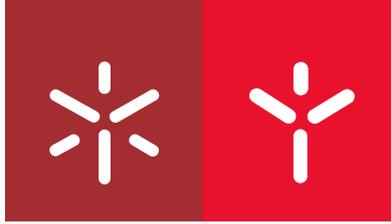


Universidade do Minho
Escola de Direito

Cláudia Beatriz Morais Afonso

**O Planeamento Fiscal:
Considerações no âmbito das Relações
Jurídicas Familiares**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Cláudia Beatriz Morais Afonso

**O Planeamento Fiscal:
Considerações no âmbito das Relações
Jurídicas Familiares**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Tributário e Fiscal

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha

abril de 2015

Agradecimentos

Ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha, pelos conhecimentos transmitidos, pelas úteis apreciações bem como pela disponibilidade e paciência dispensadas ao longo deste período.

À Senhora Doutora Sandra Passinhas, por ser Professora no verdadeiro sentido da palavra e por me ter feito ver que vale sempre a pena tentar ir mais além.

À minha mãe, pelo esforço financeiro ao longo de todo o meu percurso académico.

Aos meus avós.

Ao Vasco, por acreditar nas minhas capacidades mais que eu própria.

Às minhas colegas de percurso, Débora, Diana e Marta, pelo apoio prestado desde que nos cruzamos.

Last but not least, ao Mi.

Resumo

Com esta dissertação visa-se tratar a temática do planeamento fiscal, que é um tema de máxima relevância em qualquer sociedade em que as receitas tributárias constituam principal fonte de financiamento do Estado. Tendo em conta a realidade sócio-económica e as políticas fiscais adoptadas nos últimos anos, mais útil se revela o tratamento desta temática. Se é característica do Homem a racionalização das decisões com vista a obter uma vantagem, mais apurada fica tal característica num contexto de crise económica, justificando-se desenvolver a temática do designado planeamento fiscal.

Ab initio há que proceder à distinção entre o admissível planeamento fiscal e outras figuras, como a evasão e a fraude fiscais. Porém, a questão não se afigura assim tão clara pois há divergências doutrinárias, jurisprudenciais e sociológicas acerca destas distinções, as quais importa ter em consideração.

O tema das decisões fiscalmente planificadoras já mereceu atenção de grande parte da doutrina portuguesa e estrangeira, mas a sua abordagem tendo em conta as relações emergentes do Direito da Família ainda não foi levada a cabo no nosso ordenamento jurídico, assumindo-se relevante, pois as famílias adoptam vários comportamentos fiscalmente relevantes. Há que abordar as várias relações jurídicas familiares no âmbito das quais se podem levar a cabo comportamentos de planeamento ou evasão fiscal.

Posto isto, iremos, *in concreto*, avaliar no que tange às referidas relações jurídicas familiares, os limites entre aquilo que é planeamento e o que já consubstancia um comportamento evasivo, de modo a tornar mais claro para os contribuintes quais os comportamentos que podem adoptar de modo a obter uma poupança fiscal, distinguindo-os das práticas que lhe estão vedadas.

Por fim, importa fazer uma reflexão no sentido de perceber se certas posições em matéria fiscal que abordamos ao longo da dissertação, como a escolha do regime de tributação ou os incentivos à natalidade por via fiscal, não se confrontam com o princípio da neutralidade fiscal.

Abstract

This thesis aims to address the issue of tax planning, which is a highly relevant topic in any society in which tax revenues constitute the main source of state funding. Taking into account the socio-economic context and the fiscal policies adopted in recent years, it is useful to turn our attention to this issue. If it is characteristic of human beings for their decisions to be worked out in order to gain an advantage, it is all the more so in a time of economic crisis, which justifies us developing the stated theme of tax planning.

We must at the outset distinguish between acceptable tax planning and other forms, such as tax evasion and fraud. But the distinction does not seem totally clear, as there are differences to be taken into consideration, at doctrinal, sociological and jurisprudential levels.

The issue of decisions taken with tax consequences in mind has attracted much attention in Portuguese and foreign doctrine, but an approach that takes into account the repercussions of Family Law has not yet been adopted in our legal system, although it is relevant because families adopt various forms of behaviour with fiscal implications. We must address the various family legal relationships which offer scope for tax planning or evasion.

Having done this, we will review in concrete terms, with respect to these family legal relations, the boundaries between what can be considered as tax planning and what is by contrast evasive behaviour, in order to make it clear to taxpayers what behaviours may be adopted in order to obtain a tax saving, distinguishing these from prohibited practices..

We close with a reflection designed to help us understand whether or not certain positions on tax matters broached in the course of the dissertation, such as the choice of tax regime or tax incentives to giving birth, conflict with the principle of fiscal neutrality.

Índice

Introdução	16
------------------	----

Capítulo I

O planeamento fiscal	20
1. Contexto sócio-económico do planeamento fiscal	20
1.1 Limites entre planeamento <i>intra</i> , <i>extra</i> e <i>contra legem</i>	24
1.1.1 Planeamento <i>intra legem</i>	24
1.1.2 Planeamento <i>extra legem</i>	27
1.1.3 Planeamento <i>contra legem</i>	30
1.1.4 Terminologia adoptada	33
1.2 Confronto entre o princípio da autonomia privada e a Lei Fundamental	35
1.3 Modos de combate da evasão fiscal – generalidades	37
1.3.1 As normas especiais anti-abuso	38
1.3.2 A norma geral anti-abuso	44
1.3.3 Outros instrumentos – o controlo <i>a priori</i>	52
1.3.4 Decisões Jurisprudenciais no âmbito do combate à evasão fiscal	56
1.3.4.1 Considerações gerais	56
1.3.4.2 Jurisprudência nacional	57
1.3.4.3 Jurisprudência comunitária	63

Capítulo II

Relações jurídicas familiares	65
2. Enquadramento	65
3. Relações familiares	66

3.1	O casamento.....	66
3.1.1	Requisitos do casamento.....	66
3.1.2	Efeitos do casamento	67
3.2	A união de facto.....	73
3.2.1	Noção e natureza.....	73
3.2.2	Reconhecimento e prova.....	74
3.2.3	Efeitos	75
3.3	A filiação.....	77
3.3.1	Constituição do vínculo	77
3.3.2	Efeitos da filiação	79
4.	O divórcio	80
4.1	Divórcio com consentimento de ambos os cônjuges.....	80
4.2	Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges	82
4.3	Efeitos do divórcio	83

Capítulo III

	Planeamento fiscal no âmbito das relações jurídicas familiares.....	87
5.	Possibilidade de planeamento fiscal no âmbito das relações jurídicas familiares.....	87
5.1	O casamento e a união de facto como forma de obter um regime fiscal mais favorável	88
5.1.1	Considerações prévias.....	88
5.1.2	Obrigatoriedade da tributação conjunta no casamento	89
5.1.3	A opção pela tributação conjunta ou separada na união de facto	93
5.1.4	Possibilidades de planeamento fiscal na escolha do regime de tributação e sua admissibilidade.....	96
5.2	Os divórcios fiscais	98

5.2.1	Considerações preliminares	98
5.2.2	Vantagens fiscais	99
5.2.3	(In)Admissibilidade do planeamento fiscal	102
5.3	A filiação como instrumento de planeamento fiscal.....	105
5.3.1	Vantagens.....	105
5.3.2	Admissibilidade	108
5.3.3	Os incentivos fiscais para subida da taxa de natalidade	109
6.	Reflexão acerca do princípio da neutralidade fiscal	111
7.	Notas conclusivas	113
8.	Referências Bibliográficas	119

Abreviaturas

Ac. – Acordão

CCiv – Código Civil

CCom – Código Comercial

CFC – Controlled Foreign Companies

CIVA – Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado

CPPT – Código de Processo e Procedimento Tributário

CRC – Código Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

D. Lgs. – Decreto Legislativo

EBF – Estatuto dos Benefícios Fiscais

IRPEF - Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche

IRS – Imposto sobre o Rendimentos das pessoas Singulares

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado

L. – Lei

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

R.D.LEG. – Real Decreto Legislativo

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRLIRNR – Texto Refundido de la Ley Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

TRLIS – Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre Sociedades

TRLITPAJD – Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

TUIR – Testo Unico delle Imposte sui Redditi

Introdução

Um dos principais problemas do sistema fiscal português é a fuga aos impostos, uma vez que são cada vez mais recorrentes os comportamentos dos contribuintes com a finalidade de evitar o pagamento de impostos ou de conseguir uma situação fiscal mais favorável. Compreende-se que assim seja, por vários factores, entre os quais o actual panorama sócio-económico que é marcado pelas medidas de austeridade, tendo-se verificado nos últimos anos um acréscimo na carga tributária, o que leva a comportamentos fiscalmente evasivos por parte dos particulares. Mesmo não se estando numa situação de crise, as receitas tributárias são a principal fonte de financiamento do Estado, pelo que, perante a imposição dos mesmos, há tentativas de fuga.

Neste contexto, ganha cada vez mais sentido a prática do planeamento fiscal, que se traduz na procura da situação fiscal mais favorável, dentro do legalmente permitido, o que se alcança quer mediante a eliminação, a redução ou o diferimento do pagamento dos impostos. Nada impede os contribuintes de recorrer a esta prática, que é até incentivada pelo legislador. Porém, há que traçar inequivocamente a fronteira do planeamento *intra legem*, relativamente ao planeamento *extra legem* e *contra legem*, de modo a que os contribuintes e os consultores fiscais estejam conscientes dos limites até aos quais podem ir de modo a conseguirem planear fiscalmente as situações jurídicas com que se confrontam sem colidir com os objectivos do ordenamento jurídico. A questão do planeamento fiscal e da sua delimitação, tem dado azo a produções doutrinárias, que adoptam diferentes contornos, sendo possível destacar SALDANHA SANCHES, NUNO SÁ GOMES, DIOGO LEITE DE CAMPOS, JOÃO DA COSTA ANDRADE ¹, pelo que se revela útil reflectir acerca esta realidade. O próprio critério que está na base da distinção das modalidades de planeamento referidas não é consensual. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA entende que o critério a adoptar é o da ilicitude ², enquanto a doutrina brasileira acolhe o critério temporal. Espelho de alguma inconsistência terminológico-conceitual é a

¹ J. L. Saldanha Sanches, *As Duas Constituições – Nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-Abuso*, disponível em: <http://www.saldanhasanches.pt/As-duas-Constituicoes.pdf> (consultado em 26-05-2014); J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, p. 21; Nuno Sá Gomes, *Estudos sobre a Segurança jurídica na Tributação e as Garantias dos Contribuintes*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa, 1993, pp. 22 e 190; Diogo Leite de Campos e João Costa Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008, pp. 59 e 60.

² Tal como ensinou nas Lições de Planeamento Fiscal, no âmbito do Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, na Universidade do Minho.

referência feita ao planeamento fiscal abusivo pelo DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, na medida em que, tal como refere JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, se o planeamento fiscal é lícito, não é abusivo, pelo que quando se está no campo do ilícito já não se está perante o planeamento fiscal propriamente dito ³. Parece-nos pertinente começar a dissertação reflectindo acerca esta questão.

A consciência das proporções cada vez maiores e ardilosas dos comportamentos de planeamento fiscal abusivo levou o legislador a prever mecanismos de combate aos mesmos, seja no âmbito penal e contra-ordenacional relativamente ao crime de fraude fiscal ⁴, seja quanto à luta contra os comportamentos elisivos dos contribuintes, através de instrumentos como a requalificação de negócios jurídicos ⁵, a utilização de métodos indirectos e indiciários, a imposição de deveres acrescidos de comunicação ⁶ ou a utilização de cláusulas anti-abuso ⁷. Quanto a estas, há que distinguir a norma geral anti-abuso das normas específicas anti-abuso, uma vez que estas têm no seu âmbito de aplicação comportamentos específicos que cabem na sua previsão, enquanto a norma geral tem uma abertura que permite abranger comportamentos não especificados, sendo a sua admissibilidade não consensual pela doutrina, tendo em conta o eventual choque com o princípio da tipicidade, havendo que ponderar os benefícios da sua previsão e quais os contornos que pode tomar. SALDANHA SANCHES é apologista da norma geral anti-abuso, entendendo, no entanto, que há que ter cautelas dados os problemas que lhe são associados ⁸. Já GONÇALO AVELÃS NUNES põe em causa a sua admissibilidade ⁹. Igual posição crítica adopta DIOGO LEITE CAMPOS ¹⁰. Há que ter em linha de conta as decisões jurisprudenciais dos nossos tribunais acerca da evasão fiscal e meios de a combater, nomeadamente através da aplicação da referida norma geral anti-abuso.

³ Consideração tecida nas lições de Planeamento Fiscal, no âmbito do Mestrado em Direito Tributário e Fiscal.

⁴ Cfr. Artigos 103.º e 104.º do RGIT, relativamente às reacções penais, artigos 114.º e ss, quanto às reacções contra-ordenacionais.

⁵ Artigo 36.º n.º 4 LGT.

⁶ Resultantes do DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro.

⁷ Cfr. Gonçalves Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, p. 45.

⁸ J. L. Saldanha Sanches, *As Duas Constituições - Nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-Abuso*, disponível em: <http://www.saldanhasanches.pt/As-duas-Constituicoes.pdf> (consultado em 26-05-2014).

⁹ Cfr. Gonçalves Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, pp. 39 e ss.

¹⁰ Cfr. Jónatas Machado / Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 350.

Como já mencionado *supra*, os contribuintes têm indubitavelmente direito ao planeamento fiscal *intra legem*, que apesar de não ser um direito fundamental é um direito que merece tutela e deve ser respeitado. Porém, com o mesmo se confronta o dever de pagar impostos e a necessidade de arrecadação dos mesmos, que derivam do artigo 103.º da CRP, não fosse por meio dos tributos que se dá lugar à satisfação das necessidades colectivas. Importa ponderar acerca de uma eventual incompatibilidade do planeamento fiscal com a Lei Fundamental.

O planeamento fiscal tem incidência nas mais variadas áreas, sendo dado grande destaque ao planeamento no âmbito empresarial. Os grandes grupos económicos cada vez mais têm consciência da importância que revestem as suas políticas fiscais de modo a garantir uma poupança fiscal, caindo por vezes os seus actos no âmbito do planeamento fiscal abusivo ¹¹, o que demonstra a importância de uma consultoria fiscal qualificada e eficaz. Porém, o planeamento há muito que não é apenas uma realidade no âmbito das empresas, sendo que nos últimos anos, tendo em conta o panorama de austeridade, se estendeu a um número mais alargado de situações. Também os particulares levam a cabo actos de planeamento fiscal, sendo um bom exemplo disso as relações jurídicas familiares. É cada vez mais usual a ocorrência de situações de contribuintes que norteiam os seus comportamentos tendo em vista pagar menos impostos ou retardar o seu pagamento, bem como alcançar benefícios fiscais, nomeadamente através de divórcios que apenas visam pôr termo à tributação conjunta ou alcançar um benefício fiscal, continuando o casal a ter plena comunhão de vida, bem como da escolha do regime de tributação na união de facto e no casamento, ou até mesmo da opção de ter filhos visando essencialmente o aumento das deduções à colecta em sede de IRS.

Podemos afirmar que as relações familiares são as que derivam de um vínculo emergente do casamento, do parentesco, da afinidade e da adopção ¹². Em qualquer uma dessas situações há um laço que une as pessoas entre as quais se estabelecem, seja através da plena comunhão de vida visada com o casamento, seja pelos laços de sangue que se verificam no parentesco. Há ainda que considerar a união de facto, que apesar de não ser uma relação de família propriamente dita, é considerada uma relação parafamiliar ¹³,

¹¹ Cfr. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro, que demonstra exactamente o referido.

¹² Cfr. Artigo 1576.º do CCiv.

¹³ Cfr. Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 51.

merecendo como tal a nossa análise. Outra situação jurídica que iremos abordar é o divórcio, que não é uma relação jurídica familiar, mas põe termo à plena comunhão de vida, advindo de tal facto uma série de efeitos que merecem a nossa atenção. Como tal, quando nos referimos às relações jurídicas familiares no âmbito deste trabalho, não nos cingimos ao conceito *supra* aludido, mas antes a situações jurídicas com ele relacionadas ou que dele resultam, ou seja, às relações jurídicas conexas com o Direito da Família de um modo mais geral.

Importará avaliar em que termos pode ocorrer o planeamento fiscal no âmbito das diversas relações jurídicas familiares, ou se o mesmo revela já contornos de evasão fiscal, para traçar a fronteira do admissível nestas matérias. Apesar de o planeamento fiscal já ter sido alvo de estudo por diversos autores, a abordagem do ponto de vista das relações jurídicas familiares não foi feita, e é indiscutível que hoje em dia se praticam actos de planeamento nestas relações, podendo suscitar-se várias questões, desde a sua admissibilidade, dada a *ratio* dessas relações jurídicas, até aos contornos que podem esses actos assumir.

Por fim, tendo com conta as conclusões a que se vai chegando no desenvolvimento deste trabalho, há que reflectir acerca do princípio da neutralidade fiscal. Ora, segundo este princípio os impostos não deverão ser motivo de orientação da conduta dos contribuintes, dado que quando isso acontece é reflexo de que o sistema fiscal não é neutro, de que altera o padrão de comportamento dos contribuintes. Há que ponderar se a neutralidade está assegurada no nosso sistema fiscal, tendo em conta a evolução legislativa verificada.

Capítulo I

O planeamento fiscal

1. Contexto sócio-económico do planeamento fiscal

A principal fonte de receitas do Estado deriva, indubitavelmente, dos impostos. Estes, enquanto prestação pecuniária e coactiva que reverte a favor do Estado, são o principal instrumento a que este recorre de modo a fazer face às despesas decorrentes do cumprimento da sua tarefa de satisfação das necessidades colectivas.

Face a esta realidade, onde vigora o princípio da legalidade, surge com ela conciliada a liberdade dos contribuintes em procurar uma situação fiscal mais favorável, dentro dos limites legalmente permitidos, o que podemos designar por planeamento fiscal, ou seja, o conjunto de comportamentos que visam diminuir ou mesmo anular o pagamento de impostos, com uma finalidade de poupança fiscal, isto quando tal facto ocorre num quadro de respeito pela Lei.

Em períodos de crise económica, de modo a diminuir o défice financeiro, os Estados optam por políticas de aumento fiscal de modo a fazer face às despesas que têm a cargo. Como resposta a essas políticas os contribuintes optam por comportamentos evasivos e fraudulentos de modo a pagar menos impostos. Esta realidade é diferente do designado planeamento fiscal, que é admissível, uma vez que o contribuinte visa alcançar um fim diferente do estipulado legalmente chegando até a violar frontalmente a Lei.

O aumento da carga tributária é um relevante factor da realidade do planeamento, da evasão e da fraude fiscais, Não são, porém, apenas motivos económico-financeiros que estão na base dos comportamentos evasivos ou de planeamento dos contribuintes. Vários outros factores influenciam que os mesmos ofereçam uma maior resistência ao pagamento dos tributos. A opinião de que o sistema fiscal é injusto conduz a maior fuga aos impostos, bem como a avaliação que é efectuada da gestão dos dinheiros públicos. De igual forma, a própria formação cívica influi na tomada de decisões que vão ter repercussão nos dinheiros

e serviços públicos, uma vez que a falta de pagamento de impostos reduz as receitas estaduais que são necessárias para cobrir despesas com serviços públicos essenciais ¹⁴.

Afigura-se útil fazer uma distinção entre os mencionados comportamentos dos contribuintes. Ora, por um lado há o planeamento fiscal ¹⁵, enquanto de outro se apresenta a evasão e a fraude fiscais ¹⁶. Há que ter em conta que são várias as delimitações doutrinárias destas categorias, pelo que de forma breve se deve fazer uma exposição de algumas dessas posições.

SALDANHA SANCHES considera que o planeamento é um modo de redução da carga fiscal, no qual o contribuinte renuncia a um comportamento por este levar ao pagamento de imposto ou escolhe solução que trará menos encargos fiscais, distinguindo entre planeamento fiscal legítimo e ilegítimo, englobando-se nesta última categoria a fraude fiscal e a fraude à lei fiscal ¹⁷.

Para CASALTA NABAIS a distinção parte do conceito de evasão fiscal, sendo que nele cabem tanto a evasão lícita como a ilícita (enquanto abuso do direito ao planeamento) ¹⁸.

Já MANUEL PIRES segue a posição de CASALTA NABAIS, no sentido de partir do conceito de evasão fiscal, mas divide-o em vários comportamentos: a abstenção fiscal, no sentido de que o contribuinte não actua de modo a evitar a verificação de um pressuposto de tributação, a evasão fiscal propriamente dita, em que o contribuinte dá azo à aplicação de uma outra lei, o planeamento fiscal, no âmbito do qual o contribuinte organiza

¹⁴ A este respeito Jónatas Machado / Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 344.

¹⁵ Que costuma ser apelidado por grande parte da doutrina como planeamento fiscal legítimo. Não concordamos com esta designação dado que o planeamento fiscal é sempre lícito, não o sendo os comportamentos evasivos e fraudulentos, não fazendo sentido, na nossa perspectiva, falar a este respeito de planeamento fiscal abusivo, mas sim de evasão fiscal e de fraude fiscal. No mesmo sentido cfr. Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011, p. 295.

¹⁶ Alguns autores falam de planeamento fiscal em sentido amplo, abrangendo estas categorias, mas não optamos por essa delimitação. São três factores a ter em conta a respeito do fenómeno do planeamento fiscal, no sentido de perceber quais os comportamentos admissíveis e quais não o são, sendo realidades distintas.

¹⁷ Cfr. J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, pp. 21 e ss.

¹⁸ Cfr. Casalta Nabais, *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Almedina, 2005, p. 106.

as suas actividades de modo a minimizar a carga fiscal, e a fraude, em que se verifica uma violação clara da lei ¹⁹.

Para JOAQUIM FREITAS DA ROCHA deve distinguir-se entre planeamento *intra*, *extra* e *contra legem* ²⁰. No mesmo sentido vão GONÇALO NUNO AVELÃS NUNES, JÓNATAS MACHADO E PAULO NOGUEIRA DA COSTA ao distinguirem entre a evasão *intra legem* (*tax planning*), *contra legem* (*tax evasion*) e *extra legem* (*tax avoidance*) ²¹.

GUSTAVO LOPES COURINHA considera que planeamento fiscal abusivo corresponde à elisão fiscal, uma vez que se traduzem em actos dos contribuintes que se fundam em comportamentos aparentemente lícitos mas que levam à obtenção de uma vantagem fiscal não admitida no ordenamento jurídico ²².

DIOGO LEITE DE CAMPOS e JOÃO COSTA ANDRADE analisam a questão da elisão fiscal a partir do conceito de autonomia privada, considerando que os contribuintes têm liberdade de celebrar os negócios jurídicos que entendem sem a preocupação de anuência do legislador ²³.

As dúvidas terminológicas não são exclusivamente nacionais, verificando-se na doutrina estrangeira semelhante dificuldade.

A doutrina anglo-saxónica faz uma utilização quase indiscriminada das expressões *tax evasion*, *tax fraud*, *tax planning*, *tax minimizing*, *tax avoidance*, embora se possa considerar que a *tax avoidance* pretende abranger todas as formas de minimização da carga fiscal, enquanto na *tax planning* são tidos em conta os comportamentos *intra legem*

¹⁹ Cfr. Manuel Pires, *Direito Fiscal, Apontamentos*, Almedina, 2008, pp. 168 e ss.

²⁰ Tal afirmação surge no âmbito das lições de Planeamento Fiscal proferidas no âmbito do Mestrado em Direito Tributário e Fiscal da Universidade do Minho.

²¹ Cfr. Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, pp. 42 e 43 e Jónatas Machado / Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2012, pp. 340 e 341. Esta categorização dos comportamentos dos contribuintes tendentes a pagar menos impostos será ponto de partida para a análise do fenómeno, como veremos *infra*.

²² Cfr. Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2004, p. 15. Apenas concordamos com o autor no sentido de que na elisão fiscal não é no comportamento em si que reside a ilicitude, mas sim no resultado visado. Já não concordamos quando faz corresponder este conceito com o de planeamento fiscal abusivo.

²³ Diogo Leite Campos / João de Costa Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008, pp. 6 e ss.

dos contribuintes. Interessante pode ser a referência à doutrina alemã que parte da distinção entre *Steuerhinterziehung* (evasão fiscal), *Steuervermeidung* (evitação fiscal) e *Steuerumgehung* (elisão fiscal) ²⁴. ANDERSON FURLAN analisa a doutrina brasileira acerca da elisão fiscal, fazendo uma divisão por fases. Na primeira fase, antes do advento do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/66) considera ter-se verificado influência da doutrina europeia, sendo que a jurisprudência da época recusava ainda a faculdade de os contribuintes fugirem ao pagamento de impostos com recurso na fraude à lei; na segunda fase, entre a anterior e a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi consagrada a liberdade do contribuinte gerir os seus negócios jurídicos procurando obter poupança fiscal; durante a terceira fase, após 1988, fruto de nova visão sobre os valores constitucionais, foi defendido o reconhecimento de abusos de direito em certas situações fiscais; na quarta fase, que se verificou com o advento da Lei Complementar n.º 104/2001 em que o legislador previu uma norma anti-abuso, a doutrina reagiu invocando o princípio da legalidade, da tipicidade, mostrando reservas pela consagração da figura da fraude à lei em matéria tributária ²⁵.

Como resulta das considerações tecidas, variadas são as perspectivas de classificação e análise do planeamento fiscal, surgindo na doutrina e na jurisprudência o uso indiscriminado de expressões para o planeamento fiscal (propriamente dito), tais como prevenção fiscal, elisão fiscal e fuga ao fisco. A própria delimitação do que configura evasão fiscal ou elisão fiscal não é, como vimos, clara, havendo autores que não fazem diferenciação entre essas categorias e outros que a fazem ²⁶. Importa, portanto, levar a cabo uma uniformização doutrinária mínima no sentido de acabar com a incerteza terminológica e de oferecer aos contribuintes e operadores jurídico-tributários uma categorização coerente e esclarecedora, disponibilizando informação necessária a uma mais fácil classificação dos comportamentos dos contribuintes.

²⁴ A respeito das doutrinas estrangeiras António Carlos dos Santos, *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, in *Fiscalidade*, Abril-Junho 2008, p. 64, que remete para obras dos referidos ordenamentos jurídicos.

²⁵ Cfr. Anderson Furlan, *Reflexões sobre a Evolução Jurídico-Doutrinária e Situação Actual*, Almedina, 2007, pp. 21 e ss.

²⁶ Da nossa parte não adoptamos tal entendimento, considerando que, na nossa perspectiva, evasão e elisão fiscais são termos sinónimos, nos termos *infra* expostos.

Passemos, então, à análise do planeamento fiscal, partindo da posição da doutrina que distingue entre planeamento *intra*, *extra* e *contra legem*, para posteriormente estarmos em condições de oferecer a nossa proposta.

1.1 Limites entre planeamento *intra*, *extra* e *contra legem*

1.1.1 Planeamento *intra legem*

O planeamento *intra legem*, vulgarmente designado por planeamento fiscal (*tax planning*), consiste nos actos dos contribuintes que se traduzem numa optimização fiscal, ou seja, numa redução ou eliminação da carga tributária num quadro de licitude, portanto, sem que se verifique uma violação de algum preceito jurídico-tributário nem se visa alcançar um fim contrário aos mesmos.

Para SALDANHA SANCHES, o planeamento fiscal legítimo, que se contrapõe, como já referido, ao ilegítimo, é uma “técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais”²⁷.

Segundo GONÇALO NUNO AVELÃS NUNES a evasão *intra legem* é pretendida pelo legislador ao colocar ao dispor dos contribuintes diversos instrumentos que lhes permitem uma optimização da situação tributária²⁸.

JÓNATAS MACHADO E PAULO NOGUEIRA DA COSTA destacam que apenas é admissível a minimização da carga tributária que opera através de práticas não abusivas de planeamento fiscal, exemplificando com a situação do recurso a benefícios ou exclusões tributárias²⁹.

²⁷ J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, p. 21.

²⁸ Cfr. Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, pp. 42 e 43.

²⁹ Cfr. Jónatas Machado e Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 341.

Para GERMANO MARQUES DA SILVA o planeamento fiscal é “a ordenação dos actos do contribuinte em conformidade com a lei tributária, tendente ao não pagamento, ao menor pagamento ou ao pagamento mais distante; pressupõe sempre o respeito e, por isso, não se verifica qualquer ilegalidade”³⁰.

Refere PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO, no mesmo sentido que JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, que o planeamento fiscal é feito *intra legem*, uma vez que é levado a cabo através de instrumentos previstos pelo legislador, tal como iremos ver³¹.

Tal como indica FRANCISCO VAZ ANTUNES “quando o contribuinte efectua o seu planeamento fiscal é indiferente se o faz de boa ou má fé. A verdade é que ele tem mesmo o dever de agir desta forma, para o seu próprio bem, porque é um imperativo de racionalidade económica e de boa gestão comercial, financeira e fiscal”³².

Não há dúvidas de que existe um direito do contribuinte em obter uma situação fiscal mais favorável³³ dentro do quadro legal e o próprio Estado cria e incentiva estas práticas, mediante a previsão de certos mecanismos de que os contribuintes lançam mão, tais como as exclusões tributárias, os abatimentos à matéria colectável, as deduções específicas, os regimes derogatórios, as isenções fiscais e a previsão de zonas francas. Ora, claro está que os contribuintes podem recorrer a estes instrumentos sem qualquer receio de infracção jurídica, uma vez que é o próprio legislador a oferecer tais mecanismos, havendo interesse político-económico na sua utilização.

Pode distinguir-se entre planeamento fiscal interno e internacional. O primeiro tem lugar quando o contribuinte em questão, visando minimizar encargos fiscais, se socorre de instrumentos previstos na jurisdição respectiva, são situações em que tudo se passa no quadro de um único espaço fiscal. No planeamento fiscal internacional verifica-se o contacto com mais que uma área fiscal, tirando partido dos diferentes sistemas fiscais existentes. Com o fenómeno da internacionalização da economia é expectável que cada vez

³⁰ Cfr. Germano Marques da Silva, *Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, disponível em www.afp.pt (consulta efectuada a 15-09-2014).

³¹ Cfr. Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, Porto, 2011, p. 296.

³² Francisco Vaz Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, Verbo Jurídico, 2005, p. 17.

³³ Direito este de cariz constitucional, uma vez que resulta do artigo 61.º da Lei Fundamental, relativo à livre iniciativa económica e no qual se abrange a liberdade de gestão.

mais haja recurso a este último tipo de planeamento, que acarreta para alguns Estados importantes reduções de receitas, pelo que os mesmos procuram combater o problema com medidas contra o planeamento fiscal abusivo. Deste facto resulta que os motivos de combate do planeamento fiscal internacional são essencialmente políticos ³⁴.

Também no país vizinho é admitido o planeamento fiscal, sendo considerado como acto de “*optar dentro de la legalidade por las fórmulas fiscales más beneficiosas*” ³⁵, como “*derecho de todo contribuyente a planificar sus relaciones negociales con el fin de minimizar su carga tributaria, en definitiva de elegir la vía fiscal menos onerosa a la hora de obtener o para la consecución de los fines económicos que persigue*” ³⁶, sendo fundamentada a sua admissão constitucional nos artigos 10.º e 38.º da sua Constituição, enquanto uma liberdade de opção fiscal.

Em Itália o fenómeno do planeamento é designado por *pianificazione fiscale*, que é “*un complesso di negozi giuridici tesi ad eliminare il carico fiscale , non attraverso l’occultamento di redditi imponibili, ma attraverso l’occultamento di redditi imponibili (che darebbe luogo ad evasione fiscale), né attraverso il ricorso a costruzione tecnico-giuridiche completamente avulse da qualsiasi esigenza económica (il che avvicinerrebbe le operazione dell’imprenditore all’elusione fiscale), ma attraverso il rispetto totale delle normative civilistiche e fiscali nazionali ed internazionale*” ³⁷.

