

PLANEAMENTO FISCAL EM IRS*

*Manuel Faustino***

RESUMO

Aborda-se neste trabalho o tema do planeamento fiscal no âmbito do imposto português sobre o rendimento das pessoas físicas, conhecido pela sigla IRS. Na primeira parte é feito o enquadramento teórico das vias possíveis para o objectivo visado pelo planeamento fiscal – pagar o menor imposto possível. Na segunda parte, e com uma escolha clara e exclusiva pelas vias legais, o Autor desenvolve alguns aspectos particulares das opções legais, também designadas alternativas, que estão ao dispor do contribuinte para planificar a sua vida fiscal, tendo em vista atenuar, de forma legal, a sua contribuição fiscal no domínio da tributação do rendimento pessoal.

Palavras-chave

Imposto de Renda. Planeamento fiscal. Opções fiscais

ABSTRACT

This paper focus on the subject of tax planning in the bounds of Portuguese personal income tax, known as *IRS*. On the first part of the paper it is made a theoretical framework on the possible ways of achieving the tax planning purpose – pay the least tax possible. On the second part, considering a clear and exclusive choice for the legal paths, the Author develops some particular aspects of the legal options, also called alternatives, available to the taxpayer for planning his tax life, aiming to soften, in a legal way, his tax contribution, on the personal income tax domain.

Key-words

Personal income tax. Tax planning. Legal options

1. ENQUADRAMENTO DO TEMA

Pagar o menor imposto possível é um objectivo inerente à racionalidade

* Tópicos para a sessão de abertura do Curso de Pós-Graduação em Planeamento Fiscal, módulo de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, em 1 de Fevereiro de 2007, promovido pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa.

** Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa; Pós-Graduado em Estudos Europeus pela Universidade Católica Portuguesa; Pós-Graduado em Derecho Tributario e em Derecho Tributario Internacional pela Universidad de Salamanca. Ex-funcionário da Direcção Geral dos Impostos - Portugal; Atualmente é Técnico Consultor no Banco de Portugal, no Departamento de Serviços Jurídicos (DJU), na área das consultas de natureza jurídica tributária.

económica, seja no plano pessoal, seja no plano empresarial. A questão da poupança fiscal é transversal a todo o sistema fiscal, é perfeitamente legítima e não supõe, necessariamente, a adopção de comportamentos susceptíveis de censura ético jurídica no plano tributário.

Existem, naturalmente, diversas vias para alcançar este objectivo: comportamentos fiscais sem risco (*intra legem*), comportamentos fiscais contingentes (*extra legem* ou *in fraudem legem*) e comportamentos fiscais violadores da lei (*contra legem*).

A gestão fiscal (*tax planning*, planeamento fiscal, optimização fiscal ou engenharia fiscal), na acepção que aqui utilizamos o conceito, consiste em minimizar os impostos a pagar por uma via totalmente legítima e lícita, querida até pelo legislador ou por este sugerida quando oferece alternativas fiscais. Trata-se de escolher a via fiscalmente menos onerosa consistente com a gestão normal dos negócios pessoais ou empresariais. No dizer de Freitas Pereira¹ «a gestão fiscal nos tempos modernos caracteriza-se por uma postura activa da parte do contribuinte, que procura inserir a variável fiscal nas suas decisões e, assim, normalmente, minimizar a factura fiscal que sobre ele recai, desde que isso se reflecta em aumento do rendimento após impostos». Essencial, ainda segundo o mesmo autor, é que a gestão fiscal se insira numa abordagem global da estratégia empresarial, o que significa que a minimização dos impostos a pagar não pode, sem riscos, ser considerada como um fim em si mesma. Tal abordagem significa que, em vez de se considerar a minimização dos impostos a pagar como objectivo da gestão fiscal, a perspectiva correcta é visar o aumento do rendimento após impostos»

Em matéria de gestão fiscal, a doutrina distingue, neste domínio, entre economias de opção e opções fiscais². As economias de opção, um conceito não jurídico porque em nenhum lado o legislador o define, são prévias às opções fiscais e são entendidas como a possibilidade deixada ao particular de escolher entre várias alternativas legalmente válidas dirigidas à prossecução do mesmo fim, mas que se distinguem pelo facto de umas apresentarem vantagens em relação a outras. Sendo as opções fiscais mera modalidade das economias de opção, impõe-se, antes do mais tentar precisar-lhes o sentido e o âmbito.

Numa primeira acepção, as economias de opção consistem na possibilidade deixada ao particular de optar pela forma jurídica menos gravosa, em obediência ao princípio da liberdade ou da autonomia privada, que é regra no campo das obrigações, onde as disposições imperativas têm carácter excepcional (cfr. art. 398.º, n.º 1, do Código Civil).

Ora, as economias de opção, na medida em que não pressupõem o abuso de formas jurídicas, são válidas. Citando García Novoa, *El derecho del contribuyente*

¹ PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 387 e ss.

