

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito e Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais

Mestrado em Direito e Gestão



**UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA**

Dissertação de Mestrado

“Tributação de Estruturas Fiduciárias: do *Trust* em Especial”

Orientadora: Dr.^a. Cláudia Reis Duarte

Liliana Oliveira Piedade

Lisboa, Fevereiro de 2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS	3
INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I – OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS	7
A) CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	7
B) OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS NO DIREITO PORTUGUÊS	9
C) DO TRUST	11
1. <i>Origem na Common Law</i>	11
3. <i>Caracterização da Figura</i>	13
4. <i>Tipos de Trust</i>	14
5. <i>Os trusts na perspectiva do Direito português</i>	15
CAPÍTULO II - TRIBUTAÇÃO DAS ESTRUTURAS FIDUCIÁRIAS	17
A) – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	17
B) – MECANISMOS DE CONTROLO E TROCA DE INFORMAÇÃO EM MATÉRIA FISCAL	19
C) – ESCOPO DO CONCEITO “ESTRUTURAS FIDUCIÁRIAS”	21
D) – ANÁLISE GERAL À DETERMINAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO	22
E) – AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NUMA ESTRUTURA FIDUCIÁRIA	27
1. <i>No momento da constituição da estrutura fiduciária</i>	27
a) <i>Constituição de uma estrutura fiduciária como acto gratuito</i>	29
b) <i>Constituição de uma estrutura fiduciária como acto oneroso</i>	32
c) <i>Posição Adoptada</i>	33
2. <i>Tributação durante a vigência da estrutura fiduciária</i>	35
a) <i>Por imputação de rendimentos</i>	35
b) <i>Por distribuição de rendimentos</i>	43
3. <i>No momento da liquidação, extinção e revogação da estrutura fiduciária</i> ..	45
CONCLUSÃO	48
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	51

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

al(s). – alínea(s);

art(s). – artigo(s);

CDT – Convenção de Dupla Tributação;

CFC(s) – *Controlled Foreign Corporation(s)*;

cfr. – conferir/confrontar;

CIMI – Código do Imposto Municipal sobre Imóveis;

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas;

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares;

CIS – Código do Imposto do Selo;

CPC – Código de Processo Civil;

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário;

e.g. – *exempli gratia*;

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas;

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares;

IVA – Imposto sobre o Valor Acrescentado;

LGT – Lei Geral Tributária;

op. cit. - *opere citatum*;

pg(s). – página(s);

REIT(s) - *Real Estate Investment Trust(s)*;

RERT – Regime Excepcional de Regularização Tributária;

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

INTRODUÇÃO

O Direito está em constante mutação, de forma a garantir que as normas vigentes acompanham e reflectem as mudanças da própria sociedade. Esta característica é mais acentuada no ramo do Direito Fiscal, uma vez que face à velocidade de evolução do mercado e da realidade económica e social, da globalização e da movimentação de capitais, deparamo-nos com uma crescente complexificação e sofisticação de instrumentos financeiros de estruturas de detenção de património.

A figura dos negócios fiduciários é imbuída de um enorme interesse no âmbito do Direito Comparado. Com origem no Direito Romano, constata-se o seu desenvolvimento no Direito da Common Law, onde deu origem a uma das figuras mais emblemáticas do Direito Anglo-Saxónico: o *trust*.

O *trusts* são reconhecidos como sendo dos mecanismos jurídicos mais flexíveis da sociedade actual, podendo ser constituídos com inúmeras finalidades, quer económicas, quer filantrópicas ou de interesse público. Mais frequentemente, são utilizados para fins de planeamento sucessório ou tendo em vista a separação do património pessoal ou familiar da actividade económica exercida.

Devido às características que tornam o *trust*, à partida, incompatível com alguns dos princípios estruturantes dos sistemas do Direito Civil, a sua aceitação no seio das jurisdições de Direito Continental tem sido relutante. De facto, não obstante ter sido objecto de discussão na Convenção de Haia de 1 de Julho de 1985, da qual resultou a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento, a mesma não obteve a desejada adesão por parte dos Estados-membros (incluindo-se, neste grupo, o Estado Português).

No entanto, temos assistido a uma infiltração deste instituto em alguns países do Direito Romano-Germânico, tornando-se evidente a crescente popularidade da utilização de estruturas fiduciárias por comportar inúmeras vantagens, quer quanto às suas finalidades e modo de funcionamento, quer por potenciarem um regime fiscal mais vantajoso. Assim, os legisladores fiscais dos diversos países têm sido levados a suprir as lacunas e insuficiências dos seus respectivos regimes fiscais de forma a assegurar a tributação desta figura, clarificando as normas de incidência e os correspondentes sujeitos passivos.

No Direito Português, a aceitação do negócio fiduciário tem sido conturbada. Apenas muito recentemente se tornou pacífica a aceitação da figura como a expressão máxima do princípio da autonomia privada. No entanto, o *trust* ainda não é reconhecido no âmbito do nosso Direito Civil, apesar de a recente doutrina se mostrar receptiva ao seu enquadramento no nosso ordenamento jurídico.

Por sua vez, o Direito Fiscal português começou, aos poucos, a ocupar-se da incidência tributária dos negócios fiduciários no ano de 2012, com a introdução de uma norma no CIRS que mencionava, quase de passagem, a figura do “fiduciário”. Somente na Reforma do IRS de 2014, com a Lei 82-E/2014 de 31 de Dezembro, é que o legislador assumiu a pretensão de criar um regime fiscal para o que apelidou de “estruturas fiduciárias”, de forma a suprir as lacunas existentes na legislação em vigor.

Neste sentido, propomo-nos, ao longo desta dissertação, analisar as implicações decorrentes da inovação legislativa *supra* referida, identificando e desmistificando o regime fiscal vigente no que se refere ao tratamento fiscal dos vários momentos de incidência tributária que ocorrem no âmbito de uma estrutura fiduciária, em especial de um *trust*, contrapondo o silêncio a seu respeito no nosso Direito Civil com a necessidade do seu reconhecimento no Direito Fiscal.

Desta forma, e com o objectivo de possibilitar uma maior compreensão e familiaridade das estruturas fiduciárias (em especial, do *trust*), este trabalho vai estar dividido em duas secções. Numa primeira fase, iremos começar por fazer um breve enquadramento no que se refere à origem e aceitação no Direito Civil português dos negócios fiduciários, antes de iniciarmos a análise do seu tratamento fiscal, evidenciando, a final, os obstáculos colocados ao legislador fiscal na árdua tarefa de criar um regime fiscal para uma figura não desenvolvida previamente no Direito Civil.

CAPÍTULO I – OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

A) Considerações Introdutórias

A origem do instituto do negócio fiduciário remonta à *fiducia* presente no *ius* e na *iurisprudencia* do Direito Romano¹. Por poder ser usado com múltiplas configurações e finalidades, sendo susceptível de dar origem a um vasto leque de negócios, é muito difícil proceder à sua definição². O elemento verdadeiramente típico e comum a todos os negócios fiduciários assenta no próprio nome: confiança³, ou, mais concretamente, “o fiduciante confia que o fiduciário não utilize os seus poderes senão na especial direcção combinada – na medida do fim para cuja consecução mais cómoda realizaram o negócio”⁴.

¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 2009, pg. 258.

² *Op. cit.*, pg. 262: “A *fidúcia* é muito difícil de definir, dadas as cambiantes com que se apresenta e, como contrato atípico que é, não deve mesmo ser definida. Mas pode ser descrita. A descrição é naturalmente menos exacta do que seria uma definição, mas tem a vantagem de não ser redutora e de ser mais expressiva”.

³ Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo, *Alienação Fiduciária em garantia e Negócios Afins: Delimitação de Fronteiras*, pg. 52: “Fiduciário vem do latim *fiducia*; e esta, por seu turno, vem de *fides*. *Fides* traduz a fidelidade que uma pessoa observa perante outra; vale, portanto, como sinónimo de manutenção da palavra dada”. Crítica ainda este elemento como caracterizador do negócio fiduciário: “Por outro lado, o termo ‘confiança’, bem como a expressão ‘tutela ou protecção da confiança’ vulgarizou-se e generalizou-se de tal modo hoje em dia, que certamente também não é ao sentido que lhes está inerente que se associa o negócio fiduciário.”

⁴ ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1960, pg. 176.

Em traços vagos, o negócio fiduciário concretiza-se através de um pacto (“*pactum fiduciae*”), cujo conteúdo essencial é construído à semelhança de um contrato típico, divergindo essencialmente no fim⁵ estipulado entre as partes envolvidas. É configurado como uma operação segundo a qual se transmite uma coisa para um sujeito (o *fiduciário*), o qual, por sua vez, se obriga a usá-la por conta e no interesse de outrem (o *fiduciante*).⁶ O fiduciante constitui-se, igualmente, na obrigação de transmitir o activo ou o direito em sua posse a um terceiro ou ao próprio fiduciário⁷.

Também é do Direito Romano que podemos extrair a distinção fundamental, e ainda actual, entre a *fiducia cum creditore*, com finalidade de garantia⁸ e a *fiducia cum amico*, a qual, sendo particularmente usada no campo do direito sucessório, envolve a gestão de bens por conta alheia, ficando o fiduciário incumbido de poderes de manutenção, administração e frutificação do acervo patrimonial que lhe foi confiado pelo fiduciante. No entanto, após a transmissão ao fiduciário, não era reconhecida ao fiduciante qualquer tutela jurídica, restando-lhe apenas a expectativa de que o fiduciário adoptasse um comportamento pautado pelo fiel cumprimento das disposições estabelecidas no *pactum fiduciae*.