De notar que a concepção do próprio planeamento fiscal que é adoptada em cada ordenamento jurídico vai ter consequências práticas na qualificação dos comportamentos dos contribuintes. No Reino Unido o planeamento fiscal tem um sentido mais liberal, o que se manifesta na compreensão dos comportamentos evasivos dos contribuintes ³⁸.

³⁴ Acerca da distinção entre planeamento fiscal nacional e internacional António Carlos dos Santos, *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, in *Fiscalidade*, Abril-Junho 2008, pp. 65 e 66.

³⁵ Cit. Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielisiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, p. 102.

³⁶ Cit. Ignacio Calatayud Prats, *Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflictos en la aplicación de la norma tributaria*, artigo disponível em: http://www.gobiernodecanarias.org/tributos/portal/recursos/pdf/revista/Revista10/RevistaHC_10_2.pdf (consultado em 15-11-2014).

³⁷ Cit. Massimo Cremona, *Corso di Pianificazione Fiscale delle imprese*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2008/2009, disponível em: http://docenti.unicatt.it/ita/massimo_cremona/ (consultado em 17-11-2014).

³⁸ Cfr. José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, p. 210.

A fronteira entre aquilo que é planeamento *intra legem* e a do designado *extra legem* nem sempre é nítida. Os operadores jurídico-tributários (consultores fiscais, advogados, solicitadores, contabilistas, economistas, trabalhadores da Administração tributária) deparam-se com esta dificuldade, só a ultrapassando com base num conhecimento sólido e rigoroso do sistema jurídico-tributário, tendo em conta não apenas o texto da lei mas também a vontade da lei, a sua finalidade, de modo a que os seus actos de planeamento não corram o risco de ser evasivos. Só *in concretu* é possível ajuizar a legalidade de certo comportamento, atendendo as finalidades dos praticantes e das normas em causa.

1.1.2 Planeamento *extra legem*

Diferentemente do que sucede com o planeamento *intra legem*, com o planeamento *extra legem*, também designado por elisão fiscal ou *tax avoidance*, visa-se alcançar uma optimização da situação tributária mediante o recurso a artifícios jurídicos não previstos nas normas de incidência, ou quando estando previstos têm nível de tributação distinto do alcançado na prática com recurso aos mencionados artifícios, ou seja, os actos dos contribuintes não violam o quadro legal, mas traduzem-se na aplicação de um regime fiscal mais favorável ^{39 / 40}.

Para JÓNATAS MACHADO E PAULO NOGUEIRA DA COSTA quando o contribuinte aproveita de forma abusiva a lei de modo a alcançar uma situação fiscal mais favorável, estamos perante uma situação de evasão fiscal, na qual não se verificando uma violação directa da lei, há um exercício abusivo de um direito que se designa por fraude à lei (*fraus legis*) ⁴¹.

SOUSA FRANCO distingue no âmbito da evasão fiscal a evasão legal e a ilegal. Na primeira, os contribuintes recorrem a meios que permitem a fuga aos tributos como

³⁹ Cfr. Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011, pp. 297 a 299.

⁴⁰ Também considerando a *tax avoidance* nestes termos, Rogério M. Fernandes Ferreira / Cláudia Saavedra Pinto, *Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*, 2010, disponível em: http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Publicacoes/IIPF_Congress2010.pdf (consultado em 20-11-2014).

⁴¹ Cfr. Jónatas Machado / Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 341.

consequência da abertura legal. Na segunda, há prática de actos em si contrários à lei tributária ⁴². Também FRANCISO VAZ ANTUNES parte desta distinção entre evasão lícita e ilícita ⁴³.

Para GONÇALO NUNO AVELÃS NUNES a evasão *extra legem* abrange as situações em que os contribuintes praticam actos lícitos mas que divergem dos previstos nas normas de incidência de certo tributo, o que afasta o surgimento da relação jurídica fiscal ou leva ao aparecimento de uma relação diferente da prevista e que leva a um regime fiscal mais favorável, consubstanciando tal uma situação de elisão ou evitação fiscal ⁴⁴.

Já SALDANHA SANCHES considera que há planeamento fiscal ilegítimo quando se verifique uma optimização indevida da situação tributária do contribuinte, como resultado da violação de princípios ou regras do ordenamento tributário, dividindo este tipo de planeamento em fraude fiscal e fraude à lei fiscal, referindo-se este último tipo aos comportamentos dos contribuintes que não violem a lei ou deveres de cooperação, mas que são indesejáveis pelo legislador, dado que visam alcançar um objectivo contrário ao sistema jurídico-tributário ⁴⁵.

De facto, no planeamento *extra legem* não se verifica uma violação frontal de uma norma mas sim o uso de artifícios que possibilitam alcançar um fim contrário ao visado pelas normas, pelo que a referida modalidade de fraude à lei fiscal lhe corresponde. Os actos praticados pelos contribuintes não são conformes com a substância da realidade económica subjacente, são anómalos ou abusivos ⁴⁶.

No ordenamento jurídico espanhol, o tratamento dado à evasão fiscal revela diferenças terminológicas que merecem a nossa atenção. O artigo 24.º da *Ley General Tributaria* de 1963, que previa um meio de reacção contra os fenómenos evasivos, que veremos *infra*, recebia a epígrafe de “*fraude de ley*”. Este termo tem no nosso ordenamento e em outros, um significado diferente, no sentido que no país vizinho a

⁴² Cfr. António L. Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. II, 4.ª Edição, Almedina, 2012, p.171.

⁴³ Francisco Vaz Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, Verbo Jurídico, 2005, pp. 11 a 14.

⁴⁴ Cfr. Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, p. 43.

⁴⁵ J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, pp. 21 e 22.

⁴⁶ Manuel Henrique Freitas Pereira, *Fiscalidade*, Almedina, 2005, pp. 386 e ss.

expressão se refere à evasão fiscal, uma vez que com o referido artigo o que o legislador visou foi impedir que os contribuintes, através do uso de artifícios ou abusos de forma, verificassem uma optimização da sua situação fiscal, devendo entender-se a fraude à lei enquanto *elusión fiscal*⁴⁷, ou seja, enquanto “*finalidad de ahorro fiscal, pero por medio de una conducta consistente en «impedir el nacimiento de la pretensión tributaria evitando el supuesto de hecho legal»*”⁴⁸. Na doutrina espanhola é recorrente a distinção entre *elusión tributaria* e *evasión tributaria*, sendo que na primeira hipótese se verifica a procura de uma vantagem fiscal através de instrumentos lícitos mas por via de alternativas negociais, formas jurídicas que minimizam a incidência do imposto, enquanto na evasão tributária, embora o objectivo seja o mesmo, há propósito de violação das normas, uso de artifícios de modo a omitir total ou parcialmente o pagamento do tributo, verificando-se, portanto, um elemento fraudulento⁴⁹.

Já em Itália, *l'elusione fiscale* é “*un comportamento fiscalmente rilevante che non viola alcuna norma tributaria, ma, ciò nonostante, determina una compressione delle prestazione fiscale del contribuente che lo pone in essere, non voluta dall'ordinamento tributario in quanto non rispettosa della ratio delle norme giuridiche applicate*”⁵⁰. Ou seja, considera-se que é o uso de actos e operações legais em si, mas que visam contornar as normas tributárias para conseguir poupança fiscal, distinguindo-se da *evasione fiscale*, pois nesta verifica-se o não pagamento ou apenas o pagamento parcial de tributos com recurso a meios ilícitos⁵¹. É um fenómeno com grandes proporções neste país já há largos anos, que tem vindo a adoptar vários mecanismos de combate, como veremos *infra*⁵².

⁴⁷ Tal como indica Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, pp. 23 a 35.

⁴⁸ Cit. Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, pp. 33 e 34 e A. Hensel, *Diritto Tributario*, Giuffrè Editore, 1956, p. 148, nota 169.

⁴⁹ Cfr. artigo de José de Jesús Gómez, *La cláusula general antielusiva en materia tributaria*, 2013, disponível em: http://www.dofiscal.net/pdf/doctrina/D_DPF_RV_2013_220-A12.pdf (Consultado em 16-11-2014). Embora o artigo tenha origem mexicana, é explicado o regime espanhol.

⁵⁰ Cit. Marco Tolla / Andrea Rizzo, *Dall'elusione fiscale all'abuso del diritto, I confini del lecito Risparmio d'imposta tra normativa vigente e interpretazione giurisprudenziali*, Gruppo Wolters Kluwer, 2014, p. 8 e Mauro Beghin, *I 'complementari' concetti di evasione ed elusione tributaria in un recente arresto giurisprudenziale (nota a Comm.trib. reg. di Venezia, sez. XIV, n.32/2007)*, *Rivista di diritto tributario*, n.º 4, 2008, pp. 292-293, que distingue entre a *evasione* e a *elusione* tributárias.

⁵¹ Daniela Piro, *L'elusione fiscale*, *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle Finanze*, N.º 1 2006, disponível em: <http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=20051220102305716&edition=2006-05-01> (consultado em 17-11-2014). De notar que esta distinção tem também lugar em Portugal por alguns autores, mas preferimos outra categorização dos fenómenos em estudo.

⁵² Massimo Bordignon, *Evasione fiscale: aspetti teorici e suggerimenti pratici*, *Rivista internazionale di Scienze sociali*, N.º 1, Gen-Mar. 1992, p. 3, e Luigi Bernardi / Luigi Alberto Franzoni, *Evasione Fiscale e nuove tipologie di accertamento: una introduzione*

1.1.3 Planeamento *contra legem*

Relativamente ao planeamento fiscal *contra legem* podemos afirmar que há um comportamento clara e directamente violador das normas jurídico-tributárias com o intuito de obter uma poupança fiscal ⁵³.

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO adverte que a expressão evasão fiscal pode ser utilizada em sentido estrito mas também em sentido amplo, abrangendo também a fraude fiscal, ou seja, as violações directas das normas jurídicas, verificando-se comportamentos contrários à lei, tais como falsas declarações, falsificação da contabilidade, emissão de facturas falsas, branqueamento de capitais e operações fictícias ⁵⁴.

Para CIDÁLIA MARIA DA MOTA LOPES a fraude fiscal é relativa ao conjunto de comportamentos que visam reduzir a carga tributária em consequência da prática de actos contrários à lei ⁵⁵.

Aponta GONÇALO NUNO AVELÃS NUNES que no planeamento *contra legem* se verifica a prática de actos ilícitos por parte dos contribuintes, tendo em vista não pagar ou pagar menos imposto. Considera estarmos aqui perante evasão fiscal (*tax evasion*), que abrange crimes e contra-ordenações fiscais e a evasão fiscal não penal (que contrapõe, como já referido, à categoria do planeamento *extra legem* que designa por elisão fiscal) ⁵⁶.

Considera FRANCISCO VAZ ANTUNES que o planeamento *contra legem* (*tax evasion*) pode ser apelidado de evasão fiscal fraudulenta, destacando que é marcado pela ilicitude do comportamento do contribuinte, a traduzir-se num crime fiscal ou contra-ordenação administrativa ⁵⁷.

all'analisi economica, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, n.º 1, Mar. 2004, p. 3, onde destacam que a média de evasão fiscal em Itália supera a média europeia.

⁵³ Iremos a respeito do planeamento fiscal *contra legem* ter em conta a sua definição e enquadramento, sem aprofundar o tema, tendo em conta que o que nos importa em primeiro plano é traçar a distinção face ao planeamento e evasão fiscais, e não aprofundar matéria que consideramos estar mais no âmbito do direito penal tributário.

⁵⁴ Cfr. Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, Porto, 2011, p. 299.

⁵⁵ Cfr. Cidália Maria da Mota Lopes, *Quanto custa pagar impostos em Portugal?*, Almedina, 2008, p. 69.

⁵⁶ A este respeito Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, p. 43.

⁵⁷ Cfr. Francisco Vaz Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, Verbo Jurídico, 2005, p. 14.

Já JÓNATAS MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA consideram que no âmbito dos comportamentos dos contribuintes, com intuito de minimizar a carga fiscal, há os que violam directamente a lei fiscal, podendo falar-se a esse respeito de fraude fiscal em sentido amplo (*tax evasion*), ou, num sentido mais restrito, de *tax fraud*, em que o contribuinte pratica um acto que viola um dever de cooperação, que a lei qualifica como contra-ordenação fiscal ou crime ⁵⁸.

Para SALDANHA SANCHES ⁵⁹ na fraude fiscal o contribuinte pratica um acto violador de um dever de cooperação, ao qual é atribuída uma sanção penal ou contra-ordenacional, verificando-se uma violação directa da lei fiscal ⁶⁰.

A previsão dos crimes e contra-ordenações fiscais é efectuada por via do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) ⁶¹. A fraude fiscal está prevista como crime, nos termos do art. 103.º e 104.º do RGIT, podendo haver comportamentos que se enquadrem no âmbito das contra-ordenações fiscais previstas no RGIT ⁶².

Os comportamentos em causa apenas serão considerados como crimes na medida em que preencham os requisitos de punibilidade previstos na lei penal, ou seja, tem que haver uma acção típica, ilícita, culposa e punível. Relativamente à natureza do bem jurídico protegido, é uma questão bastante controversa. SUSANA AIRES DE SOUSA aponta a existência de modelos funcionalistas, que recusam uma qualificação patrimonial do bem jurídico, concedendo à sua tutela o papel que a ciência das finanças públicas reconhece ao imposto; de modelos funcionais, que identificam o bem jurídico protegido com os deveres de colaboração e transparência entre o Fisco e o contribuinte; por fim, um modelo de cariz patrimonial, em que o bem jurídico protegido é precisamente o património do Estado, as suas receitas fiscais ⁶³.

⁵⁸ Cfr. Jónatas Machado / Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2012, pp. 340 e 341.

⁵⁹ Cuja sistematização, vimos já, se faz em torno do planeamento fiscal legítimo e ilegítimo, e dentro deste entre fraude à lei e fraude à lei fiscal.

⁶⁰ Cfr. J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, pp. 21 e 22.

⁶¹ O qual foi aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho.

⁶² Não desenvolveremos mais aqui o assunto, retomando-o *infra*, a respeito dos instrumentos de combate dos comportamentos evasivos e fraudulentos.

⁶³ Susana Aires de Sousa, *Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais*, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, volume III, Coimbra Editora, 2009, pp. 293 e ss.

Em Espanha, vimos já que há um tratamento terminológico diferente relativamente ao nosso ordenamento jurídico. O conceito de fraude, na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, está relacionado com a prática de uma infracção, com uma violação directa dos preceitos legais, enquanto em Espanha o conceito de *fraude de ley* não tem esse significado tradicional, dizendo respeito ao que nós designamos por evasão fiscal, ou seja, ao que em Espanha se considera como *elusión fiscal*, que consiste, como já vimos, em proceder sem infringir a lei mas procurando um alívio fiscal por meio de estruturas anómalas ⁶⁴. Diferente deste conceito de *fraude de ley*, é o de *defraudación*, em que se verifica a omissão de uma declaração ou uma declaração falsa, verificando-se um ataque ao ordenamento mediante um acto proibido expressamente pelo ordenamento, ou seja, traduz-se naquilo que nós designamos por fraude fiscal ⁶⁵. A respeito da punição de comportamentos fiscalmente fraudulentos há que mencionar os artigos 305.º e ss do Código Penal Espanhol, relativos a “*delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*” ⁶⁶.

No ordenamento jurídico italiano, “*la frode fiscale, nel suo aspetto obiettivo, consiste in qualsiasi artificio diretto all’evasione ed idoneo ad ingannare il fisco, ovvero sia, idoneo a mimetizzare la reale posizione contributiva propria o altrui*” ⁶⁷. Não há uma definição legal de fraude fiscal, mas a doutrina vai construindo conceitos que retratam em que consistem os comportamentos fiscalmente fraudulentos. Para ANNAMARIA PALMIERI estamos perante fraude fiscal “*in quanto siamo in presenza di un illecito vero e proprio una reale violazione della norma tributaria*” ⁶⁸. Cabe aqui referir que a fraude fiscal, enquanto infracção fiscal, foi prevista no artigo 4.º, n.º 1 da L. n.º 516/1982, previsão esta que visava combater os comportamentos fiscalmente evasivos dos

⁶⁴ Tal como indica Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielisiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, p. 29.

⁶⁵ Na *fraude de ley* o acto, apesar de evitar o pagamento de imposto, é real, válido e eficaz. Na *defraudación* já se verifica uma contrariedade para com a lei - Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielisiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, p. 14.

⁶⁶ Mais desenvolvimentos consultar Isidoro Blanco Cordero, *Delitos Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, 2000, pp. 7 e ss, disponível em: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2174322/02+Blanco.%20Isidoro.pdf> (consultado em 05-02-2015).

⁶⁷ Tal como considera Flora G., *Profili penali in materia d’imposte dirette ed IVA*, Padova, 1979, p. 199.

⁶⁸ Annamaria Palmieri, *Elusione e frode fiscale*, 2009, disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=44949> (consultado em 27-12-2014).

contribuintes. A reforma introduzida por via do *D. Lgs. n.º 74/2000*, levou a cabo uma limitação do âmbito de punição ⁶⁹.

1.1.4 Terminologia adoptada

No nosso entendimento, uma boa compreensão da realidade do planeamento fiscal e dos comportamentos que lhe são conexos, mas que dele se distinguem, passa por uma clara e inequívoca delimitação dos mesmos.

Vimos já que grande parte da doutrina parte da distinção entre planeamento *intra*, *extra* e *contra legem*. Não nos parece, porém, a melhor abordagem.

Ora, o planeamento fiscal (*tax planning*) consiste, como já referimos, nos comportamentos dos contribuintes que visam retardar, diminuir ou eliminar o pagamento de impostos, isto num quadro de legalidade, sendo por isto mesmo uma técnica que chega a ser incentivada pelo legislador, ou não tivesse previsto os abatimentos à matéria colectável, as deduções específicas, as exclusões tributárias, os regimes derogatórios, as isenções fiscais e as zonas francas.

O direito ao planeamento fiscal resulta do artigo 61.º da Lei Fundamental relativo à livre iniciativa económica, no qual se enquadra a liberdade de gestão dos contribuintes. Incontestável que é este direito ao planeamento fiscal, não nos parece idónea a utilização da expressão “planeamento” para mencionar realidades que dele se distingue com maior ou menor clareza. O próprio DL n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, utiliza a expressão “planeamento fiscal abusivo”, o que não nos parece correcto, pois leva a uma maior confusão terminológica e consequentes dificuldades em distinguir realidades fiscais. Já para advogados e consultores fiscais os limites do planeamento relativamente à evasão e fraude fiscais nem sempre se asseguram nítidos, será compreensível que os contribuintes sejam levados a pensar que os seus comportamentos de planeamento são ilícitos, não tendo noção qual o limite do seu direito para que seja considerado um abuso.

⁶⁹ Cfr. Annamaria Palmieri, *Elusione e frode fiscale*, 2009, disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=44949> (consultado em 27-12-2014).

Assim sendo, a distinção entre planeamento *intra*, *extra* e *contra legem* deve ser evitada, devendo, numa perspectiva pragmática e até mesmo de esclarecimento do contribuinte, a categorização ser feita através das próprias realidades que visariam exprimir.

Por um lado, há o já mencionado planeamento fiscal, no âmbito do qual os contribuintes se podem mover, por ser lícito e incentivado pelo legislador. Por outro, temos os comportamentos dos contribuintes cuja ilicitude surge indirectamente, por via da finalidade contrária à lei sem que se viole a mesma frontalmente, e os actos de ilicitude directa, em que há uma violação frontal dos preceitos legais. Vista que está a primeira categoria, passemos a estas duas últimas.

No que tange aos comportamentos dos contribuintes que embora não directamente contrários à lei, mas que se traduzem numa violação das finalidades da mesma, há que esclarecer que aqui a menção é relativa à evasão fiscal (*tax avoidance*). Esta é uma forma de alcançar uma situação fiscal mais favorável, sem se verificar um confronto com a lei, mas abusando do que nela está previsto, ou seja contorna-se a lei de modo a conseguir uma vantagem fiscal, violando as finalidades do sistema tributário. Esta categoria é a que maiores dificuldades suscita relativamente à sua clara identificação, uma vez que nem sempre é nítida a violação das finalidades do sistema, o que dificulta a percepção do que é planeamento e daquilo que já consubstancia evasão fiscal, e por outro lado, por vezes a violação pode ser tão grosseira que deveria ser considerada uma violação frontal do sistema jurídico, aproximando-se aqui da categoria da fraude fiscal. Só casuisticamente se pode ajuizar acerca da admissibilidade de um comportamento, qualificando-o como acto de planeamento, ou da sua inadmissibilidade.

Relativamente aos actos dos contribuintes que violam directamente preceitos jurídicos, estamos perante a realidade da fraude fiscal (*tax fraud*), que dá lugar à aplicação de uma sanção penal ou contra-ordenacional, nos termos do RGIT.

Ora, planeamento, evasão (que identificamos com a elisão) e fraude fiscais são as categorias por nós adoptadas, por nos parecerem mais esclarecedoras e reveladoras da realidade fiscal, sendo que a partir de agora será a delimitação utilizada no presente trabalho.

1.2 Confronto entre o princípio da autonomia privada e a Lei Fundamental

Vimos já que o planeamento fiscal é um conjunto de actos voluntários adoptados pelos contribuintes de modo a, dentro de um quadro de legalidade, obterem uma poupança fiscal legítima. Percebemos também que esta é uma realidade lícita e até incentivada pelo legislador, mas há que precisar qual a razão deste facto.

Ora, o facto de ao contribuinte ser possibilitada a faculdade de adoptar certos comportamentos com uma finalidade de obtenção de poupança fiscal lícita está intimamente relacionado com o denominado princípio da autonomia privada ⁷⁰.

Também em Espanha o princípio “*de autonomia de la voluntad*” é considerado um princípio básico do ordenamento jurídico, com manifestação do princípio da liberdade contratual previsto no artigo 1.255 do Código Civil Espanhol, no âmbito do qual de enquadra o direito ao planeamento fiscal ⁷¹. Pode ver-se no ordenamento jurídico espanhol que a própria epígrafe do artigo 15.º da respectiva LGT revela um conflito entre direitos: o mencionado direito de autonomia privada e, conseqüentemente, de planeamento fiscal, e, por outro lado, o direito de arrecadar tributos e maximizar essa arrecadação, por parte do Estado ⁷².

O referido princípio, que não tem consagração constitucional expressa, resulta directamente do Direito Civil ⁷³, consistindo na possibilidade de os contraentes poderem fixar livremente a disciplina da sua relação jurídica, havendo que referir que se desdobra em três corolários: a liberdade de celebração, de conformação e de estipulação. Em termos gerais pode dizer-se que é o espaço de liberdade de cada um na ordem jurídica ⁷⁴.

⁷⁰ Neste mesmo sentido vai a tese de Mestrado (Direito Tributário e Fiscal na Universidade do Minho) de Filipe João Saraiva Fernandes, *A Decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, 2012, p. 17.

⁷¹ Cfr. Ignacio Calatayud Prats, *Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*, artigo disponível em: http://www.gobiernodecanarias.org/tributos/portal/recursos/pdf/revista/Revista10/RevistaHC_10_2.pdf (consultado em 15-11-2014) e Ana María Pita Grandal / Jaime Aneiros Pereira, *La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española*, n.º 144/2012, disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/144_Pita.pdf (consultado a 15-11-2014).

⁷² Tal como considera Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielisiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, p. 330.

⁷³ Cfr. artigo 405.º do CCiv.

⁷⁴ Tal como mencionado no Ac. n.º 995/05.8TBFND.C1, proferido pelo Tribunal da Relação de Coimbra.

Alguns autores entendem que este princípio está previsto na Lei Fundamental, estando implícito em várias normas, como nas relativas à propriedade privada, liberdade, liberdade de empresa, e encontrando até mesmo explicitação no artigo 26.º⁷⁵.

O planeamento fiscal resulta desta mesma autonomia privada, encontrando-se entre esta e o princípio da tipicidade.

Vejamos, os contribuintes gozam de liberdade de gestão, que está consagrada nos artigos 62.º, 80.º al. c) e 86.º da CRP, a qual é uma explicitação do princípio da autonomia. De acordo com este princípio as empresas são livres na disposição do seu património, no exercício das suas actividades, na obtenção de lucro, legitimando-se de tal modo o planeamento fiscal.

Porém, com o princípio da autonomia privada confronta-se o artigo 103.º da Lei Fundamental, relativo à subsistência do sistema fiscal e a consequente satisfação das necessidades colectivas. De facto, o dever de pagar impostos, enquanto contrapolo de uma sociedade dotada de serviços públicos sustentados, na sua grande parte, pelas receitas fiscais, é uma importante contracção da liberdade de gestão fiscal.

No entanto, do confronto das duas categorias, enquanto dois direitos reconhecidos na jurisdição portuguesa, resulta a sua possível harmonização. No plano teórico há espaço para as duas realidades. De um ponto de vista prático parece-nos verosímil uma articulação casuística destes direitos, através do recurso ao princípio da concordância prática⁷⁶, havendo que respeitar a liberdade dos contribuintes relativamente àquilo que consubstancia planeamento fiscal, até porque a evasão fiscal tem formas de combate próprias e que a fraude fiscal tem as consequências previstas no RGIT, devendo tal planeamento ter em linha de conta o espírito do legislador fiscal, no sentido de garantir a subsistência do sistema fiscal e a satisfação das necessidades colectivas.

⁷⁵ Cfr. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 438.

⁷⁶ É um método de harmonização e ponderação dos valores constitucionais, segundo GOMES CANOTILHO "o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros". Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003, p. 1225.

CASALTA NABAIS atribui a faculdade da gestão fiscal aos contribuintes particulares e empresas, coadunando-a com as exigências constitucionais, entendendo que apenas lhes é vedada a prática de actos que já consubstanciem evasão fiscal ⁷⁷.

Não duvidamos da possibilidade de harmonizar estas exigências desde que haja consciência prático-jurídica dos limites do planeamento fiscal, cabendo à Administração Fiscal verificar se os actos praticados tiveram ligação com a actividade social e se foram prosseguidos fins diferentes ⁷⁸.

1.3 Modos de combate da evasão fiscal – generalidades

Esclarecida que ficou a legitimidade do recurso ao planeamento fiscal, há que abordar as consequências da prática de actos que consubstanciam já não planeamento, mas evasão ou fraude fiscais.

No que diz respeito à fraude fiscal, como estamos já no campo do designado Direito Penal Tributário, não iremos desenvolver a temática, limitando-nos a esclarecer que a disciplina jurídica da fraude fiscal se encontra no RGIT, diploma no qual se encontra a previsão e punição dos crimes e contra-ordenações fiscais. Assim sendo, a fraude fiscal é combatida enquanto crime, nos termos dos art.ºs 103.º e 104.º do RGIT, havendo comportamentos que se enquadram no âmbito das contra-ordenações fiscais previstas no mesmo diploma, não esquecendo as normas anti-abuso específicas que visam reagir contra a fraude fiscal ⁷⁹.

Relativamente à evasão fiscal, as suas formas de identificação e combate merecem a nossa afincada atenção, até porque, como já referido, o limite entre comportamentos evasivos ou de planeamento fiscal nem sempre é notório, pelo que tendo em conta esta peculiaridade o regime de combate de tais comportamentos deve ser alvo de um estudo mais aprofundado.

⁷⁷ Cfr. J. Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, p. 127

⁷⁸ Tal como indicam Diogo Leite de Campos e João Costa Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008, pp. 59 e 60.

⁷⁹ Neste sentido J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 202.

Podemos identificar, antes de mais, como meios de combate dos comportamentos evasivos, o controlo *a posteriori*, no âmbito do qual se pode identificar a previsão de normas especiais anti-abuso, a norma geral anti-abuso, a utilização de métodos indirectos e indiciários, a requalificação de negócios jurídicos ⁸⁰, interpretação extensiva de normas fiscais ⁸¹, as presunções legais de rendimentos, a desconsideração da personalidade jurídica em sede de incidência pessoal dos impostos ⁸², e até mesmo tendo sido admitido recurso a figuras de direito privado que permitem pôr em causa os negócios jurídicos celebrados, tais como a fraude à lei, a simulação e o abuso de direito ⁸³. Mas também devemos apontar o controlo *a priori*, que estudaremos *infra*, mas que podemos adiantar ser um modo de reacção preventiva face a actos fiscalmente evasivos.

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO considera que estas medidas de combate à evasão fiscal surgiram como consequência das medidas comunitárias, “no contexto da harmonização fiscal a nível comunitário, e no seguimento da luta generalizada contra a evasão e a fraude fiscal internacionais” ⁸⁴.

Posto isto, iremos começar por analisar as cláusulas especiais anti-abuso, para, de seguida, analisarmos a norma geral anti-abuso e problemática por esta levantada. Seguidamente há que fazer referência a outros instrumentos de combate da evasão fiscal, sendo, por último, efectuada uma análise jurisprudencial sobre a problemática dos meios de combate da evasão fiscal.

1.3.1 As normas especiais anti-abuso

Estão previstas no ordenamento jurídico português diversas normas especiais anti-abuso. Ora, tal como referido *supra*, constituem estas uma forma de combate, *a posteriori*,

⁸⁰ Cfr. Artigo 36.º n.º 4 da LGT.

⁸¹ Cfr. Artigo 11.º da LGT.

⁸² Acerca destas formas de combate da evasão fiscal Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, pp. 45 e 46.

⁸³ António Carlos dos Santos considerava a convocação de figuras de direito privado como forma de combater os comportamentos evasivos, na ausência de norma geral anti-abuso, in *Planeamento, evasão fiscal, elisão fiscal: o fiscalista no seu labirinto*, Revista *Fiscalidade*, Abril-Junho 2008, p. 83. A este respeito maiores desenvolvimentos serão prestados *infra*.

⁸⁴ *Ob. Cit.* Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, Porto, 2011, p. 301.

dos comportamentos evasivos dos contribuintes. Tais normas, contrariamente ao que acontece com a norma geral anti-abuso, aplicam-se a comportamentos específicos, em matérias que revelam maior risco de evasão ⁸⁵.

SALDANHA SANCHES aponta a diferença entre normas anti-abuso em sentido estrito, que dizem respeito a normas que definem *a priori* os pressupostos que implicam a intervenção da Administração Fiscal, visando abranger situações de evasão fiscal (para o autor fraude à lei fiscal) e normas que visam combater a fraude fiscal, como são exemplo os artigos 57.º e ss do CIRC ⁸⁶.

A nível internacional este instrumento é visível em diversas Directivas Comunitárias (como é exemplo a Directiva do IVA) e em Convenções acerca de dupla tributação ⁸⁷.

Em Espanha também é feita previsão de normas especiais anti-abuso, as designadas *cláusulas especiales*, ou *ad hoc*, que figuram de forma combinada com a norma geral. Exemplos eram os artigos 96.2 e 20 do TRLIS relativos, respectivamente, ao regime das fusões, cisões, entradas de activos e permutas de títulos, e ao regime da subcapitalização, que foram alvo de reforma fiscal, verificando-se uma alteração em algumas normas especiais, pelo que desde 2015 vigora a *Ley 27/2014, de 27 de noviembre*, havendo que ter em conta, exemplificativamente, o capítulo VII ⁸⁸. Relativamente ao disposto no 14.1.h. do TRLIRNR relativo a distribuição de lucros das sociedades filiais residentes no território espanhol a sociedades ou estabelecimentos residentes noutros Estados ⁸⁹, o artigo 17.2 do TRLITPAJD, relativo às transmissões patrimoniais onerosas ⁹⁰ e por último o artigo 93.º do *R.D.Leg. 3/2004, de 5 de marzo*, no âmbito do Imposto sobre

⁸⁵ Cfr. J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, p. 199.

⁸⁶ Cfr. obra mencionada na nota anterior, p. 202.

⁸⁷ Tal como indica Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011, p. 303.