² Seguiu-se ALMAGRO MARTIN, Carmen. *Opciones fiscales en el IRPF*. Granada: Comares, 2005, p. 1-29.

a la tipicidad: “O direito à planificação fiscal lícita significa o direito de aproveitar as economias de opção que derivem do ordenamento tributário, incluindo as implícitas, que são aquelas que devem presumir-se quando a lei não tribute expressamente um facto que, há que deduzir, poderia ter tributado (entre nós o exemplo das remunerações em espécie). Num ordenamento configurado por obrigações de prestare, como é o fiscal, a regra deve ser a economia de opção, pois o contribuinte, no momento em que planifica a sua actividade económica, deve ter o direito de se colocar em zonas onde a tributação porventura não tenha chegado”. Em síntese, as economias de opção identificam-se com aquelas situações em que o contribuinte se coloca numa situação jurídica que goza de um tratamento fiscal mais vantajoso que outra, oferecendo ambas um resultado equivalente ao querido pelo contribuinte. Podemos dar como exemplo de uma economia de opção, em IRS, a pessoa singular escolher exercer uma actividade empresarial ou profissional em nome individual ou sob a forma societária. Esta escolha é uma economia de opção tácita ou implícita uma vez que, sendo uma situação jurídica concreta, envolve, em abstracto, consequências fiscais irreversíveis. Designadamente, o exercício individual de uma actividade empresarial ou profissional é tributado em IRS e não em IRC. E já neste imposto pode, então, por exemplo, optar (e aqui já estamos perante uma economia de opção explícita ou opção fiscal) por possuir contabilidade organizada, por ficar no âmbito do regime simplificado ou por ser tributado segundo as regras aplicáveis à categoria A, desde que, naturalmente, se verifiquem os pressupostos legais de tais opções.

Outras opções fiscais podemos encontrar, como, as exclusões tributárias, os benefícios fiscais e as alternativas fiscais – v. g., no IRS, o regime especial aplicável aos praticantes desportivos até ao ano passado, as “opções pelo englobamento” ou as “opções pela inclusão no agregado familiar”. Os actos e negócios que lhe são próprios situar-se-iam neste caso *intra legem* e, conseqüentemente, não seriam susceptíveis de qualquer juízo de censura.

As opções fiscais inserem-se, naturalmente, no quadro do planeamento fiscal e que alguns autores, não obstante, integram no conceito genérico de «evasão fiscal», por entenderem que esta compreende todos os procedimentos adoptados pelo contribuinte com o intuito de, sem violação da lei, minimizarem o valor dos impostos que têm de suportar. Distinguiremos, no planeamento fiscal, a gestão fiscal, constituída por condutas omissivas ou comissivas, mas que, em qualquer caso, se situam *intra legem* e, portanto, não oferecem qualquer risco, das outras modalidades que, ou por se situarem *contra legem* (evasão ou fraude fiscal *strictu sensu*) ou poderem significar o abuso de formas jurídicas dirigido principalmente à obtenção de vantagens fiscais (elisão fiscal), apresentam, naturalmente, riscos ou constrangimentos fiscais.

A **gestão fiscal omissiva** apresenta duas modalidades – a abstenção de incidência e a transferência económica.

a) A abstenção de incidência consiste num comportamento omissivo do contribuinte que renuncia a utilizar, materializar ou desenvolver uma actividade

económica sujeita a imposto. É antiga, e dela existem diversas modalidades, esta forma de planeamento fiscal, remontando ao Antigo Egipto e à opressiva fiscalidade sob a dinastia dos Ptolomeus³. Nessa época, as pessoas chegavam ao extremo de abandonar a sua residência, as suas ocupações e fugir para o deserto, transformando-se em eremitas. É o denominado *anacoretismo fiscal*, que terá sido retomado no Império romano, é referenciado na antiga civilização Maia e adquiriu, com o Catolicismo, uma dimensão denunciada por Santo Agostinho, em A Cidade de Deus, quando as pessoas, para fugirem aos impostos, entregavam todos os seus bens à Igreja e passavam a ser sustentadas por esta. Para evitarem, ou atenuarem, o pagamento da denominada Contribuição das Portas e Janelas, muitos contribuintes eliminavam as aberturas das suas habitações para o exterior, de tal modo que, em meados do Séc. XIX, «perto de metade das habitações existentes em França têm uma porta sem janela, ou somente uma porta e uma janela».

Deixar de fumar para não pagar imposto sobre o tabaco, não adquirir um imóvel para não pagar IMT ou viver do rendimento mínimo de inserção social para não pagar IRS são, hoje em dia, exemplos de **abstenção de incidência**. Conduzem a uma situação de não pagamento de imposto que, todavia, não pode ser qualificada como modalidade de evasão fiscal ilícita e que, sugestivamente, já foi apelidada de *alergia fiscal*.

b) A transferência económica do imposto, fenómeno estudado na ciência das Finanças Públicas a propósito dos efeitos micro económicos dos impostos, traduz-se em mecanismos que visam transferir para terceiros o peso tributário. São os conhecidos casos de **amortização** (redução do valor que os bens duradouros sofrem em virtude de um imposto futuramente incidente sobre o valor dos próprios bens ou sobre o seu rendimento), **remoção** (aumento da matéria colectável no correspondente à totalidade ou parte do imposto suportado), **difusão** (adopção de um comportamento retractive em resultado da diminuição do rendimento disponível por via do aumento de um imposto, que vai reflectir-se na actividade de outros agentes económicos – efeito indirecto da incidência) e **repercussão** (transferência do encargo tributário do contribuinte de direito para outra pessoa, que passa a designar-se o contribuinte de facto)⁴.