Em suma, temos como ponto de partida que o negócio fiduciário funda-se num contrato através do qual o fiduciante transmite um bem ou um direito a um fiduciário, que se compromete a exercer poderes de administração sobre esse mesmo fundo fiduciário de acordo com as directrizes que o fiduciante incluiu no respectivo acto constitutivo. O fiduciário passa a ter sob sua titularidade os activos que lhe foram confiados até integral cumprimento do fim que foi estipulado no contrato que deu origem ao negócio fiduciário.

⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *op. cit.*, pg. 259.

⁶ JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pg. 38.

⁷ Ideia de *mancipio dare ut remancipetur* (“dar a fim de recuperar”).

⁸ “(...) assim se pretendendo, entre outras vantagens, furtar o credor – fiduciário –, no caso de não ser pago, às demoras e contingências dum processo judicial.” Cfr. ANDRADE, Manuel de, *op.cit.*, pg. 175.

B) Os negócios fiduciários no Direito Português

Cumprе salientar, em primeiro lugar, que a aceitação dos negócios fiduciários em Portugal não tem sido pacífica na doutrina, apenas tendo este tema começado a ser aprofundado a partir do século XXI.⁹

Beleza dos Santos foi o precursor da discussão do tema dos negócios fiduciários, apesar de se mostrar peremptoriamente contrário à sua admissibilidade no Direito nacional¹⁰. Esta posição teve grande impacto na cultura jurídica portuguesa, tendo sido, posteriormente, acolhida por Cunha Gonçalves¹¹, Manuel de Andrade¹² e Pessoa Jorge¹³.

A recusa na admissibilidade do instituto tinha por base a aparente semelhança com a figura da simulação: o doador não transmite directamente um bem ao verdadeiro donatário, mas sim a um intermediário, apesar deste ficar obrigado contratualmente a transmiti-lo a um terceiro (uma pessoa oculta). Os primeiros estudos da fidúcia pela doutrina nacional – já largamente ultrapassada – vislumbravam contornos de uma simulação relativa¹⁴, pois a vontade manifestada pelo fiduciante estaria em contradição com a finalidade visada.

Adicionalmente, colocava-se a problemática do princípio do *numerus clausus* quanto ao modo de transmissão da propriedade e de outros direitos e, bem assim, com a conformação dos actos jurídicos causais. Não existindo na lei qualquer previsão de transmissões *fiduciae causa*, os negócios fiduciários não se podiam ter como válidos. Assim, “*não sendo válidos entre nós, portanto, os negócios fiduciários, segue-se que os interessados, para realizarem objectivos semelhantes àqueles que seriam atingidos mediante esses negócios, terão de utilizar – sempre ou quase sempre – a simulação,*

⁹ Cfr. CORDEIRO, António Barreto Menezes, *Do trust no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2014, pg. 778 e CAMPOS, Diogo Leite de, TOMÉ, Maria João Vaz, *A propriedade fiduciária (Trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1999, pg. 199.

¹⁰ SANTOS, José Beleza dos, *A Simulação em Direito Civil*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1921, pg. 120 e seguintes.

¹¹ GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português*, Vol. 5, Coimbra, Coimbra Editora, pg. 715.

¹² ANDRADE, Manuel Domingues de, *op. cit.*

¹³ JORGE, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Lisboa, Edições Ática, 1961, pg. 329

¹⁴ “*Não sendo válidos entre nós, portanto, os negócios fiduciários, segue-se que os interessados para realizarem objectivos semelhantes àqueles que seriam atingidos mediante esse negócio, terão de utilizar - sempre ou quase sempre - a simulação, fingindo concluir alguns dos negócios translativos causais previstos na lei (venda, doação, etc)*”, cfr. ANDRADE, Manuel de, *op. cit.*, pg. 178.

fingindo concluir algum dos negócios translativos causais previstos na lei (venda, doação, etc) ”.¹⁵

Estes argumentos não colhem nos dias de hoje, já que é pacífico o entendimento de que tanto o fiduciante, como o fiduciário, têm intenção de celebrar o negócio tal como foi por eles convencionado, faltando, desta forma, um requisito essencial da simulação: divergência entre a vontade declarada e a vontade real.

Actualmente, encontra-se também assente que o *numerus clausus* apenas diz respeito a direitos reais, com base legal no art. 1306.º do Código Civil, e não a contratos com efeitos reais ou a negócios translativos de direitos reais¹⁶, devendo observar-se os princípios da autonomia privada e da consensualidade.¹⁷

Outro dos argumentos utilizados para negar a admissibilidade dos negócios fiduciários estava relacionado com uma suposta desproporção (excesso ou inhomogeneidade) entre o meio e o fim pretendido, pois o fiduciário encontra-se vinculado em termos obrigacionais a cumprir a finalidade estipulada, quando é, na maioria dos casos, investido numa situação de propriedade plena.¹⁸ As reservas da doutrina assentavam no facto de se atribuir ao fiduciário uma posição jurídica mais forte do que a exigida pelo respectivo objectivo económico do negócio¹⁹, pois, a final, ocorreria uma transmissão do direito de propriedade para se obter um resultado que não exigia essa transferência.²⁰

A partir da década de 60, assistiu-se a uma vaga de autores receptivos ao instituto fiduciário, impulsionados, sobretudo, por Galvão Telles²¹. A posição contrária de Beleza dos Santos, fundada na causa e no princípio do *numerus clausus* dos negócios reais *quoad effectum* são ultrapassadas pela crescente adesão contrária ao conceito de causa enquanto elemento contratual, assistindo-se hoje a uma aceitação generalizada

¹⁵ ANDRADE, Manuel de, *op. cit.*, pg. 178.

¹⁶ CORDEIRO, António Barreto Menezes, *op. cit.*, pg. 1140.

¹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *op. cit.*, pg. 286.

¹⁸ *Op. cit.*, pg. 259.

¹⁹ CAMPOS, Diogo Leite de, TOMÉ, Maria João Vaz, *op. cit.*, pg. 200. Os autores consideram não existir a referida desproporção, na medida em que se careceria sempre transferir a administração e a titularidade real dos bens, sendo o meio necessário para atingir o fim visado.

²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de, TOMÉ, Maria João Vaz, *op. cit.*, pg. 324

²¹ TELLES, Inocêncio Galvão, *Dos contratos em geral*, Lisboa, Coimbra Editora, 1962, pg. 171.

dos negócios fiduciários²², servindo de referência os estudos sobre esta matéria aprofundados por Pais de Vasconcelos²³.

C) Do Trust

1. Origem na Common Law

Para o Direito Anglo-Saxónico, o *trust* surge entre as suas mais importantes criações. Nos dias de hoje, o *trust* não só consiste num instituto popular entre os sistemas da *Common Law* (tendo por base a *fiducia* de origem romana), como a sua utilização a nível mundial como instrumento financeiro, planeamento sucessório, de administração de bens ou gestão de riquezas é cada vez mais expressiva. No entanto, nos sistemas de Direito Civil, este instituto não é, tendencialmente, reconhecido como válido nas suas respectivas jurisdições, assente no argumento de que contende com alguns princípios estruturantes do Direito Civil.

O *trust* surgiu nos séculos XIII e XIV na Inglaterra Medieval, a partir do “*use*”. Tinha como principal objectivo a transmissão de terrenos para benefício de um terceiro, em situações em que este estava impossibilitado de herdar ou de ter terras em sua propriedade²⁴. Desta forma, este obstáculo era ultrapassado através de um intermediário, no qual se depositava a confiança de que este procedesse posteriormente à transmissão do bem ao real beneficiário²⁵.

Esta prática tinha enorme relevância no âmbito do sistema feudal vigente em Inglaterra, frequentemente utilizada com o objectivo de evitar os encargos extraordinários resultantes da relação estabelecida entre o vassalo (*tenant*) e o suserano (*lord*) pela concessão de extensões de terra, cuja jurisdição tinha sido atribuída ao último pelo rei. Estes encargos decorriam de problemas de sucessão em ocasiões em que se dava a morte do vassalo sem este ter deixado herdeiros (*escheat*) ou ter deixado descendentes menores de idade (*wardship*).

²² ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Teoria geral do Direito Civil*, vol. III, Lisboa, 1992, pg. 249

²³ VASCONCELOS, Pedro Pais, *op. cit.*, pg. 248-316

²⁴ Uma das suas finalidades consistia em fornecer alojamento aos monges franciscanos, os quais limitados pelos votos de pobreza, não podiam ser titulares de bens. Desta forma, qualquer pessoa transferia uma propriedade em favor de outrem, para o uso dos monges, sendo que o intermediário desta relação agia por consciência em atribuir o uso da propriedade (sob sua titularidade legal) aos beneficiários, cfr. FRANKEL, Ramar, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2010, pg. 98.

²⁵ Cfr. RAMJOHN, Mohamed, *Unlocking Equity and Trusts*, Routledge.

Com o *use*, o vassalo podia transferir o seu património a outras entidades (os *trustees*) em *use*, as quais, através de juramento, se comprometiam a ter esses bens em sua titularidade e a geri-los com o objectivo último de os transmitir a um terceiro.

É de notar que o *use* não tinha tutela jurídica, sendo que o *trustee* recebia a propriedade em “confiança”, mas era desprovido de quaisquer deveres ou responsabilidades perante o suserano. Se o *trustee* não actuasse de acordo com o pactuado e não devolvesse a propriedade aos beneficiários, o suserano encontrava-se destituído de qualquer protecção por parte dos tribunais.