⁸⁸ Acerca das modificações trazidas pela reforma fiscal César García Novoa, *La reforma fiscal en materia de tributación del ahorro y del endeudamiento de las sociedades*, doc. n.º 21/2014, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_21.pdf (consultado em 29-03-2015).

⁸⁹ Acerca desta norma especial anti-abuso consultar a base de dados disponível em: <http://www.fiscal-impuestos.com/files-fiscal/NFC051398.pdf> (consultado em 16-11-2014).

⁹⁰ Consultado em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-25359> (consulta efectuada a 29-03-2015).

os Rendimentos das pessoas singulares, relativo aos rendimentos derivados de direitos de imagem ⁹¹.

No ordenamento jurídico italiano são previstas normas especiais anti-abuso, até pelas limitações da existente norma geral. É o caso do artigo 84 § 3, relativo ao limite de transferência de perdas fiscais, e dos artigos 110 § 10, 127, 167, 172 § 7 e 173 § 10, todos do TUIR, D.P.R. n.º 917 de 1986, relativos, aos preços de transferência, às CFC, a cisões e fusões ⁹².

A nível interno podemos apontar como exemplos de normas especiais anti-abuso as previstas nos artigos 63.º, 64.º, 66.º e 67.º e 73.º n.º 10 do CIRC e 16.º n.º 6 do CIRS. Vejamos algumas delas mais de perto.

No que diz respeito à deslocalização de residência, há que ter em conta o disposto no artigo 15.º do CIRS, nos termos do qual:

“Artigo 15.º

1 - Sendo as pessoas residentes em território português, o IRS incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território.

2 - Tratando-se de não residentes, o IRS incide unicamente sobre os rendimentos obtidos em território português.”

Relativamente aos residentes verifica-se uma obrigação universal de imposto. Quanto aos nacionais não residentes, apenas pagam imposto pelos rendimentos auferidos em território nacional. Ora, um nacional que se deslocasse para um país sujeito a um regime fiscal mais favorável não seria tributado no nosso país. Porém, há que ter em atenção o disposto no artigo 16.º n.º 6 do CIRS “São ainda havidas como residentes em

⁹¹ Acerca das normas especiais anti-abuso cfr. Cesar Garcia Novoa, *La cláusula antielisiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, pp. 268 e ss, Joan-Francesc Pont Clemente, *La simulación en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2006, p. 43 e ss, e o artigo de Adolfo J. Martín Jiménez, *Globalización y Derecho Tributario: El impacto del Derecho Comunitario sobre las Cláusulas Antielisión/Abuso del Derecho Interno*, 2007, disponível em: http://usmp.edu.pe/derecho/11ciclo/corporativo/derecho_tributario_int_trib_municipal/Dr_Zavaleta/lecturas/Claus_Antiabuso_Comunitarias_Espanolas.pdf (consultado a 16-11-2014).

⁹² Cfr. Daniela Piro, *L'elusione fiscale*, Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle Finanze, N.º 1 2006, disponível em: <http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=20051220102305716&edition=2006-05-01> (consultado em 17-11-2014); Giuseppe Rebecca / Maurizio Zanni, *Perdite fiscali. Guida operativa*, Gruppo24ore, 2012, pp. 121, 212 e ss e Annamaria Palmieri, *Elusione e frode fiscale*, 2009, disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=44949> (consultado em 17-11-2014).

território português as pessoas de nacionalidade portuguesa que deslocalizem a sua residência fiscal para país, território ou região, sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças, no ano em que se verifique aquela mudança e nos quatro anos subsequentes, salvo se o interessado provar que a mudança se deve a razões atendíveis, designadamente exercício naquele território de actividade temporária por conta de entidade patronal domiciliada em território português”.

Ora, constitui o referido artigo 16.º n.º 6 do CIRS uma norma especial anti-abuso, ao utilizar uma presunção como forma de qualificar os mencionados nacionais como residentes, evitando uma situação de evasão fiscal.

Do artigo 63.º do CIRC resulta uma norma especial relativa aos preços de transferência, onde se lê: “Nas operações comerciais, incluindo, designadamente, operações ou séries de operações sobre bens, direitos ou serviços, bem como nas operações financeiras efectuadas entre um sujeito passivo e qualquer outra entidade, sujeita ou não a IRC, com a qual esteja em situação de relações especiais, devem ser encontrados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis”.

Ora, o que com tal norma se pretende combater são os comportamentos simulatórios, no sentido de se praticarem, nas relações ditas especiais ⁹³, preços abaixo ou acima dos praticados em relações imparciais, promovendo-se a transparência, a livre concorrência e a moderação da liberdade na formação do preço, havendo recurso ao instituto das presunções ⁹⁴. São requisitos desta norma especial a existência de relações especiais, nos termos da lei, a prática de condições diversas às que seriam praticadas na inexistência dessas relações, e a verificação de um desvio às condições normais de mercado ⁹⁵.

⁹³ Nos termos do artigo 63.º n.º 4 do CIRC.

⁹⁴ A este respeito Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, Porto, 2011, pp. 303 e 304 e de modo a melhor perceber a problemática dos preços de transferência Glória Teixeira / Duarte Barros, *Preços de Transferência e o caso português*, Vida Económica, 2004.

⁹⁵ Podemos apontar como um exemplo genérico a situação em que a empresa X e a Y, em condições normais, contratariam o valor de 1000, mas como têm relações especiais contratam o valor de 100. O que vai acontecer com esta norma especial é que a Autoridade

Relativamente à imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal mais favorável ⁹⁶, dispõe o artigo 66.º que “Os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português que detenham, directa ou indirectamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos 25% das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades”. Ora, daqui resulta a possibilidade de tributar no Estado de residência dos sócios, os lucros das sociedades que se instalem em países sujeitos a um regime fiscal mais favorável.

Relativamente ao regime das cisões, fusões, entradas de activos e permutas de participações sociais ⁹⁷ – que são operações de reestruturação empresarial – podemos dizer que estão sujeitas a um regime fiscal especial: o regime de tributação favorável. Há uma norma anti-abuso que dispõe que se essas operações tiverem objectivo principal de obter uma vantagem fiscal se aplica o regime de tributação normal.

Dispõe o artigo 73.º n.º 10, no qual está contida a referida norma especial anti-abuso, que “O regime especial estabelecido na presente subsecção não se aplica, total ou parcialmente, quando se conclua que as operações abrangidas pelo mesmo tiveram como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a evasão fiscal, o que pode considerar-se verificado, nomeadamente, nos casos em que as sociedades intervenientes não tenham a totalidade dos seus rendimentos sujeitos ao mesmo regime de tributação em IRC ou quando as operações não tenham sido realizadas por razões económicas válidas, tais como a reestruturação ou a racionalização das atividades das sociedades que nelas participam, procedendo-se então, se for caso disso, às correspondentes liquidações adicionais de imposto.”. Podemos apontar que nela surge o conceito indeterminado “razões

Tributária vai desconsiderar o valor de 100, corrigindo e considerando o valor de 1000. Ter, no entanto, em atenção o disposto nos n.ºs 8 a 11 do artigo 63.º do CIRC.

⁹⁶ Antes da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro havia um artigo 65.º relativo à não dedutibilidade nas operações praticadas em regimes fiscais mais favoráveis, mas o artigo foi revogado.

⁹⁷ Retira-se do artigo 73.º do CIRC que a fusão de empresas ou entidades significa o “agrupamento” de duas ou mais entidades para formação de nova entidade; já a cisão é o movimento de descentralização, de desconcentração empresarial, em que uma empresa é separada em várias outras; na entrada de activos uma empresa destaca-se parte da sua actividade e incorpora-se noutra empresa já existente, sem nenhuma se extinguir; por fim, a permuta é uma operação através da qual uma sociedade adquire participação social no capital de outra.

económicas válidas”, que atribui à Administração Tributária uma ampla margem de apreciação, devendo esta avaliar de modo ponderado a existência, em concreto, das referidas razões.

Relativamente à denominada subcapitalização, regulada no artigo 67.º do CIRC – artigo que com a Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro, ganhou a epígrafe de “limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento” – pode apontar-se que o objectivo é o combate das situações em que se utilizam encargos com o propósito de conseguir uma poupança fiscal, por diminuição do lucro tributável. Vejamos. Em sede de IRC, a matéria colectável obtém-se ⁹⁸ pela dedução ao lucro tributável, dos prejuízos fiscais ⁹⁹. Portanto, os prejuízos podem ser utilizados como forma de diminuir a matéria colectável. Com a referida norma especial anti-abuso os prejuízos/custos não podem ser deduzidos após os limites no artigo 67.º estipulados.

O facto de as normas especiais anti-abuso visarem o combate da evasão fiscal em áreas muito específicas, fazem com que as mesmas consubstanciem um forte instrumento de luta contra comportamentos evasivos nas áreas a que dizem respeito, uma vez que é tido em conta o imposto em causa, suas normas de incidência e situações de isenção, bem como formas de contornar as referidas normas. Parece-nos um modo de combate dos comportamentos evasivos que respeita o princípio da legalidade, tipicidade e da segurança jurídica, sobressaindo neste aspecto as suas virtualidades relativamente à norma geral anti-abuso.

Porém, o seu carácter fechado aliado às formas de evasão fiscal cada vez mais ardilosas revela dificuldade para dar resposta a outras formas de evasão fiscal por elas não abrangidas. Também GONÇALO AVELÃS NUNES confirma serem estas normas úteis, mas sem deixar de lhes reconhecer importantes limitações:

“1.º têm um âmbito de aplicação muito limitado, já que se esgotam nas situações por elas taxativamente previstas;

2.º são normas que actuam numa perspectiva *a posteriori* face à elisão fiscal já identificada;

⁹⁸ Cfr. artigo 15.º do CIRC.

⁹⁹ Cfr. artigo 52.º do CIRC.

3.º são normas susceptíveis de fuga, por parte do contribuinte, através da construção de soluções que não se incluam na lista taxativa de situações nelas previstas”¹⁰⁰.

Posto isto, justificado fica o recurso a outros expedientes no combate da evasão fiscal, que analisaremos de seguida.

1.3.2 A norma geral anti-abuso

Abordamos já as normas especiais anti-abuso e percebemos que são restritas a comportamentos específicos.

Porém, a evasão fiscal tem contornos cada vez mais ardilosos de modo a contornar as previsões legais, pelo que assim se explica muito genericamente a necessidade de aparecimento da norma geral anti-abuso em sede fiscal. A norma geral anti-abuso surgiu com o desenvolvimento da resposta à questão de saber em que condições é que a Administração poderia pôr em causa um negócio jurídico de determinado contribuinte, em que a causa objectiva não coincide com a causa subjectiva, recorrendo a solução não aguardada pelo sujeito passivo, sendo que numa fase primária, para resolver tal problema, se recorreu ao princípio da prevalência da substância sobre a forma¹⁰¹, e só posteriormente é que foi prevista uma norma geral anti-abuso com a finalidade de evitar que os contribuintes não cumpram as suas obrigações fiscais¹⁰².

O seu surgimento tardio¹⁰³ deriva da oposição de grande parte da doutrina, pois entendia que tal norma geral, dotada de grande abertura, violava o princípio da tipicidade¹⁰⁴. Várias foram as teorias explicativas da referida cláusula geral. MARIA F. TRIGO DE NEGREIROS advogou a teoria do abuso de direito subjectivo, de acordo com a qual a

¹⁰⁰ Cit. Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista *Fiscalidade*, n.º 3, 2000, pp. 46 e 47.

¹⁰¹ Tal como entende Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011, p. 301.

¹⁰² Cfr. J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, pp. 165 a 168.

¹⁰³ A norma geral anti-abuso apenas apareceu em 2000.

¹⁰⁴ Cfr. J. L. Saldanha Sanches, *Normas Antiabuso, Jurisprudência Comunitária e Direito Português: As Provisões no Balanço Fiscal, Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Lisboa, 2003 p. 321.

liberdade contratual é um direito subjectivo ao qual os contribuintes podem recorrer para alcançar os seus objectivos, sem deixar tal direito, no entanto, de estar sujeito a restrições, nomeadamente quando se verificam tentativas de frustrar as obrigações fiscais, dando lugar à aplicação do artigo 334.º do Código Civil. Já a teoria da fraude à lei foi abordada, com certas especificidades, por SALDANHA SANCHES, MANUEL PIRES e PAMPLONA CÔRTE-REAL, traduzindo-se no transporte daquela figura, *mutatis mutandis*, para o domínio tributário, considerando-se que a norma geral anti-abuso visa os mesmos fins da figura da fraude à lei – evitar o contorno da lei – mas relativos à Lei Fiscal. Por fim, a doutrina do abuso de formas ou configurações jurídicas, de origem alemã, que se caracteriza pelo combate do abuso das estipulações legalmente permitidas, que, tal como a teoria da fraude à lei, tem consagração expressa no artigo 38.º da LGT ¹⁰⁵.

A norma geral anti-abuso concede à Administração Tributária uma margem de apreciação que parte da doutrina considera colidir com o princípio da tipicidade e com a possibilidade de planeamento fiscal, pelo que mesmo na actualidade a norma geral anti-abuso é criticada, a doutrina diverge quanto à sua admissibilidade e os Tribunais poucas vezes a aplicaram. A sua admissibilidade é, de facto controversa. SALDANHA SANCHES admite virtudes na sua previsão, sem esquecer as necessárias cautelas, enquanto DIOGO LEITE DE CAMPOS e GONÇALO AVELÃS NUNES põem a mesma em causa ¹⁰⁶. Entendemos que a previsão de uma norma geral anti-abuso tem o mérito de combater a evasão fiscal, que cada vez assume maiores proporções, mas que apenas deve ser aplicada quando reunidos, inequivocamente, os respectivos pressupostos e sem recurso a expedientes que permitam alargar ainda mais o campo de aplicação ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A respeito destas teorias Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário - Contributos para a sua Compreensão*, Almedina, 2004, pp. 123 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. Jónatas Machado / Paulo Nogueira da Costa, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 350; Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, *Revista Fiscalidade*, n.º 3, 2000, p. 39 e ss; J. L. Saldanha Sanches, *As Duas Constituições – Nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-Abuso*, disponível em: <http://www.saldanhasanches.pt/As-duas-Constituicoes.pdf> (consultado a 08-05-2014).

¹⁰⁷ Concordando com as cautelas a ter no âmbito de aplicação da norma geral anti-abuso está Filipe João Saraiva Fernandes, *A decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Universidade do Minho, disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21360/3/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20A%20decis%C3%A3o%20fiscal%20planificadora2.pdf> (consulta efectuada a 09-05-2014).

Afigura-se pertinente traçar a distinção entre as situações em que há lugar à aplicação da norma geral anti-abuso de casos em que se verificam vícios na formação da vontade ou divergências entre a vontade e a declaração. Ora, na primeira situação, em que o contribuinte utiliza um meio fraudulento para afastar, reduzir, diferir a obrigação tributária ou alcançar um benefício fiscal que de outro modo não atingiria, em que não se exigindo que este fim seja exclusivo, bastando que seja principal, o negócio jurídico é válido, os seus efeitos civilísticos não são atingidos, havendo como consequência a ineficácia no domínio tributário. Já quando se verifica um vício na formação da vontade, a formação da vontade do contraente é viciada, não é uma vontade livre e esclarecida pois há uma situação de erro, ou coacção, entre outras ¹⁰⁸. Facilmente se conclui que não é isto que está em causa no artigo 38.º n.º 2 da LGT. Relativamente às divergências entre a vontade e a declaração, o contraente visa realizar uma certa acção mas a manifestação de vontade tem um sentido diferente, são situações, que na vertente intencional, se traduzem em reserva mental, simulação ou declarações não sérias ¹⁰⁹. No artigo 39.º da LGT aborda-se a questão da simulação de negócios jurídicos, que, como se viu, difere completamente da situação em causa no artigo 38.º n.º 2. Também o artigo 10.º da LGT tem um âmbito de aplicação diferente, pois nele o legislador previu a tributação de actos ou negócios jurídicos inválidos civilisticamente, situação diferente da do artigo 38.º, em que, como já referido, os actos jurídicos são civilisticamente válidos.

É imprescindível abordar quais os pressupostos de aplicação da norma geral anti-abuso. Em primeiro lugar, há que referir o elemento meio, ou seja, o meio escolhido pelo contribuinte para alcançar a vantagem fiscal, que se vai consubstanciar num certo acto ou negócio jurídico, sendo que podem estar em causa actos isolados ou em conjunto. De seguida, tem que ser referido o elemento resultado, que consiste na busca da vantagem fiscal, enquanto fim da actividade do contribuinte. Em terceiro lugar, o elemento intelectual, relativo à motivação fiscal do contribuinte, por outras palavras, está em causa se os actos ou negócios jurídicos levados a cabo pelo contribuinte são essencial ou principalmente dirigidos ao alcance da vantagem fiscal. Por último, o elemento normativo, que consiste na reprovação jurídica da vantagem obtida. Há ainda que destacar que, para além dos quatro requisitos, do artigo 38.º n.º 2 da LGT deriva um elemento sancionatório,

¹⁰⁸ Cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005, pp. 498 e ss.

¹⁰⁹ Cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005, pp. 457 e ss.

enquanto estatuição, de onde resulta a consequência dos comportamentos elisivos: a ineficácia dos actos ou negócios jurídicos em causa. Esta é a posição de GUSTAVO LOPES COURINHA ¹¹⁰ e que nos parece uma correcta delimitação dos pressupostos.

Já DIOGO LEITE DE CAMPOS e JOÃO COSTA ANDRADE ¹¹¹ fazem uma delimitação diferente desses pressupostos, de acordo com uma interpretação mais literal do artigo 38.º n.º 2 da LGT, considerando que são quatro os requisitos a verificar: em primeiro lugar, actos ou negócios jurídicos; seguidamente, essencial ou principalmente dirigidos à redução ou supressão da carga fiscal devida na sequência de actos ou negócios jurídicos de semelhante fim económico; em terceiro lugar, a utilização de meios artificiosos ou fraudulentos; por último, a existência de abuso de formas jurídicas. SALDANHA SANCHES ¹¹² afirma como pressupostos de aplicação da norma geral anti-abuso o carácter fraudulento e artificioso do negócio jurídico, a fraude à lei (nas suas duas manifestações), a necessidade de averiguação da intenção de tributar como condição de previsibilidade da aplicação da cláusula geral, destacando ainda os requisitos da fundamentação da decisão administrativa. Para PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO há dois requisitos materiais de aplicação, a utilização de um negócio jurídico artificioso ou com abuso de forma jurídica e o fim único ou determinante de desviar a tributação devida, sendo que os negócios que não passem o teste da “substância” são qualificados como ineficazes ¹¹³.

A criação da norma geral anti-abuso permite dar cobertura a situações que não seriam abrangidas pelas normas especiais anti-abuso, que têm um âmbito de aplicação muito restrito, funcionando como “uma espécie de filtro” ¹¹⁴, só se aplicando a primeira quando não haja nenhuma norma especial.

¹¹⁰ Nos pressupostos relativos ao artigo 38.º n.º 2 da LGT o Tribunal seguiu a delimitação de Gustavo Lopes Courinha, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário - Contributos para a sua Compreensão*, Almedina, 2004, pp. 165 e ss.

¹¹¹ Cfr. *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008, p. 70.

¹¹² Cfr. *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, pp. 169 e ss.

¹¹³ Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011, p. 302.

¹¹⁴ Cit. Francisco Vaz Antunes, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, Verbo Jurídico, 2005, p. 13.

As normas anti-abuso levaram à desnecessidade de recurso aos institutos civilísticos da fraude à lei e do abuso de direito ¹¹⁵, o que é positivo pois tais institutos não se adequavam verdadeiramente aos contornos do direito tributário e do combate da evasão fiscal.

O carácter aberto da norma geral anti-abuso colide com o princípio da segurança jurídica e da tipicidade, mas há vantagens na sua previsão, no sentido de que é meio de protecção e combate de comportamentos evasivos, que muitas vezes não cabem no âmbito das cláusulas específicas, pelo que harmonizando ambas as exigências deve haver lugar à aplicação do artigo 38.º n.º 2, preenchidos que estejam os seus pressupostos. A estipulação de pressupostos pode levar a afirmar que é reduzida a imprevisibilidade de aplicação da norma, dado que a Administração Tributária não fica dotada de uma ampla margem de livre apreciação.

Entendemos, sem prejuízo do exposto, que a previsão de uma norma geral anti-abuso tem um grande mérito tendo em conta que os comportamentos elisivos têm contornos cada vez mais rebuscados, tendo a Administração Tributária que deter instrumentos para o seu combate.

No ordenamento jurídico Espanhol, para além de normas específicas anti-abuso, está prevista no artigo 15.º da *Ley General Tributaria* ¹¹⁶ a norma geral anti-abuso, sob a epígrafe de “*conflicto en la aplicación de la norma tributaria*”, dispondo o artigo que “*se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se mirene la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los concurran las siguientes circunstancias:*

- a) *Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o improprios para la consecución del resultado obtenido.*
- b) *Que, de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.”*

¹¹⁵ Cfr. António Carlos dos Santos, *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, in *Fiscalidade*, Abril-Junho 2008, p. 84.

¹¹⁶ Esta norma veio substituir o já referido artigo 24.º da *Ley General Tributaria*, como resultado de um Anteprojecto da Lei Geral Tributária Espanhola, de Fevereiro de 2003, que culminou no artigo 15.º da *Ley 58/2003*.

Ora, também no país vizinho se faz sentir a necessidade de consagrar instrumentos de combate da evasão fiscal, considerando-se que “*el fraude a la ley tributaria constituye una de las principales preocupaciones en los Estados de nuestro entorno en materia tributaria*”¹¹⁷. A norma anti-abuso espanhola é composta, segundo VIOLETA RUIZ ALMENDRAL, por três elementos: por um lado, tem que se verificar a existência de uma vantagem tributária; por outro lado, tem que se verificar a utilização de uma forma abusiva/incorrecta tendo em conta o fim visado; por fim, há ausência de motivos que o justifiquem¹¹⁸. A consequência de aplicação da norma geral prevista no artigo 15.º é a faculdade de declaração de nulidade dos negócios celebrados e a consequente exigibilidade do tributo devido, reposta que está a situação de legalidade¹¹⁹.

Em Itália, a questão da existência de uma norma geral anti-abuso é controversa. Há uma norma de carácter geral¹²⁰, o artigo n.º 37 bis del D.P.R n.º 600/73, que dispõe o seguinte:

“37-bis. Disposizioni antielusive.

1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.”

Apesar do carácter aberto da norma e da sua eficácia enquanto instrumento de combate contra a evasão fiscal, a norma não se aplica a todas as situações fiscalmente evasivas, mas apenas quando preenchido o preceito mencionado, esteja ainda preenchido também o n.º 3, que dispõe:

“Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni:

¹¹⁷ Cit. Violeta Ruiz Almendral, *El fraude a la ley tributaria a examen: Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Editorial Aranzadi, 2006, p. 79.

¹¹⁸ Tal como indica a autora referida na nota anterior.

¹¹⁹ Cfr. Ignacio Calatayud Prats, *Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*, artigo disponível em: http://www.gobiernodecanarias.org/tributos/portal/recursos/pdf/revista/Revista10/RevistaHC_10_2.pdf (consultado em 15-11-2014), onde se aborda também a problemática de aplicação de sanções como consequência de aplicação da referida norma.

¹²⁰ Ou semi-geral, como refere Alessandro Giannelli, *La clausola antielusive generale in materia tributaria: modelli a confronto e prospettive di convergenza*, 2014, p. 115, disponível em: <http://eprints.luiss.it/1289/1/20140217-giannelli.pdf> (consultado em 18-11-2014).

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;
- b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;
- c) cessioni di crediti;
- d) cessioni di eccedenze d'imposta;
- e) operazioni di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544 , recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.”

Dispõe ainda o n.º 8 que “*Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione. Con decreto del Ministro delle finanze da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988 n. 400, sono disciplinate le modalità per l'applicazione del presente comma.*”. Visa-se, desta forma, evitar penalizações indevidas em nome da luta contra a evasão fiscal ¹²¹.

A respeito do preceito em análise, há que referir que dadas as limitações de aplicação a que aludimos ¹²², não é uma verdadeira norma geral anti-abuso. Não existe, assim, no ordenamento jurídico italiano uma verdadeira norma geral anti-abuso, facto que

¹²¹ Acerca da norma geral anti-abuso em Itália Annamaria Palmieri, *Elusione e frode fiscale*, 2009, disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=44949> (consultado em 17-11-2014); César Garcia Novoa, *La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, pp. 260 e 261.

¹²² Uma vez que “*Le operazioni a cui la norma si riferisce riguardano perlopiù le cosiddette operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, conferimenti d'azienda, etc.) e sono racchiuse in un elenco a valenza tassativa rispetto ai casi in cui poter dedurre l'applicazione dell'art. 37-bis.*”, Cit. Alessandro Giannelli, *La clausola antielusiva generale in materia tributaria: modelli a confronto e prospettive di convergenza*, 2014, p. 125, disponível em: <http://eprints.luiss.it/1289/1/20140217-giannelli.pdf> (consultado em 18-11-2014).

divide a doutrina. FRANCO GALLO considera que deveria ser prevista uma norma geral de combate à evasão fiscal, dado que a sua ausência representa uma indefesa do Estado, propugnando a aplicação no âmbito tributário do instituto civil da fraude à lei ¹²³. Já UCKMAR assume uma posição contrária, defendendo outras formas de luta contra a evasão fiscal, dada a arbitrariedade que uma norma geral pode conceder ¹²⁴. Tendo em conta estas divergências e críticas, a necessidade de reforma deste modelo de norma geral tem preocupado o legislador. Tal como indica ALESSANDRO GIANNELLI “*Alla luce delle considerazioni svolte appare, quindi, auspicabile che il Legislatore, in occasione di un sempre più necessario intervento di riforma per risolvere i rapporti tra il principio dell’abuso del diritto e l’art. 37-bis, provveda anche ad una revisione delle disposizioni di natura procedimentale ad oggi previste dall’art. 37-bis al fine di risolvere le criticità appena segnalate e scongiurare, pertanto, l’ipotesi di un tendenziale depotenziamento da parte della giurisprudenza delle tutela offerta al contribuente nei confronti degli accertamenti antielusivi*” ¹²⁵.

Convém tecer algumas considerações acerca da doutrina da *business purpose*, típica dos países da *Common Law* mas que as Administrações Fiscais de outros países, como a Espanha, vão progressivamente lançando mão ¹²⁶. Ora, no conhecido caso *Helvering v. Gregory* o tribunal “*negó efectividad a una reorganización empresarial con el argumento de que carecía de un objetivo comercial propio, siendo su única finalidad la de evitar el pago del impuesto. Esta doctrina tiene varias consecuencias; en primer lugar, la recalificación de las operaciones se lleva a cabo, no sólo porque carezcan de un fin comercial autónomo o business purpose, como podría parecer a primera vista, sino, y esto es lo relevante, porque son artificiosas, inadecuadas al fin económico perseguido salvo por el resultado del ahorro tributario.*” ¹²⁷.

¹²³ Cfr. César García Novoa, *La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, pp. 260 e 261 bem como F. Gallo, *Elusione senza rischio: il Fisco indefeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano*, Diritto e Pratica Tributaria, 1991, p. 259.

¹²⁴ César García Novoa, *La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, pp. 261 e V. Uckmar, *Tax Avoidance and Tax Evasion General Report*, Chaiers de droit fiscal international, Vol. LXVIIIa, 1983, pp. 189 e ss.

¹²⁵ Cit. Alessandro Giannelli, *La clausola antielusiva generale in materia tributaria: modelli a confronto e prospettive di convergenza*, 2014, p. 134, disponível em: <http://eprints.luiss.it/1289/1/20140217-giannelli.pdf> (consultado em 18-11-2014).

¹²⁶ Prova da crescente internacionalização do Direito.

¹²⁷ Cit. Violeta Ruiz Almendral, *El fraude a la ley tributaria a examen: Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Editorial Aranzadi, 2006, p. 87.

Como fica claro, esta doutrina é uma manifestação das teorias da prevalência da substância sobre a forma, com intuito de combater os comportamentos evasivos, sendo que o teste resultante de tal doutrina só deve ser levado à prática quando o ordenamento jurídico consagra tal hipótese, de modo a não haver confronto dificilmente suprável com os princípios da segurança jurídica e da legalidade.

1.3.3 Outros instrumentos – o controlo *a priori*

Tal como já foi dito, são variados os modos de reacção aos comportamentos evasivos dos contribuintes. Distinguimos entre formas de reacção *a priori* e *a posteriori*.

Referimos *supra*, de forma breve, que no seio das reacções *a posteriori*, se pode apontar a utilização de métodos indirectos e indiciários, a requalificação de negócios jurídicos ¹²⁸, interpretação extensiva de normas fiscais ¹²⁹, as presunções legais ¹³⁰ de rendimentos bem como a desconsideração da personalidade jurídica em sede de incidência pessoal dos impostos ¹³¹.

Porém, iremos agora abordar, com maior cuidado, o modo de combate *a priori* dos comportamentos evasivos.

As crescentes preocupações de combate à evasão fiscal foram alvo de atenção na Conferência de *Seul* e levaram à aprovação, entre nós ¹³², de um diploma legal que consagra a obrigação de declaração e controlo por parte da Administração Tributária de certas formas de planeamento, de modo a aferir a sua admissibilidade. Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, que surgiu no decurso de uma autorização legislativa ao abrigo da Lei do Orçamento do Estado para 2007, sendo notório o prosseguimento da finalidade de preventivamente combater os comportamentos evasivos,

¹²⁸ Ver artigo 36.º n.º 4 da LGT.

¹²⁹ Consultar artigo 11.º da LGT.

¹³⁰ As presunções e ficções legais são também um meio de combate à evasão fiscal em Espanha, como analisam Joan-Francesc Pont Clemente, *La simulación en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2006, p. 51 e ss, e César Garcia Novoa, *La Cláusula Antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004, p. 187 e ss.

¹³¹ Acerca destas formas de combate da evasão fiscal cfr. Gonçalo Nuno Avelãs Nunes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, *Revista Fiscalidade*, n.º 3, 2000, pp. 45 e 46.

¹³² Diferentemente ao que aconteceu na França e na Alemanha.

através da consagração de deveres de comunicação, esclarecimento e informação à Administração Tributária acerca dos esquemas de operações que tenham como fim obter vantagens fiscais ¹³³.

Definido que ficou o objecto do Decreto-Lei n.º 29/2008, há que abordar o seu âmbito de aplicação. Dispõe o artigo 2.º que “O presente decreto-lei aplica-se aos esquemas ou actuações de planeamento fiscal em que estejam implícitas vantagens fiscais respeitantes, por qualquer modo, total ou parcialmente, aos impostos sobre o rendimento, sobre a despesa e sobre o património administrados pela Direcção-Geral dos Impostos”.

De forma a deixar delimitado este âmbito de aplicação, dado o recurso a conceitos indeterminados, no artigo 3.º do Decreto-Lei, são fornecidas as definições de planeamento fiscal, esquemas, actuações e de vantagem fiscal. Para efeitos de aplicação do mencionado diploma legal, o planeamento fiscal é um “esquema ou actuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo do imposto”.

Porém, o artigo 4.º vem limitar mais um pouco o campo de aplicação, ao estabelecer, numa enumeração taxativa, que os esquemas e actuações estão sujeitos ao regime legal estabelecido neste diploma quando se reconduzem a uma das seguintes situações:

- “a) Impliquem a participação de entidade sujeita a um regime fiscal privilegiado, considerando-se como tal a entidade cujo território de residência conste da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças ou quando aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRS ou ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60 % do imposto que seria devido se a referida entidade fosse considerada residente em território português;
- b) Impliquem a participação de entidade total ou parcialmente isenta;
- c) Envolvam operações financeiras ou sobre seguros que sejam susceptíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário,

¹³³ A este respeito António Carlos dos Santos, *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, in *Fiscalidade*, Abril-Junho 2008, pp. 85 e 86 e o preâmbulo bem como o artigo 1.º do designado Decreto-Lei do “planeamento fiscal abusivo”.

designadamente locação financeira, instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros;

d) Impliquem a utilização de prejuízos fiscais.”