Na **gestão fiscal comissiva**, aquela que se traduz em condutas positivas, podem-se integrar-se os efeitos-anúncio, os efeitos substituição e a utilização de mecanismos legais que possibilitam a minimização da carga tributária⁵.

a) Os efeitos-anúncio correspondem ao comportamento do contribuinte

³ SANTOS, J. Albano, *Teoria Fiscal*. Lisboa: UTL – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003, p. 340-344

⁴ FRANCO, Antonio Luciano Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2.^a ed. Coimbra: (s.e), 1988, p. 636-844.

⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes. *A evasão e a fraude fiscais face à teoria da interpretação da lei fiscal*. Revista FISCO, n.º 31, Junho de 1991, p. 15-37.

que, conhecendo antecipadamente (v. g., por via da proposta do OE ou do prévio anúncio público) uma futura alteração do seu regime jurídico tributário, planifica a sua actividade económica por forma a que esta venha a recair no período temporal em que for aplicável a lei mais favorável em relação ao seu caso concreto. É a utilização do factor temporal, conexo com um dos aspectos fundamentais do elemento objectivo do facto tributário (o aspecto temporal) e que não envolve a utilização de qualquer processo jurídico artificioso ou invulgar para obter uma tributação inferior.

b) Nos efeitos-substituição podemos incluir todas aquelas modificações no comportamento dos contribuintes ocorridos após uma modificação do seu regime fiscal. Não constitui qualquer ilícito o facto de um contribuinte converter todos os seus depósitos a prazo em de unidades de participação em fundos de investimento, pois o rendimento destas está isento de IRS e o rendimento dos depósitos a prazo está sujeito a uma retenção na fonte de 20%.

c) A utilização de mecanismos legais consiste no aproveitamento de soluções legais que minimizam a tributação, como, por exemplo, as diversas exclusões tributárias, os benefícios fiscais, as alternativas fiscais e as próprias lacunas legais, até porque nunca se sabe se uma lacuna é voluntária ou involuntária (silêncio eloquente!).

Na **elisão fiscal** (*tax avoidance*) estamos ainda perante a intenção de minimizar a tributação, através da realização de negócios lícitos no plano negocial, mas que a lei fiscal pretende qualificar, nomeadamente através das denominadas normas anti-abuso, gerais ou especiais, como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhes está subjacente, ou serem anómalos, anormais ou abusivos. Obter-se-ia, assim, uma poupança fiscal realizada através de factos ou situações que o legislador tem a intenção de cobrir mas que, pelas mais diversas razões, não se encontram expressamente previstos pela lei fiscal ou, quando nela previstos, são realizados em condições diferentes das normais. Para poder opor-se a este tipo de comportamento, o legislador português consagrou na Lei Geral Tributária, no n.º 2 do seu artigo 38.º, a denominada «norma-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 de meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas». E nos diversos códigos tributários consagrou ainda normas especiais anti-abuso.

Na **fraude fiscal** (*tax evasion*) estamos também perante a diminuição dos impostos devidos mas conseguida através de comportamentos completamente

patológicos (*contra legem*) pois é obtida através da realização de actos ou negócios lícitos, que infringem frontalmente a lei fiscal, seja por acção, seja por omissão [aqui se integram as condutas típicas da fraude fiscal (artigos 103.º e 104.º do Regime Geral das Infracções Tributárias - RGIT), do abuso de confiança fiscal (artigo 105.º do RGIT) e da frustração de créditos fiscais (artigo 88.º do RGIT)]⁶.

2. GESTÃO FISCAL E IRS

A gestão fiscal caracteriza-se hoje, com já antes referimos, por uma postura activa da parte do contribuinte que procura inserir a variável fiscal nas suas decisões e, por essa via, minimizar a factura fiscal que sobre ele recai, desde que isso se reflecta num aumento do rendimento após o imposto. E tem de adiantar-se que nos objectivos da gestão fiscal se incluem, para além da minimização da factura tributária, o diferimento do pagamento do imposto e a gestão e a liquidação dos impostos.

Fala-se, predominantemente, de gestão fiscal a propósito das empresas. Fala-se, menos, a propósito das pessoas singulares e ao imposto sobre o rendimento pessoal a que se encontram sujeitas. De facto, instrumentos essenciais de planeamento fiscal como a sub-capitalização ou os preços de transferência, não são susceptíveis de utilização pelas pessoas singulares enquanto tais. Mas, sem dúvida a uma menor escala, sobra ainda algum espaço para que certas decisões das pessoas singulares mereçam passar pelo crivo da sua racionalidade em termos fiscais.

Um aspecto particular da gestão fiscal em IRS, considerando que as exclusões tributárias ou delimitações negativas da incidência e os benefícios fiscais são suficientemente conhecidos⁷, é constituído pelas alternativas ou opções fiscais. Não se trata, naturalmente, da alternativa radical, que é a de não trabalhar ou a de não ter quaisquer fontes de rendimento, para não ser tributado. Mas de alternativas que, a partir da análise da realidade como um todo, se colocam ao contribuinte com efeitos no montante, no tempo e no modo de pagamento dos impostos que sejam devidos.