Em decorrência da popularidade do *use*, o Rei delegou uma pessoa responsável, o *Chancellor*, para intervencionar no âmbito desta relação, protegendo os interesses dos beneficiários e garantindo que a conduta dos *trustees* se pautava pelos valores da honestidade e da moralidade.

Em termos jurídicos, o *Chancellor* reconhecia que o *trustee* era o titular legal da propriedade transmitida, apesar de considerar o beneficiário como o verdadeiro proprietário (nos termos da *equity*²⁶). Desta forma, conseguiu-se que o *use* fosse objecto de uma tutela jurídica completa, não obstante ter sido criada uma dualidade do direito de propriedade: o *trustee* era investido com o título da propriedade e o domínio útil era do proveito do beneficiário.

A partir das decisões dos tribunais da *equity*, o *trust* deixou de ser um mecanismo de transmissão do Direito de propriedade sobre a terra num sistema feudal e foi enriquecido por abundante jurisprudência, a qual, munida da força vinculativa do sistema do precedente, acabou por gerar um modelo efectivamente tutelado pelos tribunais e pelo direito objectivo, configurando-se como uma situação jurídica típica, com natureza real.

Note-se ainda que a figura do *trustee* foi sendo substituída pela administração por parte de uma *Trust Corporation*. Apesar de ainda existirem muitos *trusts* individuais, o paradigma é a do profissional remunerado cuja actividade consiste na constituição e boa gestão dos activos confiados em *trusts*.

²⁶ A *equity* consistia num acervo normativo autónomo, o qual, coexistindo com a *Common Law* aplicada pelos Tribunais, teve como propósito complementar e colmatar lacunas, eventualmente impondo-se como uma jurisprudência paralela.

3. Caracterização da Figura

Registada a dificuldade de definição de um *trust*, podemos começar por identificar o núcleo do *trust* como envolvendo várias relações contratuais: temos como figura central uma entidade criada pelo constituinte (*settlor*) através da qual opera uma transferência da propriedade dos seus bens ou direitos, confiada a um administrador (*trustee*), o qual irá gerir e administrar esse acervo de acordo com as instruções do constituinte, em prol de um ou vários beneficiários. Tal como é característica predominante em qualquer contrato fiduciário, o *trust* repousa na confiança, sendo esta depositada pelo *settlor* no *trustee*.

A complexidade do *trust* em termos dogmáticos é intensificada quando adoptamos uma perspectiva civilista e nos deparamos com os conceitos de dupla propriedade típicos do Direito da *Common Law*. Nos termos do Direito Inglês, o *trustee* fica investido da propriedade formal e o beneficiário da propriedade material ou económica. Salienta-se, no entanto, que o constituinte deixa de ter qualquer direito sobre a propriedade que transmitiu, de forma a ser criado um património autónomo, não comunicável com o património de qualquer uma das entidades envolvidas.

Nos termos do art. 2.º da Convenção de Haia²⁷, são reconhecidos três elementos essenciais para a formação de um *trust*:

- 1) Segregação do direito de propriedade, pelo qual ao *trustee* é atribuída a propriedade legal e ao beneficiário, a propriedade substancial;
- 2) Atribuição ao *trustee* de uma obrigação fiduciária, pela qual o mesmo deverá administrar os bens a si confiados, segundo as condições impostas pelo

²⁷ Tendo o *trust* começado a atingir uma importância crescente em diversos países e atendendo às dificuldades decorrentes do seu não reconhecimento geral, o *trust* acabou por ser incluído no plano de trabalhos da Conferência de Haia de Direito internacional Privado na 14ª sessão de 1980, entrando em vigor no plano internacional a 1-01-2002. Actualmente, vigora em nove Estados: Reino Unido, Itália, Austrália, República Popular da China (Região Administrativa Especial de Hong Kong), Canadá, Países Baixos, Malta, Luxemburgo, Liechtenstein, Suíça e Mónaco. Muitas das suas disposições visam estabelecer compromissos entre o Direito de países de *Common Law* e o Direito de países de *Civil Law*, determinando-se que a Convenção não será aplicável se a lei do país em causa não reconhecer o instituto do *trust* ou a categoria do *trust* em causa (art 5.º).

fiduciante aquando o momento da constituição do *trust* e em função do interesse do beneficiário;

- 3) Autonomia dos bens e direitos num património autónomo.

O *trust* extingue-se, em regra, no momento da transmissão do património para o beneficiário ou por ter sido alcançada a finalidade prevista no pacto de constituição. Tal como qualquer negócio jurídico, também aqui se devem aplicar outras hipóteses de extinção do mesmo, tais como erro, simulação ou invalidade.

4. Tipos de *Trust*

Por ser uma figura camaleónica, é relevante ter presente – mesmo para efeitos de determinação do tratamento fiscal aplicável – que é comum a identificação dos seguintes tipos de *trust*:

i) Trust Discricionário ou Não Discricionário

Um *trust* discricionário será aquele em que é atribuído ao *trustee* o poder de absoluta discricionariade para determinar qual dos beneficiários irá dispor da propriedade do *trust*. Pode também o *trustee* decidir como e quando se distribuem os rendimentos, não sendo obrigado a justificar os motivos das suas escolhas.

ii) Trust revogável ou não revogável

Os *trusts* podem, igualmente, classificar-se como revogáveis ou irrevogáveis, consoante o que o *settlor* tiver indicado no acto de constituição, sendo que os primeiros podem ser livremente modificados até à sua conclusão ou até extintos, não ocorrendo a mesma possibilidade no segundo caso.

iii) Trust testamentário ou *inter vivos*

São, ainda, *trusts* testamentários os que têm como origem o testamento do fiduciante, produzindo efeitos após a morte deste. Por seu turno, o *trust inter vivos* surte efeitos ainda durante a vida do fiduciante.

Com as características *supra* referidas, os *trusts* podem ainda ser:

i) *Business trusts*: o *trust* mais parecido a uma sociedade comercial (sendo inclusivamente tributado como se fosse uma pessoas colectiva no Direito da *Common Law*). No âmbito desta figura, é atribuída a titularidade legal dos bens ou direitos aos *trustees*, com o propósito de serem administrados em favor dos *settlers*, que são os próprios beneficiários. Normalmente, este tipo de *trust* tem uma finalidade lucrativa.

ii) *Family trusts*: mais frequentemente utilizado para fins de planeamento sucessório, o *settlor* deposita os seus bens à confiança de um *trustee*, para que este os transmita aos herdeiros do primeiro, verificadas ou não determinadas condições após a sua morte.

iii) *Bare trusts*: o *settlor* transmite determinados bens para a esfera do *trustee*, com o único propósito de este os transmitir para os beneficiários. Difere dos restantes tipos de *trust*, pois, normalmente, as funções do *trustee* também comportam a salvaguarda e a rentabilização do património transmitido.

5. Os *trusts* na perspectiva do Direito português

O *trust* não é reconhecido pela legislação civil portuguesa. No entanto sopram ventos de mudança na doutrina nacional e vozes favoráveis têm-se insurgido no sentido da compatibilização do *trust* com o sistema continental²⁸, apesar de se reconhecer que existem divergências de fundo, não obstante, ultrapassáveis.²⁹

Ora, veja-se Menezes Cordeiro: “*O elemento mais distintivo do negócio fiduciário não se encontra na dimensão externa do instituto, mas na sua dimensão interna. Os efeitos produzidos externamente em nada afectam o princípio basilar da fideiúcia: o titular de um direito, compromete-se, no âmbito dessa posição jurídica, a actuar no interesse de um terceiro. Ora, o trust enquadra-se perfeitamente nesta concepção: o trustee compromete-se a apenas fazer uso dos bens constituídos em trust no interesse e em benefício exclusivo do terceiro indicado. (...) Em suma, o trust anglo-saxónico deverá ser tratado, entre nós, como uma manifestação ou um tipo de negócio*

²⁸ Cfr. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 2012 pg. 485: “*Ao contrário do que é comum sustentar, o trust não é incompatível com o direito continental, como demonstra o direito escocês, que é de sistema continental e no qual o trust vigora sem dificuldades dogmáticas*”.

²⁹ CORDEIRO, António Barreto Menezes, *op. cit.*, pg. 991, o qual reconhece que se tendem a desvanecer se limitarmos o âmbito do negócio fiduciário de origem românica à *fideiúcia cum amico*.

fiduciário, com características muito próprias. Tendo por base as classificações elencadas, o trust é um negócio fiduciário stricto sensu para administração e aberto, que pode ser constituído por simples manifestação de vontade, por transmissão da posição jurídica para um terceiro que assume a posição de fiduciário ou por disposição testamentária”³⁰.

Menezes Cordeiro reforça ainda que a noção tradicional de negócio fiduciário³¹ deve considerar-se ultrapassada, sendo que o elemento primário de um negócio fiduciário não deve ser a transmissão de um direito, mas sim a assunção da posição de fiduciário, assente no valor da confiança.

Também Pedro Pais de Vasconcelos se pronuncia a favor do reconhecimento do *trust* no Direito Português³², pelo que, considerando a vaga doutrinal recente, aguarda-se com expectativa a disseminação da literatura sobre este tema e os seus eventuais reflexos na legislação nacional.

³⁰ CORDEIRO, António Barreto Menezes, *op. cit.*, pg. 992

³¹ Como “*uma transmissão de um direito para alguém de confiança, que se compromete a actuar nos exactos termos acordados e a retransmitir o bem com a verificação dos pressupostos acordados*” *cf.* *op. cit.* pg. 1140.