Relativamente ao âmbito subjectivo de aplicação, há que referir que, nos termos do artigo 5.º, são promotores as entidades com ou sem personalidade jurídica, residentes ou estabelecidas em qualquer circunscrição do território nacional, que, no exercício das suas actividades económicas, prestem, a qualquer título, com ou sem remuneração, serviços de apoio, assessoria, aconselhamento, consultoria ou análogos no domínio tributário, relativos à determinação da situação tributária ou ao cumprimento de obrigações tributárias de clientes ou de terceiros. O n.º 2 do mesmo artigo elucida-nos ainda com uma enumeração exemplificativa de promotores, entre os quais: as instituições de crédito e demais instituições financeiras, os revisores oficiais de contas e as sociedades de revisores oficiais de contas, os advogados, as sociedades de advogados, os solicitadores e as sociedades de solicitadores, e ainda os técnicos oficiais de contas e outras entidades que prestem serviços de contabilidade.

No artigo 6.º é feita uma delimitação negativa das entidades que não são consideradas promotoras.

Quantos aos deveres estabelecidos, dispõe o artigo 7.º que as entidades promotoras devem efectuar uma comunicação, ao Director-Geral dos Impostos, acerca dos esquemas e actuações de planeamento propostos a clientes ou interessados, no prazo de 20 dias ao termo do mês em que estes se verifiquem. As informações a comunicar são as mencionadas do artigo 8.º. O artigo 9.º estipula ainda que o Director-Geral dos Impostos pode solicitar aos promotores, apenas relativamente às informação referidas na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º, os esclarecimentos sobre quaisquer aspectos ou elementos da descrição efectuada do esquema ou da actuação de planeamento fiscal, bem como a indicação do número de vezes em que foi proposto ou adoptado e do número de clientes abrangidos, sendo que tais esclarecimentos terão que ser prestados no prazo de 30 dias.

Mas não são apenas os promotores que ocupam a esfera subjectiva de aplicação do diploma, dado que no artigo 10.º se dispõe que quando o esquema ou actuação de planeamento fiscal não tenha sido objecto de proposta ou acompanhamento por um

promotor, ou o promotor não seja residente ou não esteja estabelecido em território português, compete ao próprio utilizador proceder à sua comunicação. Tal solução permite contornar eventuais dificuldades de aplicação resultantes da não residência dos promotores.

Depois de recebidas as comunicações mencionadas, de acordo com os artigos 13.º a 15.º, a Administração Tributária tem que formular soluções legislativas e regulamentares, organizar uma base de dados, divulgar publicamente os esquemas e actuações abusivos e dar lugar à aplicação da norma geral anti-abuso.

Como dimensão sancionatória há que referir que a falta de cumprimento destes deveres constitui um ilícito de mera ordenação social, sendo punível com a aplicação de coima ¹³⁴.

O mérito do diploma em apreço é perceptível, ao visar combater preventivamente os esquemas e actuações evasivos, aumentando a transparência destas operações, um incremento da colaboração entre a Administração Tributária, os contribuintes e agentes tributários, e uma publicitação das mesmas no sentido de alertar promotores e utilizadores de comportamentos que já consubstanciam evasão fiscal e como tal não podem ser praticados.

Porém, o Decreto-Lei n.º 29/2008 deixa margem a críticas. Logo, a nosso ver, no que toca ao uso da expressão “planeamento fiscal abusivo”. Tal como já referimos *supra*, esta é uma designação que nos parece de evitar pois não permite uma fácil distinção entre aquilo que é admissível – o planeamento fiscal – e o que é inadmissível – e evasão fiscal. Visando o diploma legal o combate da evasão e o aumento da transparência, deveria ele próprio partir de uma distinção esclarecedora entre estas realidades.

Podem ainda apontar-se outras preocupações. Em primeiro lugar, a configuração do esquema/actuação tendente à criação de vantagens fiscais, no sentido de que não é fácil perceber quando é que um esquema ou actuação têm um objectivo predominantemente fiscal. Em segundo lugar, a situação dos esquemas ou actuações que impliquem a participação de entidade parcialmente neutra, como é exemplo uma instituição financeira que tem uma sucursal financeira exterior na Zona Franca da Madeira, pelo que se verifica

¹³⁴ De acordo com o artigo 17.º.

que parte da actividade é isenta, mas devendo ser reflectido se não deveria haver um dever de comunicação. Em terceiro lugar estão as situações em que há dispensa de dever de comunicação, como é o caso dos advogados em relação aos clientes, fruto do dever de sigilo profissional, que deixa na mão do utilizador a comunicação dos esquemas ¹³⁵. Além deste problema da confidencialidade, há ainda a questão da introdução de cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade, em benefício do promotor, dado que actuações acompanhadas destas cláusulas ficam sob suspeita imediata da Administração Tributária, o que leva a críticas por parte das consultoras dado que muitas vezes trabalham com base em tais cláusulas, sem querer com isso praticar actos de evasão fiscal e limitar a sua responsabilidade, mas ficando automaticamente sob essa suspeita, quando apenas aplicam as práticas do seu modelo de negócio ¹³⁶. Por fim, pode ainda apontar-se a possível lesão do princípio da proporcionalidade, dado que as obrigações impostas apenas deveriam ser decretadas nestes termos, se se verificasse impossibilidade de alcançar o mesmo fim através de outros meios, que não confrontassem o princípio da autonomia da vontade, o qual tem consagração no Código Civil, e para JOAQUIM FREITAS DA ROCHA ¹³⁷ tem ainda relevância constitucional.

1.3.4 Decisões Jurisprudenciais no âmbito do combate à evasão fiscal

1.3.4.1 Considerações gerais

De seguida, há que fazer uma abordagem de algumas decisões que os tribunais têm proferido acerca da evasão fiscal. Para tal, começaremos por analisar alguma jurisprudência nacional, relativa à aplicação de meios de combate da evasão fiscal,

¹³⁵ Estas três críticas foram algumas das identificadas por António Beja Neves / Carlos Loureiro, *Planeamento abusivo*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano I, n.º 2, 2008, entre outras que apontaram, e com as quais concordamos.

¹³⁶ A respeito do dever de confidencialidade e das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade cfr. António Fernandes de Oliveira, *A legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e o Conflito de Interesses*, Coimbra Editora, 2009, pp. 184 a 186, onde constam ainda outras críticas.

¹³⁷ Considerações tecidas por Joaquim Freitas da Rocha, nas aulas de planeamento fiscal leccionadas no âmbito do Mestrado em Direito Tributário e Fiscal, na Universidade do Minho. Chamando a atenção também para esta crítica está o Working Paper de Carlos Cunha de Sousa, *O planeamento fiscal abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo*, Junho de 2012, disponível na plataforma TributariUM (consulta efectuada a 24/10/2014).

nomeadamente as normas anti-abuso. Seguidamente, afigura-se pertinente destacar algumas decisões judiciais a nível comunitário ¹³⁸.

1.3.4.2 Jurisprudência nacional

Para começar, analisemos o Acórdão relativo ao processo n.º 04255/10, do Tribunal Central Administrativo do Sul, que se traduz num recurso que versa sobre a sentença do Tribunal Tributário de Lisboa, que julgou improcedente a acção administrativa especial proposta nos termos do artigo 63.º n.º 10 do CPPT, tendo por objecto o despacho que autorizou a aplicação da norma geral anti-abuso para levar a cabo a determinação da matéria colectável em sede de IRC, relativamente aos anos de 2000, 2001 e 2002.

O Acórdão divide em quatro as questões a dar resposta: em primeiro lugar, a caducidade do direito a instaurar o procedimento relativo à norma geral anti-abuso previsto no artigo 63.º do CPPT (que actualmente de encontra revogado), que se traduz em correcções à matéria tributável; de seguida, o não preenchimento dos pressupostos de aplicação da referida norma geral, que estão previstos no artigo 38.º n.º 2 da LGT; em terceiro lugar, a questão da interpretação desta norma de acordo com a Lei Fundamental e, por fim, a violação do dever de boa-fé na fundamentação da Administração, no seu relatório e no despacho que é objecto da acção administrativa especial.

Há que referir relativamente à suscitada questão da caducidade, que a Recorrente alega não ser admissível a aplicação do artigo 38.º n.º 2 da LGT, relativo à norma geral anti-abuso, pois o prazo de caducidade para tal efeito é o previsto no artigo 63.º n.º 3 do CPPT ¹³⁹, ou seja, de três anos. A *vexata quaestio* que se levanta quanto a este assunto é relativa à data em que se inicia a contagem do prazo, sendo que a Recorrente invoca que esta se inicia aquando da celebração dos contratos de mútuo, ou seja, de 1995 a 1997,

¹³⁸ Serão analisados dois casos relativos a jurisprudência nacional e dois relativos a decisões comunitárias. No entanto, a análise da jurisprudência nacional será alvo de maior desenvolvimento e pormenor, por serem decisões dos tribunais com que temos maior proximidade e com os quais estamos mais familiarizados.

¹³⁹ Há que mencionar que actualmente esta questão do prazo de caducidade não se poria nos mesmos termos, uma vez que o n.º 3 do artigo 63.º do CPPT, com a redacção dada pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Setembro, que entrou em vigor em 2012, deixa de referir o prazo de caducidade do procedimento, dispondo agora este n.º 3 acerca dos deveres de fundamentação do projecto e da decisão de aplicação no procedimento anti-abuso. Neste sentido, com a revogação do prazo de três anos, passa a valer o prazo geral de caducidade do direito à liquidação previsto no artigo 45.º da LGT, que é de quatro anos.

enquanto a Administração Tributária entende que o prazo começa a contar apenas com a recepção dos acréscimos patrimoniais como dividendos dedutíveis, o que apenas aconteceu nos anos de 2000, 2001 e 2002. A Recorrente alega que a lei é clara na disposição acerca do prazo de três anos contados desde a celebração do negócio jurídico, pelo que nos anos de 2000, 2001 e 2002 se verificou caducidade para instauração de procedimento anti-abuso. Invoca o argumento da segurança jurídica, já que os contribuintes não podem ficar *ad infinitum* à espera da reacção da Administração Tributária acerca dos seus actos. Argui ainda que querer ir para lá destes limites constitui uma violação do princípio da legalidade tributária. A Administração Tributária nas contra-alegações frisou a posição que já tinha tomado anteriormente, no âmbito da acção no Tribunal Tributário de 1ª instância. Foi invocada a designada *step transaction doctrine*, de acordo com a qual havendo uma sucessão de actos ou negócios jurídicos que se encontram relacionados entre si e têm o objectivo comum de alcançar uma vantagem fiscal, tais actos ou negócios jurídicos são alvo de um tratamento unitário, considerando-se que há apenas um acto global que incorpora todos os isolados, contando-se o prazo apenas desde este acto global. O Tribunal considera que na situação concreta se está perante um conjunto complexo de actos que formam uma unidade, dando lugar à aplicação da *step transaction doctrine*, como tal, dá razão à Administração Tributária e considera que não se verificou a caducidade do procedimento, visto que o prazo só começou a contar desde a recepção dos acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis, ou seja, nos anos de 2000, 2001 e 2002, improcedendo então a alegada caducidade.

A referida doutrina, de base anglo-saxónica, foi acolhida no Acórdão em análise sem reservas, o que representou uma novidade no âmbito da jurisprudência portuguesa ¹⁴⁰. Porém, esta teoria carece de um maior desenvolvimento pela doutrina portuguesa e, quiçá, de uma consagração legal no sentido de uma maior elasticidade no que toca ao prazo do procedimento anti-abuso ¹⁴¹, sob pena de violação de princípios estruturantes do Estado de Direito, como o são os princípios da segurança jurídica e da protecção de confiança ¹⁴². Tal como ensina GOMES CANOTILHO, a segurança é imprescindível para planificar

¹⁴⁰ Também no processo n.º 05104/11, cujo Acórdão data de 14 de Fevereiro de 2012, se adopta a *step transaction doctrine*.

¹⁴¹ De notar, porém, que o artigo 63.º do CPPT já não estabelece o prazo do procedimento anti-abuso, valendo o prazo geral, como veremos *infra*.

¹⁴² Princípios resultantes do artigo 2.º da Lei Fundamental.

idoneamente a vida, distinguindo-se a segurança da protecção da confiança jurídica, uma vez que a primeira se relaciona com elementos objectivos da ordem jurídica, enquanto a protecção da confiança está mais conexas com a vertente subjectiva da segurança, pelo que a segurança jurídica é uma categoria mais ampla, que *lato sensu* abrange a protecção da confiança ¹⁴³. No domínio fiscal há uma tensão dialéctica entre a categoria da segurança jurídica e a da eficiência funcional do sistema fiscal, sendo que esta última possibilita uma certa liberdade de apreciação à Administração Tributária. Contribui para a estabilidade jurídica o estabelecimento de prazos de caducidade do direito à liquidação, tendo que haver uma harmonização entre ambas as categorias, tal como indica NUNO SÁ GOMES ¹⁴⁴.

Ora, parece-nos que na interpretação do artigo 63.º n.º 3 do CPPT (na sua anterior redacção), na medida em que é uma norma directamente ligada à garantia da segurança jurídica, deve dar-se prioridade ao valor da segurança jurídica e protecção da confiança que resulta do estabelecimento do prazo que começa a sua contagem, tal como indica expressamente a norma, desde a prática dos actos em causa, sendo reprovável a invocação de uma doutrina não sedimentada no ordenamento jurídico português. Há que ter em conta que o artigo referido dispõe expressamente que o prazo de três anos se conta a partir do início do ano civil seguinte ao da prática dos actos ou negócios jurídicos em causa, pelo que tal facto cria uma expectativa nos contribuintes: que após aquele prazo se verifica caducidade do direito a instaurar o respectivo procedimento. A lei cria uma situação jurídica nutrida de estabilidade, o que não pode ser ignorado. A doutrina nem sequer faz um necessário desenvolvimento da mencionada *step transaction doctrine*, contrariamente ao que acontece nos EUA e no Reino Unido, onde há discussão doutrinal em torno das doutrinas anti-abuso, da qual resultam as várias perspectivas que estipulam diferentes pressupostos de aplicação da aqui mencionada *step transaction doctrine*: a doutrina *pervasively applied*, que se divide na *binding commitment*, na *interdependence* e na *end result* ¹⁴⁵ / ¹⁴⁶. Ora, o desenvolvimento e aplicação desta doutrina tem lugar nos países de

¹⁴³ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003.

¹⁴⁴ Nuno Sá Gomes, *Estudos sobre a Segurança jurídica na Tributação e as Garantias dos Contribuintes*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa, 1993, pp. 22 e 190.

¹⁴⁵ Nos EUA aplica-se o critério mais exigente, o *binding commitment test* nas situações em que é o contribuinte a requerer a aplicação da doutrina, deixando os critérios mais exigente para as situações em que é a Administração Tributária a invocá-la, enquanto no Reino Unido não há a sua aplicação a requerimento dos contribuintes, o que parece criticável. No Reino Unido não se exige uma pré-ordenação de transacções.

Common Law, que têm contornos bastante diferentes dos que marcam o ordenamento jurídico português, havendo que ter em conta que a nossa doutrina não densificou a *step transaction doctrine*, não se afigurando clara a possibilidade de a aplicar sem base legal ou doutrinal. Consideramos que assiste razão à Recorrente ao invocar que na doutrina citada pelo Tribunal *a quo* não se acolhe um fundamento para aplicação da referida teoria. Apesar de estar em causa um importante valor, o combate à evasão fiscal e consequentemente uma maior eficácia na cobrança das receitas fiscais, parece-nos que a protecção da segurança jurídica deveria prevalecer, pelo que deveria ter sido reconhecida a caducidade do procedimento da Administração Tributária.

No que respeito diz à verificação dos pressupostos previstos no artigo 38.º n.º 2 da LGT, que permitem a aplicação da norma geral anti-abuso, o Tribunal entendeu que os vários pressupostos plasmados no artigo estavam preenchidos.

A terceira questão suscitada, era relativa à interpretação do artigo 38.º n.º 2 da LGT, no sentido de perceber se foi feita de acordo com a Lei Fundamental, sob pena de inconstitucionalidade, tendo em conta o disposto no artigo 103.º da CRP. A este respeito a Recorrente invocou a liberdade de gestão empresarial, enquanto direito absoluto. No entanto, o Tribunal entendeu que tal entendimento não é aceitável, pondo a questão no quadro do conflito de direitos, nos termos do artigo 18.º da CRP. De um lado está o invocado direito de gestão empresarial, de facto as empresas são livres no exercício das suas actividades, na disposição do seu património, na obtenção de lucro, permitindo-se o planeamento fiscal, mas com este direito se confronta a subsistência do sistema fiscal, e consequentemente a satisfação das necessidades colectivas. As pessoas singulares e colectivas são livres, mas liberdade não é libertinagem, há certos limites, os quais devem ser bem definidos; de facto, as empresas têm liberdade de gestão fiscal e a Administração Fiscal não pode limitar essa liberdade, sem prejuízo de verificar se os actos praticados tiveram ligação com a actividade social e se foram prosseguidos fins diferentes. O Tribunal considerou que, *in casu*, a interpretação dada pela Administração Tributária ao artigo 38.º n.º 2 da LGT foi conforme com a Lei Fundamental.

¹⁴⁶ Cfr. António Fernandes de Oliveira, *A Legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e os Conflitos de Interesse*, Coimbra Editora, 2010, pp. 104 a 108.

Este Acórdão ao decidir que a factualidade expressa nos autos configura um caso indubitável de evasão fiscal, considerando que estão preenchidos todos os pressupostos relativos à aplicação da norma geral anti-abuso, representou um progresso no combate aos actos e negócios jurídicos evasivos praticados pelos contribuintes. Neste sentido, será expectável que, se a jurisprudência atribuir este tratamento a casos que cabem no âmbito de norma geral anti-abuso, haja uma conseqüente consciencialização dos contribuintes para as fronteiras do que é planeamento fiscal, que é recomendável, e do que já consubstancia evasão fiscal. O mérito do Acórdão é, tendo com conta estas considerações, indubitável. Sem esquecer, no entanto, que peca por excesso, a nosso ver, relativamente à decisão dada à questão da caducidade do procedimento anti-abuso ¹⁴⁷.

Passemos a analisar um Acórdão em que se discute a aplicação de uma norma especial anti-abuso, relativa aos preços de transferência. O Tribunal Central Administrativo do Sul, no processo n.º 0573/07, negou provimento ao recurso contencioso de anulação, que havia sido interposto contra despacho do SEAF, que indeferiu recurso hierárquico deduzido contra correcções quantitativas ao lucro tributável dos exercícios de 1995, 1996 e 1997, ao abrigo do art. 57.º do CIRC (actual artigo 63.º do CIRC).

A Recorrente alegou que a Administração Tributária procedeu à correcção dos seus resultados tributáveis ao abrigo da faculdade prevista pelo art. 57.º do CIRC (actual artigo 63.º), norma anti-abuso que tem por fim evitar que, pela via da manipulação de preços de bens ou serviços entre empresas em que se verifiquem relações especiais, os contribuintes possam evadir lucros à tributação legal ou localizá-los onde gozem de regimes tributários mais favoráveis. Considerou que a Administração Tributária não satisfaz os requisitos de fundamentação impostos pelas alíneas b) e c) do art. 80.º do CPT, pois não fez a "descrição dos termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias", além de que a "quantificação" pelo "valor pelo qual foi cedida a exploração" que o Acórdão recorrido invoca não seria nunca um método válido para encontrar o preço de plena concorrência, invocando também a violação do art. 106.º, n.º 2 da CRP, sendo inconstitucional a aplicação que a Administração Tributária fez do art. 57.º do CIRC (actual artigo 63.º).

¹⁴⁷ A base de análise deste Acórdão encontra-se num Working Paper, Cláudia Afonso, *A Elisão Fiscal e a Norma Geral Anti-Abuso: Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro*, Braga, Outubro de 2014 (consultado a 25/10/2014).

O tribunal analisou os pressupostos de aplicação do art. 57.º do CIRC (actual artigo 63.º) ¹⁴⁸, sendo eles:

- a) A existência de relações especiais entre o contribuinte e outra pessoa;
- b) Que entre ambos sejam estabelecidas condições diferentes das que seriam normalmente acordadas entre pessoas independentes;
- c) Que tais relações sejam causa adequada das ditas condições;
- d) Que aquelas conduzam a um lucro apurado diverso do que se apuraria na sua ausência.

Ora, parece-nos ser de concluir que a situação em análise reúne os pressupostos que legitimam a Administração Tributária a aplicar o artigo.

Quanto à aplicação do disposto no art. 80.º do CPT ¹⁴⁹, nos termos do qual sempre que as leis tributárias permitam que a matéria tributável seja corrigida com base em relações especiais entre contribuinte e terceiro, e verificando-se o estabelecimento de condições diferentes das que se verificariam sem a existência de tais relações, a fundamentação das correcções deverá conter a descrição das relações especiais, a descrição dos termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias, e a descrição e quantificação do montante efectivo que serviu de base à correcção. Então, o critério seguido pela Administração Tributária consistiu em quantificar o valor da cedência de exploração, através do apuramento da contraprestação obtida de forma directa pela C, ou seja, o valor contabilizado como custo, na Recorrente, respeitante às reintegrações do edifício hoteleiro e dos equipamentos que o integram, abatidos dos correspondentes proveitos, quando obtidos. Ora, tomando-se o valor das reintegrações como referência prudente e adequada à situação em causa, já se vê que não foi cumprido o critério legal: na verdade, a Administração nada disse sobre os termos em que normalmente decorrem operações da mesma natureza entre pessoas independentes e em idênticas circunstâncias, considerando apenas que a operação em causa não correspondia a tal normalidade, o que é coisa obviamente diferente. A Administração até podia desconsiderar o negócio efectuado, mas

¹⁴⁸ Acerca da constitucionalidade deste artigo ter em conta o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 0573/07, de 18 de Fevereiro de 2010 e os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 252/2005, de 10 de Maio de 2005, e n.º 271/05, de 24 de Maio de 2005.

¹⁴⁹ Há que ter em atenção que o CPT foi revogado pelo CPPT, pelo que a referência feita ao primeiro tem apenas o alcance de compreender a situação concreta analisada.

tinha que averiguar aquela normalidade. De facto, o critério seguido é manifestamente desadequado ao fim legal da norma anti-abuso em causa, pois a sua finalidade, consistente em impedir a redução abusiva da receita fiscal, só pode conseguir-se estabelecendo-se casuisticamente um preço concorrencial, justamente o que seria normalmente praticado por pessoas independentes e em idênticas circunstâncias.

Foi, deste modo, julgando procedente o recurso contencioso e, conseqüentemente, foi anulado o impugnado despacho do SEAF bem como as correcções ao lucro tributável.

1.3.4.3 Jurisprudência comunitária

Prosseguindo, há que ter em atenção jurisprudência comunitária acerca do tema. Começamos pelo designado Acórdão *Cadbury-Schwepps*¹⁵⁰. A este respeito há que fazer menção ao regime das denominadas *Controlled Foreign Companies* (CFC), que consiste, grosso modo, num instrumento de tributação, pelo Estado onde residem os sócios, dos lucros das sociedades controladas por eles, isto quando há lucros aí realizados mas não distribuídos.

Convém mencionar que, no nosso ordenamento jurídico, dispõe o artigo 66.º do CIRC, no sentido de que os lucros e rendimentos obtidos por entidades não residentes em território nacional e que estejam submetidos a regime fiscal mais favorável são imputados aos sujeitos passivos de IRC residentes em território português, nos termos do artigo referido.

Ora, no caso *supra* referido, a questão fulcral centrou-se em saber se a *Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, com sede no Reino Unido, deveria ser alvo de tributação pelos ganhos da sua filial com sede em Dublin, que tem um regime fiscal mais favorável. Quanto a esta questão há que ter em conta que a intenção do contribuinte ao praticar certo acto está relacionada com a querela de saber se o comportamento consubstancia planeamento fiscal ou já evasão fiscal¹⁵¹. Outra das dificuldades com que se confrontou o TJUE foi a da

¹⁵⁰ Caso C-196/04.

¹⁵¹ Tal como indica J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006, pp. 439 a 446.

harmonização entre a liberdade de estabelecimento, por um lado, e a limitação que o regime das CFC lhe impõe.

Relativamente à questão do planeamento, o Acórdão referiu que os comportamentos motivados por fins exclusivamente fiscais são legítimos, não estando em causa um esquema artificial ¹⁵². Foi uma decisão com o mérito de clarificar a admissibilidade do planeamento fiscal.

Outro caso a abordar é o designado *Halifax* ¹⁵³, podendo apontar-se-lhe o mérito da construção do conceito do “abuso de direito”: uma sociedade, que era uma instituição bancária, tendo a maioria da suas operações isentas de IVA, pretendia construir *call centers* no Reino Unido, só podendo relativamente a estas operações reaver baixa margem do IVA. De modo a contornar esta limitação, a referida sociedade usou outras sociedades da sua titularidade (filiais) para reaver o IVA, concedendo empréstimos sem juros e celebrando um conjunto de outros contratos que iriam permitir o reembolso do IVA, o que foi indeferido, sendo a questão submetida ao TJUE.

No Acórdão, o TJUE reconheceu o direito de escolha da estrutura de actividade, de modo a atingir uma situação fiscal menos onerosa, considerando que há prática fiscal abusiva nas operações que embora formalmente de acordo com disposições legais, têm por resultado obter uma vantagem fiscal contrária ao objectivo dessas disposições. Relativamente ao caso concreto, considerou que houve práticas abusivas, como tal só deveria haver reembolso relativamente às operações verdadeiras, não abusivas, o que não permitiu, portanto, o reembolso total do IVA.

A decisão deste caso revelou a dificuldade de aceitação de normas especiais anti-abuso, manifestando uma eventual aceitação de uma normal geral anti-abuso ¹⁵⁴.

¹⁵² Patrícia Anjos Azevedo, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011, pp. 307 e 308.

¹⁵³ Processo C-255/02.

¹⁵⁴ J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, p. 451.

Capítulo II

Relações jurídicas familiares

2. Enquadramento

A família, em termos jurídicos, resulta de uma ligação emergente do casamento, do parentesco, da afinidade e da adopção ¹⁵⁵. Estas são relações jurídicas familiares em sentido estrito, com diferentes características, que importa ter em atenção para perceber cada uma delas e a sua regulamentação. Há ainda que ter em conta a existência de relações parafamiliares ¹⁵⁶, como é o caso da união de facto ¹⁵⁷.

Para o efeito visado nesta dissertação, iremos debruçar-nos no matrimónio e na união de facto, tendo em conta as aproximações e diferenças de regime e na filiação, abordando a respeito desta a adopção ¹⁵⁸.

Por outro lado, o divórcio traduz-se numa extinção da relação familiar constituída pelo casamento. Não é, portanto, uma fonte de uma relação familiar mas uma ruptura de uma relação familiar, pelo que vamos tratar o divórcio, extensivamente e conscientes do intuito do instituto, conjuntamente com as mencionadas relações familiares.

Iremos então abordar os aspectos predominantes de cada uma destas relações, de modo a termos condições de perceber os aspectos de cada uma delas no que respeito diz à fiscalidade.

¹⁵⁵ Tal como resulta do artigo 1576.º do CCiv.

¹⁵⁶ Designação utilizada por Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 34, 51 e 59.

¹⁵⁷ Assim qualificada por grande parte da doutrina, mas não é consensual, como veremos adiante.

¹⁵⁸ Tendo em conta que o objectivo desta dissertação é a relação do planeamento fiscal com as relações jurídicas familiares, e que com a adopção se estabelece um vínculo semelhante ao da filiação e, portanto, produtor de efeitos semelhantes nos aspectos que iremos estudar, o nosso foco vai voltar-se para a filiação, tendo em conta a extensão, *mutatis mutandis*, à adopção.

3. Relações familiares

3.1 O casamento

Nos termos do artigo 1577.º do CCiv, o casamento é o “contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos e disposições deste Código”¹⁵⁹.

O casamento é um negócio jurídico de carácter pessoal, sendo necessárias, portanto, declarações de vontade dirigidas à produção dos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Para que seja válido, é necessário que os requisitos respectivos se encontrem cumpridos.

3.1.1 Requisitos do casamento

Um dos requisitos essenciais do casamento, que está ligado ao seu carácter pessoal, é a necessidade de prestar consentimento por parte dos nubentes. O consentimento é prestado nos termos dos artigos 1617.º e ss destacando-se que deve ser um consentimento actual, pessoal, puro e simples, perfeito, livre e que se exprime por meio de palavras numa cerimónia¹⁶⁰.

Outro importante requisito está relacionado com a capacidade dos nubentes, que se verifica na ausência de impedimentos à celebração do matrimónio. Relativamente aos impedimentos, há que distinguir por um lado, os que se afiguram dirimentes, que conduzem à anulação do casamento, dos que se qualificam de meramente impedientes, que têm diferentes consequências¹⁶¹. Por outro lado, há também que traçar a diferença entre impedimentos absolutos, que constituem verdadeiras incapacidades, estando relacionados

¹⁵⁹ Semelhante definição é fornecida pelo Direito Canónico, cân. 1057, § 2. Não iremos, por não ser relevante para as finalidades desta dissertação, distinguir o casamento católico e o civil e as possíveis formas de conjugação. Referimos apenas que no nosso ordenamento vigora, para os católicos, o sistema de casamento civil subsidiário da segunda modalidade (casamento católico como verdadeiro instituto e não como mera forma alternativa de celebração); para os membros de igrejas radicadas no país, um sistema de casamento civil facultativo mas na primeira modalidade (casamento religioso como mera forma de celebração); para membros de igrejas não radicadas no país, um sistema de casamento civil obrigatório. Com base em Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 186 e 187.

¹⁶⁰ Tal como indicam Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 224 e ss.

¹⁶¹ Distinção resultante dos artigos 1601.º a 1604.º do CCiv.

com qualidades da própria pessoa, e relativos, que se traduzem em ilegitimidades, estando em causa a relação das pessoas em questão, só se levantando problemas no casamento entre essas pessoas em concreto ¹⁶². Exemplos de impedimentos dirimentes absolutos são a idade inferior a dezasseis anos, a demência notória e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica e a existência de casamento anterior não dissolvido ¹⁶³. Já o parentesco em linha recta, no segundo grau da linha colateral, a afinidade na linha recta ou a condenação anterior de um dos nubentes como autor ou cúmplice por homicídio doloso, mesmo que não consumado contra cônjuge do outro, constituem impedimentos dirimentes relativos ¹⁶⁴. Relativamente ao parentesco em terceiro grau da linha colateral, à falta de decurso do prazo internupcial, a falta de autorização dos pais ou tutor para casamento de nubente menor não sendo suprida pelo conservador do registo civil, o vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens, o vínculo de adopção restrita ou a pronúncia de um dos nubentes por crime de homicídio doloso, mesmo que não consumado, contra cônjuge do outro, enquanto não haja despronúncia ou absolvição transitada em julgado, constituem impedimentos impeditivos ¹⁶⁵.

3.1.2 Efeitos do casamento

No que respeito diz aos efeitos do casamento, cabe distinguir entre efeitos pessoais e efeitos patrimoniais. A matéria está regulada nos artigos 1671.º a 1689.º do CC, valendo para ambos os princípios da igualdade dos cônjuges e da direcção conjunta da família ¹⁶⁶. Começemos pelos primeiros.

Um dos efeitos pessoais do casamento é o nascimento de deveres entre os cônjuges, dispondo o artigo 1672.º do CCiv que eles se encontram vinculados, reciprocamente, aos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Relativamente ao dever de coabitação, há que dividi-lo nas categorias que o compõem, sendo elas a comunhão de leito, ou seja, o chamado “débito conjugal”, a comunhão de

¹⁶² Ob. *supra* citada, pp. 251 e 252.

