tal, para esse efeito, a redução, a

eliminação, ou o diferimento temporal, de imposto, ou a obtenção de benefício fiscal que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a sua utilização.

Mas mais: ainda de acordo com o texto agora conhecido, serão sempre de considerar como situações de planeamento fiscal, independentemente do respectivo móbil, para além das operações que envolvam entidades sujeitas a regimes fiscais privilegiados (considerando como tais as que residam em território constante da chamada "lista negra" de paraísos fiscais, ou aí não tributadas em imposto sobre o rendimento, as entidades sujeitas a uma tributação efectiva inferior a 60% do imposto que seria devido em Portugal e as entidades isentas), aquelas que envolvam operações financeiras ou sobre seguros, o que parece excessivo.

3. Não se ficam por aqui as dificuldades que o anteprojecto suscita. O conteúdo do dever de comunicação - em modelo a aprovar, ainda, por Portaria do Ministro das Finanças - inclui informação de tal forma extensa e pormenorizada que o seu cumprimento, entrando em vigor o decreto-lei, implicará um acréscimo irrealista de tarefas administrativas e burocráticas que nem em casos de planeamento fiscal abusivo ou de evasão fiscal, porventura, se justificaria.

Tal dever, inclui, necessariamente, no elenco dos elementos a transmitir, a descrição pormenorizada do planeamento fiscal, a indicação e a caracterização dos tipos negociais, as estruturas societárias, as operações ou transacções utilizadas, a espécie e configuração da vantagem fiscal pretendida, além da indicação da base legal relativamente à qual se auferem a vantagem fiscal pretendida. Ainda que não esteja compreendido no referido dever de comunicação qualquer identificação do cliente utilizador do planeamento, na prática, o mesmo implica o disclosure obrigatório de todo um know how específico na área do planeamento fiscal (lícito), permitindo à Administração Tributária um conhecimento actualizado das fragilidades da lei fiscal que tinha, de outra forma, a obrigação de obter.

4. No que concerne à definição do âmbito subjectivo do dever de comunicação, o anteprojecto optou por consagrar uma fórmula de tal maneira abrangente que estarão sujeitos à comunicação obrigatória das operações de planeamento (como "promotores de esquema de planeamento fiscal") as instituições de crédito e demais instituições financeiras, os revisores oficiais de contas, as sociedades de revisores oficiais de contas, os técnicos oficiais de contas e outras entidades que prestem serviços de contabilidade

e, além dos solicitadores e sociedades de solicitadores, os próprios advogados e sociedades de advogados.

Revela-se positiva, porém, na perspectiva de salvaguarda do seu basilar dever de sigilo profissional, a exclusão expressa dos advogados e solicitadores desse dever de comunicação nas situações em que o planeamento fiscal tenha sido por si conhecido no contexto da “avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo”.

Mas sempre que o “esquema” de planeamento fiscal não tenha sido objecto de concepção, proposta ou divulgação por um dos “promotores” acima referidos, ou quando o promotor seja não residente, competirá ao próprio sujeito passivo o cumprimento daquele dever de comunicação, o que dificilmente sucederá, e parece desajustado pois não serão muitas as delações fiscais dos próprios.

5. As sanções propostas para o incumprimento dos deveres estabelecidos no diploma encontram-se escalonadas em função da natureza do incumpridor, e que nos parecem também excessivas, atenta a amplitude e a indefinição do dever de comunicação em situações concretas que facilmente se poderão antever.

Assim, serão puníveis com coima de Eur. 5.000 a Eur. 100.000 ou de Eur. 1.000 a Eur. 50.000, consoante seja pessoa colectiva ou singular, a falta de comunicação ou a comunicação fora do prazo legal, quando praticada pelo “promotor”. Por sua vez, serão punidas com coima de Eur.

500 a Eur. 80.000 ou de Eur. 250 a Eur. 40.000, consoante seja pessoa colectiva ou singular, a falta de comunicação ou a comunicação fora do prazo legal por parte do cliente utilizador, nas situações em que, por força da lei, aquele dever deva recair sobre este último.

6. De realçar é, ainda, a consagração de uma norma de direito transitório, que prevê a aplicação do regime aos planeamentos “em curso de realização” à data da entrada em vigor do diploma - expressão que carece, no entanto, de melhor explicação -, a cumprir no prazo de dois meses contados da data da entrada em vigor daquela Portaria que aprovará os modelos de declarações a utilizar para o cumprimento dos deveres de comunicação e sem a qual o diploma em causa, entrando em vigor, não será susceptível de aplicação e, deste modo, de produzir os efeitos pretendidos.

7. Em suma: o anteprojecto em análise procura precisar, com mais rigor, algumas das expressões vagas e indeterminadas da respectiva autorização legislativa, mas, tal como esta, necessitaria de maior maturação, padecendo igualmente dos defeitos de uma Administração legiferante, que desconhece, ou obnubila, as experiências mais recentes nesta matéria de outros países (como a do Reino Unido), não cura dos custos inerentes à criação de obrigações acessórias exageradas e imprecisas, se abstém de determinar, com a precisão e rigor exigíveis, as operações qualificáveis como abusivas e, por isso, sujeitas ao novo dever de informação, afastando, determinante, mas desadequadamente, o segredo profissional, em atenção, exclusivamente, aos seus fins próprios, assim se revelando, muito provavelmente, violador da adequação e da necessidade, inerentes ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Lisboa, 18 de Outubro de 2007

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano” - IFLR Awards 2006 & Who’s Who Legal Awards 2006

“Melhor Departamento Fiscal do Ano” - International Tax Review - Tax Awards 2006

Prémio Mind Leaders Awards™ – Human Resources Suppliers - 2007

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte Dr. Rogério M. Fernandes Ferreira, Sócio de Capital e Co-responsável pelo Departamento de Direito Fiscal de PLMJ - e.mail: rff@plmj.pt, tel: (351) 213 197 358; fax: (351) 213 197 514.

Lisboa

Avenida da Liberdade n.º 224
 1250-148 Lisboa

Tel: (351) 21.319 73 00

Fax: (351) 21 319 74 00

email geral: plmj@plmj.com

Porto

Avenida da Boavista n.º 2121, 4.º-407
 4100-137 Porto

Tel: (351) 22 607 47 00

Fax: (351) 22 607 47 50

Faro

Rua Pinheiro Chagas, 16, 2.º Dto. (à Pç. da Liberdade)

8000 - 406 Faro

Tel: (351) 289 80 41 37

Fax: (351) 289 80 35 88

Coimbra

Rua João Machado n.º 100
 Edifício Coimbra, 5.º Andar, Salas 505, 506 e 507
 3000-226 Coimbra

Tel: (351) 239 85 19 50

Fax: (351) 239 82 53 66

Escritórios em Angola, Brasil e Macau (em parceria com Firms locais)