³² “*A utilidade do trust é patente quando se compara o seu funcionamento com o dos institutos equivalentes do direito continental. No campo sucessório, é muito mais prático e eficiente instituir um trustee que proceda à liquidação e distribuição da herança, do que nomear um testamenteiro. (...) O mesmo sucede na protecção dos incapazes: a instituição de um trust é mais prática, mais eficiente, menos infamante e também muito mais frequente do que a tutela ou a curatela. No direito dos valores mobiliários, os mecanismos do “unit trust” já foram importados e adaptados ao direito continental em fundos de investimento. Outros exemplos se poderiam apontar. É desejável que os juristas continentais deixem de ver o trust como uma curiosidade exótica do direito anglo-saxónico, insusceptível de ser utilizada no seu sistema, e lancem mão dos instrumentos jurídicos à sua disposição para abrir as alternativas que a prática demonstra que são necessárias e desenjáveis. O princípio da autonomia privada permite que, com recurso a contratos fiduciários, se modelem e ponham em vigor, sem grandes dificuldades, situações e relações jurídicas semelhantes ao trust*”, *cf.* VASCONCELOS, Pedro Pais de, *op. cit.*, pg. 266.

CAPÍTULO II - TRIBUTAÇÃO DAS ESTRUTURAS FIDUCIÁRIAS

A) – Considerações Introdutórias

Chegados a este ponto, não é difícil conceber as várias dificuldades e interrogações sentidas pelas Administrações Fiscais dos países de Direito Civil em aplicar um regime fiscal a um instituto que não se encontra previsto, e no caso de um *trust*, que nem sequer é reconhecido pelas suas jurisdições. A preocupação principal tem passado por implementar regimes de transparência e de troca de informações, uma vez que o leque de possibilidades que a utilização de estruturas fiduciárias apresenta ao nível do planeamento fiscal, designadamente perante tamanha diversidade de tratamento a nível internacional, é bastante significativo.

Começamos por relembrar alguns conceitos da parte geral do CIRS, nomeadamente, o elemento de incidência pessoal do imposto³³. Este decorre do princípio da territorialidade e do elemento de conexão subjectivo traduzido na residência fiscal, permitindo distinguir sujeitos passivos residentes em território português e sujeitos passivos não residentes. Os sujeitos passivos não residentes são tributados somente sobre os rendimentos de fonte portuguesa, cuja obtenção é

³³ Cfr. MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, Coimbra, Almedina, 2006, pg. 11

determinada pela existência de elementos de conexão que estabeleçam um vínculo entre esses rendimentos e o território português³⁴.

No entanto, os sujeitos passivos residentes são tributados em sede de IRS pela totalidade dos rendimentos mundialmente auferidos, ou seja, incluem-se também os rendimentos obtidos fora do território português, concretizando-se assim o princípio da universalidade da tributação (*worldwide income taxation*).

É ainda de mencionar que um eventual conflito positivo de residência é acautelado pela celebração de Convenções de Dupla Tributação (CDT) entre os vários Estados, estipulando-se que é o Estado de residência que tem, em primeiro plano, legitimidade de tributação, tendo o Estado da fonte uma legitimidade limitada (pode, por exemplo, usar o mecanismo de retenção na fonte em determinados tipos de rendimento, como dividendos, juros e *royalties*)³⁵.

Desta forma, um residente em Portugal é tributado por todos os rendimentos de que seja titular, independentemente da sua fonte. Mesmo que uma estrutura fiduciária não tenha qualquer ligação com o território português, as normas de incidência pessoal não deixam margem para dúvidas: devem os respectivos rendimentos ser tributados pela Administração Fiscal portuguesa, na ausência de uma CDT que determine o contrário.

Assim, verificamos que o Estado português não pode, simplesmente, ignorar a existência dos *trusts*, escudando-se no argumento de que não são reconhecidos em Portugal. Os residentes são tributados pelos rendimentos, reforça-se, mundialmente auferidos. Ao nos encontrarmos perante um mundo cada vez mais globalizado, onde a livre circulação de pessoas e bens é uma realidade incontornável, bem como uma crescente refinação de instrumentos financeiros, não tardiamente se iria colocar a questão da tributação destes rendimentos, de acordo com os trâmites legais e observando os princípios de justiça fiscal.

Apesar da crescente popularidade na utilização de estruturas fiduciárias no estrangeiro e verificando-se, inclusivamente, a introdução de um regime fiscal em jurisdições paradigmáticas do Sistema Romano-Germânico Civil (como é o caso da França e da Itália), o Direito Fiscal português tem sido cauteloso na aproximação a esta

³⁴ Cfr. FAUSTINO, Manuel, *Lições de Fiscalidade*, Almedina, 2012, pg. 209

³⁵ Cfr. TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2010, pg. 441.

figura, essencialmente, pela ausência de normas de concretização que permitam servir de guia para a previsão de normas de incidência tributária.

No âmbito do Direito nacional, foi em 2012 que o legislador fiscal se referiu, pela primeira vez, à figura do fiduciário, ao alterar o art. 20.º do CIRS, sob a epígrafe de “Imputação Especial”. Veremos, mais adiante, que implicações fiscais decorrem desta disposição para os intervenientes de uma estrutura fiduciária.

Finalmente, no âmbito do Orçamento de Estado para 2015, o legislador fiscal introduziu e alterou determinadas disposições no CIRS e no CIS, com as Leis n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro e n.º 82-C/2014, de 31 de Dezembro, respectivamente, com o propósito de suprir as lacunas existentes relativamente a esta matéria.

Neste capítulo, iremos proceder a uma análise do regime de tributação das estruturas fiduciárias após as alterações introduzidas pela Reforma *supra* mencionada. Todavia, ao analisar as potenciais implicações fiscais para cada um dos participantes, há que avançar com prudência e distinguir cada um dos momentos relevantes desde a constituição até à extinção, liquidação e revogação de uma estrutura fiduciária, passando pela respectiva distribuição de rendimentos.

B) – Mecanismos de controlo e troca de informação em matéria fiscal

As estruturas fiduciárias são frequentemente associadas com mecanismos de planeamento fiscal abusivo, (supostamente) facilitando a evasão fiscal através da constituição de *trusts* e outros institutos semelhantes em países de tributação fiscal claramente mais favorável (vulgo, “*paraísos fiscais*”).

Assim, ao longo dos últimos anos, a principal preocupação do legislador fiscal português relativamente a esta matéria consistiu em implementar mecanismos de transparência, incentivando a comunicação às autoridades fiscais portuguesas, por parte dos contribuintes, de elementos patrimoniais detidos em paraísos fiscais.

O acima exposto foi, sobretudo, concretizado mediante a criação dos RERT em 2005³⁶, 2010³⁷ e 2012³⁸, que permitiram a instituição de uma “amnistia fiscal” para elementos patrimoniais detidos fora do território português, beneficiando os titulares de uma extinção de obrigações tributárias exigíveis até à data desta comunicação e de uma exclusão de responsabilidade criminal ou contra-ordenacional por infracções tributárias decorrentes de condutas ilícitas por ocultação ou alteração de factos ou valores. Em suma, poderiam ver regularizada a sua situação tributária, mediante o pagamento de taxas muito inferiores³⁹ às que seriam aplicadas caso este regime não fosse implementado.

Em busca do objectivo da transparência e do combate à evasão fiscal, temos assistido, igualmente, a um reforço de mecanismos de cooperação administrativa internacional em matéria tributária, traduzindo-se em trocas de informação entre as administrações de diversos países, possibilitado pela celebração de Acordos sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal⁴⁰, pelos mecanismos de troca de informação previstos nas CDTs e pelos Protocolos de assistência mútua administrativa em matéria de impostos sobre o rendimento.

Adicionalmente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 61/2013, de 10 de Maio, que procedeu à transposição da Directiva n.º 2011/16/UE, de 15 de Fevereiro de 2011, com o objectivo de reforçar os mecanismos de troca de informações entre Estados-Membros da União Europeia no âmbito de qualquer imposto, à excepção do IVA, dos direitos aduaneiros, dos impostos especiais de consumo e das contribuições obrigatórias para a

³⁶ Cfr. “RERT I”, o qual, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 39-A/2005 no âmbito do Orçamento Rectificativo, de 29 de Julho, previa a entrega de uma declaração de regularização tributária por parte de pessoas singulares titulares de elementos patrimoniais no exterior, não reportados em Portugal, até à data de 31 de Dezembro de 2004.

³⁷ Cfr. “RERT II”, consagrado pelo art. 131.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril, o qual permitiu a regularização dos elementos patrimoniais detidos fora do território nacional até 31 de Dezembro de 2009.

³⁸ Cfr. “RERT III”, estabelecido pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, que permitiu a regularização dos elementos patrimoniais detidos fora do território nacional até 31 de Dezembro de 2010. Foi ainda consagrado um regime de prorrogação excepcional, devido ao elevado volume de aderentes. A principal diferença para o RERT II consistiu na eliminação do requisito de repatriamento dos elementos regularizados para o território português. A Portaria n.º 17-A/2012, de 19 de Janeiro, com referência ao RERT III veio ainda clarificar que os elementos patrimoniais passíveis de ser objecto de regularização poderiam ser de titularidade directa ou indirecta, expressamente incluindo as estruturas fiduciárias como instrumentos geradores de rendimentos passíveis de serem validamente reportados às autoridades fiscais.

³⁹ Taxas de 5% nos RERT I e II, e 7,5% no RERT III, pela regularização dos activos.

⁴⁰ Portugal mantém acordos em vigor com a Andorra, as Bermudas, Gibraltar, as Ilhas Caimão, a Ilha de Man, Jersey e Santa Lúcia. Ainda não se encontram em vigor os acordos celebrados com a Antígua e Barbuda, Belize, a Comunidade de Dominica, os Estados de Guernsey, as Ilhas Virgens Britânicas, a Libéria, St. Kitts and Nevis, as Ilhas Turcas e Caicos.