¹⁶³ Cfr. artigo 1601.º do CCiv.

¹⁶⁴ Tal como disposto no artigo 1602.º do CCiv.

¹⁶⁵ Artigo 1604.º do CCiv.

¹⁶⁶ Resultantes do artigo 1671.º do CCiv.

mesa, ou seja, a economia comum, e a comunhão de habitação, dado que os cônjuges devem escolher de comum acordo a residência de família, sendo este o local onde vão cumprir o dever de coabitação, os cônjuges têm uma obrigação de ambos nela residir, salvo motivos ponderosos em contrário (como será exemplo a vida profissional, caso tão típico dos professores, em que um dos elementos do casal vive num local e o outro vai trabalhar para outra cidade; outros casos em que apesar de os cônjuges não residirem na mesma casa, não se verifica violação do dever de coabitação serão o de um dos cônjuges ser preso, internado ou emigrar), tal como disposto no artigo 1673.º n.º 2 do CCiv ¹⁶⁷. Este é um importante factor para a verificação da existência de um casamento “verdadeiro”, pois faltando a coabitação, sem que se vislumbre um motivo ponderoso, pode haver indícios fortes de que o casamento pode ter sido celebrado como meio para atingir um outro fim estranho ao do matrimónio ¹⁶⁸, que é a plena comunhão de vida. Relativamente ao dever de respeito, importa mencionar que se divide numa vertente negativa, no sentido de que cada um dos cônjuges se deve abster de ofender a integridade física e moral do outro, e numa vertente positiva, de acordo com a qual cada um dos cônjuges deve revelar um interesse mínimo pelos assuntos da vida familiar. Quanto ao dever de cooperação, podemos enquadrar dois sub-deveres, o de auxílio e o de socorro, distinguindo-se do dever de assistência, que se desdobra no dever de prestar alimentos e participar nos encargos da vida familiar.

Outro efeito do casamento é relativos ao apelido dos cônjuges, nos termos dos artigos 1677.º e 1677.º-C. Ora, cada um dos cônjuges pode conservar os próprios apelidos ou acrescentar apelidos do outro cônjuge. Em caso de separação judicial de pessoas e bens, o cônjuge que adoptou apelidos do outro pode conservá-los ou renunciar deles, enquanto no caso de divórcio só os pode conservar se o outro cônjuge consentir ou se houver motivos a ter em atenção, havendo que referir que se o conservar e contrair segundas núpcias, não pode adicionar o apelido do novo cônjuge.

Por fim, o matrimónio produz efeitos sobre a nacionalidade, nos termos do artigo 3.º da Lei da Nacionalidade, Lei n.º 37/81.

¹⁶⁷ Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 352 a 354.

¹⁶⁸ Como é o caso de um casamento celebrado tendo em vista em dos nubentes adquirir a nacionalidade do outro, exclusivamente com essa finalidade.

Quanto aos efeitos patrimoniais do casamento ¹⁶⁹, iremos debruçar-nos sobre os que consideramos mais importantes tendo em conta a matéria em estudo, pelo que focaremos a nossa atenção na escolha do regime de bens, nos efeitos relativos à administração dos bens dos cônjuges e na responsabilidade por dívidas dos cônjuges.

Quando os nubentes se dirigem à Conservatória do Registo Civil para tratar do processo preliminar do casamento, onde se verifica a existência dos mencionados impedimentos, podem os mesmos celebrar uma convenção antenupcial em que estipulam o regime de bens que irá vigorar no casamento, nos termos do artigo 1698.º do CCiv.

Iremos então referir quais os regimes de bens estipulados na lei, não perdendo de vista que os nubentes podem estipular o que entenderem, desde que respeitem os limites legais, vigorando um princípio da liberdade com algumas limitações ¹⁷⁰.

Ora, na falta de convenção antenupcial ou não surtindo a mesma efeitos, o casamento considera-se celebrado em regime de comunhão de adquiridos, que funciona como regime supletivo ¹⁷¹. Este regime encontra-se regulado nos artigos 1721.º a 1731.º do CCiv, onde se define o que são bens próprios e bens comuns dos cônjuges, devendo destacar-se que são bens próprios os que cada um tem antes de celebrado o casamento, ou o que adquire posteriormente por sucessão, doação ou em virtude de direito próprio anterior, sendo bens comuns o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos por eles na constância do casamento e que não se encontrem excluídos desta comunhão.

Outro regime de bens estipulado na lei, e que as partes podem escolher na convenção antenupcial, é o regime da comunhão geral de bens, que foi regime supletivo até 1966. Casando neste regime, o património comum será composto por todos os bens dos cônjuges sejam eles anteriores ou posteriores ao casamento, desde que não estejam excepcionados por lei ^{172 / 173}. Há que referir que apesar da liberdade de escolha do regime de bens há uma limitação à escolha do regime na comunhão geral de bens estipulada no

¹⁶⁹ Acerca desta matéria, apresenta João Queiroga Chaves um quadro em jeito de síntese, que de forma breve esquematiza os diversos efeitos patrimoniais, presente na obra *Casamento, divórcio e união de facto*, Quid Iuris, 2.ª Edição, 2010, p. 192.

¹⁷⁰ Cfr. artigo 1699.º do CCiv.

¹⁷¹ Artigo 1717.º do CCiv.

¹⁷² Tal como dispõe o artigo 1732.º do CCiv.

¹⁷³ Estão excepcionados os bens mencionados no artigo 1733.º do CCiv.

artigo 1699.º n.º 2 do CCiv, dado que se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, mesmo que maiores, não pode haver escolha do regime da comunhão geral ¹⁷⁴.

Por fim, a lei prevê o regime da separação de bens, em que cada cônjuge possui os seus bens próprios ¹⁷⁵, não existindo bens comuns. Este regime pode ser escolhido livremente pelos nubentes na convenção antenupcial, havendo, porém, casos em que ele é imperativo: são as situações previstas no artigo 1720.º a) e b) do CCiv, ou seja, quando se celebre um casamento urgente ou um dos nubentes tenha mais de 60 anos de idade vigora um regime imperativo de separação de bens. Dispõe ainda o artigo 1736.º do CCiv que é lícito aos cônjuge estipular na convenção cláusulas sobre a presunção da propriedade de imóveis, sem perder de vista que se trata de uma presunção *iuris tantum*.

Feitas as respectivas alusões aos regimes de bens, cabe analisar o regime de administração de bens dos cônjuges ^{176 / 177}. Como regra geral, dispõe o artigo 1678.º n.º 1 do CCiv que cada cônjuge tem a administração dos seus bens próprios. Mas acrescenta o n.º 2 que tem ainda a administração dos proventos que receba pelo seu trabalho, dos seus direitos de autor, dos bens comuns que ele tenha levado para o casamento ou que adquira na constância do matrimónio a título gratuito, os que sejam sub-rogados no lugar destes, os que adquira por doação para ambos os cônjuges mas com exclusão da administração de um dos cônjuges, dos bens móveis que exclusivamente utilize como instrumento de trabalho, sejam eles próprios do outro cônjuge ou comuns, dos bens próprios do outro cônjuge que lhe confira mandato para tal ou que se encontre impossibilitado de exercer a administração por estar em lugar remoto ou desconhecido e desde que esse não tenha conferido procuração para administração desses bens a outra pessoa. Fora estas situações previstas no n.º 2, estipula o n.º 3 que a regra é a que cada um dos cônjuges tem legitimidade para praticar actos de administração ordinária face aos bens comuns, carecendo para os restantes actos do consentimento do outro cônjuge. Há que frisar que o cônjuge que não

¹⁷⁴ Deve fazer-se uma interpretação correctiva da norma no sentido de que os filhos mencionados são filhos de apenas um dos nubentes, acautelando os interesses deste. Sendo o filho de ambos a *ratio* da norma não se verifica.

¹⁷⁵ Artigo 1735.º do CCiv.

¹⁷⁶ Na nossa opinião, a previsão dos regimes de bens devia ser feita no CCiv com antecedência face ao tratamento da administração de bens e das dívidas dos cônjuges, pois após perceber qual o regime de bens em vigor, aferindo em que consistem os bens próprios e os bens comuns, é mais fácil a compreensão do regime de administração dos mesmos.

¹⁷⁷ O tratamento desta matéria será feito tendo em conta a referência das regras gerais, limitando-nos a fazer referência ao regime das ilegitimidades conjugais dos artigos 1682.º, 1682.º-A, 1682.º-B, 1683.º, de modo a não perder de vista o objecto de estudo desta dissertação.

detém a administração dos bens não está impedido de tomar providências em relação aos bens, mas em situações especiais previstas no artigo 1679.º do CCiv: o outro tem que estar impedido de o fazer, e tem que do retardamento das providências resultar prejuízo.

Por fim, relativamente à responsabilidade por dívidas dos cônjuges, cabe referir que cada um deles pode contrair dívidas sem o consentimento do outro, havendo que distinguir as dívidas que são da responsabilidade de cada um das que são da responsabilidade de ambos, pois há consequências ao nível dos bens que respondem por tais dívidas.

São da responsabilidade de ambos os cônjuges as dívidas contraídas quer antes quer após o casamento, pelos dois cônjuges, ou por um com o consentimento do outro, bem como as que qualquer um contraiu para fazer face aos encargos da vida familiar, as dívidas contraídas após o matrimónio pelo cônjuge administrador, mas que sejam feitas em proveito comum do casal e dentro dos limites dos poderes de administração, assim como as dívidas derivadas do exercício do comércio por qualquer um dos cônjuges ¹⁷⁸, existindo aqui uma presunção *iuris tantum* de que tais dívidas são contraídas em proveito comum do casal (tal presunção não vale vigorando regime da separação de bens). São ainda da responsabilidade de ambos, as dívidas que onerem doações, heranças ou legados se vigorar o regime da comunhão geral ou existir cláusula de comunicabilidade de bens adquiridos a título gratuito ¹⁷⁹. De notar que no regime da comunhão geral de bens são comunicáveis as dívidas contraídas antes do casamento por qualquer um dos cônjuges, desde que em proveito comum do casal ¹⁸⁰. Relativamente ao proveito comum do casal, há que referir que o mesmo não se presume, salvo disposição legal nesse sentido ¹⁸¹, não se aferindo se há proveito comum em função do resultado mas sim pelo fim visado, não consubstanciando o mesmo um interesse meramente económico mas também intelectual, tendo que se verificar para além de uma intenção objectiva, uma intenção subjectiva de

¹⁷⁸ Artigo 1691.º do CCiv, e relativamente à alínea d) ter em atenção o artigo 15.º do CCom.

¹⁷⁹ Cfr. Artigo 1691.º n.º 1 e) e 1693.º n.º 2 CCiv.

¹⁸⁰ Artigo 1691.º n.º 2 CCiv.

¹⁸¹ Artigo 1691.º n.º 3 CCiv.

proveito ¹⁸². Por último, há ainda responsabilidade de ambos os cônjuges por dívidas que onerem bens comuns ¹⁸³.

São da responsabilidade de um dos cônjuges as dívidas que sejam contraídas quer antes quer após o casamento, por cada um deles sem o consentimento do outro ¹⁸⁴, salvo se tiverem em vista suportar encargos da vida familiar ou quando a dívida é contraída pelo cônjuge administrador durante o casamento em proveito comum, pois nestes casos, como já vimos, as dívidas são da responsabilidade de ambos. São também da responsabilidade de cada um dos cônjuges as dívidas relativas a crimes, indemnizações, restituições, custas judiciais e multas devidas a factos que sejam imputáveis a cada um deles ¹⁸⁵. Por fim, são da exclusiva responsabilidade de um dos cônjuges as dívidas que oneram bens próprios, salvo se tiverem como causa a percepção dos rendimentos e estes se considerem comuns ¹⁸⁶.

Traçada que ficou a distinção entre a propriedade dos bens e a responsabilidade pelas dívidas, podemos agora enunciar os bens que respondem pelas dívidas. Sendo as dívidas comuns, irão responder os bens comuns e, na sua falta ou insuficiência, o bens próprios de qualquer um dos cônjuges ¹⁸⁷. A responsabilidade caso a dívida seja paga com bens próprios é solidária quando vigore um regime de comunhão e é parciária quando vigore regime de separação ¹⁸⁸. Já pelas dívidas de um dos cônjuges respondem os bens próprios do cônjuge devedor, bem como os bens que ele levou para o casamento ou adquiriu posteriormente a título gratuito e os respectivos rendimentos, o produto do trabalho e os seus direitos de autor e os bens sub-rogados no lugar dos bens que ele levou para o casamento ou adquiriu depois a título gratuito, respondendo apenas subsidiariamente a estes a sua meação nos bens comuns ¹⁸⁹.

¹⁸² Tal como consideram Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 410 e 411.

¹⁸³ Artigo 1694.º n.º 1 do CCiv.

¹⁸⁴ Artigo 1692.º a) CCiv.

¹⁸⁵ Artigo 1692.º b) CCiv com a excepção do artigo 1691.º n.ºs 1 e 2.

¹⁸⁶ Artigo 1692.º c) e 1694.º n.º 2 do CCiv.

¹⁸⁷ Artigo 1695.º n.º 1 do CC.

¹⁸⁸ Tal como resulta do artigo 1695.º n.ºs 1 e 2 do CCiv.

¹⁸⁹ Artigo 1696.º do CCiv.

Posto isto, há apenas que fazer uma breve referência ao instituto da compensação pelo pagamento de dívidas do casal previsto no artigo 1697.º do CCiv. Ora, havendo uma dívida da responsabilidade de ambos e só tendo respondido bens próprios de um deles, este fica credor do outro pela parte que pagou para além do que lhe cabia pagar, sendo tal crédito exigível apenas no momento da partilha dos bens, a menos que vigore o regime da separação de bens. Já quando pelas dívidas de apenas um dos cônjuges respondem bens comuns, tal é tido em conta no momento da partilha do património comum.

3.2 A união de facto

3.2.1 Noção e natureza

A união de facto é uma situação que começou por ser regulamentada pela Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, a qual foi revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Pode afirmar-se que a união de facto é a situação de facto das pessoas que, independentemente do seu sexo ¹⁹⁰, vivam em comunhão de leito, mesa e habitação, em condições análogas à dos cônjuges ¹⁹¹. O facto de a anterior regulamentação legal não ter fornecido uma definição daquilo que é a união de facto, levou ao aparecimento de algumas definições doutrinárias. ANTUNES VARELA definiu-a como “convívio duradouro entre duas pessoas de sexo diferente, não se confunde com as simples relações carnisais acidentais, nem com as relações secretas, embora duradouras, nem com as relações carnisais duradouras, mas sem convivência marital sob o mesmo tecto” ¹⁹². HELENA MOTA e MARIA RAQUEL GUIMARÃES consideravam que se tratava de uma “relação de natureza sexual, prolongada e estável, entre duas pessoas de sexo igual ou diferente, com coabitação notória” ¹⁹³.

¹⁹⁰ A união de facto homossexual só foi reconhecida com a referida Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

¹⁹¹ Tal como nos indica o artigo 1.º n.º 2 da Lei que regulamenta a união de facto.

¹⁹² Cit. Antunes Varela, *Direito da Família*, Petrony, 3ª Edição, 1993, p. 25.

¹⁹³ Cit. Helena Mota / Maria Raquel Guimarães, *O Direito da Família na União Europeia, Formação, Efeitos e Crise na vida em comum (Relatório Português)*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006, p. 280.

Relativamente à sua natureza, a doutrina não é consensual. FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME DE OLIVEIRA ¹⁹⁴, ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA ¹⁹⁵ entendem que a união de facto não é uma relação familiar com protecção ao abrigo do artigo 36.º da CRP, mas uma relação parafamiliar, protegida segundo os dois primeiros autores, pelo artigo 26.º da Lei Fundamental, artigo relativo ao direito ao desenvolvimento da personalidade. Já GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ¹⁹⁶ consideram que a união de facto se trata de uma relação familiar, pois visa aquela constituir família, o que está previsto no artigo 36.º da CRP.

Apesar de não ser a doutrina maioritária, pensamos que assiste razão a estes últimos, o que é comprovado pela atribuição de direitos aos unidos de facto semelhantes aos dos casados. Apesar de não existir um vínculo formal, há uma plena comunhão de vida que justifica a equiparação a relação familiar. Não se pode esquecer que o artigo 1576.º do CC não inclui a união de facto no âmbito das relações familiares, mas poderia a mesma ser considerada, tendo em conta as suas características, como uma relação familiar em sentido amplo.

3.2.2 Reconhecimento e prova

Inexistindo uma ligação formal entre os unidos de facto ¹⁹⁷, contrariamente ao que acontece no casamento, marcado pela formalidade, importa saber como se processa o seu reconhecimento.

Em primeiro lugar importa conhecer as circunstâncias que impedem o seu reconhecimento, uma vez que não há produção de efeitos. São estas as hipóteses previstas no artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, a saber:

- a) A idade inferior a 18 anos à data do reconhecimento da união;

¹⁹⁴ Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 55 e 56 e Francisco Pereira Coelho, *Temas de Direito da Família*, 1986, p. 9.

¹⁹⁵ Antunes Varela / Pires de Lima, *Código Civil anotado*, Vol. I, 1995, pp. 621 a 623.

¹⁹⁶ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Almedina, Vol. I, 4.ª Edição, 2010, p. 561.

¹⁹⁷ Vigorando um princípio de livre desvinculação e inexistindo limites à liberdade contratual, tal como afirmam Helena Mota / Maria Raquel Guimarães, *O Direito da Família na União Europeia, Formação, Efeitos e Crise na vida em comum (Relatório Português)*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006, p. 283.

- b) A demência notória, mesmo com intervalos lúcidos, bem como a interdição e inabilitação por anomalia psíquica, salvo quando a demência se verificar posteriormente ao início da união de facto;
- c) A existência de casamento anterior não dissolvido, salvo na hipótese de ter sido decretada a separação de pessoas e bens ¹⁹⁸;
- d) O parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta;
- e) A condenação anterior de um dos membros, seja como autor seja como cúmplice, por homicídio doloso, mesmo que não consumado, contra o cônjuge do outro.

Excepcionadas estas situações, a união de facto considera-se iniciada a partir do momento em que as duas pessoas começam a viver juntas, em plena comunhão de vida, sendo que para ser reconhecida tem que se ter iniciado há mais de dois anos ¹⁹⁹.

A prova da união de facto faz-se por qualquer meio legalmente admissível, salvo disposição legal ou regulamentar que exija uma prova específica ²⁰⁰. Uma das formas típicas de provar a união de facto é a declaração emitida pela junta de freguesia acompanhada de declaração sob compromisso de honra dos dois membros da união, em como vivem há mais de dois anos em união de facto e de certidões de cópia integral do registo de nascimento de cada um ²⁰¹.

3.2.3 Efeitos

Os efeitos da união de facto podem ser pessoais ou patrimoniais.

¹⁹⁸ Não nos parece de aplaudir esta solução de salvaguardar a hipótese de separação judicial de pessoas e bens, isto porque, tal configura uma situação de modificação do vínculo conjugal, um relaxamento do mesmo, tal como consideram Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, na obra citada anteriormente de tais autores, p. 558. Ora, com a separação judicial de pessoas e bens, os cônjuges continuam casados, não podem contrair novo casamento e vários são os deveres que permanecem, como é exemplo o dever de fidelidade. Neste sentido, não parece idóneo reconhecerem-se efeitos a uma união de facto nestes termos.

¹⁹⁹ Tal como referido no artigo 1.º n.º 2 da Lei n.º 7/2001.

²⁰⁰ Artigo 2.º-A n.º 1 da Lei n.º 7/2001.

²⁰¹ Tal como dispõe o artigo 2.º-A n.º 2 da Lei n.º 7/2001.

Relativamente aos primeiros, dispõe o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001 que os unidos de facto podem adoptar em condições análogas às previstas no artigo 1979.º do CCiv. De ressaltar que tal direito só é concedido aos membros de união de facto de sexo diferente. Outro efeito é o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 20 de Julho, fazendo-se também a exigência de que tal direito só é reconhecido a uniões de facto heterossexuais. Contrariamente ao que acontece no casamento, não vigoram aqui os deveres já referidos, a que se encontram vinculados os cônjuges ²⁰².

Quanto aos efeitos patrimoniais, pode enunciar-se a protecção da casa de morada de família, nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, o benefício do regime jurídico de férias, faltas, licenças e preferência na colocação dos funcionários da Administração Pública, e de no contrato individual de trabalho beneficiar da situação concedida aos trabalhadores casados, nos termos do artigo 3.º b) e c) da mesma Lei, sendo-lhes também reconhecida protecção social em situação de morte do beneficiário, acidente de trabalho ou doença profissional, tal como dispõe as alíneas e) e f) e o artigo 6.º, tendo direito a pensão de preço de sangue e por serviços relevantes prestados ao País, tal como indica a alínea f) e o artigo 6.º. Têm também direito à transmissão do arrendamento, nos termos do artigo 1106.º do CCiv, bem como de exigir alimentos da herança do falecido conforme previsto no artigo 2020.º do CCiv, e de exigir indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima com quem estava unido de facto, tal como dispõe o artigo 496.º n.º 2 do CCiv. Por fim, apontamos o direito a aplicação do regime de IRS nos mesmos termos que para os casados ²⁰³, ou seja, pode haver lugar à tributação conjunta. Mas a este respeito iremos pronunciar-nos de forma mais minuciosa *infra*, no capítulo seguinte, fazendo também uma análise das aproximações e divergências entre o casamento e a união de facto, do ponto de vista do regime fiscal aplicável.

²⁰² Como por exemplo o de assistência ou cooperação, tal como consta do Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Março de 2008, processo n.º 0830815.

²⁰³ Tal como dispõe o artigo 3.º d) da Lei n.º 7/2001 e o artigo 13.º n.º 2 do CIRS.

3.3 A filiação

3.3.1 Constituição do vínculo

A filiação, ou seja, a relação entre o pai / mãe e os filhos, é uma fonte de relações familiares, dado que é uma relação de parentesco. Iremos então abordar como se constitui a relação de maternidade e posteriormente a de paternidade.

A maternidade pode resultar de declaração ²⁰⁴, de averiguação oficiosa ²⁰⁵ ou de reconhecimento judicial ²⁰⁶.

Relativamente à declaração de maternidade, há que referir que a forma tradicional de se estabelecer é a simples menção no registo de nascimento do filho, sendo que quando este registo é omissivo é que se recorre às restantes vias ^{207 / 208}. A menção é feita por quem for declarar o nascimento. Tendo o nascimento ocorrido há menos de um ano, a maternidade que foi indicada considera-se estabelecida, havendo lugar a comunicação do conteúdo do registo à mãe, com excepção de quando a declaração tenha sido feita pela própria mãe ou pelo marido ²⁰⁹. Quando o nascimento ocorreu há um ano ou mais, a maternidade que tenha sido indicada considera-se estabelecida quando a mãe tenha sido a declarante, presencialmente ou por meio de procurador com poderes especiais; quando assim não tenha sido a mãe será notificada para no prazo de 15 dias confirmar a maternidade, se nada fizer o filho é tido como seu ²¹⁰. Quando o registo esteja omissivo, a mãe pode fazer declaração de maternidade nos termos do artigo 1806.º do CCiv. A impugnação da maternidade estabelecida pode ser feita a todo o tempo pela pessoa declarada como mãe, pelo registado, pelo Ministério Público ou por quem tenha interesse moral ou patrimonial ²¹¹.

²⁰⁴ Artigos 1805.º a 1807.º do CCiv.

²⁰⁵ Artigos 1808.º a 1813.º do CCiv.

²⁰⁶ Artigos 1814.º a 1825.º do CCiv.

²⁰⁷ Tal como indicam Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 32, nota de rodapé n.º 4.

²⁰⁸ João Queiroga Chaves, *Casamento, divórcio e união de facto*, Quid Iuris, 2.ª Edição, 2010, pp. 215 e 216.

²⁰⁹ Artigo 1804.º do CCiv.

²¹⁰ Artigo 1805.º do CCiv.

²¹¹ Conforme dispõe o artigo 1807.º do CCiv.

Relativamente à averiguação oficiosa da maternidade, há que referir que tem lugar quando a maternidade não esteja mencionada no registo de nascimento, nos termos do artigo 1808.º do CCiv. Há, no entanto, que ter em conta a existência de casos de inadmissibilidade, que constam do artigo 1809.º do CCiv: o decurso de mais de dois anos desde o nascimento ou, no caso de existir perfilhação, o facto de a pretensa mãe e o perfilhante serem afins em linha recta ou parentes no segundo grau da linha colateral. A improcedência da acção oficiosa não veda a hipótese de ser intentada acção de investigação da maternidade ²¹².

Por fim, relativamente ao reconhecimento judicial, dispõe o artigo 1814.º que não resultando a maternidade de uma declaração, pode a mesma ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho para esse efeito, dentro dos prazos estipulados no artigo 1817.º.

Quanto à declaração da paternidade, podemos dizer que a mesma se pode estabelecer por presunção legal, por perfilhação ou por reconhecimento judicial.

No que diz respeito à presunção legal, há que ter em conta o disposto no artigo 1826.º do CCiv, que presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe. Porém, a presunção tem limitações, em primeiro lugar relativamente a filhos concebidos antes do casamento em que a presunção não funciona quando o nascimento tenha ocorrido nos cento e oitenta dias posteriores ao casamento ²¹³, declarando-se que o marido não é o pai, e em segundo lugar relativamente a filhos nascidos após trezentos dias do fim da coabitação ²¹⁴. De notar ainda que a mulher casada pode sempre declarar que o pai não é o marido, o que faz cessar a presunção referida, como resulta do artigo 1832.º do CCiv. Cabe ainda mencionar que a paternidade presumida pode ser impugnada nos termos dos artigos 1838.º a 1840.º, com respeito pelos prazos contantes dos artigos 1842.º e 1843.º do CCiv.

Relativamente a filhos nascidos ou concebidos fora do matrimónio ²¹⁵, o reconhecimento da paternidade pode ser feito por perfilhação ou por decisão judicial. A

²¹² Artigo 1813.º do CCiv.

²¹³ Artigo 1828.º do CCiv.

²¹⁴ Artigo 1829.º do CCiv.

²¹⁵ Ou para aqueles em que não opera a presunção de paternidade.

perfilhação é um acto livre e pessoal, que pode ser feita por declaração prestada perante funcionário do registo civil, por testamento, por escritura pública ou por termo lavrado em juízo ²¹⁶. Pode ser feita a todo o tempo, tal como dispõe o artigo 1854.º do CCiv, com excepção da perfilhação de nascituro, pois só é válida se for posterior à concepção e se o perfilhante identificar a mãe, como previsto no artigo 1855.º do CCiv. A perfilhação pode ser impugnada nos termos do artigo 1859.º do CCiv. Pode haver lugar a averiguação oficiosa, tal como previsto no artigo 1865.º, nos casos em que seja admissível, ou seja, nos casos não previstos no artigo seguinte. Relativamente à acção de investigação da paternidade, encontra-se prevista no artigo 1869.º do CCiv, reconhecendo-se a legitimidade do filho e da mãe, mesmo que menor. De destacar a existência de presunções para efeitos de prova, estabelecidas no artigo 1871.º.

3.3.2 Efeitos da filiação

De entre os efeitos da filiação devemos destacar o dever mútuo de respeito, auxílio e assistência (1874.º do CCiv), bem como a atribuição do uso dos apelidos dos pais, nos termos estabelecidos no artigo 1875.º do CCiv.

Importa também a este título abordar o regime das responsabilidades parentais ²¹⁷. Os filhos ficam sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação ²¹⁸. O seu conteúdo está contido no artigo 1878.º do CCiv, fazendo JOÃO QUEIROGA CHAVES uma delimitação entre as responsabilidades pessoais, onde enquadra o respeito, guarda, segurança, educação, correcção e saúde, as responsabilidades patrimoniais, alusivas à administração dos bens e aos alimentos, e as responsabilidades de representação, referidas no artigo 1881.º do CCiv ²¹⁹.

²¹⁶ Artigos 1849.º e 1853.º do CCiv.

²¹⁷ O termo poder paternal foi ultrapassado dada a alteração do próprio paradigma familiar: o pai já não ocupa o papel decisório principal na vida familiar, tendo a mãe um papel cada vez mais activo e preponderante, que não se limita a ter tarefas domésticas e a tratar dos filhos deixando ao pai a tomada de decisões. A expressão “responsabilidades parentais” acentua o papel de ambos na vida do filho, demonstrando a recente tendência de partilha comum da experiência familiar de forma mais plena.

²¹⁸ Artigo 1877.º do CCiv.

²¹⁹ João Queiroga Chaves, *Casamento, divórcio e união de facto*, Quid Iuris, 2.ª Edição, 2010, p. 225.

Outra consequência patrimonial da filiação, que nós apontamos, é a possibilidade de deduções à colecta, nos termos do artigo 78.º do CIRS, matéria que exploraremos no capítulo seguinte ²²⁰.

4. O divórcio

4.1 Divórcio com consentimento de ambos os cônjuges

No designado divórcio por mútuo consentimento há um acordo entre os cônjuges relativamente à dissolução do vínculo matrimonial.

O divórcio com o consentimento de ambos os cônjuges pode ser requerido nas Conservatórias do Registo Civil ²²¹, mediante requerimento, por ambos ou seus procuradores, nos termos dos artigos 1773.º n.º 2, 1775.º e 1776.º do CCiv.

A competência das conservatórias para o divórcio foi definida no DL n.º 163/95, de 13 de Julho, nas situações em que não houvesse filhos menores ou havendo, estivesse regulado o exercício do poder parental; com o Decreto-Lei n.º 36/97, de 31 de Janeiro, concede-se a possibilidade de os cônjuges escolherem a Conservatória do Registo Civil onde correrá o processo de divórcio. Com o DL n.º 272/2001, de 13 de Janeiro, foi-lhes atribuída competência específica para a tramitação destes processos. Com o actual regime, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, introduziu-se a necessidade de informar os cônjuges

²²⁰ Numa nota final apontamos que apesar de não termos abordado a adopção, ela é, de facto, uma relação familiar que merece a nossa atenção, mas que não autonomizamos porque os seus efeitos vão culminar nos efeitos da filiação, e são estes efeitos o *punctum pricis* a que queríamos chegar para ter condições de analisar as repercussões fiscais e as possibilidades de planeamento ou evasão fiscal que se podem pôr. Posto isto, quando *infra* abordarmos as possibilidades de dedução à colecta com as despesas dos filhos, pretendemos abranger os adoptados. Importa, no entanto, dar apenas uma definição e distinção entre adopção plena e restrita. A adopção, regulada nos artigos 1973.º e ss do CCiv, é um vínculo que independentemente do sangue se vai estabelecer entre duas pessoas, mediante um processo para o efeito. A adopção plena implica a integração completa do adoptando na família do adoptante, extinguindo os seus laços com a família natural, pelo que aquele passa a ser considerado um descendente deste. A adopção restrita é um vínculo de carácter mais limitado, em que o adoptado mantém o vínculo com a família biológica, sem adquirir direitos sucessórios ou alimentícios nos termos da adopção plena. Uma questão que se pode levantar neste âmbito é a de saber se as deduções à colecta com dependentes se restringem aos adoptados plenos ou se abrangem também os adoptados restritos, uma vez que estes mantêm os laços com a família biológica.

²²¹ Ou no sítio www.civilonline.pt.

sobre a existência de serviços de mediação familiar e seus objectivos, sendo eliminada a tentativa de conciliação por parte do Conservador ²²².

Juntamente com o mencionado requerimento, devem os cônjuges apresentar os documentos a que aludem os artigos 1755.º do CCiv e 272.º do CRC, a saber:

- a) Acordo sobre o destino de casa de família;
- b) Acordo sobre a prestação de alimentos a cônjuges que deles careça;
- c) Acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, quando haja filhos menores;
- d) Certidão da escritura de convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada;
- e) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos seus valores, ou se cônjuges optarem por proceder à partilha, acordo sobre a partilha ou pedido da elaboração do mesmo.