Essas alternativas projectam-se desde logo em múltiplas disposições do Código do IRS, em que é possível escolher o regime de tributação ou a forma de determinação da base tributável:

- Entre tributação separada ou tributação conjunta, no caso das uniões de

⁶ Procurando distinguir entre *tax avoidance* e *tax evasion*, XAVIER, Alberto. *O Negócio Indirecto em Direito Fiscal*, Ciências e Técnica Fiscal n.º 147, Março de 1971, p. 22 e ss., escreve: «na *tax avoidance* procura-se não entrar na relação jurídica tributária; na *tax evasion* procura-se dela sair».

⁷ Praticar um facto económico cuja consequência fiscal é, nos termos da própria lei, não se situar no perímetro da incidência do imposto ou, situando-se nesse perímetro, aí ser abrangido por uma norma que concede uma isenção, constituirá, certamente, uma economia de opção, mas não uma opção fiscal em sentido estrito.

facto ou nas situações de vivência em economia comum (artigo 14.º do Código do IRS)⁸;

– Entre a tributação no âmbito do agregado familiar ou a tributação autónoma, no caso dos dependentes que, legalmente, possam optar (n.º 5 do artigo 13.º do Código do IRS);

– Entre englobamento ou não englobamento de certos rendimentos (artigo 22.º, n.ºs 3 e 5 do Código do IRS);

– Entre regime simplificado ou regime de contabilidade organizada (artigo 28.º, n.º 2 do Código do IRS).

– Outras alternativas respeitam:

– À forma de realização das operações ou actividades (forma jurídica e local de realização);

– Ao momento da tributação;

– À categoria e tipo de rendimentos.

(a) Forma de realização das operações ou actividades

(aa) Forma jurídica

As pessoas singulares podem exercer, do ponto de vista fiscal, actividades profissionais ou empresariais sob formas jurídicas distintas: sob forma de patrimónios individuais não juridicamente autonomizados; sob a forma de patrimónios individuais juridicamente autonomizados (estabelecimento individual de responsabilidade limitada – com limitações quanto ao objecto)⁹; ou sob a forma societária, máxime a sociedade unipessoal por quotas¹⁰.

Os rendimentos obtidos no âmbito do exercício de uma actividade profissional ou empresarial sob a forma de patrimónios individuais não juridicamente autonomizados ou sob a forma de patrimónios individuais juridicamente autonomizados (EMIRL) são incluídos na categoria B, ficando teoricamente sujeitos a uma tributação progressiva com taxas que variam entre 10,5% e 42%. Não obstante a necessidade de autonomização contabilística dos respectivos patrimónios, como se colhe do disposto nos n.ºs 1 do artigo 29.º do Código do IRS, não são aceites como custo para efeitos de determinação

⁸ O que, aliás, configura uma discriminação negativa da família constituída com base no casamento. Não se compreende, de resto, que sucessivos Governos tenham estados autorizados a introduzir a tributação separada para os casais casados e, até agora, nunca tenham concretizado tais autorizações. De tal modo que hoje se pode dizer que a escolha entre casar e não casar (no quadro do casamento instituição, regulado no Código Civil no âmbito do direito da família) constitui, de algum modo, no plano tributário, uma economia de opção.

⁹ O Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada (EMIRL) foi criado pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, embora com objecto limitado ao exercício de actividades comerciais (cfr. artigo 1.º, n.º 1).

¹⁰ Cap. X do Título III Código das Sociedades Comerciais, constituído pelos artigos 270.º-A a 270.º-G, em vigor desde 5 de Janeiro de 1997

do rendimento líquido empresarial ou profissional quaisquer remunerações eventualmente atribuídas ao empresário ou aos membros do seu agregado familiar (requalificação, com aproveitamento da dedução específica) e não há qualquer possibilidade de considerar parte do capital posto ao dispor da empresa pelo empresário como capital alheio (vencendo juros, que seriam custo, eventualmente, susceptíveis de uma tributação mais ligeira). As limitações específicas à consideração de custos nas actividades profissionais e empresariais estão consagradas no artigo 33.º do Código do IRS. O autoconsumo e a transferência de bens afectos aos activos profissionais e empresariais devem ser considerados como operações realizadas com terceiros na óptica do apuramento de resultados. Como aspecto positivo, sublinha-se que não existe, em ambos os casos, qualquer problema de dupla tributação económica ou jurídica (o empresário individual integra automaticamente na sua esfera patrimonial pessoal os resultados da actividade profissional ou empresarial exercida, sem necessidade de um acto de “distribuição” de resultados, como sucede com os resultados obtidos no âmbito de uma sociedade).