Segurança Social. Mais recentemente, foi aprovada na Assembleia da República a 16 de Setembro de 2014 a Convenção relativa à Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal.

Desta forma, é permitido à Autoridade Tributária solicitar informação relevante relativamente à titularidade de elementos e activos patrimoniais, bem como a movimentação de fluxos financeiros, às autoridades competentes dos vários territórios. Também no que se refere às estruturas fiduciárias, é possível identificar os constituintes, fiduciários e beneficiários no âmbito dos referidos mecanismos.

Uma nota final para acrescentar que, no âmbito dos trabalhos da Quarta Directiva sobre o Branqueamento de Capitais, apresentada pela Comissão Europeia a 12 de Janeiro de 2015, foi lançado o debate público a 18 de Março de 2015, para a implementação de um pacote de transparência fiscal, sendo de destacar a proposta de criação de uma base de dados central comunitária para consulta de informações relativamente aos beneficiários efectivos de movimentações de capital e aos titulares de pessoas colectivas e entidades equiparadas.

C) – Escopo do conceito “estruturas fiduciárias”

Em primeiro lugar, voltamos a salientar de que o *trust* não é reconhecido pelo Direito Português e, conseqüentemente, não existe uma definição no Direito Civil que permita servir de base para o seu respectivo tratamento fiscal. Por este motivo, dedicámos uma primeira parte do nosso trabalho a proceder à descodificação deste instituto, aproximando-o dos negócios fiduciários.

Assim, o legislador fiscal adoptou o termo “estruturas fiduciárias” para se referir à realidade dos negócios fiduciários em geral, à falta de outro termo já consagrado pelos vários ramos do Direito⁴¹. Não temos dúvidas de que se tinha maioritariamente em vista o *trust*, para o qual não era dirigida nenhuma regulamentação em termos de tributação, à excepção dos arts. 20.º do CIRS e 66.º do CIRC, os quais se referem, apenas, à pessoa do “fiduciário”.

⁴¹ É certo que o Direito Civil se refere à figura dos “negócios fiduciários”, mas a adopção deste termo não seria a mais correcta, considerando que é pacífica a não aceitação do *trust* no nosso ordenamento jurídico, pelo que a sua utilização poderia ser interpretada como não incluindo a figura do *trust* na previsão das diversas disposições que foram introduzidas com a Reforma Tributária de 2014.

Destarte, reconhecemos que não podia caber ao legislador fiscal adiantar-se ao legislador civil e proceder a uma definição de uma figura que, em bom rigor, não existe no nosso Direito.

Tal como tem sido salientado ao longo desta dissertação, uma estrutura fiduciária pode assumir múltiplas configurações. Apesar de não ser o objecto deste estudo, não podemos deixar de fazer referência às fundações, as quais também se assumem como estruturas fiduciárias. No entanto, note-se que as fundações criadas para esses efeitos não são equiparáveis às que operam no nosso ordenamento jurídico, uma vez que estas não podem ser constituídas no âmbito do sector privado e, como tal, não podem ser consideradas como um instituto sucedâneo aos *trusts*.

Sendo que no Direito Português tais configurações não se encontram consagradas ou reconhecidas pelo legislador, as normas de tributação devem ter carácter abstracto de forma a abranger a generalidade das situações e modelos de estruturas fiduciárias existentes nos outros países, com o objectivo de impedir o vazio legislativo no que se refere à incidência de tributação sobre um determinado tipo de rendimentos.

Todavia, também não podemos deixar de referir que tamanha amplitude no termo utilizado deixa espaço para indeterminação e insegurança jurídica⁴², tornando-se difícil distinguir em determinadas situações se estamos, ou não, perante uma estrutura fiduciária.

D) – Análise geral à determinação do sujeito passivo

Uma obrigação tributária resulta directamente do facto considerado pela lei como apto para desencadear uma relação jurídica tributária, ao qual a lei designa de facto tributário⁴³. Este é constituído por dois elementos: o elemento objetivo e o elemento subjetivo. O elemento objetivo reconduz-se ao facto tributário em si mesmo, traduzindo-se na situação concretamente prevista pela norma de incidência tributária, abstraindo-se de um sujeito passivo de imposto. O elemento subjectivo complementa o

⁴² “A indeterminação da previsão normativa não pode ser de tal modo intensa que comprometa uma previsão e calculabilidade mínimas quanto à incidência do respectivo imposto, permitindo à Administração Fiscal definir e determinar, casuisticamente, a matéria colectável”, nos termos do princípio da tipicidade fiscal, que determina que apenas há obrigação de imposto se houver lei que o preveja. Cfr. TEIXEIRA, Glória, *III Congresso de Direito Fiscal*, Lisboa, Vida Económica, 2013, pg. 248.

⁴³ VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2011, pg. 364

elemento objectivo, pois é aquele que estabelece uma relação entre o facto e um sujeito, imputando-lhe a obrigação tributária.

Assim, no momento da constituição de uma obrigação fiscal, afigura-se de importância decisiva a determinação do sujeito passivo, sob pena da determinação do elemento objectivo – o facto tributário – se tornar irrelevante para efeitos de estruturação do imposto. O obstáculo que se coloca, em primeiro lugar, é o de determinar qual o sujeito passivo nesta relação, ou seja, a quem é que devemos alocar o rendimento e subsequentemente, quem deve suportar o imposto devido.

A determinação do sujeito passivo numa estrutura fiduciária é particularmente desafiante, tendo em conta a complexidade da relação que é possível estruturar. Mais difícil se coloca a questão quando confrontados com um *trust*, onde se verifica uma segregação entre a titularidade da propriedade: económica a favor do *trustee* e real a favor do beneficiário. E o fiduciante que pretende transferir a sua propriedade poderá vir a ser considerado como sujeito passivo de imposto em algum momento da vigência da estrutura fiduciária?

Sublinha Saldanha Sanches que “o sujeito passivo da relação tributária não tem que ser necessariamente uma pessoa jurídica: podemos ter como sujeito passivo da relação tributária uma pessoa singular ou colectiva, mas também uma entidade a que o legislador fiscal atribuiu relevância sem a transformar em pessoa jurídica”⁴⁴.

Esta posição tem acolhimento no art. 18.º da LGT, sendo atribuída a qualidade de sujeito passivo à “*pessoa singular ou colectiva, o património ou a organização de facto ou de direito que, nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte directo, substituto ou responsável*”.

Temos, assim, em teoria, várias hipóteses de incidência subjectiva passando pelos vários sujeitos envolvidos na relação que constitui uma estrutura fiduciária: o fiduciante, o fiduciário, o beneficiário ou, inclusivamente, o próprio fundo fiduciário. Note-se que a determinação do sujeito passivo deve ser feita em função do momento da estrutura fiduciária e do imposto sob análise.

Apesar das múltiplas configurações que pode assumir um *trust*, em regra, verifica-se uma característica comum: o fiduciante, titular originário dos bens

⁴⁴ SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pg. 134.

transmitidos em fidúcia e geradores de rendimentos, procede efectivamente a uma transferência do bem ou do direito que estava incluso no seu património, pelo que, regra geral, não haverá incidência de tributação na sua esfera pessoal, excepto nos casos em que ele próprio é também o beneficiário da estrutura.

Porém, alguns autores defendem a tributação na esfera do fiduciante para obviar uma eventual motivação de planeamento fiscal abusivo. Plácido Martos Belmonte⁴⁵ alega ainda que não tendo o *trust* acolhimento no Direito Civil (espanhol), não se pode considerar válida a transmissão da propriedade por parte do fiduciante ao fiduciário. Adicionalmente, o único sujeito que está claramente identificado num *trust* é o fiduciante, sendo desconhecidos, em grande parte dos casos, os beneficiários finais efectivos.

De facto, o *trust* não é, igualmente, reconhecido pelo Direito Civil Português. No entanto, parece-nos que o Direito Fiscal não se pode compadecer com a insuficiência de regulamentação por parte do Direito Civil, sendo o Direito Fiscal moldado essencialmente em função de realidades económicas e, por conseguinte, pode prescindir da estrutura jurídico-formal de certas figuras tal como vigoram no campo do Direito Civil, pelo que não consideramos este argumento como suficiente, *per si*, para justificar a incidência tributária na esfera pessoal do fiduciante.

O segundo argumento do autor é bastante pertinente, na medida em que podem surgir casos em que a repartição dos rendimentos não seja de fácil concretização, ou até que a própria pessoa do beneficiário seja indeterminada⁴⁶. Verifica-se que o silêncio do legislador civil no que se refere ao modo de designação ou modificação dos beneficiários e a possibilidade de revogação do fundo torna-se um obstáculo para o Direito Fiscal.

No entanto, não podemos deixar de reforçar que o fiduciante procede a uma transferência de bens ou de direitos para a esfera de outrem, pelo que há que proceder com ponderação antes de concluir pela sua sujeição a tributação, dificilmente se

⁴⁵ BELMONTE, Plácido Martes, *Tratamiento fiscal de un trust discrecional constituido en el extranjero por un residente en españa. derecho comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas.*

⁴⁶ Por exemplo, se um fiduciante estipular que os rendimentos gerados pela estrutura fiduciária revertam para os seus filhos em função dos seus resultados académicos. Em termos práticos, a Administração Tributária não teria capacidade para acompanhar a distribuição desses rendimentos, obstaculizando-se assim a sua tributação. Cfr. BELMONTE, Plácido Martes, *op. cit.*

conseguindo sustentar, à luz do princípio da capacidade contributiva, que deverá haver tributação na esfera de um indivíduo que se encontra desapossado do património alvo de tributação.