Depois de recebido o requerimento, o Conservador convoca os cônjuges para uma conferência, com o objectivo de apreciar os acordos referidos, com excepção do alusivo ao das responsabilidades parentais. Não havendo filhos menores, estando acautelados os interesses dos cônjuges, o Conservador decreta o divórcio ²²³. Caso haja filhos menores, o processo é remetido ao Ministério Público para que se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias, se o parecer for positivo, o processo é remetido à Conservatória para que seja decretado o divórcio, caso seja negativo, depois do processo ser remetido à Conservatória, deve o acordo ser alterado ou pode ser apresentado um novo acordo.

Ora, situações há em que o processo de divórcio por mútuo consentimento irá correr em tribunal. Seja porque o Conservador entende que os acordos apresentados não acautelam os interesses dos cônjuges, seja porque não apresentam um dos acordos, ou porque os cônjuges não concordam com o parecer negativo do Ministério Público acerca da regulação das responsabilidades parentais ²²⁴. De notar, no entanto, que tendem a ser reduzidos os casos de divórcio por mútuo consentimento a correr *ab initio* nos Tribunais,

²²² Tal como expôs Maria Cesaltina, Conservadora do Registo Civil, no âmbito das lições proferidas no decurso do Curso breve de Pós-Graduação em Divórcio, promovido pelo Centro de Direito da Família, em Coimbra.

²²³ Quando tal suceda, a partilha do património conjugal pode ser feita nas Conservatórias, no Balcão da Herança e Divórcios com Partilha do Património Conjugal, tal como disposto no DL n.º 324/2007, de 28 de Setembro.

²²⁴ Tal como dispõem os artigos 1778.º e 1778.º-A do CCiv.

uma vez que o recurso ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges pode revelar-se processualmente mais favorável já que é nesta hipótese possível a fixação de um regime provisório relativamente às matérias do artigo 1775.º do CCiv ²²⁵. Por meio do artigo 1778.º, a Conservatória remete o processo para o Tribunal, seguindo-se os termos, *mutatis mutandis*, do artigo 1778.º-A, nos casos em que os acordos não acautelem os interesses de um dos cônjuges ou quando os mesmos não se conformam com a decisão do Ministério Público relativamente às alterações ao exercício das responsabilidades parentais.

4.2 Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges

Há que ter em conta a alteração terminológica que se deu, já que se passou do divórcio litigioso ao divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. Esta alteração deriva da influência dos princípios da *Comission on European Family Law*, que acentuaram a desdramatização do divórcio.

O divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges é requerido em tribunal, por um deles contra o outro.

Há sempre uma tentativa de conciliação, sendo que quando não resulta se procura obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento, nos termos do artigo 1779.º do CCiv ²²⁶.

Contrariamente ao que acontece no divórcio por mútuo consentimento, que é um divórcio de “causa oculta”, no divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges há uma motivação, visto que não se consagra um divórcio a pedido. Existem factos que justificam a dissolução do vínculo matrimonial mesmo sem a vontade do outro cônjuge nesse sentido. São fundamentos de divórcio os previstos no artigo 1781.º do CCiv:

- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando a mesma dure por período superior a um ano e, pela sua gravidade, comprometa a vida em comum;

²²⁵ Cfr. 931.º n.º 7 do CCiv.

²²⁶ Cfr. João Queiroga Chaves, *Casamento, divórcio e união de facto*, Quid Iuris, 2.ª Edição, 2010, p. 202.

- c) A ausência, sem que do ausente haja qualquer notícia, por período superior a um ano;
- d) Quaisquer outros factos que mostrem a ruptura definitiva do casamento, independentemente da culpa dos cônjuges;

Anteriormente à Lei n.º 61/2008, a culpa relevava de um modo diferente no âmbito do divórcio, sendo pressuposto do pedido de divórcio que houvesse violação culposa dos deveres conjugais, sendo também critério de determinação de consequências patrimoniais. Com esta Lei, eliminou-se a culpa como fundamento de divórcio, pelo que deixa de ser um divórcio essencialmente assente em causas subjectivas, baseadas na culpa, em que era previsto o sistema do divórcio-sanção. Continua a ser um divórcio com causa mas são estas objectivas, não assentes na culpa, consagrando-se, assim, um sistema misto entre divórcio-ruptura e divórcio-remédio. Na cláusula geral da alínea d) cabe a alegação da violação dos deveres conjugais, devendo ser demonstrada a impossibilidade de manter vida em comum ²²⁷. É, no fundo, um modelo em que se conhecem culpas mas não se declaram ²²⁸.

4.3 Efeitos do divórcio

Com o divórcio a consequência imediata é a dissolução do casamento, cessando, com efeitos *ex nunc*, os efeitos da relação conjugal, sem prejuízo dos que já foram produzidos ²²⁹.

Relativamente aos efeitos pessoais, extinguem-se os deveres de coabitação, cooperação, respeito (enquanto dever positivo) e fidelidade *supra* referidos. Permanece o dever de respeito enquanto dever de carácter geral, bem como a eventual prestação de alimentos, compreendida no dever de assistência ²³⁰. Relativamente ao nome, o cônjuge

²²⁷ Com esta cláusula geral o tribunal ganha uma maior margem de apreciação, e uma necessidade acrescida de fundamentação, acerca dos factos que mostram uma efectiva ruptura do casamento.

²²⁸ A respeito do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges foram tidos em conta os ensinamentos de Rosa Martins, professora na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Paulo Guerra, Juiz Desembargador e Docente do CEJ, proferidos no Curso breve de Pós-Graduação em Divórcio, já mencionada *supra*.

²²⁹ Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 665.

²³⁰ A respeito do dever de alimentos, ter em conta o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Setembro de 2013, processo n.º 13588/13.7T28NT-1, no sentido de que não basta a necessidade de alimentos do cônjuge que os solicita, dado que este tem que prover à

que adoptou nome do outro pode conservá-lo se este consentir ou na eventualidade de o Conservador ou o Juiz entenderem que há motivo ponderoso para tal. Cessa, nos termos legalmente previstos, a presunção de paternidade em favor do marido da mãe ²³¹. Dissolvido que está o casamento, os divorciados podem casar novamente, extinto que está o impedimento à celebração de novas núpcias.

Quanto aos efeitos patrimoniais, há que ter em conta, mais atentamente, o disposto no artigo 1789.º do CCiv, nos termos do qual o divórcio tem os mesmos efeitos da dissolução por morte, que se produzem a partir do trânsito em julgado da sentença mas retrotraem à data de propositura da acção, relativamente às relações patrimoniais entre os cônjuges.

Ora, o facto de o divórcio produzir efeitos semelhantes aos da dissolução por morte sofre várias excepções ²³², como se pode apontar a forma como se faz a partilha dos bens, uma vez que no divórcio nenhum cônjuge pode receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime de comunhão de adquiridos ²³³, enquanto na dissolução por morte a partilha se faz seguindo o regime de bens vigente, mesmo que seja o da comunhão geral de bens. Outra excepção é o facto de o divorciado não ser herdeiro legítimo ou legitimário, contrariamente ao que sucede ao cônjuge sobrevivente não divorciado ²³⁴. Os efeitos relativamente à casa de morada de família são também diferentes, uma vez que o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário quando lhe sobreviva o cônjuge ²³⁵: com o divórcio, o destino da casa de morada de família, sendo arrendada, é decidido por acordo, podendo haver concentração num dos cônjuges ou transmissão; sendo a casa de morada de família um bem próprio de um dos cônjuges ou um bem comum, o tribunal pode dá-la de arrendamento a qualquer um deles a seu pedido, tendo em conta as suas necessidades e o interesse dos eventuais filhos do casal.

sua subsistência, sendo que não se provando que a Autora procurou activamente emprego para se sustentar, não lhe devem ser concedidos alimentos.

²³¹ Artigo 1826.º do CCiv.

²³² Artigo 1788.º do CCiv.

²³³ Artigo 1790.º do CCiv.

²³⁴ Artigo 2133.º n.º 1 a) e 2157.º do CCiv.

²³⁵ Cfr. a este respeito os artigos 1105.º e 1793.º, relativos à dissolução por divórcio, e os artigos 1106.º e 2103.º-A do CCiv, quanto à dissolução por morte.

Outro efeito patrimonial é que com o divórcio cada um dos cônjuges perde os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior ou posterior à celebração do casamento, tal como dispõe o artigo 1791.º do CCiv.

Instituto diferente é o previsto no artigo 1792.º do CCiv, relativo à reparação de danos pedida por um cônjuge contra o outro, a qual é feita nos termos gerais da responsabilidade civil, nos tribunais comuns ²³⁶.

Outra consequência deriva do artigo 1676.º n.ºs 2 e 3 do CCiv, nos termos do qual se um dos cônjuges contribuir para os encargos da vida familiar de forma consideravelmente superior, dado ter renunciado excessivamente à satisfação dos seus próprios interesses em prol da vida em comum, daí resultando prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito a exigir do outro, no momento da partilha, a correspondente compensação.

O principal efeito patrimonial do divórcio, sendo também ele gerador de um grande número de discórdias nos processos de divórcio, é a partilha dos bens, já referida de modo breve *supra*. Ora, havendo acordo quanto à partilha, esta irá ser efectuada extrajudicialmente em escritura pública notarial. Estando em causa um divórcio por mútuo consentimento ²³⁷ há que notar a existência do Balcão da Herança e Divórcios com Partilha do Património Conjugal, tal como disposto no DL n.º 324/2007, de 28 de Setembro, pelo que se procederá à partilha nos termos dos artigos 272.º-A a 271.º-C do CRC. Não havendo acordo quanto à partilha há que recorrer ao processo de inventário ²³⁸. Este processo é da competência dos cartórios notariais, a escolha dos interessados, sendo que o juiz mantém controlo geral do processo ²³⁹. Começa com a apresentação do requerimento pelos

²³⁶ De notar que quando o fundamento do divórcio tenha sido a alteração das faculdades mentais por período superior a um ano, há um dever de reparar os danos não patrimoniais ao cônjuge portador da dita alteração (1792.º n.º 2 do CCiv). Portanto, será preferível requerer o divórcio, nesses casos, com base na separação de facto por período superior a um ano, se verificados os respectivos pressupostos, não se verificando assim o dever de reparação de danos.

²³⁷ Cfr. Artigo 1775.º do CCiv.

²³⁸ Regulado pela Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, que identifica como função do inventário o colocar um termo à comunhão de bens entre os cônjuges, tal como dispõe o artigo 2.º n.º 3.

²³⁹ Cfr. João Queiroga Chaves um quadro em jeito de síntese, que de forma breve esquematiza os diversos efeitos patrimoniais, presente na obra *Casamento, divórcio e união de facto*, Quid Iuris, 2.ª Edição, 2010, pp. 208 e 209.

interessados na partilha ²⁴⁰, havendo posteriormente marcação de uma audiência dos interessados ²⁴¹, destinada à adjudicação dos bens. Cumpridas as formalidades previstas há lugar ao despacho sobre a forma de partilha ²⁴².

²⁴⁰ Artigos 4.º n.º 1 a) e 6.º n.º 1 da Lei n.º 23/2013.

²⁴¹ Artigos 49.º e ss.

²⁴² Artigos 57.º e ss.

Capítulo III

Planeamento fiscal no âmbito das relações jurídicas familiares

5. Possibilidade de planeamento fiscal no âmbito das relações jurídicas familiares

Vimos já o conceito de planeamento fiscal, bem como a sua delimitação face à evasão e fraude fiscais, tendo em conta as várias posições doutrinárias e tomando em conta algumas decisões jurisprudenciais sobre o tema. Ficou clara a admissibilidade do planeamento fiscal, pelo que é um instrumento que os contribuintes podem utilizar de modo a conseguir, dentro do quadro e do espírito da lei, uma situação fiscal mais favorável. Portanto, podem as empresas, assim como os particulares, levar a cabo actos de planeamento, tendo consciência dos limites para o que já será um comportamento ilícito, pelo que é relevante analisar comportamentos que em concreto se afiguram lícitos ou que já ultrapassam a barreira do admissível.

Relativamente às empresas, vários são os estudos acerca deste tema, dada a importância do planeamento fiscal no âmbito do desenvolvimento empresarial. Porém, o planeamento fiscal não é um fenómeno exclusivo das empresas, também os particulares, em particular as famílias, ao verem-se confrontados com conjunturas de aumento de impostos, procuram aliviar essa carga fiscal, pelo que é relevante explorar quais os actos de planeamento fiscal que podem levar a cabo.

Vimos já as principais características e regulamentação de variadas relações familiares, pelo que estamos em condições de perceber como se intercalam estas com o planeamento fiscal.

5.1 O casamento e a união de facto como forma de obter um regime fiscal mais favorável

5.1.1 Considerações prévias

Vimos já o conceito e o regime legal a que estão sujeitos o casamento e a união de facto. Importará agora ter em conta duas questões: por um lado, perceber se a imposição do regime da tributação conjunta para os casados, vigente até à Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, enquanto os unidos de facto tinham poder de opção entre a tributação conjunta ou a separada, não levantaria problemas, nomeadamente ao nível do princípio da igualdade, apreciando se a solução tomada com essa Lei foi a mais acertada; por outro lado, importará perceber como pode operar o planeamento fiscal neste campo, ou seja, em que situações será mais favorável a tributação separada ou a conjunta.

Convém mencionar desde já que há dois grandes modelos de tributação do agregado familiar em sede de imposto sobre o rendimento: o modelo da tributação separada e o da tributação conjunta. No primeiro, cada membro do agregado familiar é tributado individualmente pelos seus próprios rendimentos, assentando a determinação da matéria colectável em bases individuais. Na tributação conjunta, os rendimentos dos membros do agregado são acumulados para determinar a matéria tributável, aparecendo a família como unidade de composição, havendo que referir que há diferentes modalidades de tributação conjunta, dependentes quer da própria concepção de família e sua amplitude, quer da opção pelo método unitário, em que se verifica uma acumulação pura e simples, ou de métodos *per capita*, sendo que dentro destes últimos se distinguem o método do *splitting*, em que o rendimento do casal se divide por dois para determinar a taxa aplicável, multiplicando-se de seguida por dois para determinar o imposto devido, e o método do quociente familiar, o modelo tipicamente francês, em que se divide o rendimento familiar por um número determinado tendo em conta componentes do agregado familiar, aplicando-se a taxa e multiplicando-se depois pelo mesmo número para obter o imposto devido ²⁴³. Podemos adiantar que em Portugal, vigorou até ao final do ano de 2014 o método do *splitting*, tendo havido uma alteração no sentido de introduzir o método do quociente familiar.

²⁴³ A este respeito, João Menezes Leitão, *Tributação separada da Família e Relevância das Uniões de Facto nos Sistemas Fiscais da Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido*, Ciência e Técnica Fiscal, N.º 396, Out.-Dez. 1999, pp. 193 a 196.

5.1.2 Obrigatoriedade da tributação conjunta no casamento

Nos termos do artigo 13.º n.º 1 do CIRS, na versão anterior à Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, eram sujeitos passivos de IRS ²⁴⁴ as pessoas singulares que residam em território nacional, bem como aquelas que apesar de não residirem nele cá obtenham rendimentos. Dispunha o n.º 2 do mesmo artigo que no caso de existir agregado familiar o imposto era devido pelo conjunto dos rendimentos das pessoas que o constituem, considerando-se que é sujeito passivo aquela a quem compete a sua direcção. Ora, os cônjuges constituíam um agregado familiar nos termos do n.º 3, e eram tributados conjuntamente.

Abstraindo-nos para já do carácter benéfico ou prejudicial da tributação conjunta no que respeita à obtenção de uma poupança fiscal, algumas considerações importa tecer acerca da tributação conjunta no casamento.

A questão da tributação conjunta dos cônjuges sempre se afigurou problemática, sendo exemplo disso a tributação a título do, anteriormente designado, imposto complementar ²⁴⁵, instituída nos anos 20, em que os rendimentos do agregado familiar eram tributados na figura do chefe de família, o que violava, segundo HEINRICH EWALD HÖRSTER, o princípio da igualdade ao discriminar casados de não casados e de unidos de facto, além de que estabelecido que estava o sistema de tributação individual, isto confrontava com o facto de os rendimentos do agregado serem imputados ao chefe de família, a mulher não seria sujeito passivo, acusações que não são menos graves pela previsão de isenções e deduções ao chefe de família ²⁴⁶. O que acontecia, na verdade, era que se tributava apenas o chefe de família, nem era o agregado familiar, e os efeitos desta tributação sobre a progressividade do imposto complementar estão à vista. “E assim pode ser preferível – sob aspectos fiscais, bem entendido – as pessoas viverem juntas sem serem casadas, juntando os seus rendimentos mas pagando o imposto complementar separadamente. Estamos, portanto, em face de uma discriminação fiscal da família,

²⁴⁴ O IRS é um imposto pessoal, tendencialmente progressivo, que incide sobre o valor anual dos rendimentos nos termos do artigo 1.º do CIRS, e que tem em conta as necessidades e rendimentos do agregado, o que se demonstra através das deduções à colecta.

²⁴⁵ Que incidia sobre o rendimento global das pessoas singulares, sendo considerado um imposto de sobreposição.

²⁴⁶ Tal como indica Heinrich Ewald Hörster, *Contra a tributação conjunta dos cônjuges para efeitos do imposto complementar*, Revista de Direito e Economia, Ano IV, n.º 1, Jan./Jun. 1978, pp. 478 e 479.

baseada no casamento, em comparação com as «uniões de facto» e com as pessoas solteiras»²⁴⁷.

Ultrapassada que está a tributação na figura do chefe de família, importa ver como se processa a tributação conjunta dos cônjuges. Vimos já ao abrigo do artigo 13.º da anterior versão do CIRS quem é o sujeito passivo. De referir que com a Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, se verificaram alterações nesta matéria, pelo que o imposto passa a ser apurado individualmente em relação a cada cônjuge ou unido de facto, a menos que se opte pela tributação conjunta, caso em que o imposto é devido pela soma dos rendimentos das pessoas que constituem o agregado, sendo sujeito passivo aquele a quem incumbe a sua direcção. Portanto, diferentemente do que acontecia até 2014, os contribuintes sejam eles casados ou unidos de facto passam a ser tributados separadamente, podendo optar por ser tributados conjuntamente. Quanto às uniões de facto, reguladas no artigo 14.º do CIRS, de destacar que a existência de identidade de domicílio fiscal dos sujeitos passivos durante dois anos, e durante o período de tributação, faz presumir existência de união de facto quando esta seja invocada pelos sujeitos passivos.

Há que fazer uma breve referência à incidência real, retirando-se dos artigos 1.º a 11.º do CIRS que o IRS incide sobre o valor anual dos rendimentos neles previstos por categorias. Segue-se a determinação da matéria colectável (artigos 22.º e ss), no âmbito da qual se podem identificar diferentes operações²⁴⁸:

- 1) Apuramento do rendimento líquido de cada categoria, que se obtém com a subtracção ao rendimento bruto das deduções específicas da categoria correspondente;
- 2) Apuramento do rendimento global líquido, através do englobamento dos rendimentos das várias categorias (artigo 22.º);
- 3) Apurar o quociente familiar (nos termos do artigo 69.º do CIRS), e não apenas o quociente conjugal que se conseguia através da divisão por dois do rendimento colectável, de modo a encontrar a taxa aplicável ao rendimento colectável (artigo 68.º). Com a Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, estando em causa sujeitos passivos

²⁴⁷ Cit. Heinrich Ewald Hörster, *Decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha acerca da inconstitucionalidade da tributação conjunta dos cônjuges (conforme o regime do § 26 do EINKOMMENSTEUERGESETZ 1951)*, Revista de Direito e Economia, Ano III, n.º1, Jan./ Jun. 1977, pp. 505 e 506.

²⁴⁸ José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Almedina, 6.ª Edição, 2010, pp. 548 e ss.

casados e não separados judicialmente de pessoas e bens ou unidos de facto, as taxas fixadas no artigo 68.º aplicáveis serão, no caso de opção pela tributação conjunta, as correspondentes ao rendimento coletável dividido pela soma de dois com o produto de 0,3 pelo número de dependentes que integram o agregado familiar e de ascendentes, e no caso de tributação separada, as taxas correspondentes ao rendimento coletável dividido pela soma de um com o produto de 0,15 pelo número de dependentes que integram o agregado familiar e de ascendentes.

4) Efectuar as possíveis deduções à colecta (artigo 78.º).

A operação que referimos em terceiro lugar pode considerar-se englobada no âmbito da protecção fiscal da família ²⁴⁹ / ²⁵⁰, que se traduz na não discriminação dos contribuintes casados face aos solteiros. Visa, essencialmente, neutralizar os efeitos da tributação conjunta. Por um lado, tal sucede por via da intangibilidade do mínimo de existência e da previsão de deduções à colecta; por outro, é uma consequência da previsão do *splitting* ou quociente conjugal, que vigorou até 2014 ²⁵¹ / ²⁵². SUZANA TAVARES DA SILVA considera que a anterior previsão do *splitting* não era suficiente para neutralizar a tributação conjunta, que considera penalizadora dos sujeitos passivos ²⁵³.

CASALTA NABAIS entende que a discriminação da família não é um efeito necessário nem exclusivo da tributação conjunta, pelo que defender uma determinada técnica de tributação em prol da protecção da família não será um argumento válido ²⁵⁴.

Entendemos que apesar dos esforços tendentes à neutralização dos efeitos da tributação conjunta, essa finalidade não foi plenamente alcançada, mas a previsão dos

²⁴⁹ Enquadrada constitucionalmente nos artigos 67.º n.º 2 f) e 104.º n.º 1; cfr. artigo 6.º n.º 3 da LGT. A protecção da família resultante destes preceitos não impõe, na óptica de José Casalta Nabais, a utilização dos impostos como forma de favorecimento, apesar de tal poder ser feito, visando proibir a discriminação desfavorável dos contribuintes casados face aos solteiro ou dos que têm filhos face aos que não têm, cfr. José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, p. 525.

²⁵⁰ A este respeito José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, pp. 524 e ss.

²⁵¹ Artigo 69.º do CIRS.

²⁵² José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, pp. 153 e ss.

²⁵³ Suzana Tavares da Silva, *Alguns aspectos da tributação do rendimento das pessoas singulares*, Sumários desenvolvidos disponíveis em: http://apps.uc.pt/mypage/files/fd_stavares/535 (consultado a 29-11-2014).

²⁵⁴ José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, pp. 529 a 533.

referidos instrumentos trouxe melhorias significativas. De referir que a introdução do quociente familiar permitiu efectivar a protecção fiscal da família.

A imposição do regime de tributação conjunta aos sujeitos passivos casados parecia-nos violadora do princípio da igualdade ²⁵⁵, uma vez que os unidos de facto, podiam, tal como iremos ver, optar pelo regime de tributação. Verificava-se ainda uma violação do princípio da neutralidade fiscal relativamente ao matrimónio, que abordaremos *infra*.

Tendo em conta esta problemática, vendo as posições doutrinárias que se afirmam contra a tributação conjunta ²⁵⁶ e as soluções dadas em alguns ordenamentos jurídicos, considerava-se há muito que seria positiva a consagração do modelo da tributação conjunta não obrigatória, não se discriminando assim entre casados e unidos de facto e não havendo influência do ponto de vista da neutralidade fiscal, facultando-se uma forma de as famílias escolherem o modelo de tributação que melhor se ajusta à sua situação, com o fim de obter uma poupança fiscal. Tendo em conta as consequências em sede de responsabilidade solidária pelas dívidas dos cônjuges é também o melhor caminho. Isto é já uma realidade em diferentes países da OCDE desde os anos 70, sendo que em vários vigora um sistema de tributação separada, como são exemplo a Itália e o Reino Unido ²⁵⁷.

A consagração do modelo da tributação separada no nosso ordenamento jurídico teve lugar com a Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, passando a regra a ser a da tributação separada dos casados ou unidos de facto, podendo haver opção pela tributação conjunta se os cônjuges ou unidos de facto fizerem essa escolha ²⁵⁸. É de aplaudir tal solução, em que finalmente se põe um termo à situação de desigualdade que se verificava

²⁵⁵ Plasmado no artigo 13.º da CRP.

²⁵⁶ Não só no nosso país mas também noutros ordenamentos jurídicos. MARJORIE KORNHAUSER afirmou-se também contra a tributação conjunta, invocando que a tributação separada seria mais realista, no sentido em que acaba com situações em que famílias que deveriam ser tributadas conjuntamente podiam não o ser e as que o deveriam ser, não o seriam, reconhecendo a dificuldade de implementar um sistema que permitisse perceber quando deveria, na verdade, haver lugar a tributação conjunta. Considera que a tributação separada, sem ser perfeita, é mais igualitária e consistente no sentido em que promove um tratamento igual entre os contribuintes e é a que melhor se articula com os princípios chave do sistema jurídico que colocam o contribuinte enquanto pessoa individual e que tem rendimentos próprios e que por eles deve ser tributado - cfr. Antony C. Infanti / Brigdet J. Crawford, *Critical Tax Theory - An Introduction*, Cambridge, 2009, pp. 221 e 229.

²⁵⁷ João Menezes Cordeiro, *Tributação separada da Família e Relevância das Uniãoes de Facto nos Sistemas Fiscais da Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido*, Ciência e Técnica Fiscal, N.º 396, Out.-Dez. 1999, p. 220.

²⁵⁸ Cfr. artigo 13.º n.º 2 do CIRS com a redacção dada pela Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro.

entre casados e unidos de facto, facultando-se a ambos a possibilidade de exercer o direito ao planeamento fiscal, escolhendo o regime de tributação que se afigure mais favorável, o que demonstra a importância do planeamento neste âmbito.

5.1.3 A opção pela tributação conjunta ou separada na união de facto

Quando os contribuintes vivem numa situação análoga à dos cônjuges, ou seja, quando vivem em união de facto, a tributação a que ficavam sujeitos a título de IRS era feita em moldes diferentes ²⁵⁹.

Foi com o anterior regime legal da Lei n.º 135/99, que se fez a previsão da aplicação do regime dos sujeitos passivos casados aos unidos de facto, nos termos do artigo 14.º-A do CIRS ²⁶⁰.

Dispunha o artigo 14.º n.º 1 do CIRS, anteriormente à Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, que as pessoas que vivam em união de facto, nos termos da sua lei reguladora ²⁶¹, podiam optar pelo regime da tributação conjunta, pelo que se retira que podiam optar por ser tributados separadamente. O n.º 2 fazia depender a tributação conjunta da identidade de domicílio fiscal dos sujeitos passivos ²⁶² durante os dois anos exigidos para o reconhecimento da união de facto, bem como da assinatura por ambos da declaração de rendimentos.

²⁵⁹ Até à Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro.

²⁶⁰ Laécia Ferro Rodrigues, *A união de facto e o casamento: equiparação ou diferença?*, Tese de Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 35 e 36.

²⁶¹ Tal como vimos *supra* aquando do reconhecimento e prova da união de facto.

²⁶² A questão do domicílio fiscal foi discutida nos Tribunais Administrativos e Fiscais, tendo já sido objecto de recurso, pelo que se deve referir o Acórdão n.º 04550/11 do Tribunal Central Administrativo do Sul, no qual se aborda uma situação de união de facto e o preenchimento do pressuposto do domicílio fiscal comum. Exemplificando, o facto de um dos membros unidos de facto ser professor e por esse facto os unidos de facto não terem morada idêntica durante toda a semana, com motivação assente no cumprimento das obrigações laborais, não é facto suficiente para se afirmar não estar preenchido o referido pressuposto do domicílio comum. O conceito de domicílio fiscal consta do artigo 19.º da LGT, onde se refere que aquele para as pessoas singulares é o local da residência habitual e que há obrigação de comunicação do mesmo à administração tributária. Ora, mesmo não estando juntos em permanência há uma residência habitual comum. E tal como considera ALBERTO XAVIER, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I, Manuais da FDL, 1974, p. 393, o domicílio mencionado é um domicílio especial que se refere a um lugar determinado para o exercício de direitos e o cumprimento dos deveres previstos nas normas tributárias.

Optando os unidos de facto pela tributação conjunta aplicava-se o disposto no artigo 13.º n.º 2 do CIRS, ou seja, o regime *supra* explicitado para os sujeitos passivos casados. Optando pela tributação separada, não havia lugar à aplicação do quociente conjugal, cada um era tributado pelos seus rendimentos, separadamente.

Sem prejuízo das críticas que já tecemos acerca do regime da tributação conjunta, a questão da vantagem que afigura em concreto a escolha do método de tributação, por se tratar de averiguar qual a forma que permite uma situação fiscal mais favorável será tratada *infra*. Cabe agora perceber se esta diferença de regime que existia entre os casados e os unidos de facto não colidia com o princípio da igualdade.

Ora, verificava-se claramente uma discriminação dos casados por não terem direito de escolha do regime de tributação ²⁶³ e conseqüente limitação das possibilidades de planeamento fiscal. Parece-nos que se levantava uma situação de violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, pois estava-se a prejudicar o sujeito passivo casado em função de uma base ideológica e religiosa. Ideológica porque a decisão de casar ou viver em união de facto passa por um conjunto de ideias acerca da vida em conjunto, da própria concepção do indivíduo acerca da vida com o outro e com a sociedade. Religiosa porque o casamento católico tem por base uma convicção religiosa, aquelas pessoas enquanto devotos a uma religião não viveriam em plena consciência com as suas crenças se optassem pela união de facto, vendo no casamento a forma de assumir plenamente a comunhão de vida, mas ficavam obrigatoriamente vinculadas a um regime de tributação conjunta.

Alguns autores levantam também a questão da violação do princípio da neutralidade fiscal, pois os sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens eram prejudicados face aos demais, mas retomaremos este assunto *infra*.

Alguns autores defendiam que o direito concedido aos sujeitos passivos unidos de facto deveria ser atribuído aos casados, eliminando-se essa desigualdade ²⁶⁴. Em 2009, um grupo coordenado por ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS e ANTÓNIO M. FERREIRA MARTINS recomendou isto mesmo no “Relatório do grupo para o Estudo da Política

²⁶³ Revela a mesma censura por esta opção José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 6.ª Edição, Almedina, 2010, pp. 155 e 156.

²⁶⁴ Neste sentido, Helena Mota, *O problema normativo da família*, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23945/2/2723.pdf> (consultado a 30-11-2014).

Fiscal – Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal, em que se mencionou ser aconselhável a introdução, com a maior urgência, do regime de tributação separada dos casados, pois a situação actual era inconstitucional ²⁶⁵. A medida tornaria, por isso, o sistema de IRS mais igualitário entre pessoas casadas e em união de facto. O grupo refere também que a adopção desta solução resolve a situação dos casados sob o regime de separação, obrigados a entregar a declaração em conjunto. Recorde-se que a medida é já uma realidade em quase todos os países da União Europeia, sendo poucos os que discriminam entre casados e unidos de facto ²⁶⁶.

Com a Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, também Portugal fez parte dos ordenamentos que prevêm a possibilidade de os cônjuges e os unidos de facto serem tributados separadamente, apenas o sendo conjuntamente se nesse sentido o declararem, não existindo desigualdade entre casados e unidos de facto.

No país vizinho a união de facto é designada por *unión de hecho* ou *pareja de hecho*, tendo o mesmo sentido que lhe é atribuído no nosso ordenamento jurídico. Várias foram as Comunidades Autónomas que regularam os efeitos fiscais da união de facto, como são exemplo a Andalúcia ²⁶⁷ ou Madrid ²⁶⁸. As uniões de facto foram equiparadas ao casamento para efeitos fiscais em vários impostos como o Imposto sobre Sucessões e Doações pela maioria das Comunidades Autónomas ²⁶⁹, isto para efeito de aplicação dos benefícios fiscais previstos pelas Comunidades, e não para efeitos de legislação estadual ²⁷⁰. Relativamente ao IRS, em Espanha designa-se por *Impuesto sobre la Renta de las*

²⁶⁵ Tal como é mencionado na Recomendação n.º 1/A/2013 do Provedor de Justiça, nota 20, disponível em: <http://www.provedor-jus.pt/?action=5&idc=67&idi=15162> (consultado a 30-11-2014).