A diferença fundamental é a de que, no primeiro caso (exercício de actividade profissional ou empresarial sob a forma de patrimónios autónomos não juridicamente individualizados), não existe limitação da responsabilidade pelas dívidas imputáveis ao exercício da actividade económica (responde a totalidade do património do credor) enquanto no segundo (exercício da actividade profissional ou empresarial sob a forma de patrimónios autónomos juridicamente individualizados) a responsabilidade pelas dívidas, incluindo as fiscais, é limitada aos bens afectos ao respectivo estabelecimento (artigo 25.º da LGT). Afigura-se, aliás, que a questão da responsabilidade tributária em geral é um tema que, necessariamente, deve ser analisado em sede de gestão fiscal, tendo em vista a adopção de condutas preventivas que visem subtrair a essa responsabilidade partes do património do devedor.

A opção pela forma societária tem, em relação às anteriores, nomeadamente as seguintes vantagens:

- Taxa de tributação proporcional a 25%, a que acresce a derrama, imposto local lançado pelos municípios e que com a nova Lei das Finanças Locais¹¹, passou a incidir sobre o lucro tributável sujeito e não isento de IRC, a uma taxa que pode atingir 1,5%;

- Consideração como custo das remunerações do empresário e dos membros do seu agregado familiar, com a inerente requalificação (de lucros a salários) e tratamento fiscal próprio;

- A possibilidade de considerar parte do capital como prestações suplementares ou suprimentos, por um lado, ou capital alheio, por outro;

Mas também tem, eventualmente entre outras, as seguintes desvantagens:

¹¹ Lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro.

– Dupla tributação económica dos lucros, pois os lucros são tributados em primeiro lugar na sociedade e posteriormente na esfera do sócio quando lhe são distribuídos – hoje atenuada pelo mecanismo da isenção de 50% no caso de opção pelo englobamento, nos termos do artigo 40.º-A do Código do IRS. Recorda-se aqui que, num caminho claro de semi-dualização do imposto, de características pretensamente únicas, os lucros e os juros são hoje ¹², em todas as circunstâncias, sujeitos a uma retenção na fonte de 20%, tendencialmente liberatória;

– Sujeição ao Imposto sobre as Transmissões onerosas de Imóveis (IMT) nas passagens de bens imóveis da sociedade para o património individual (à luz de um princípio de existência de alteridade jurídica que distingue e autonomiza duas pessoas – a pessoa jurídica e a pessoa física – que, no caso dos patrimónios individuais, se considera não existir).

(ab) Local da realização das operações

Em matéria de IRS, rege, como se sabe, como elemento de conexão territorial relevante que determina a tributação, a residência fiscal – conceito que encontra consagração no artigo 16.º do Código. Em princípio, não haveria aqui qualquer possibilidade de planeamento (considerando a tributação dos residentes). No entanto, como se sabe, já existe actualmente algum planeamento em torno da residência fiscal, uma vez que a residência em território português se subdivide, para efeitos de IRS, em residência no território continental, residência na Região Autónoma dos Açores e residência na Região Autónoma da Madeira. Uma pessoa considerada residente na R. A. dos Açores paga menos 20% de IRS do que uma residente no Continente. E uma pessoa residente na RA da Madeira, pagando mais IRS do que se for residentes nos Açores, também paga menos do que se residir no Continente¹³. Agora há ainda a probabilidade de haver uma poupança de IRS até 5% do respectivo montante em função do Município da residência, em face da possibilidade que a nova Lei das Finanças Locais concedeu aos Municípios de «abdicarem», na totalidade ou em parte daquele montante que passou a constituir sua receita própria¹⁴.

Note-se que o elemento relevante é a residência do contribuinte e não a localização do estabelecimento comercial, industrial, agrícola ou a instalação afecta ao exercício de uma actividade profissional.

Em sentido negativo tem de lembrar-se, no que se refere à deslocação

¹² A tributação dos lucros por taxa liberatória de 20% foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 192/2005, de 7 de Novembro. Os juros de aplicações financeiras sempre foram tributados por retenção na fonte a taxa liberatória

¹³ As diferenças de tratamento fiscal resultam da forma como cada Região Autónoma «adaptou», no quadro da Lei das Finanças Regionais, o sistema fiscal às respectivas regiões.

¹⁴ Disposição legal que suscitou dúvidas de inconstitucionalidade ao Presidente da República, dirimidas pelo Acórdão n.º 711/2006. de 29 de Dezembro de 2006 em sentido negativo: tal possibilidade não viola a Constituição. Lendo-se, porém, alguns dos votos de vencido ficam-nos fundadas dúvidas sobre a bondade do juízo de constitucionalidade expresso no Acórdão.

do domicílio, a norma especial anti-abuso constante do n.º 3 do artigo 16.º do Código do IRS: quem, tendo a nacionalidade portuguesa, transferir, sem razões atendíveis, o seu domicílio para um paraíso fiscal (lista negra constante da Portaria 154/2005, de 13 de Fevereiro, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 231/2004, publicada no Diário da República, I Série B, n.º 70, de 23 de Março), continua a considerar-se residente em território português durante o ano da mudança e nos quatro anos subsequentes. Como consequências imediatas e automáticas sublinham-se a obrigação de nomeação de representante (artigo 19.º n.º 4 da LGT) e manutenção da tributação de base mundial durante o período em que se ficciona a residência em território português.