Em nossa opinião, uma estrutura fiduciária deve ser considerada como um sujeito passivo independente e separado das pessoas envolvidas. Todavia, uma interpretação de tábua rasa desta afirmação poderia implicar que seriam desconsiderados, para efeitos de tributação, os montantes distribuídos aos beneficiários e eventualmente aos fiduciários (ou até ao próprio fiduciante se ele próprio se constituir como beneficiário), pois a taxa de imposto aplicada ao *trust* em si não teria qualquer relação com os rendimentos auferidos pelos sujeitos envolvidos.⁴⁷

Perante este problema, várias legislações adoptaram um regime de transparência fiscal, o qual se encontra igualmente previsto no Direito Fiscal Português, no art. 20.º do CIRS, tema que abordaremos em sede própria.

Numa tentativa de enquadrar o *trust* no direito português, ou de tentar consagrar uma doutrina fiduciária geral, alguns autores tendem a atribuir ao *trust* a natureza jurídica de património autónomo. Nesta medida, discordamos, em parte, da posição de Menezes Cordeiro⁴⁸ quando fundamenta a inviabilidade desta figura no âmbito de um *trust*. Aponta dois obstáculos: o primeiro, de ordem prática, que recai sobre o próprio elemento essencial para a constituição do um negócio fiduciário (aqui se incluindo o *trust*) – a transmissão dos bens para o fiduciário/*trustee*. Sendo este titular dos direitos constituídos em fidúcia, considera o autor que não estamos perante um património sem sujeito. O segundo argumento é de ordem jurídica, tendo em vista uma incompatibilidade entre um património autónomo com transmissão de direitos de propriedade e a falta de personalidade jurídica.⁴⁹ Reforça este argumento com o exemplo das fundações, com personalidade jurídica, nos termos do art. 158.º, n.º 2 e das heranças jacentes com personalidade judiciária. No entanto, lembramos que também os

⁴⁷ Cfr. EASSON, Alex, THURONYI, Victor, *Tax law design and Drafting*, International Monetary Fund, Volume II, 1998, pg. 27. Os autores apontam que a taxa a aplicar teria de ser alta, de forma a evitar a potencialidade de evasão fiscal – sugerem, inclusivamente, de que esta taxa teria de ser igual à taxa marginal máxima aplicável em sede de imposto sobre as pessoas singulares. No entanto, reconhecem que tal solução revela-se injusta nos casos em que os rendimentos fossem distribuídos a um beneficiário de baixos rendimentos.

⁴⁸ CORDEIRO, António Barreto Menezes, *op. cit.*, pg. 883.

⁴⁹ Cfr. CORDEIRO, António Barreto Menezes, *op. cit.*, pg. 1140.

fundos de investimento imobiliário são patrimónios autónomos aos quais não é reconhecida personalidade jurídica nos termos da lei.⁵⁰

Resulta do art. 2.º do CIRC que os sujeitos passivos distinguem-se entre pessoas colectivas e entidades desprovidas de personalidade jurídica, as quais incluem as que têm rendimentos não tributáveis em IRS ou IRC directamente na titularidade de pessoas singulares ou colectivas. Assim, “o legislador estabeleceu expressamente estarem compreendidas na categoria de sujeitos passivos entidades que não são pessoas, são os entes normalmente chamados de facto, com uma certa unidade económica e autonomia patrimonial assentando em base pessoal ou real”⁵¹.

Dito isto, note-se que a problemática da personalidade jurídica de uma estrutura fiduciária é, na maior parte das vezes, irrelevante, no que se refere à análise do regime aplicável em Direito Fiscal, uma vez que vigora a tese da não coincidência da personalidade jurídico-fiscal com a de outros direitos⁵².

Em nossa opinião, haverá que distinguir duas realidades, com base numa classificação de *trusts* conseguida pelo Direito da *Common Law* em função da sua finalidade: os *business trusts* e os restantes⁵³.

Os *business trusts*, em função das suas características (empreendimentos de natureza societária e com finalidades lucrativas) devem ser aproximados ao regime das sociedades comerciais, uma vez que, recordando os ensinamentos de Carvalho Fernandes⁵⁴, “*sociedade é uma associação de duas ou mais pessoas, que põem em comum os bens e serviços necessários ao exercício de uma actividade económica, que não seja de mera fruição, com vista à obtenção de lucro a repartir pelos sócios.*”

Dentro deste tipo de *trust*, deverão ser incluídos os REITs, os quais são estruturados sob a forma de empresa (e não de património autónomo) e são investidos de personalidade jurídica tal como qualquer sociedade comercial, nos termos do art. 5.º

⁵⁰ Nos termos do art. 58.º-B do Regime Jurídico dos Fundos de Investimento Imobiliário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 52/2006, de 15 de Março, 357-A/2007, de 31 de Outubro, 211-A/2008, de 3 de Novembro, 148/2009, de 25 de Junho e 71/2010, de 18 de Junho.

⁵¹ PIRES, Manuel, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2012, pg. 531.

⁵² PIRES, Manuel, *Direito Fiscal*, op. cit.

⁵³ Cfr. 1º Capítulo, Ponto C, 4).

⁵⁴ Cfr. FERNANDES, Luis A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, Universidade Católica, 2012.

do Código das Sociedades Comerciais, sendo geridos por um conselho de administradores ou de *trustees*.⁵⁵

O património dado em fidúcia nas restantes classificações de *trust* deve ser considerado como património autónomo, não tendo personalidade jurídica, sendo autónomo e distinto do fiduciário, do fiduciante e do beneficiário.

No entanto, a determinação do sujeito passivo de uma estrutura fiduciária deverá ser avaliada em cada um dos momentos da vigência da mesma, conforme análise que se segue.

E) – As hipóteses de incidência tributária numa Estrutura Fiduciária

1. No momento da constituição da estrutura fiduciária

Em geral, não se considera a criação de uma estrutura fiduciária como um facto gerador de tributação. A reforma tributária introduzida pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Janeiro não trouxe nenhum desenvolvimento no que se refere ao primeiro momento de uma estrutura fiduciária, focando-se essencialmente nos momentos de liquidação, extinção e revogação da mesma.

É certo que os *trusts* representam a maior fatia das estruturas fiduciárias e, ao não ser possível a sua constituição em território português, a problemática da tributação no momento da sua criação pode ter sido desconsiderada por parte do legislador fiscal, uma vez que a maior preocupação consistirá na tributação dos rendimentos auferidos por residentes em Portugal decorrentes de uma estrutura fiduciária que já tenha sido efectivamente criada fora do território nacional.

No entanto, relembramos que não são apenas *trusts* que se encontram abrangidos pela lata previsão que o legislador adoptou na última reforma – estruturas fiduciárias – e inclusivamente nos casos dos *trusts*, surgem dúvidas quanto ao sujeito passivo de

⁵⁵ Também o *Internal Revenue Service (IRS)* americano se depara com situações complexas em que tem de distinguir um *trust* de uma sociedade. Cfr. Abbia, Byrle M., *Income Taxation of Fiduciaries and Beneficiaries*, pg. 3-52 em que o *IRS* determinou que uma determinada estrutura criada por vários *grantors* que distribuía anuidades a esses mesmos *grantors* não se qualificava como um *trust* uma vez que: (i) a posição dos *grantors* aproximava-se mais à dos sócios de uma sociedade comercial do que à de beneficiários de um *trust*; (ii) o *trust* constituído tinha como finalidade a acumulação de rendimentos numa entidade. Como conclusão, o *IRS* determinou que estávamos perante uma sociedade comercial e não um *trust*.

imposto no momento da sua criação, pelo que somos da opinião de que o legislador fiscal deveria ter sido mais ambicioso na abordagem deste tema, uma vez que, a ser possível criar uma estrutura fiduciária em Portugal – e mesmo não o sendo –, a sua constituição coloca questões de grande relevância para o Direito Fiscal português.

No processo de constituição de uma estrutura fiduciária, o fiduciante deverá começar por transferir válida e eficazmente os bens ou direitos para a estrutura em causa. A questão coloca-se: qual o tratamento fiscal a aplicar a esta transferência patrimonial? Adicionalmente, e sob a mesma *ratio*, que tratamento fiscal deverá ser aplicado nos casos de transferências subsequentes de património (após a constituição da estrutura fiduciária se encontrar concluída), por parte do fiduciante para a estrutura fiduciária? Concluímos, de antemão, que nada na letra da lei – nem antes, nem após a última reforma tributária –, nos fornece qualquer pista sobre a intenção do legislador nesta matéria.

Antes de avançarmos com a apresentação do nosso contributo para esta discussão, devemos ter como ponto de partida que os bens ou direitos transferidos segregam-se do património pessoal do fiduciante, não tendo ainda, nesta fase, entrado na esfera legal do beneficiário, o qual pode, ou não, ser o fiduciante. Relembremos ainda que podemos estar perante um *trust* não revogável (sendo certo que o beneficiário escolhido de antemão pelo fiduciante será o proprietário legal final dos bens tidos em *trust*) ou um *trust* revogável (nos casos em que não é certo que o beneficiário se torne no proprietário legal dos bens tidos em *trust*).

Em ambos os casos, verificamos que um *trust* se constitui a partir de um acto unilateral do fiduciante, juntamente com uma efectiva transmissão da titularidade dos bens ou direitos para um *trust*⁵⁶, sendo que o *trustee* fica obrigado a administrar esses mesmos bens ou direitos a favor do disponente, ou dos beneficiários (designados, ou por designar).”