²⁶⁶ Tal como se retira do artigo de Paula Cravina de Sousa, *Preencher a declaração de IRS em conjunto ou em separado?*, disponível em: http://economico.sapo.pt/noticias/preencher-a-declaracao-de-irs-em-conjunto-ou-em-separado_98772.html (consultado a 30-11-2014).

²⁶⁷ *L Andalucía 5/2002 de Parejas de Hecho de Andalucía*, disponível em <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2002/153/3> (consulta efectuada em 24-01-2015).

²⁶⁸ *L Madrid 11/2001 de Uniones de Hecho*, disponível em: <http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=480&cdestado=P> (consultado em 24-01-2015); *D. Madrid 134/2002, que aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid*, disponível em: <http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=3095&cdestado=P> (consulta efectuada em 24-01-2015).

²⁶⁹ Em Portugal a equiparação entre o casamento e a união de facto não se verifica a nível do Imposto sobre Sucessões e Doações, tal como indica Laëticia Ferro Rodrigues, *A união de facto e o casamento: equiparação ou diferença?*, Tese de Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010, p. 36.

²⁷⁰ A respeito deste tema cfr. Elena Alberdi Alonso / Pedro Irigoyen Barja, *Memento experto: Fiscalidad de las parejas (Regímenes económico-matrimoniales, de comunidad y uniones de hecho)*, Ediciones Francis Lefebvre, 2012, pp. 9 a 11.

Personas Físicas, regulado pela *Ley 35/2006, de 28 de noviembre*. Os cônjuges podem fazer a declaração desse imposto de forma conjunta ou individual, não tendo os unidos de facto a mesma opção, tal como resulta dos artigos 82. e 83. da referida lei. Não vigora portanto em Espanha o modelo da tributação conjunta obrigatória para os cônjuges ²⁷¹.

Já em Itália, a questão da diferença de regime na tributação dos casados e dos unidos de facto não se coloca, uma vez que o modelo vigente desde a reforma dos anos 70 é o da tributação individual em sede de *IRPEF*, não havendo lugar à tributação conjunta das famílias ou aplicação do mecanismo do *splitting*. “*Nel vigente ordinamento tributario italiano è ormai consolidato il principio secondo cui la famiglia non costituisce autonomo soggetto d’imposta, ed è codificata – dalla seconda metà degli anni ’70 – la regola in base alla quale i redditi prodotti dai coniugi vanno tassati separatamente*” ²⁷². Tal consagração do modelo de tributação separada surgiu no decorrer da decisão do Tribunal Constitucional italiano, sentença n.º 179, de 15 de Julho de 1976, em que o Tribunal considerou ilegítimo o cúmulo de rendimentos puro e simples, dada a violação do princípio da capacidade contributiva, da igualdade e da tutela da família ²⁷³.

5.1.4 Possibilidades de planeamento fiscal na escolha do regime de tributação e sua admissibilidade

A escolha do regime de tributação na união de facto e no casamento pode, na realidade, levar à obtenção de alguma poupança fiscal, pelo que se abrem aqui possibilidades de planeamento fiscal neste campo, uma vez que a opção pelo regime de tributação não contorna qualquer imperativo legal ou tão pouco viola directamente algum.

Podem os sujeitos passivos casados e unidos de facto, os primeiros apenas com as alterações introduzidas pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro, apurar se lhes é mais

²⁷¹ João Menezes Cordeiro, *Tributação separada da Família e Relevância das Uniões de Facto nos Sistemas Fiscais da Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido*, Ciência e Técnica Fiscal, N.º 396, Out.-Dez. 1999, pp. 209 a 214.

²⁷² Sabrina Mannarelli, *Il trattamento fiscale della famiglia in italia ed in europa. il fondo patrimoniale come sistema di splitting dei redditi*, disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ES0M6oEOLBMJ:https://www.docenti.unina.it/downloadPub.do%3FtipoFile%3Dmd%26id%3D389083+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt> (consultado a 30-11-2014).

²⁷³ João Menezes Cordeiro, *Tributação separada da Família e Relevância das Uniões de Facto nos Sistemas Fiscais da Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido*, Ciência e Técnica Fiscal, N.º 396, Out.-Dez. 1999, pp. 202 a 207.

favorável apresentar a declaração separadamente ou em conjunto. Para tal, há que comparar a taxa de imposto de cada um dos elementos do casal. Na entrega conjunta até 2014, procedia-se à aplicação do chamado quociente conjugal – *splitting*^{274/ 275} - que levava a que o rendimento de ambos fosse somado e depois dividido por dois. Com as alterações introduzidas pela Lei 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, há lugar à aplicação do quociente familiar, em que para calcular a taxa aplicável se divide o rendimento coletável pela soma de dois com o produto de 0,3 pelo número de dependentes que integram o agregado familiar e de ascendentes. O resultado deste cálculo influencia directamente a taxa de imposto a aplicar aos rendimentos do casal e é decisivo para se saber que tipo de entrega é mais favorável. De notar que o quociente familiar tem em conta de forma mais realista as necessidades do agregado familiar.

Quando ambos os contribuintes estão sujeitos à mesma taxa de imposto, à partida, não haverá vantagem na entrega conjunta. Já quando a taxa de imposto a aplicar a um dos contribuintes na declaração individual for, no mínimo, dois escalões mais alta do que a que seria aplicada a ambos na declaração conjunta, a entrega conjunta será, em princípio, mais vantajosa. Portanto, quando um dos sujeitos passivos tiver rendimentos consideravelmente mais elevados do que o outro elemento do casal, pode verificar-se uma vantagem na escolha da tributação conjunta, uma vez que aquele que auferir um rendimento mais alto ficará sujeito a uma taxa mais baixa, verificando-se uma poupança fiscal.

Há outros factores que podem influenciar esta situação, como a totalidade das deduções à colecta ou o número de dependentes. Exemplificando, num casal com rendimentos idênticos, é indiferente a declaração onde incluem o filho. Já quando são muito desiguais, convém mencioná-lo na declaração de IRS do membro com rendimentos mais elevados.

²⁷⁴ Quanto ao sistema do *splitting* parcial, total e sistema do quociente conjugal ver artigo de Diogo Leite de Campos, *Tributação da Família: Carga Fiscal e inconstitucionalidade*, 1980, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/tribfamilia000.pdf> (consultado a 01-12-2014), que considera o sistema do quociente familiar como o que melhor de adapta à CRP, que aponta para o tratamento da família como unidade fiscal.

²⁷⁵ Sobre quociente conjugal e repartição familiar ver ainda o artigo de Diogo Leite de Campos, *A Tributação da Família em Portugal*, *Jornal Tributário*, n.º 23, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/81.pdf> (consultado a 01-12-2014).

Resulta então que quando os contribuintes têm rendimentos semelhantes, sujeitos à mesma taxa de imposto, não há, aparentemente, vantagem na entrega conjunta ²⁷⁶. Já quando há grande disparidade de rendimentos a opção pela tributação conjunta é mais favorável.

Contudo cada caso merece um tratamento concreto em busca da solução mais adequada, pelo que é aconselhável que os contribuintes façam simulações com os rendimentos respectivos, preferencialmente tendo em conta os factores adicionais referidos, para perceber qual é o tipo de tributação mais favorável ao caso concreto. Independentemente de qual seja o tipo de tributação mais favorável, consideramos positiva a consagração da possibilidade de opção por um tipo de tributação ou pelo outro, e vemos nessa consagração o reconhecimento da importância do planeamento fiscal neste âmbito.

5.2 Os divórcios fiscais

5.2.1 Considerações preliminares

A existência de dívidas fiscais, de que sejam devedores os dois cônjuges nos termos da lei que regula o imposto respectivo, leva a que ambos os cônjuges sejam considerados sujeitos passivos, solidariamente responsáveis pelo cumprimento da dívida tributária ²⁷⁷. O que alguns sujeitos passivos tendem a fazer, de modo a evitar a responsabilidade do outro cônjuge e do património de ambos é separarem-se ou divorciarem-se dos seus cônjuges, a quem deixam grande parte do património comum, chegando a transmitir o próprio, de modo a não ter bens que respondam pelas dívidas. Não obstante, continuam a viver com os ex-cônjuges em plena comunhão de vida, pelo que o divórcio não passou de um mero artifício para não pagar o imposto devido. Esta mesma realidade foi constatada por MARJORIE KORNHAUSER, ao analisar estudos empíricos que lhe permitiram concluir que vários casais apresentam contradições entre a situação real e a que revelam à sociedade e ao Fisco, nomeadamente por tentarem obter uma tributação

²⁷⁶ Havendo que atender a outras vertentes, tais como o número de dependentes e as deduções à colecta.

²⁷⁷ Artigo 21.º da LGT.

conjunta face a rendimentos ou bens que seriam individuais ou o inverso, tentando obter a tributação separada de rendimentos ou bens comuns ²⁷⁸.

Há que analisar as vantagens que os sujeitos passivos pretendem retirar daqui e avaliar a legitimidade de tal situação.

5.2.2 Vantagens fiscais

Iremos abordar as vantagens que podem advir da separação e do divórcio em matéria de IRS e de IVA.

Começando pelo IRS, há que ter em conta o disposto no artigo 13.º n.º 2 do CIRS, que dispõe que o imposto é apurado individualmente em relação a cada cônjuge ou unido de facto, a não ser que seja exercida a opção pela tributação conjunta. Ora, vamos focar a nossa atenção na situação que vigorava até agora, e que neste momento só se verifica se os contribuintes assim declararem – a tributação conjunta. Nesta forma de tributação um dos cônjuges vai responder por dívidas de IRS do outro. Mesmo vigorando o regime matrimonial da separação de bens verifica-se esta responsabilidade solidária ²⁷⁹, ou seja, o regime previsto no artigo 1695.º n.º 2 do CCiv não prevalece sobre a previsão da responsabilidade solidária por dívidas de IRS resultante do artigo 21.º n.º 1 da LGT ²⁸⁰. Porém, dispunha o artigo 59.º n.º 2 do CIRS que verificando-se uma situação de separação de facto, cada um dos cônjuges podia apresentar uma declaração de IRS em separado, levantando-se a dúvida se nesse período de separação, apresentando os cônjuges as declarações de rendimentos em separado, continuará a haver responsabilidade solidária ²⁸¹ pelas dívidas nos termos expostos. Inexistindo economia comum, não parece lógico, por um lado, aplicar a regra da responsabilidade do outro cônjuge pela dívida tributária, e neste mesmo sentido vai a Circular n.º 6/93, de 16 de Março da DGSI, onde consta que “na vigência da sociedade conjugal, com ressalva da situação de separação de facto em que

²⁷⁸ Cfr. Antony C. Infanti / Brigdet J. Crawford, *Critical Tax Theory - An Introduction*, Cambridge, 2009, p. 221.

²⁷⁹ Artigo 21.º da LGT.

²⁸⁰ Tal como ficou claro no Ac. do Tribunal Central Administrativo do Sul, processo n.º 04559/11, de 15/03/11.

²⁸¹ LILY KAHNG considera que a responsabilidade solidária, que tem por base a unidade conjugal, é uma mera ficção adoptada pelo legislador que tem repercussões negativas, no sentido que pode levar a soluções injustas e promover comportamentos fraudulentos – cfr. Antony C. Infanti / Brigdet J. Crawford, *Critical Tax Theory - An Introduction*, Cambridge, 2009, pp. 231 a 238.

seja exercida a opção pela apresentação de declaração de rendimentos separada, nos termos do n.º 2 do art. 59.º, ambos os cônjuges são sujeitos passivos do imposto”²⁸². Por outro lado, tal entendimento podia levar a comportamentos evasivos, isto porque os cônjuges passavam a invocar a separação de facto e a entregar separadamente as declarações de rendimento, sem que na verdade houvesse uma separação de facto, visando apenas conservar o seu património. Repare-se ainda que a separação de facto é um fundamento objectivo de divórcio, que chega a ser pedido tendo em vista evitar a responsabilidade do outro cônjuge e conservar o património de ambos. Ora, prejudicar aqueles que estão na verdade separados de facto e prosseguirão nomeadamente com os respectivos pedidos de divórcio, não parece também uma solução justa, devendo haver um mecanismo de protecção destas situações, até porque instituir apenas o divórcio como causa de cessação da responsabilidade é algo limitativo, o divórcio é o culminar de um processo longo de constatação da ruptura da comunhão de vida²⁸³, que pode assentar na própria separação de facto. Enquanto não se verificou a consagração de um sistema de tributação separada, teria sido útil limitar a amplitude da separação como possível limitação da responsabilidade solidária por dívidas tributárias, devendo a separação de facto configurar excepção à responsabilidade solidária quando devidamente provada através de documentos que com forte probabilidade mostram essa separação²⁸⁴. Com um sistema de tributação separada este problema já não se coloca nestes termos, pois optando pela tributação separada, os cônjuges já não são solidariamente responsáveis. Foi o que aconteceu com a Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, que ao introduzir a regra da tributação separada e possibilidade de opção pela conjunta, levou à alteração do mencionado artigo 59.º n.º 2, que deixa de referir a situação da separação de facto²⁸⁵.

Conexa com esta questão está outra, que é a das dívidas da responsabilidade de apenas um dos cônjuges. Este pode ser o caso de dívidas derivadas de IRS em que haja separação de facto, entregando os cônjuges as declarações em separado, pelo que a dívida é de apenas um deles. Ora, dispõe o artigo 220.º do CPPT que “Na execução para cobrança

²⁸² Aurelina Francisca Garcez Carvalho de Sousa, *A responsabilidade solidária dos cônjuges pelo cumprimento da dívida tributária*, Trabalho no âmbito do III Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006/2007, p. 14.

²⁸³ Vejamos por exemplos aqueles casos em que há prática de violência doméstica e a vítima não avança logo com o pedido de divórcio, mas em que já não se verifica uma vida em comum.

²⁸⁴ Como por exemplo facturas onde constam diferentes moradas.

²⁸⁵ Esta apenas é abordada no artigo 63.º, a respeito da sociedade conjugal.

de coima fiscal ou com fundamento em responsabilidade tributária exclusiva de um dos cônjuges, podem ser imediatamente penhorados bens comuns, devendo, neste caso, citar-se o outro cônjuge para requerer a separação judicial de bens, prosseguindo a execução sobre os bens penhorados se a separação não for requerida no prazo de 30 dias ou se se suspender a instância por inércia ou negligência do requerente em promover os seus termos processuais”. Eis um mecanismo de defesa do cônjuge não devedor, que permite a separação do património e uma salvaguarda deste, dentro da legalidade.

Postas estas possibilidades, verifica-se que os cônjuges dispõem de mecanismos próprios para protecção dos seus direitos, mas também é conhecido que usurpam de alguns destes direitos, nomeadamente quando na iminência de uma situação financeira e fiscal pouco confortável, simulam uma separação para aquando do momento de apuramento do imposto devido haja declarações em separado, sendo a dívida considerada própria, chegando mesmo a utilizar o divórcio para evitar que o património comum e até o próprio do cônjuge devedor vá responder pelas dívidas fiscais. Teceremos *infra* algumas considerações acerca da admissibilidade destes artifícios.

Em sede de IVA ²⁸⁶, o facto gerador e a exigibilidade do imposto ocorrem nos termos do artigo 7.º do CIVA, ou seja, nas transmissões de bens, o imposto é exigível, regra geral, no momento em que os mesmos são postos à disposição do adquirente, nas prestações de serviços, no momento da realização e nas importações no momento determinado pelas normas aplicáveis aos direitos aduaneiros, havendo que ter em conta a especificidade de haver obrigação de emitir factura, dado que nos termos do artigo 8.º do CIVA o imposto é exigível em diferentes condições.

Ora, não vigorando o regime da separação de bens entre os cônjuges, as dívidas contraídas no exercício do comércio presumem-se feitas em proveito comum do casal, tal como dispõe o artigo 1691.º n.º 1 d) e n.º 3 do CCiv e o artigo 15.º do CCom. Posto isto, se os cônjuges casarem em regime de comunhão geral de bens, ou vigorando entre eles o regime supletivo da comunhão de adquiridos ²⁸⁷, tem efeito a presunção de proveito

²⁸⁶ O IVA é um imposto de tributação geral do consumo, incidindo sobre bens materiais ou serviços, tal como resulta do preâmbulo do CIVA.

²⁸⁷ Daqui resulta que pode em vários aspectos ser benéfica a escolha do regime de bens que vigorará no matrimónio. Casando com um cônjuge comerciante, há interesse em que vigore o regime da separação de bens de modo a que não se estabeleça a referida presunção de proveito comum e como tal haja responsabilidade de ambos pelas dívidas contraídas.

comum resultante dos referidos artigos. Cabe referir que tal presunção é *iuris tantum*, pelo que pode ser ilidida. Não o sendo, a dívida será comum, pelo que por ela vão responder os dois cônjuges com os respectivos bens.

Casos há em que o cônjuge comerciante, de modo a prevenir os efeitos sobre o seu património próprio e comum, bem como sobre o património próprio do outro cônjuge, procede ao pedido de divórcio quando se avizinha uma situação fiscal desfavorável. Deste modo, o cônjuge não comerciante, no âmbito das partilhas, ficará com grande parte do património, sendo que a plena comunhão de vida se mantém, visando-se apenas evitar o funcionamento da presunção e a conseqüente responsabilidade de ambos pelo cumprimento da dívida tributária. Ilidir a presunção de proveito comum não é tarefa fácil, pois tem que ser demonstrado que houve uma ruptura, como uma separação de facto, reveladora de um não proveito do outro cônjuge dos rendimentos da actividade comercial do outro. Como tal, preventivamente, muitos comerciantes preferem recorrer ao divórcio exclusivamente com o fim de proteger o património, pois fica limitado aquele que irá responder pela dívida tributária, obtendo assim uma vantagem fiscal. Certo está que o pedido de divórcio tem que ser anterior à data de exigibilidade do imposto, pois se a referida presunção não for ilidida não se afasta a responsabilidade do outro cônjuge pela dívida ²⁸⁸.

5.2.3 (In)Admissibilidade do planeamento fiscal

A declaração de uma separação de facto como forma de conseguir a entrega separada da declaração de IRS e, conseqüentemente, a exclusão da responsabilidade de um dos cônjuges pelas dívidas tributárias, assim como o pedido de divórcio quando na verdade continua a haver uma plena comunhão de vida, visando-se apenas salvaguardar na pessoa de um dos cônjuges o património comum e o património do cônjuge devedor, são situações que visam, inequivocamente, obter poupança fiscal, pois não existindo património que responda pelas dívidas, verificar-se-á uma poupança fiscal, ilegítima claro está. Não

²⁸⁸ Se por um dívida existente antes do pedido de divórcio responder apenas um dos cônjuges, no inventário para separação de meações deve admitir-se o crédito deste, na respectiva proporção, tal como consta no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 10627/2007-2.

estamos aqui, portanto, perante actos de planeamento fiscal, mas de actos que consubstanciam artifícios que permitem obter poupança fiscal ilegítima.

Semelhantes conclusões se retiram a nível do IVA. Resulta do exposto que o divórcio é um mero artifício para afastar a responsabilidade do outro cônjuge e proteger o património, evadindo-se ao pagamento do imposto devido.

Podemos então dizer que, tanto na situação referida a nível de IRS como em sede de IVA, a *ratio* do divórcio não é esta: não é um instrumento que visa a simples separação de bens, mas que tem inerente a extinção da relação conjugal, com base em motivos legalmente definidos, como vimos *supra*. Está em causa o fim da plena comunhão de vida que unia os cônjuges, que ficam entre si desvinculados. Se aquilo que os contribuintes pretendem é a separação do património, têm um instrumento legalmente adequado para o efeito, que é o da simples separação judicial de bens, previsto nos artigos 1767.º e ss do CCiv²⁸⁹. Mas como aquilo que os cônjuges querem demonstrar é que já não se relacionam entre si enquanto marido e mulher, de modo a que a sociedade não os associe, optam logo por se divorciar, pois dessa forma revelam um corte mais radical das relações entre si. Porém, o uso do divórcio para este efeito é claramente um artifício abusivo.

Há que ver mais atentamente esta situação. Por um lado importa esclarecer se estamos perante uma simulação, e qual o enquadramento desta situação no nosso ordenamento. Por outro, iremos analisar se estamos perante uma situação de evasão fiscal e se estão preenchidos os pressupostos de aplicação da norma geral anti-abuso.

Importa perceber se o instituto da simulação tem aplicação nesta situação, ou seja, se há uma divergência entre a vontade e a declaração. Há que referir que a sua origem remonta à simulação prevista no artigo 240.º do CC, que dispõe como requisitos para a mesma o acordo entre o declarante e o declaratório, uma divergência entre a vontade e a declaração das partes e o intuito de enganar terceiros. No âmbito tributário a simulação é uma divergência entre a vontade e a declaração dos contribuintes, com o intuito de enganar o Fisco. É importante distinguir entre a simulação absoluta e a relativa: na primeira, a divergência entre a vontade e a declaração repousa sobre o negócio jurídico ou seu

²⁸⁹ Sendo requisito a existência de perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge, tal como disposto no artigo 1767.º do CCiv, podendo ser também pedida nos termos do artigo 1772.º, tendo como efeitos a partilha do património comum e a vigência do regime da separação de bens, tal como resulta do artigo 1770.º.

conteúdo, ou seja, quando tal divergência não tem por trás um outro negócio jurídico; é relativa quando a divergência pretende ocultar um negócio verdadeiramente pretendido pelas partes ²⁹⁰. Dispõe o artigo 39.º da LGT que a tributação vai recair sobre o negócio real e não sobre o simulado ²⁹¹. A celebração de um negócio jurídico simulado constitui um crime de fraude fiscal simples, nos termos do artigo 103.º n.º 1 al. c) do RGIT ²⁹² / ²⁹³. No caso de divórcio que tenha em vista, exclusivamente, extinguir a responsabilidade de um dos cônjuges pelas dívidas e efectuar uma partilha dos bens que prejudica o cumprimento das obrigações fiscais, mas mantendo os cônjuges a plena comunhão de vida que caracteriza o casamento, não há uma verdadeira divergência entre a vontade e a declaração, pois as partes declaram algo que pretendem, o fim de tal vontade e declaração é que é contrário à ordem jurídica.

Posto isto, estamos em condições de perceber que estamos perante um comportamento fiscalmente evasivo ²⁹⁴, uma vez que o divórcio, nas situações em análise, não passa de um meio artificioso, abusivo e anómalo para obter uma poupança fiscal. Verifica-se que estamos na presença de comportamentos através dos quais os contribuintes aproveitam de forma abusiva a lei, embora não violem directamente nenhum preceito, de modo a alcançar uma situação fiscal mais favorável.

Interessa então analisar se estão preenchidos os requisitos de aplicação da norma geral anti-abuso, prevista no artigo 38.º n.º 2 da LGT ²⁹⁵. Vejamos, é celebrado um negócio jurídico, que se dirige, directamente, à redução ou eliminação do pagamento de imposto, uma vez que o património a responder pelas dívidas fiscais vai ser diminuto. O meio utilizado para tal fim é claramente artificioso e fraudulento, já que o divórcio é um negócio jurídico desnecessário aos fins visados, sendo visivelmente evasivo. Verifica-se um abuso

²⁹⁰ Acerca desta distinção cfr. Rogério M. Fernandes Ferreira / Cláudia Saavedra Pinto, *Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*, p. 7, disponível em: http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Publicacoes/IIPF_Congress2010.pdf (consultado em 16-12-2014).

²⁹¹ Diogo Leite Campos / João de Costa Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008, pp. 29 a 31.

²⁹² Segundo o n.º 2 do mesmo artigo, não há punibilidade no caso de a vantagem patrimonial ilegítima ser inferior a € 15.000.

²⁹³ Rogério M. Fernandes Ferreira / Cláudia Saavedra Pinto, *Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*, p. 8, disponível em: http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Publicacoes/IIPF_Congress2010.pdf (consultado em 16-12-2014).

²⁹⁴ De notar, no entanto, que a prova destes divórcios por motivos fiscais é difícil, pelo que caberia ao legislador a previsão de mecanismos de contornar esta dificuldade.

²⁹⁵ Uma vez que não há nenhuma norma especial anti-abuso que seja aplicável.

de formas jurídicas, uma vez que o divórcio é uma forma inadequada ao fim escolhido pelos contribuintes, tendo mesmo uma *ratio* diferente da que lhe é atribuída, não estando em causa o fim da plena comunhão de vida, não havendo motivo para tal sem que seja a poupança fiscal ilegítima ²⁹⁶.

5.3 A filiação como instrumento de planeamento fiscal

5.3.1 Vantagens

Retomando o já mencionado *supra* acerca do cálculo do IRS, repetimos as etapas de determinação da matéria colectável (artigos 22.º e ss): 1) Apurar o rendimento líquido de cada categoria, subtraindo ao rendimento bruto as deduções específicas da categoria correspondente; 2) Apurar o rendimento global líquido, mediante o englobamento dos rendimentos das várias categorias; 3) Apurar o quociente familiar, nos termos *supra* expostos; 4) Efectuar as possíveis deduções à colecta.

Ora, para determinação da colecta são efectuadas deduções variadas, relativas a dependentes do agregado familiar e ascendentes que vivam em comunhão de habitação com o sujeito passivo, relativamente a despesas gerais familiares, de saúde e com seguros de saúde, de educação e formação, importâncias respeitantes a pensões de alimentos, encargos com lares, com imóveis, quanto a pessoas portadoras de deficiência, no que tange à dupla tributação internacional e aos benefícios fiscais ²⁹⁷.

Importa-nos ter em conta as deduções com os dependentes do sujeito passivo, mais especificamente, com os seus filhos ²⁹⁸. Podem os sujeitos passivos deduzir à colecta as despesas que tenham com estes a nível de saúde, educação e formação, dentro dos limites legalmente estabelecidos, que têm em conta o escalão de rendimento colectável.

²⁹⁶ Diogo Leite Campos / João de Costa Andrade, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008, pp. 69 a 82.

²⁹⁷ Artigo 78.º n.º 1 do CIRS.

²⁹⁸ Teremos, portanto, como referência o conceito de dependente, referido no artigo 13.º n.º 4, ou seja, filhos ou adoptados menores, os filhos ou adoptados maiores que estão sujeitos à tutela dos sujeitos passivos, com idade inferior a 25 anos, que não auferam rendimentos anuais superiores ao valor da retribuição mínima mensal garantida, e que tenham frequentado no ano a que respeita o imposto o 11.º, 12.º, estabelecimento de ensino médio ou superior. Por último, são tidos em conta filhos ou adoptados maiores, inaptos para o trabalho e para angariar meios de subsistência, quando não auferam rendimentos superiores ao salário mínimo nacional mais elevado e continuem sob tutela do sujeito passivo.

Dispõe o artigo 78.º-A do CIRS que é deduzido por cada dependente um montante fixo de 325 euros, acrescendo uma dedução de 125 por cada dependente que não ultrapasse três anos de idade até 31 de dezembro do ano a que respeita o imposto ²⁹⁹.

Vamos então ter em conta as despesas tidas com os dependentes que podem ser deduzidas. Quanto às despesas gerais familiares ³⁰⁰ é dedutível um montante correspondente a 35 % do valor suportado por qualquer membro do agregado familiar, com o limite global de 250 euros para cada sujeito passivo, que conste de faturas que titulem prestações de serviços e aquisições de bens comunicadas à Autoridade Tributária e Aduaneira nos termos do Decreto-Lei n.º 197/2012, de 24 de Agosto, ou emitidas no Portal das Finanças.

Relativamente às despesas de saúde ³⁰¹ pode ser deduzido à coleta do IRS um montante correspondente a 15 % do valor suportado a título de despesas de saúde por qualquer membro do agregado familiar, com o limite global de 1 000 euros, nos seguintes casos:

- a) Que conste de faturas que titulem prestações de serviços e aquisições de bens, isentos de IVA ou tributados à taxa reduzida, comunicadas à Autoridade Tributária e Aduaneira ou emitidas no Portal das Finanças, nos sectores de actividade de saúde humana, comércio a retalho de produtos farmacêuticos, médicos e ortopédicos em estabelecimentos especializados;
- b) Prémios de seguros e contribuições pagas a associações mutualistas ou a instituições sem fins lucrativos que tenham por objeto a prestação de cuidados de saúde que, em qualquer dos casos, cubram exclusivamente os riscos de saúde pagos por aquele ou por terceiros, desde que, neste caso, tenham sido comprovadamente tributados como rendimento do sujeito passivo;
- c) Despesas de saúde objecto de comunicação nos termos do artigo 78.º-C n.ºs 2 a 5.

²⁹⁹ O que demonstra a prática de políticas de protecção fiscal da família, em particular nos primeiros anos de vida.

³⁰⁰ Artigo 78.º-B do CIRS. De destacar que os adquirentes que pretendam beneficiar da dedução à coleta devem exigir ao emitente a inclusão do seu número de identificação fiscal nas faturas.

³⁰¹ Artigo 78.º-C.

No que tange às despesas com a educação e formação ³⁰² pode deduzir-se um montante correspondente a 30 % do valor suportado, com o limite global de 800 euros, cumpridos os respectivos requisitos legais. De notar que se consideram despesas com educação e formação, os encargos com o pagamento de creches, jardins-de-infância, lactários, escolas, estabelecimentos de ensino integrados no sistema nacional de educação ou reconhecidos como tendo fins análogos pelos ministérios competentes, bem como outros serviços de educação e despesas com manuais e livros escolares.

Cabe referir que a soma das referidas deduções à colecta não pode exceder os limites estabelecidos no n.º 7 do artigo 78.º, que faz uma discriminação do limite tendo em conta o escalão de rendimento colectável: num escalão até aos 7 000 não há limite; entre os 7 000 e os 80 000 o limite resulta da fórmula contida no artigo 78.º n.º 7 b); para rendimentos superiores a 80 000 o limite são 1000 euros. De ter em conta que os agregados com três ou mais dependentes a cargo, têm majoração de 5 % por cada dependente ou afilhado civil. Resulta ainda do n.º 11 do mesmo artigo que nas situações de sujeitos passivos casados ou unidos de facto, quando o valor das deduções à coleta é determinado por referência ao agregado familiar, não havendo opção pela tributação conjunta, esses valores são reduzidos para metade, por sujeito passivo.

Ora, utilizando as deduções referidas, que são um instrumento que dentro da legalidade permitem obter uma poupança fiscal, os contribuintes podem conseguir uma situação fiscal mais favorável. De facto, as despesas tidas com o médico, os medicamentos, os infantários/creches, escolas, universidades e directamente conexas com estas, que tenham o referido enquadramento legal, podem ser deduzidas à colecta, pagando o contribuinte menos IRS. O planeamento reside em conseguir alcançar o enquadramento legal necessário a obter a dedução. Por exemplo, se se opta por um estabelecimento de ensino não integrado no sistema nacional de ensino, não se espera obter a correspondente dedução, pelo que a opção por um estabelecimento público será fiscalmente mais favorável. No mesmo sentido, as despesas são comprovadas por facturas com número de contribuinte, devidamente comunicadas ou introduzidas no portal das Finanças, pelo que se não se cumprirem as formalidades necessárias não poderá haver direito à dedução. Questão pertinente é conjugar as deduções com o regime de tributação a que os contribuintes

³⁰² Artigo 78.º-D do CIRS.

casados ou unidos de facto escolham. Exemplificativamente, as deduções à colecta efectuadas naquele que aufer rendimentos mais altos podem traduzir-se numa maior poupança fiscal ³⁰³.

Certo é que existem limites a estas deduções, mas também é claro que tais limites se alargam quando há um maior número de descendentes a cargo, dadas as maiores despesas inerentes.