(b) Momento da tributação

O factor tempo desempenha um papel central na verificação do facto tributário. O tempo constitui, de resto um dos aspectos que integram o elemento objectivo do facto tributário, o **aspecto temporal**. O tempo reflecte-se tanto na verificação do facto gerador do imposto, como nos prazos que condicionam a constituição, a modificação ou a extinção das relações jurídicas tributárias, e ainda na aplicação das leis às situações concretas.

A exemplo do que sucede noutros Códigos, também o Código do IRS está repleto de normas em que determinado aspecto temporal é decisivo quer para a sujeição ou não sujeição a imposto, quer para a aplicação ou não de um certo regime fiscal. São disso exemplo o regime transitório de tributação das mais-valias estabelecido no artigo 5.º do Decreto-Lei que aprova o Código do IRS, o período de detenção de acções que não titulem capital de sociedades cujo activo seja directa ou indirectamente constituído em mais de 50% por bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis situados em território português ou a observância dos períodos de imobilização em certas aplicações financeiras efectuadas com benefício fiscal. Em matéria de diferimento da tributação, a que se associam, a final, outras possibilidades de gestão fiscal, um bom exemplo é constituído pelas contribuições da entidade patronal para regimes complementares de segurança social ou para seguros de vida (matéria que será especificamente tratada neste curso). O factor tempo tem ainda relevância no que se refere a certos prazos estabelecidos na lei, como os prazos de caducidade e de prescrição ou nos prazos em que uma determinada opção do contribuinte não tem retorno possível (opção pelo regime simplificado ou renúncia a uma isenção).

Em IRS, e para além dos já mencionados casos, subsistem, ao nível da categoria B, as possibilidades de gestão fiscal geralmente reconhecidas como possíveis, associadas ao princípio da especialização dos exercícios e a consequente relevância do momento em que as transacções ou as prestações de serviços se realizam, ao regime das sobras plurianuais, ao regime das reintegrações e amortizações ou ao regime das mais-valias e das menos-valias.

(c) Categoria e tipo de rendimentos

Reclamando-se do tipo sintético, o IRS manteve, contudo, uma vertente

analítica muito importante, concretizada na opção de base que consistiu na tipificação dos rendimentos tributáveis por categorias. O tratamento dado nas diferentes categorias não é idêntico. Logo, uma forma possível de gestão possível é caracterizar ou recaracterizar o rendimento de modo a que a tributação seja a mais favorável possível, **aproveitando as alternativas que a lei consinta**.

Um sugestivo exemplo é dado pela possibilidade de opção consagrada no artigo 28.º, n.º 8 do Código do IRS em cujos termos um trabalhador independente, em certas condições, pode ser tributado pelas regras aplicáveis ao trabalho dependente (categoria A). Considerando as regras de determinação do rendimento líquido de cada uma das categorias, um trabalhador independente que seja prestador de serviços e que se encontre abrangido pelo regime simplificado de tributação, tenderá a exercer a opção pela tributação segundo as regras da categoria A sempre que a dedução específica da categoria A ($0,72 * 12 * rmmg$) seja superior a 65% do seu rendimento bruto.

Outros exemplos da possibilidade de se “escolher” a categoria em que se pretende seja tributado o rendimento podem ser dados (explicando):

– Distribuição de lucros (categoria E) ou mais-valias (categoria G). A não distribuição de lucros e a concomitante constituição de reservas reflectir-se-á no valor da participação social;

– Rendas (categoria F) ou proveitos empresariais (categoria B). Se uma pessoa singular detiver imóveis afectos ao mercado do arrendamento, pode planificar fiscalmente a sua situação, optando por afectar os imóveis ao exercício de uma actividade empresarial;

– Rendimentos do trabalho (já) ou pensões (no futuro). Esta requalificação é mais complexa, pois está relacionada com a natureza dos benefícios associados às contribuições, relevando, para o primeiro caso, em regra, a constituição de «direitos adquiridos» e, para a segunda, a constituição de «meras expectativas»¹⁵;

– Rendimentos de capitais (percepção de benefícios em capital) ou pensões (percepção de benefícios sob a forma de renda), o que pode suceder, por exemplo, com os benefícios resultantes de aplicações em planos poupança-reforma, nos termos do artigo 21.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

Em relação aos rendimentos de trabalho dependente o tipo de retribuição é também importante no tocante à incidência das contribuições para a segurança social, pois continua a não existir uniformização completa entre a base tributável para efeitos de IRS e para efeitos de contribuições para a segurança social.

¹⁵ Em termos muito incipientes, dir-se-á que os «direitos adquiridos», uma vez constituídos, não mais podem ser «retirados» ao seu beneficiário. Já as «meras expectativas» se podem qualificar como «direitos em construção», sendo aleatório, no momento da contribuição, saber se o potencial beneficiário terá de facto, no futuro, qualquer benefício. Obviamente, a fiscalidade não poderia ser idêntica em ambas as situações. E não o é, embora num quadro bastante complexo que será desenvolvido numa das sessões deste Curso.

Um elucidativo exemplo de possibilidades de gestão fiscal é dado por Freitas Pereira, no seu Manual de Fiscalidade¹⁶ e que aqui, com a devida vénia, nos permitimos reproduzir: “Uma sociedade anónima tem reservas disponíveis e pretende saber quais as alternativas que tem de remunerar os seus accionistas, que são pessoas singulares residentes) e a sua incidência fiscal”.