Ora, no Direito português, a propriedade pode ser transferida por venda, sucessão ou doação *inter vivos*⁵⁷. Neste contexto, importa recordar que o imposto sucessório foi abolido em Portugal a partir de 1 de Janeiro de 2004, após a reforma da

⁵⁶ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de, TOMÉ, Maria João Vaz, *op. cit.*, pg. 34

⁵⁷ Tratando-se de uma aquisição derivada, tal como refere LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pg. 115.

tributação do património em 2003⁵⁸, pelo que, desta forma, o regime fiscal aplicável será diferente consoante estejamos perante um acto gratuito, à semelhança do que ocorre numa doação *inter vivos*, ou uma transferência onerosa, o que originaria uma mais-valia tributável na esfera do fiduciante.

a) Constituição de uma estrutura fiduciária como acto gratuito

Para enquadrarmos o momento da criação de uma estrutura fiduciária no negócio jurídico da doação, concretizada na transferência por acto gratuito pelo fiduciante ao fiduciário, teremos de iniciar a nossa análise por uma excursão ao Direito Civil. Neste âmbito, dispõe o art. 940.º, n.º 1 do Código Civil que a “doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício de outro contraente”.

A doutrina civil tende a considerar que existem três requisitos para que haja lugar a uma doação⁵⁹:

- (i) disposição gratuita de bens ou direitos, atribuição patrimonial geradora de enriquecimento, sem correspectivo;
- (ii) diminuição do património do doador; e
- (iii) espírito de liberalidade.

O primeiro requisito requer que a doação resulte de um acto que atribua a outrem uma vantagem patrimonial, observando-se um aumento do património da contraparte sem qualquer contrapartida.

Para efeitos da verificação deste requisito, somos confrontados com dois problemas. Em primeiro lugar, devemos deixar claro que não existe, em bom rigor, um enriquecimento por parte do fiduciário, uma vez que este apenas fica incumbido de deveres de gestão e de administração da massa patrimonial “doada”. Adicionalmente,

⁵⁸ Cfr., mais pormenorizadamente, CATARINO, João Ricardo, GUIMARÃES, Vasco Branco, *Lições de Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2013

⁵⁹ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1968, pg. 181; LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pg. 174.

não obstante não existir uma contrapartida, *per si*, existe a imposição de um encargo, que se consubstancia em obrigações de administração e de transmissão do bem doado a favor do próprio transmitente ou de um terceiro.

Apesar da condição mencionada *supra*, continua a ser de sublinhar a relevância da característica da gratuidade presente neste contrato e a ausência de contrapartidas, pois consideramos que tal encargo não é suficiente para excluirmos o carácter de gratuidade deste contrato. Note-se que apenas deverá existir carácter de onerosidade quando a contraprestação se concretize num correspondente de natureza patrimonial⁶⁰. Não temos dúvidas de que, nestes termos, a transmissão em análise se revista de carácter gratuito.

O segundo pressuposto assenta na diminuição do património do doador e no consequente enriquecimento do património do donatário. No caso de uma estrutura fiduciária, o primeiro momento translativo concretiza-se numa transferência do direito de propriedade por parte do fiduciante, verificando-se a referida diminuição do património apenas nos casos em que o beneficiário não é o próprio fiduciante.

Finalmente, o espírito de liberalidade consiste, essencialmente, em efectuar a atribuição patrimonial consciente de que não existe uma obrigatoriedade em fazê-lo. Este elemento subjectivo – o *animus donandi* – tem por base uma ideia de espontaneidade e de generosidade⁶¹.

Temos dificuldades em vislumbrar nesta prestação a existência de um *animus donandi* por parte do fiduciante, pois não obstante assistirmos a um efectivo incremento da massa patrimonial na estrutura fiduciária, a disposição gratuita do fiduciante tem como alvo final o beneficiário e não a estrutura em si, a qual apenas se traduz num meio para concretizar a operação pretendida pelo primeiro⁶².

Também Verónica Freire⁶³ considera que se verifica a ausência de *animus donandi* no âmbito desta transferência, pois dela não se pode retirar uma intenção do *settlor* em doar um bem ou um direito ao *trustee*, sendo que a sua última finalidade será

⁶⁰ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *op. cit.*, pg. 182.

⁶¹ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *op. cit.*, pg. 174

⁶² Ademais, tal como vem referido in CARVALHO, Orlando, *Negócio Jurídico Indirecto*, Coimbra, Almedina, 1998, pg. 106, “*Dar para só administrar ou só garantir é realmente não dar. O ‘animus donandi’ envolve um efectivo e definitivo enriquecimento alheio, não se concilia com a intenção simultânea de que esse enriquecimento seja definitivo só em vista de ser temporário.*”

⁶³ ALMEIDA, Verónica Scriptore Freire e, *A Tributação dos Trusts*, Coimbra, Almedina, 2009, pg. 259.

a doação ao beneficiário, último interveniente nesta cadeia. Sublinha ainda que os bens e direitos que formam a propriedade fiduciária são, usualmente, geridos por um conjunto de pessoas especializadas, pelo que não é equiparável a uma doação em favor do *trustee*.

Adicionalmente, a doação exige o concurso e acordo de duas vontades: a do proponente-doador e a do aceitante-donatário. Nesta medida, o art. 945.º do Código Civil estatui que:

“1. *A proposta de doação caduca se não for aceita em vida do doador.*

2. *A tradição para o donatário, em qualquer momento, da coisa móvel doada, ou do seu título representativo, é havida como aceitação.*

(...)”

Como referem Pires de Lima e Antunes Varela⁶⁴, “*Para que se conclua o processo constitutivo do negócio jurídico, é necessária a aceitação do donatário. Antes dela, poderá existir uma simples proposta de doação, mas não uma doação, pois o acordo de vontades é sempre elemento essencial, nos termos do art. 232.º, da formação de qualquer contrato*”.

Temos, assim, que o contrato de doação constitui um negócio jurídico bilateral receptício, que só fica completo, ressalvada a situação prevista no n.º 2 do art. 951.º, com a aceitação pelo donatário, expressa ou tácita⁶⁵, que ocorre com a “tradição” para o donatário, em qualquer momento, da coisa móvel doada, ou do seu título representativo, desde que ocorra durante a vida do doador. Até ocorrer essa aceitação, existe apenas uma mera proposta de doação.

Tendo em consideração o exposto, exclui-se definitivamente qualquer possibilidade de qualificação do beneficiário como o efectivo donatário aquando o momento da constituição de uma estrutura fiduciária, pois não se verifica a condição indispensável da aceitação por parte do beneficiário (que não o fiduciante), que se tem como completa após o recebimento do bem. Porém, essa transferência ocorre apenas posteriormente entre o fiduciário e o beneficiário (cuja análise irá ser efectuada no

⁶⁴ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *op. cit.*, pg. 182.

⁶⁵ Cfr. LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *op. cit.*, pg. 189.

próximo ponto). Nesta etapa, os beneficiários têm, quando muito, uma mera expectativa em receber os bens ou direitos, situação essa que se evidencia com maior acuidade no caso dos *trusts* revogáveis.

Como forma de contornar o problema na qualificação deste acto jurídico, alguns autores avançam a hipótese da doação modal⁶⁶, nos termos do art. 963º do Código Civil, no sentido de doação com encargo⁶⁷.

No entanto, tal solução padece do mesmo problema que temos discutido nesse ponto, ou seja, o espírito de liberalidade por parte do fiduciante não é dirigido ao fiduciário, não podendo este dispor do bem como bem entenda depois de cumprir o encargo que lhe foi imposto.

b) Constituição de uma estrutura fiduciária como acto oneroso

Deverá também ser analisada a hipótese da qualificação da transmissão de património por parte do fiduciante para o fiduciário como uma transferência onerosa apta a gerar mais-valias, tributáveis na esfera do fiduciante. Esta foi a solução consagrada pelo Direito Fiscal vigente no Reino Unido⁶⁸ – considera-se o valor de aquisição como o valor pago pelo fiduciante pelos bens a transmitir para a estrutura fiduciária, sendo o valor de realização computado pelo preço actual de mercado desses mesmos bens à data da entrada no *trust* (reconhecendo-se a transferência em causa como, tendencialmente, gratuita), mesmo que o *trust* seja revogável ou que o beneficiário seja o próprio fiduciante⁶⁹.

Todavia, no nosso Direito Fiscal, cumpre referir que, apesar do conceito de mais-valia não ser objecto de definição expressa no nosso ordenamento⁷⁰, tem por base a ideia de acréscimo patrimonial, resultante da alienação onerosa⁷¹ de um bem ou

⁶⁶ As quais eram denominadas como “doações onerosas” no Código de Seabra.

⁶⁷ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de, TOMÉ, Maria João Vaz, *op. cit.* pg. 247.

⁶⁸ Cfr. HARDY, Amanda, *United Kingdom - Trusts, Topical Analyses*, 2014, disponível no IBFD.

⁶⁹ Cfr. GIULIANI, Federico Maria, “*Taxation of Trusts in the United Kingdom*”, *Contratto e Impresa*, Padova, Europa, 2003, pg. 975.

⁷⁰ SANCHES, Saldanha, *Ainda sobre o conceito de mais-valia*, Fisco, n.º 65/66, 1994, pg. 3.

⁷¹ Nos casos de transmissões gratuitas sujeitas a imposto do selo, exclui-se a incidência em sede de IRS, nos termos do n.º 6 do art. 12.º do CIRS.

direito. Ademais, as hipóteses elencadas no art. 10.º CIRS para efeitos de tributação de mais-valias são taxativas⁷².