5.3.2 Admissibilidade

CASALTA NABAIS considera que a não discriminação desfavorável da família opera por via das deduções dos encargos à matéria colectável do IRS, que se traduz na não tributação de um mínimo existencial, seja conjugal ou familiar, e na dedução de encargos com o sustento e a educação dos dependentes, sendo da opinião de que esta exclusão da tributação do mínimo existencial não constitui uma prestação social ³⁰⁴. Questão que considerada relevante é a da saber se o mínimo existencial deve ser deduzido à matéria colectável ou à colecta, o que depende da concepção acerca dos encargos existenciais da família enquanto diminuições da capacidade contributiva ou enquanto prestações sociais, invocando que se trata de uma diminuição da capacidade contributiva e como tal deve ser eliminado da matéria colectável ³⁰⁵. Entendemos que lhe assiste razão no sentido de que não são prestações sociais, mas consideramos que se tratam de benefícios fiscais no sentido concedido pelo EBF, arguindo em favor de tal o n.º 2 do art. 2.º do EBF, em que as deduções à colecta e à matéria colectável são consideradas como benefícios fiscais.

Não nos parece que se levantem grandes dúvidas quanto à admissibilidade da utilização das deduções à colecta como forma de obter uma situação fiscal mais favorável, ou seja, como um instrumento de planeamento fiscal.

³⁰³ Há que alertar para o facto de o legislador não fazer uma previsão do modo como as deduções devem ser efectuadas, situação que deveria ser alterada.

³⁰⁴ José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, pp. 533 a 537.

³⁰⁵ José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, pp. 537 a 541.

Ocorrendo tais deduções dentro do quadro legalmente disposto, a própria lei atribui a consequente dedução à colecta, verificando-se, conseqüentemente, uma poupança fiscal.

Desta forma, é legal, sendo mesmo aconselhável, dar uso às deduções previstas, que podem implicar uma poupança considerável em sede de IRS.

5.3.3 Os incentivos fiscais para subida da taxa de natalidade

Para CASALTA NABAIS a fuga à procriação não se explica pelo tratamento fiscal do casamento, dado que se o direito fiscal não neutraliza o casamento em termos fiscais, isso não terá por efeito o aumento da natalidade, mas antes a diminuição quando esta é tida em conta relativamente a sujeitos casados, contribuindo para o aumento das uniões de facto. Considera que a diminuição da taxa de natalidade se poderá ligar à eventual discriminação fiscal desfavorável de que seja objecto a família e não ao tratamento fiscal neutral ou promocional que se faça do casamento ³⁰⁶.

É de conhecimento público que a taxa de natalidade no nosso país tem verificado uma queda considerável, registando as mais baixas taxas de natalidade da União Europeia. Este é um problema que pode comprometer a renovação da gerações e a própria sustentabilidade da Segurança Social, uma vez que a esperança média de vida tem aumentado, o que se traduz num elevado número de pessoas a receber pensões de velhice e num menor número de população em idade activa, que faça descontos para a Segurança Social. Verifica-se, desde modo, o fenómeno da pirâmide demográfica invertida.

Como resposta aos problemas suscitados por tal solução, cabe aos Governos a apresentação de medidas que permitam o incentivo da taxa de natalidade. Neste mesmo contexto foi em 2014 criada uma Comissão, coordenada por JOAQUIM AZEVEDO, para estudar medidas de incentivo à natalidade, que no seu Relatório Final ³⁰⁷ apresentou as seguintes propostas:

³⁰⁶ José Casalta Nabais, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012, pp. 548 e 549.

³⁰⁷ Disponível em <http://www.jn.pt/infos/Relat%C3%B3rio%20Natalidade.pdf> (consultado a 30-12-2014).

- “1. Redução de 1.5% na taxa de IRS para o primeiro filho e 2% para o segundo filho e seguintes, relativo a cada escalão;
2. Revisão da forma de apuramento das deduções à colecta de IRS e respectivos limites – “cada filho conta”;
3. Deduções à colecta de despesas de saúde e educação por avós;
4. Alterações do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI) permitindo aos municípios a opção pela redução da taxa a aplicar em cada ano, tendo em conta o número de membros do agregado familiar;
5. Redução da taxa de imposto sobre veículos agregados familiares com 3 ou mais dependentes;
6. Abatimento ao rendimento líquido global da Segurança Social suportada pela entidade patronal de serviços de apoio doméstico.”

Parece-nos que são medidas idóneas, do ponto de vista fiscal, a uma subida da taxa de natalidade, ao criar a possibilidade de uma maior dedução de despesas com os dependentes em sede de IRS, mas também vantagens a nível do IMI e do imposto sobre veículos. Devem tais medidas ser tidas em conta conjuntamente com outras soluções contidas no mesmo relatório, ou seja, devem ser feita uma leitura articulada das sugestões fiscais com as sugestões nas áreas da saúde, educação e trabalho. Conjuntamente podem, a médio ou longo prazo, traduzir-se num aumento efectivo da taxa de natalidade, embora isoladamente dificilmente surtirão efeito.

De notar que para além dos motivos referidos, o Estado tem um papel preponderante na protecção da família. Esta é uma imposição constitucional, resultante dos artigos 104.º e 67.º da Lei Fundamental, derivando dela que o imposto deve ter em conta as necessidades do agregado familiar, devendo ser concedido aos agregados familiares a possibilidade de realização dos seus membros. O CIRS vai densificar estas mesmas ideias ao construir o conceito de agregado, de dependentes, determinando-se a intangibilidade do mínimo existencial e a previsão de encargos com os dependentes. Ora, cabendo ao Estado o papel de proteger a família, faz sentido que este tome medidas no sentido de promover o aumento da taxa de natalidade.

6. Reflexão acerca do princípio da neutralidade fiscal

O princípio da neutralidade fiscal traduz-se, na sua essência, no facto de as opções fiscais não deverem influenciar as decisões dos contribuintes, sejam eles sujeitos passivos individuais ou empresas ³⁰⁸. Portanto, dirigindo o nosso discurso para o tema em concreto, as escolhas do legislador fiscal não devem ser o motivo para os contribuintes casarem ou viverem em união de facto, terem filhos ou não ter. Há que ver se relativamente a tais questões o princípio é ou não violado.

Em primeiro lugar, cabe analisar se há violação deste princípio relativamente à escolha do regime de tributação na união de facto e obrigatoriedade de tributação conjunta no casamento, que vigorou entre nós até à Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro. Parece-nos que o princípio da neutralidade fiscal era realmente abalado no que tange ao matrimónio, uma vez que os sujeitos passivos poderiam ter que condicionar a sua vida familiar, a forma como irão viver a sua plena comunhão de vida, se através do casamento ou da união de facto, em função do diferente tratamento fiscal instituído pelo legislador. Se os contribuintes entendem que a tributação conjunta os vai prejudicar, isso poderia ser um factor que levava a que optassem por viver em união de facto, optando por ser tributados em separado, ficando deste modo perceptível que o regime fiscal influencia as suas opções. Com a referida Lei o princípio da neutralidade fiscal fica respeitado.

Alguns autores levantam também a questão da violação do princípio da neutralidade fiscal, pois os sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens são prejudicados face aos demais. Verifica-se uma controvérsia doutrinal sobre a neutralidade do imposto, sendo que GANN, ZELENAK e NAKAZATO consideram que a neutralidade fiscal consiste em cada cônjuge preencher uma declaração e rendimentos em separado ³⁰⁹.

Em segundo lugar, há que ter em conta se as opções do legislador influenciam a decisão de ter ou não filhos, nomeadamente através dos incentivos à natalidade por via

³⁰⁸ Cfr. Victor Maurílio Silva Barros, *O Impacto da Fiscalidade nas decisões de fusões e aquisições em Portugal*, Dissertação de Mestrado, Universidade Técnica de Lisboa, 2011, p. 27, disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/3834/1/ISEG%20-%20Victor%20Barros%20-%20Mestrado%20em%20Finan%C3%A7as.pdf> (consultado em 31-12-2014).

³⁰⁹ MACHADO, Jónatas / COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2009, pp. 126 e 127.

fiscal, não se confrontam com o princípio da neutralidade fiscal. Cabe aqui analisar duas questões em separado.

Ora, ter filhos vai acarretar um custo, sendo que os contribuintes com filhos não devem ser discriminados desfavoravelmente face aos contribuintes sem filhos. Por este motivo, são introduzidos mecanismos para evitar tal discriminação, nomeadamente através das deduções à colecta com os descendentes a cargo, nos termos já expostos. Se estes instrumentos são suficientes para conseguir uma situação de igualdade total não será fácil averiguar, mas são aptos ao efeito, pelo que a sua previsão não consubstancia uma violação do princípio da neutralidade fiscal.

Relativamente à previsão de incentivos fiscais à natalidade, vimos já os fins que justificam tais medidas, referindo, agora em jeito de síntese, a sustentabilidade do sistema de Segurança Social, a renovação de gerações e a protecção da família. Não nos parece que a previsão desses incentivos possa violar o princípio da neutralidade fiscal, uma vez que tais medidas se afiguram necessárias a fins comunitários, não lhe estando subjacente nenhuma situação sequer implícita de desigualdade entre pessoas com ou sem filhos, mas tão-só e explicitamente a referida necessidade de subida da taxa de natalidade. De notar, ainda, que a decisão de ter filhos não é, exclusivamente, influenciada por factores fiscais, havendo outros que concorrem para o efeito, o que reduz a possibilidade de violação do referido princípio.

7. Notas conclusivas

Esta dissertação visou analisar a temática do planeamento fiscal, distinguindo-o de outras realidades com ele conexas, como a evasão e a fraude fiscais, de modo a perceber, no domínio das relações jurídicas familiares, quais os comportamentos fiscais que serão admissíveis.

1. Analisando o contexto sócio-económico do planeamento fiscal, retira-se que a sua génese se encontra na tendência de optimização de resultados por parte dos contribuintes, o que em períodos de aumento da carga tributária fica ainda mais evidenciado.

2. São várias as posições doutrinárias e jurisprudenciais que procedem à distinção entre planeamento, evasão e fraude fiscais. Para determinar os limites entre estes fenómenos fiscais, consideramos que a distinção feita através dos conceitos de planeamento *intra*, *extra* e *contra legem* deve ser evitada, na medida que se pode traduzir numa maior confusão terminológica.

3. Definindo cada uma destas categorias, podemos assumir que o planeamento fiscal (*tax planning*) é, na perspectiva de SALDANHA SANCHES ³¹⁰, um modo de redução da carga fiscal, no qual o contribuinte renuncia a um comportamento por este levar ao pagamento de imposto, ou escolhe uma solução fiscalmente menos onerosa. Ou seja, está em causa a prática de comportamentos que visam reduzir, eliminar ou diferir o pagamento do imposto, num quadro de licitude, com recurso a instrumentos previstos pelo próprio legislador, como são exemplos as exclusões tributárias, as deduções específicas, os abatimentos à matéria colectável ou as isenções fiscais.

4. As dificuldades de distinção do planeamento fiscal são, por vezes, menos nítidas face ao planeamento *extra legem*, que designamos por elisão fiscal ou evasão fiscal (*tax avoidance*), conforme a doutrina escolhida. Apesar de toda a discussão doutrinal que vimos em torno da questão, tratar-se de um conjunto de actos com a finalidade de optimizar a situação tributária, mas em que se verifica o recurso a artifícios jurídicos não previstos pelas normas de incidência, ou que quando estão previstos é em moldes diferentes, com uma finalidade distinta daquela para a qual é utilizada. Não se verifica uma violação frontal da lei, mas a mesma é contornada, violando-se a *ratio* do sistema jurídico-tributário,

³¹⁰ J. L. Saldanha Sanches, *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra Editora, 2006, pp. 21 e ss.

pelo que os actos praticados pelos contribuintes nestes termos, serão abusivos ou anómalos.

5. Relativamente à categoria vulgarmente designada de planeamento *contra legem*, que designamos por fraude fiscal, consideramos que já é mais facilmente identificável, uma vez que se verifica, com o objectivo de obter uma poupança fiscal, um comportamento que é indubitavelmente violador das normas jurídico-tributárias. Há aqui que advertir para a previsão dos crimes e contra-ordenações fiscais, previstos no RGIT.

6. Os comportamentos dos contribuintes que sejam lícitos, ou seja, que não violem directa ou indirectamente normas tributárias, sem recurso a artifícios, devem ser qualificados como actos de planeamento fiscal. Este é um direito reconhecido aos contribuintes, decorrente do princípio da livre iniciativa económica, previsto no artigo 61.º da CRP. Quando dos actos dos contribuintes resultar uma violação das finalidades das normas tributárias, sem que haja uma violação frontal das mesmas, estamos perante a prática de evasão fiscal. Se os comportamentos dos contribuintes violarem directamente as normas jurídicas, verifica-se a prática de fraude fiscal, prevista e punida nos termos do RGIT.

7. Parece-nos indubitável a admissibilidade do planeamento fiscal. Sendo o mesmo considerando como resultante do princípio da autonomia privada e da liberdade de gestão (62.º, 80.º al. c) e 86.º da Lei Fundamental), há um confronto com o artigo 103.º da CRP, relativo à subsistência do sistema fiscal e à satisfação das necessidades colectivas. Consideramos que se tratam de dois direitos reconhecidos constitucionalmente, mas que chocam entre si, pelo que há que convocar, de modo a obter a sua harmonização, o princípio da concordância prática.

8. São vários os meios de combate da evasão fiscal, dado que a fraude tem modos próprios de combate e limites mais definidos, uma das grandes dificuldades dos Estados é a identificação e combate dos comportamentos evasivos. Neste âmbito, é importante distinguir entre meios de controlo *a posteriori*, como as normas anti-abuso, os métodos indirectos e indiciários, a requalificação dos negócios jurídicos, a interpretação das normas fiscais e as presunções, entre outros, e os meios de controlo *a priori*, onde destacamos as obrigações declarativas e de controlo decorrentes do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro.

9. Todos estes instrumentos têm uma finalidade própria no combate dos comportamentos fiscalmente evasivos, mas destacamos a previsão de uma norma geral anti-abuso, no artigo 38.º n.º 2 da LGT. Esta foi uma resposta aos comportamentos cada vez mais arrojados dos contribuintes, que escapavam do âmbito de alcance das normas especiais anti-abuso, aplicáveis a matérias específicas. Com a norma geral anti-abuso, o âmbito de aplicação é lato, pelo que a Administração Tributária fica dotada de uma grande margem de apreciação, o que trouxe grande discussão doutrinal e jurisprudência acerca da sua admissibilidade. Não se pense, porém, que se está no domínio da arbitrariedade, uma vez que a norma geral tem requisitos de aplicação, que explicamos, e que só devidamente preenchidos podem dar lugar à sua aplicação.

10. Há que admitir um conflito entra a previsão da norma geral anti-abuso e os princípio da segurança jurídica e da tipicidade, mas a norma geral anti-abuso trouxe grandes progressos na luta contra comportamentos evasivos, e a previsão de requisitos diminui essa crispação com os referidos princípios, pelo que consideramos ser possível uma harmonização.

11. Analisando os ordenamentos jurídicos espanhol e italiano, vemos como a problemática da admissibilidade destes instrumentos se coloca nos vários ordenamentos, e ao analisar decisões jurisprudenciais sobre o tema, para além de permitir uma visão prática desta problemática, permite-nos concluir, em termos mais concretos, que são várias as vantagens da sua admissibilidade no domínio do combate aos comportamentos evasivos.

12. No âmbito das relações jurídicas familiares, com relevo para esta dissertação, destacamos o casamento e a filiação. A união de facto é uma relação considerada pela maioria da doutrina como parafamiliar. Apesar de essa ser a posição maioritária, concordamos com VITAL MOREIRA E GOMES CANOTILHO ao considerarem a união de facto como uma relação familiar, uma vez que aquilo que se visa com ela é constituir família. Porém, o artigo 1576.º do CCiv. ao fornecer uma definição de família não refere a união de facto, pelo que consideramos que esta é uma relação familiar em sentido amplo, apesar de não o ser no sentido estrito, mencionado no preceito legal. Como meio de dissolução de uma relação familiar, abordamos também o divórcio.

13. Relativamente à questão da escolha do regime de tributação no casamento e na união de facto, destacamos a existência de dois grandes modelos de tributação de rendimentos dos agregados: 1) tributação separada, em que cada membro é tributado

individualmente pelos seus rendimentos e a 2) tributação conjunta, em que há uma acumulação dos rendimentos do agregado para determinar a matéria colectável, havendo que distinguir aqui diferentes formas de tributação, há o método do quociente conjugal ou *splitting*, em que é tido em conta apenas o rendimento do casal, que se divide por dois para determinar a taxa, e existe o método do quociente familiar, em que o rendimento familiar tido em conta é mais lato, tendo em atenção a composição do agregado. Em Portugal vigorou o modelo da tributação conjunta na modalidade do quociente conjugal até à Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, com a qual se introduziu o quociente familiar.

14. Uma problemática que se colocava com grande intensidade era a da obrigatoriedade da tributação conjunta no casamento, ao passo que na união de facto poderia haver escolha entre a tributação conjunta ou separada, dado que tal situação levantava uma afronta aos princípios da igualdade e da neutralidade fiscal. Com a Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, esta questão deixa de se colocar uma vez que se passou a permitir quer aos casados quer aos unidos de facto a escolha do regime de tributação. Tal evolução legislativa deu resposta aos problemas suscitados pela diferença de tratamento fiscal entre o casamento e a união de facto e pode também levar-nos a concluir pela pertinência desta temática, pelo que nos pareceu interessante perceber a evolução da forma de tributação da família.

15. Analisar as possibilidades de planeamento fiscal tendo em conta o regime de tributação, consiste em perceber as possibilidades de obter uma poupança fiscal optando por ser tributado conjunta ou separadamente. Consideramos que nos agregados com rendimentos semelhantes não há, *a priori*, vantagem na entrega conjunta da declaração de IRS, mas quando há grande disparidade de rendimentos já pode haver interesse na tributação conjunta. Não se pode perder de vista que cada caso deve ser visto concretamente para chegar a conclusões mais minuciosas. Concluimos sem hesitações na qualificação deste comportamento de escolha do regime de tributação como acto de planeamento fiscal.

16. A Lei n.º 82.º-E/2014, de 31 de Dezembro, teve um papel importante ao inverter a forma como a família é tributada em Portugal. A consagração do modelo da tributação separada como regra, aparecendo a tributação conjunta como alternativa, na medida em que apenas se aplica se os contribuintes assim declararem, terminou com a discriminação

entre casados e unidos de facto, permitindo um maior planeamento fiscal entre os casais, que podem determinar que tipo de tributação lhes é mais favorável.

17. Relativamente aos divórcios que ocorrem por motivos fiscais, ou seja, aqueles divórcios que ocorrem em situações de existência de dívidas tributárias, a questão já tem outros contornos. Pode ser obtida uma vantagem fiscal quando apenas um dos elementos do casal fica responsável pela dívida, quando na verdade ambos o deviam ser, sendo que o ex-cônjuge não responsável pela dívida é que fica, no processo de divórcio e de partilhas (processo que ocorreu exclusivamente com este fim), com a maior parte do património, fazendo com que o outro cônjuge não tenha bens a responder pelas dívidas. Porém, tal situação vai além do admissível planeamento fiscal, uma vez que se verifica violação da *ratio* do instituto do divórcio, sendo este um artifício utilizado com o fim de obter uma poupança fiscal, em detrimento do cumprimento das obrigações fiscais respectivas. Concluimos pela qualificação de tal acto como fiscalmente evasivo. Analisando os pressupostos de aplicação da norma geral anti-abuso, entendemos que há lugar à sua aplicação nestas situações.

18. Outra questão relevante é ponderar quais as vantagens que se podem obter em sede de IRS com a filiação, ou seja, com os sujeitos passivos dependentes. Esclarecendo quais as etapas de determinação da colecta, percebemos que as vantagens estão essencialmente relacionadas com as deduções com dependentes previstas no artigo 78.º do CIRS, dentro dos limites legalmente previstos. Parece-nos claro que estamos aqui perante actos de planeamento fiscal, uma vez que se dá uso a um instrumento previsto pelo próprio legislador de modo a obter uma poupança fiscal.

19. Fazendo uma reflexão, percebemos que os incentivos para aumento da taxa de natalidade visam que os contribuintes com filhos não fiquem prejudicados face aos que não os têm, aumentando por exemplo as deduções à colecta com os descendentes, de modo que as despesas com os descendentes não tenham um peso tão acentuado nos orçamentos familiares. Consideramos que estas medidas não culminam na violação do princípio da neutralidade, uma vez que as medidas visam gerar maior igualdade e resolver problemas da grande gravidade para a sociedade.

20. Esperamos com este trabalho ter alcançado uma clarificação das divergências em torno da temática do planeamento fiscal, dado que partindo de várias posições sobre o tema, defendemos uma categorização própria, pois consideramos que as divergências

doutriniais existentes são de tal modo acentuadas que comprometem uma correcta compreensão da matéria por parte dos contribuintes. O tratamento deste tema no âmbito das relações jurídicas familiares não foi feito de forma aprofundada no nosso ordenamento jurídico, pelo que esperamos que com esta dissertação se chame a atenção para a importância dos actos de planeamento fiscal dos particulares, em particular das famílias, e dos modos como essa poupança fiscal legítima pode ser alcançada.

8. Referências Bibliográficas

- AFONSO, Cláudia, *A Elisão Fiscal e a Norma Geral Anti-Abuso: Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo n.º 04255/10, de 15 de Fevereiro*, Braga, Outubro de 2014
- ALMENDRAL, Violeta Ruiz, *El fraude a la ley tributaria a examen: Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Editorial Aranzadi, 2006
- ANTUNES, Francisco Vaz, *A evasão fiscal e o crime de fraude fiscal no sistema legal português*, Verbo Jurídico, 2005
- ALONSO, Elena Alberdi / BARJA, Pedro Irigoyen, *Memento experto: Fiscalidad de las parejas (Regímenes económico-matrimoniales, de comunidad y uniones de hecho*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2012
- AZEVEDO, Patrícia Anjos, *Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas anti-abuso*, in *A fiscalidade como instrumento de fiscalidade económica*, Vida Económica, 2011
- BARROS, Victor Maurílio Silva, *O Impacto da Fiscalidade nas decisões de fusões e aquisições em Portugal*, Dissertação de Mestrado, Universidade Técnica de Lisboa, 2011, disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/3834/1/ISEG%20-%20Victor%20Barros%20-%20Mestrado%20em%20Finan%C3%A7as.pdf>
- BEGHIN, Mauro, *I'complementari' concetti di evasione ed elusione tributaria in un recente arresto giurisprudenzile (nota a Comm.trib. reg. di Venezia, sez. XIV, n.32/2007)*, Rivista di diritto tributario, n.º 4, 2008
- BERNARDI, Luigi / FRANZONI, Luigi Alberto, *Evasione Fiscale e nuove tipologie di accertamento: una introduzione all'analisi económica*, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, N.º 1, Mar. 2004

- BORDIGNON, Massimo, *Evasione fiscale: aspetti teorici e suggerimenti pratici*, Rivista internazionale di Scienze sociali, N.º 1, Gen- Mar. 1992
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Tributação da Família: Carga Fiscal e inconstitucionalidade*, 1980, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/tribfamilia000.pdf>
- , *A Tributação da Família em Portugal*, Jornal Tributário, n.º 23, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/81.pdf>
- CAMPOS, Diogo Leite de / ANDRADE, João de Costa, *Autonomia Contratual e Direito Tributário (A Norma Geral Anti-Elisão)*, Almedina, 2008
- CHAVES, João Queiroga, *Casamento, divórcio e união de facto*, Quid Iuris, 2.ª Edição, 2010
- CLEMENTE, Joan-Francesc Pont, *La simulación en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2006
- COELHO, Francisco Pereira, *Temas de Direito da Família*, Almedina, 1986
- COELHO, Francisco Pereira / OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2008
- CORDERO, Isidoro Blanco, *Delitos Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, 2000, disponível em: <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174322/02+Blanco,%20Isidoro.pdf>
- COURINHA, Gustavo Lopes, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário, contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2004
- CREMONA, Massimo, *Corso di Pianificazione Fiscale delle imprese*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2008/2009, disponível em: http://docenti.unicatt.it/ita/massimo_cremona/
- FERREIRA, Rogério M. Fernandes / PINTO, Cláudia Saavedra, *Contributos para uma Reflexão sobre o fenómeno da Evasão Fiscal e Meios Anti-Evasivos*, 2010, disponível em:

http://www.rffadvogados.com/xms/files/KNOW_HOW/Publicacoes/IIPF_Congressos2010.pdf

FERNANDES, Filipe João Saraiva, *A Decisão Fiscal Planificadora: uma abordagem à sua dimensão teórica e prática*, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012, disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21360/3/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20A%20decis%C3%A3o%20fiscal%20planificadora2.pdf>

FRANCO, António L. Sousa, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Vol. II, 4.^a Edição, Almedina, 2012

FURLAN, Anderson, *Reflexões sobre a Evolução Jurídico-Doutrinária e Situação Actual*, Almedina, 2007

G., Flora, *Profili penali in materia d'imposte dirette ed IVA*, Padova, 1979

GALLO, F., *Elusione senza rischio: il Fisco indefeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano*, Diritto e Pratica Tributaria, 1991

GIANNELLI, Alessandro, *La clausola antielusiva generale in materia tributaria: modelli a confronto e prospettive di convergenza*, 2014, disponível em: <http://eprints.luiss.it/1289/1/20140217-giannelli.pdf>

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, 2003

GOMES CANOTILHO, J. J. / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Almedina, Vol. I, 4.^a Edição, 2010

GOMES, Nuno Sá, *Estudos sobre a Segurança jurídica na Tributação e as Garantias dos Contribuintes*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Lisboa, 1993

GRANDAL, Ana María Pita / PEREIRA, Jaime Aneiros, *La cláusula antiabuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española*, n.º 144/2012, disponível

em:

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/144_Pita.pdf

GÓMEZ, José de Jesús, *La cláusula general antielusiva en matéria tributaria*, 2013, disponível em: http://www.dofiscal.net/pdf/doctrina/D_DPF_RV_2013_220-A12.pdf

HENSEL, A., *Diritto Tributario*, Giuffré Editore, 1956

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *Decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha acerca da inconstitucionalidade da tributação conjunta dos cônjuges (conforme o regime do § 26 do EINKOMMENSTEUERGESETZ 1951)*, Revista de Direito e Economia, Ano III, n.º1, Jan./ Jun. 1977

, *Contra a tributação conjunta dos cônjuges para efeitos do imposto complementar*, Revista de Direito e Economia, Ano IV, n.º 1, Jan./Jun. 1978

INFANTI, Antony C. / CRAWFORD, Brigdet J., *Critical Tax Theory - An Introduction*, Cambridge, 2009

JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín, *Globalización y Derecho Tributario: El impacto del Derecho Comunitario sobre las Cláusulas Antielusión/Abuso del Derecho Interno*, 2007, disponível em: http://usmp.edu.pe/derecho/11ciclo/corporativo/derecho_tributario_int_trib_municipal/Dr_Zavaleta/lecturas/Claus_Antiabusos_Comunitarias_Espanolas.pdf

LEITÃO, João Menezes, *Tributação separada da Família e Relevância das Uniões de Facto nos Sistemas Fiscais da Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido*, Ciência e Técnica Fiscal, N.º 396, Out.-Dez. 1999

LOPES, Cidália Maria da Mota, *Quanto custa pagar impostos em Portugal?*, Almedina, 2008

MACHADO, Jónatas, / COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2012

- MANNARELLI, Sabrina, *Il trattamento fiscale della famiglia in italia ed in europa. il fondo patrimoniale come sistema di splitting dei redditi*, disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ES0M6oEOLBMJ:https://www.docenti.unina.it/downloadPub.do%3FtipoFile%3Dmd%26id%3D389083+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>
- MOTA, Helena, *O problema normativo da família*, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23945/2/2723.pdf>
- MOTA, Helena / GUIMARÃES, Maria Raquel, *O Direito da Família na União Europeia, Formação, Efeitos e Crise na vida em comum (Relatório Português)*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006
- NABAIS, Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal*, vol. II, Almedina, 2005
- , *Direito Fiscal*, Almedina, 6.^a Edição, Almedina, 2010
- , *O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, 2012
- NEVES, António Beja / LOUREIRO, Carlos, *Planeamento abusivo*, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano I, n.º 2, 2008
- NOVOA, Cesar Garcia, *La cláusula antielisiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, 2004
- , *La reforma fiscal en materia de tributación del ahorro y del endeudamiento de las sociedades*, doc. n.º 21/2014, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, disponível em: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_21.pdf
- NUNES, Gonçalo Nuno Avelãs, *A Cláusula Geral Anti-Abuso em Sede Fiscal - Art. 38.º,n.º2 da Lei Geral Tributária - à Luz dos Princípios Constitucionais do Direito Fiscal*, Revista Fiscalidade, n.º 3, 2000
- OLIVEIRA, António Fernandes de, *A legitimidade do Planeamento Fiscal, as Cláusulas Gerais Anti-Abuso e o Conflito de Interesses*, Coimbra Editora, 2009

- PALMIERI, Annamaria, *Elusione e frode fiscale*, 2009, disponível em:
<http://www.altalex.com/index.php?idnot=44949>
- PRATS, Ignacio Calatayud, *Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*, artigo disponível em:
http://www.gobiernodecanarias.org/tributos/portal/recursos/pdf/revista/Revista10/RevistaHC_10_2.pdf
- PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade*, Almedina, 2005
- PINTO, Carlos alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005
- PIRES, Manuel, *Direito Fiscal, Apontamentos*, Almedina, 2008
- PIRO, Daniela, *L'elusione fiscale*, Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle Finanze, N.º 1 2006, disponível em:
<http://www.rivista.ssef.it/site.php?page=20051220102305716&edition=2006-05-01>
- REBECCA, Giuseppe / ZANNI, Maurizio, *Perdite fiscali. Guida operativa*, Gruppo24ore, 2012
- RODRIGUES, Laëticia Ferro, *A união de facto e o casamento: equiparação ou diferença?*, Tese de Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2010
- SANCHES, Saldanha J. L., *Os Limites do Planeamento Fiscal, Substância e forma no Direito fiscal português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006
- , *As Duas Constituições – Nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-Abuso*, 2008, disponível em: <http://www.saldanhasanches.pt/As-duas-Constituicoes.pdf>
- SANTOS, António Carlos dos, *Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: O Fiscalista no seu Labirinto*, in *Fiscalidade*, Abril-Junho 2008

- SILVA, Germano Marques da, *Ética, Imposto e Crime ou o Princípio da Moralidade no Direito Penal Tributário*, disponível em www.afp.pt
- SILVA, Suzana Tavares da, *Alguns aspectos da tributação do rendimento das pessoas singulares*, Sumários desenvolvidos disponíveis em: http://apps.uc.pt/mypage/files/fd_stavares/535
- SOUSA, Aurelina Francisca Garcez Carvalho de, *A responsabilidade solidária dos cônjuges pelo cumprimento da dívida tributária*, Trabalho no âmbito do III Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006/2007
- SOUSA, Carlos Cunha de, *O planeamento fiscal abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo*, Junho de 2012
- SOUSA, Susana Aires de, *Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais*, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, volume III, Coimbra Editora, 2009
- TEIXEIRA, Glória / BARROS, Duarte, *Preços de Transferência e o caso português*, Vida Económica, 2004
- TOLLA, Marco / RIZZO, Andrea, *Dall'elusione fiscale all'abuso del diritto, I confini del lecito Risparmio d'imposta tra normativa vigente e interpretazione giurisprudenziali*, Gruppo Wolters Kluwer, 2014
- UCKMAR, V., *Tax Avoidance and Tax Evasion General Report*, Chaiers de droit fiscal international, Vo. LXVIIIa, 1983
- VARELA, Antunes, *Direito da Família*, Petrony, 3ª Edição, 1993
- VARELA, Antunes / LIMA, Pires de, *Código Civil anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 1995
- XAVIER, Alberto, *Manual de Direito Fiscal*, Vol. I, Manuais da FDL, 1974