1.ª alternativa – distribuição das reservas aos accionistas

Qualificação: rendimentos de capitais (artigo 5.º n.º 2 al. h) do CIRS);

Retenção: Na fonte: à taxa de 20%, mas com natureza de taxa liberatória (artigos 101.º e 71.º) (salvo opção pelo englobamento – Decreto-Lei n.º 192/2005, de 7 de Novembro)

Tributação individual – Opção pela tributação à taxa liberatória aplicada na fonte ou opção pelo englobamento de 50% dos lucros distribuídos (neste caso a taxa efectiva marginal poderia elevar-se para 21%).

2.ª alternativa – aumento de capital por incorporação de reservas com atribuição das novas acções aos accionistas

Qualificação: a atribuição de novas acções aos accionistas não é fiscalmente relevante, não sendo tributada. A tributação verificar-se-á apenas quando as acções forem alienadas.

Data de aquisição: a data da aquisição das acções resultantes do aumento de capital por incorporação de reservas reporta-se, com todas as consequências, à das acções que lhes deram origem (artigo 43.º n.º 4 alínea a) do Código do IRS.

Alienação posterior das acções: os rendimentos resultantes da alienação de acções são qualificados como mais-valias (categoria G) – artigo 10.º n.º 1 al. b) do Código do IRS.

Tributação: exclusão tributária se as acções tiverem sido detidas por mais de 12 meses, tributação autónoma de 10% caso se não verifique o período de detenção de 12 meses ou possibilidade de englobamento, aconselhável sempre que, seja directamente, seja por via da possibilidade de reporte de perdas (menos-valias da mesma natureza relativas aos dois anos anteriores – artigo 55.º n.º 6) a taxa efectiva de tributação seja inferior a 10%¹⁷.

3.ª alternativa – Com as reservas, a sociedade adquire acções aos seus accionistas

¹⁶ PEREIRA, op. cit., p. 402-403.

¹⁷ Salva-guarde-se que o regime de delimitação negativa da incidência por detenção das acções por mais de 12 meses deixou de operar em relação a acção representativas do capital social de sociedades cujo activo seja constituído em mais de 50% por imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis, situados em território português – n.º 12 do artigo 10.º do Código do IRS, aditado pela Lei n.º 39.-A/2005, de 29 de Julho. Não é este o lugar nem o momento adequados à problematização da norma e da eventual impraticabilidade, em muitos casos, da sua aplicação efectiva.

Regime idêntico ao acabado de referir quanto à tributação da alienação de acções.

4.ª alternativa – Efectuar uma cisão parcial

Admitindo que a sociedade tem dois ramos de actividade distintos (ramo A e ramo B), seria possível destacar o ramo de actividade B sem redução do capital da sociedade originária (hipótese que pressupõe que o valor líquido do património a transferir não ultrapassa o montante das reservas disponíveis), recebendo os accionistas, à crescer às acções que detinham na sociedade cindida, acções da sociedade para a qual é transferido o ramo de actividade B, não havendo lugar a qualquer tributação no momento da cisão se a esta for aplicável o regime da neutralidade fiscal previsto na lei (artigo 10.º n.º 10 do Código do IRS). A uma ulterior alienação das acções assim recebidas é aplicável o regime que já aqui se referiu quanto à data de aquisição e, conseqüentemente, o regime de tributação já referido.

3. AS CONSEQUÊNCIAS FISCAIS RESULTANTES DA AFECTAÇÃO DE CERTOS BENS E DIREITOS A UMA ACTIVIDADE PROFISSIONAL OU EMPRESARIAL

A categoria B tem uma característica que a doutrina usa designar por “preponderância”. Esta característica traduz-se na força atractiva que a categoria B, por força de disposição legal, evidencia em relação a rendimentos que, se não fora essa mesma força, seriam qualificados em categoria diferente. É o que resulta do disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 3.º do CIRS segundo as quais ainda se consideram rendimentos da categoria B, respectivamente:

- Os rendimentos prediais imputáveis a actividades geradoras de rendimentos profissionais e empresariais;
- Os rendimentos de capitais imputáveis a actividades geradoras de rendimentos empresariais e profissionais;
- As mais-valias apuradas no âmbito das actividades geradoras de rendimentos empresariais e profissionais... e bem assim os outros ganhos ou perdas que, não se encontrando nessas condições, decorram das operações referidas no n.º 1 do artigo 10.º, quando imputáveis a actividades geradoras de rendimentos empresariais e profissionais.

Daqui resultam consequências importantes em termos de possibilidades (positivas ou negativas) de gestão fiscal que exigem, segundo nos parece prudente, uma visão global. É, em traços sintéticos, essa visão que, para finalizar a intervenção de hoje, quero aqui deixar.

4. ACTIVIDADE PROFSSIONAL OU EMPRESARIAL COM CONTABILIDADE ORGANIZADA

4.1. Consequências fiscais da afectação de imóveis a um actividade empresarial

Exploração normal do bem – No âmbito da exploração económica normal do bem são auferidos rendimentos que, por terem em regra subjacentes contratos de cedência de utilização do uso qualificados como contratos de arrendamento, usam denominar-se rendas;

As rendas constituem proveitos da categoria B. Não obstante, podem estar sujeitas a retenção na fonte (artigo 11.º do Decreto-Lei 42/91, de 22 de Janeiro, que estabelece o regime de retenção na fonte em IRS).

No apuramento do rendimento líquido são considerados custos directos dedutíveis:

- A amortização dos imóveis;
- Os encargos de conservação e manutenção dos imóveis;
- Encargos decorrentes da propriedade horizontal
- Impostos e taxas relativos aos imóveis

NOTA: na categoria F não existe, nem sequer é considerada a possibilidade, a amortização, directa ou indirecta, dos imóveis. Ou seja, o custo dos imóveis arrendados não é susceptível de recuperação por parte do investidor, se os mantiver alocados à categoria F.

Alienação do bem – a alienação onerosa de elementos do activo immobilizado empresarial gera mais-valias fiscais, que são qualificadas, quando positivas, como elemento positivo da determinação da matéria colectável.

Determinação da mais-valia:

- É obrigatoriamente levada em linha de conta a amortização do bem (de onde decorre o apuramento de uma mais-valia maior);

- A mais-valia fiscal integra-se na sua totalidade no rendimento líquido, excepto se houver reinvestimento relevante, caso em que a mais-valia é considerada em metade (artigo 45.º, n.º 1, do Código do IRC, por força da remissão efectuada pelo artigo 32.º do CIRS).

- Relativamente a bens imóveis afectos a actividades comerciais, industriais e agrícolas (excepção feita a prédios rústicos, dependendo, contudo da data de afectação) não é possível aplicar o regime transitório do artigo 5.º do Decreto-Lei que aprova o Código do IRS.

Se o imóvel estiver no activo particular a sua alienação integra a previsão de incidência da categoria G. Consequências:

- Pode-se aplicar o regime transitório (artigo 5.º do Decreto-Lei que aprova o CIRS);

- Não é levada em linha de conta a amortização do bem, o que por si só já atenua a mais-valia, sendo que ainda se aplica o coeficiente de correcção monetária ao valor de aquisição bruto (se tiverem decorrido mais de 24 de meses após a aquisição);

- A mais-valia só conta em 50%, com ou sem reinvestimento.

4.2. Aplicações financeiras e partes sociais

Os rendimentos de fruição de aplicações financeiras e partes sociais efectuadas no âmbito de actividades empresariais ou profissionais são originariamente qualificados como rendimentos de capitais, para efeitos de retenção na fonte (artigo 11.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 42/91).

Mas em relação a eles, distingue-se:

- Rendimentos de capitais que não sejam lucros - a retenção nunca é liberatória (artigo 11.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 42/91), pelo que têm sempre de ser englobados.

- Lucros – É aplicável o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos, nos termos previstos no artigo 46.º - dedução total quando verificados os requisitos previstos no n. 1 ou redução a 50% nos termos do n.º 8.

São dedutíveis encargos directamente conexos com a obtenção dos rendimentos (comissões, despesas administrativas).

Na categoria E há a possibilidade de, relativamente a certos juros, a retenção ter natureza liberatória. Não são dedutíveis quaisquer encargos.

4.3. Mais-valias de instrumentos financeiros e partes sociais

As mais-valias de instrumentos financeiros e partes sociais obtidas no âmbito de uma actividade empresarial ou profissional integram-se no regime geral da categoria B (não beneficiando, portanto, do tratamento preferencial previsto na categoria G). Particularmente impressionante é, neste domínio, a constatação de que a acções detidas por mais de 12 meses se não aplica a exclusão tributária, já que esta opera exclusivamente no âmbito da categoria G. Igualmente não é possível optar pela tributação a 10%.

5. ACTIVIDADE PROFESSIONAL OU EMPRESARIAL SEM CONTABILIDADE ORGANIZADA (REGIME SIMPLIFICADO)

Em termos gerais:

- No apuramento do rendimento líquido não existe uma consideração

directa de custos. Os custos incorridos incluem-se nas percentagens (80% ou 30%) de “despesas presumidas”;

- Os rendimentos de capitais são considerados apenas em 70%;
- Não é aplicado o regime de eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos
- Em matéria de mais-valias:
 - Só contam as mais-valias, não se apurando saldo entre as mais-valias e as menos-valias das operações realizadas durante o ano;
 - Não é aplicável o mecanismo do reinvestimento;
 - As mais-valias são apenas consideradas em 70%;
 - Também não se verifica a exclusão tributária

6. REFERÊNCIAS

ALMAGRO MARTIN, Carmen. *Opciones fiscales en el IRPF*. Granada: Comares, 2005.

FRANCO, Antonio Luciano Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 2.^a ed. Coimbra: (s.e), 1988.

LEITÃO, Luis Manuel Teles Menezes. *A evasão e a fraude fiscais face à teoria da interpretação da lei fiscal*. Revista FISCO, n.º 31, Junho de 1991, p. 15-37.

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas. *Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, J. Albano, *Teoria Fiscal*. Lisboa: UTL – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003

XAVIER, Alberto. *O Negócio Indirecto em Direito Fiscal*, Ciência e Técnica Fiscal n.º 147, Março de 1971