Não encontramos no nosso Direito qualquer disposição que permita qualificar este acto do fiduciante como oneroso, pelo que não nos parece possível chamar à colação qualquer norma de incidência tributária por ganhos de capital. Também não concebemos nenhum motivo que justifique que a constituição de uma estrutura fiduciária (sem qualquer intuito abusivo) fosse mais penalizadora para o fiduciante do que a realização de uma doação. Com efeito, tendo em consideração que a noção de “mais-valias” assenta numa valorização de bens, comportando um ganho independente da actividade do titular, não vislumbramos em que medida é que será esta a situação do beneficiário, tendo em conta que não resulta nenhum ganho na sua esfera, nem qualquer correspectivo (a condição de administração do bem ou direito confiado, em favor de um terceiro ou do próprio fiduciante, não se parece inserir nesse conceito de vantagem).

c) Posição Adoptada

Perante esta indeterminação, e apesar das dificuldades em qualificar este acto de transmissão por parte do fiduciante para a estrutura fiduciária como uma doação, por falta de *animus donandi*, não temos dúvida que se trata, porém, de uma transmissão gratuita, devido a uma clara ausência de contrapartidas para o fiduciante.

Neste contexto, o âmbito de incidência objectiva⁷³ do imposto do selo abrange todos os actos, contratos, documentos, títulos, livros, papéis e outros factos previstos na Tabela Geral, incluindo as transmissões gratuitas de bens, nos termos do art. 1º do CIS. Para efeitos da verba 1.2 da Tabela Geral, são consideradas transmissões gratuitas, designadamente, as que tenham por objecto o direito de propriedade ou figuras parcelares desse direito sobre bens imóveis.

Chamamos a atenção para o carácter lato da noção de “transmissão gratuita” que consta nesta previsão, a qual acaba por abranger mais operações do que apenas a doação

⁷² MORAIS, Rui Duarte, *op. cit.*, pg. 130: “Ou seja, contrariamente ao que acontece em outras categorias, o legislador não teve aqui o intuito de desenhar as normas de incidência de uma forma esgotante: apenas pretendeu tributar as mais-valias que expressamente enumerou.”

⁷³ Cfr. MATEUS, J. Silvério, FREITAS, L. Corvelo de, *Os Impostos sobre o Património. O Imposto do Selo: Anotados e Comentados*, Lisboa, Engifisco, 2005, pg. 526

(como a usucapião, por exemplo). Nesta medida, apesar de termos considerado que não estamos perante uma efectiva doação nos termos do Código Civil, teremos que analisar esta situação sob a vertente de “transmissão gratuita” do CIS.

Ora, para apurar que tipo de transmissão gratuita é aquela a que se faz referência *sub judice*, teremos de recorrer ao argumento histórico de interpretação. E neste contexto, constata-se que, aquando da revogação do Código da Sisa e do Imposto Sobre as Sucessões e Doações, não teve acolhimento na nova redacção do CIS que “*só se considera transmissão, para efeitos deste imposto, a transferência real e efectiva dos bens*”⁷⁴.

Esta omissão, porventura intencional, do legislador, permite-nos concluir que pode haver sujeição de imposto do selo de qualquer transmissão gratuita desde que recaia no âmbito da Tabela Geral e não lhe aplicável qualquer isenção. A amplitude de conceitos aqui denotada suscita-nos algumas reservas, particularmente, no que se refere à situação de uma estrutura fiduciária revogável, uma vez que, nesse caso, não se pode considerar que houve uma efectiva transferência até o bem ou direito entrar na esfera do beneficiário.

Relativamente à incidência objectiva de imposto do selo, é de frisar que apenas se aqui discutem os casos em que o fiduciante é uma pessoa singular. Pelo contrário, no referente a uma estrutura fiduciária, tendencialmente estando em causa uma pessoa colectiva, há uma exclusão do âmbito de incidência deste imposto, nos termos da al. e) do n.º 5 do art. 1.º do CIS⁷⁵.

Relativamente à incidência subjectiva, refere o art. 2.º, n.º 2 do CIS que são sujeitos passivos as pessoas singulares para quem os bens são transmitidos, sendo o imposto devido pelos respectivos beneficiários.

⁷⁴ Assim estava previsto no antigo art. 3.º, n.º 1 do Código referido.

⁷⁵ Tratando-se de uma pessoa colectiva residente (o que significa que não se poderá tratar de um *trust*), encontramos-nos no âmbito da previsão dos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito do art. 21.º do CIRC (cuja disposição está em vigor desde o Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro, o qual procede à revogação do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações e altera o CIRC). Assim, os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito acrescem ao rendimento global, concorrendo para a formação do lucro tributável em sede de IRC, considerando-se como valor de aquisição o seu valor de mercado, não podendo ser inferior ao que resultar da aplicação das regras de determinação do valor tributável previstas no CIS, o qual prevê no seu art. 13º, n.º 1, que “*O valor dos imóveis é o valor patrimonial tributário constante da matriz nos termos do CIMI à data da transmissão, ou o determinado por avaliação nos casos de prédios omissos ou inscritos sem valor patrimonial*”.

Tal como já referido inúmeras vezes ao longo deste trabalho, os verdadeiros beneficiários desta transmissão não são os fiduciantes, que nenhum benefício retiram dos bens transmitidos, mas sim as pessoas designadas no pacto constitutivo da estrutura fiduciária como beneficiários. No entanto, nesta fase, nem mesmo os beneficiários podem usufruir dos bens ou direitos que lhes estão a ser transmitidos, sendo incerto, nos casos dos *trusts* revogáveis, de que alguma vez o possam fazer. Em ambos os casos, a sujeição a este encargo afronta ao princípio da capacidade contributiva⁷⁶.

Desta forma, e por tudo o que foi exposto, parece-nos inadequado considerar que exista uma incidência de tributação em sede de imposto do selo, quer ao nível da pessoa do fiduciante, quer do beneficiário⁷⁷. A entender o contrário, resultariam poucos casos em que se verificava a sua aplicação visto que apenas incidiria sobre transmissões bens imóveis ou bens móveis⁷⁸ situados em terreno nacional.

2. Tributação durante a vigência da estrutura fiduciária

a) Por imputação de rendimentos

Um regime que permaneceu inalterado com a mais recente reforma tributária é o que consta no art. 66.º do CIRC, o qual procede à determinação das normas anti abuso “*Controlled Foreign Corporations*” (CFC), assentando num normativo complexo, que estabelece a imputação aos sócios residentes dos lucros ou rendimentos auferidos (e não distribuídos) pelas entidades não residentes, localizadas em território sujeito a um regime fiscal privilegiado, por aqueles controladas⁷⁹. Trata-se de uma ficção legal, não admitindo prova em contrário⁸⁰. Tem como objectivo⁸¹ impedir ou dissuadir situações

⁷⁶ Princípio esse que também deverá reger este imposto uma vez que “*configura-se como meio de atingir manifestações de capacidade contributiva não abrangidas pela incidência de quaisquer outros impostos. Não revestindo a natureza de tributação de sobreposição, este imposto tende a assumir uma função residual, preenchendo espaços deixados em aberto pela tributação do rendimento e do consumo.*” in MATEUS, J. Silvério, FREITAS, L. Corvelo de, *op. cit.*

⁷⁷ Também no Direito Fiscal Francês foi consagrada a não incidência de imposto sobre doações, a qual apenas tem aplicação na efectiva transferência dos bens tidos em *trust* aos beneficiários. Cfr. TIRARD, Jean-Marc, *France - Trusts, Topical Analyses*, disponível no IBFD.

⁷⁸ Na esteira de MATEUS, J. Silvério, FREITAS, L. Corvelo de, *op. cit.*, pg. 533, que consideram que o elenco do art. 1º, n.º 3 não é taxativo, pelo uso da expressão “*designadamente*”, nele se incluindo “*objectos de arte, colecção, antiguidades, ouro para investimento, moedas de ouro*”.

⁷⁹ Cfr. MONSIEGO, Jérôme, *Taxation of Foreign Business Income Within the European Internal Market*, IBFD, 2012 pg. 343.

⁸⁰ Cfr. MORAIS Rui Duarte, *op. cit.*, pg. 259

de acumulação de resultados numa sociedade em regime fiscal mais favorável, com o intuito de deslocalização de rendimentos em vista ao diferimento ou eliminação da tributação⁸².

Este regime de imputação de lucros obtidos por sociedades não residentes foi aditado pelo Decreto-Lei n.º 37/95, de 14 de Fevereiro, tendo sido introduzida a referência ao “fiduciário” pela Lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro. No entanto, apesar de já ter sido sujeito a algumas alterações, sempre suscitou várias dúvidas e dificuldades na sua interpretação e aplicação.⁸³

Actualmente, dispõem ainda os números 3 e 4 do CIRS que:

“3 - Constitui rendimento dos sujeitos passivos de IRS residentes em território português os lucros ou rendimentos obtidos por entidades não residentes em território português e aí submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável, no caso em que, nos termos e condições do art. 66.º do CIRC, os mesmos detenham, directa ou indirectamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, pelo menos, 25 % ou 10 % das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais dessas entidades, consoante os casos, aplicando-se para o efeito, com as necessárias adaptações, o regime aí estabelecido.

4 - Para efeitos do disposto no número anterior, as respectivas importâncias integram-se como rendimento líquido na categoria B, nos casos em que as partes de capital ou os direitos estejam afectos a uma actividade empresarial ou profissional, ou na categoria E, nos restantes casos.”

Da conjugação destas normas resulta que as pessoas singulares sócias de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal claramente mais favoráveis serão tributadas em IRS, na categoria E, desde que se encontrem reunidos os requisitos

⁸¹ Cfr. TEIXEIRA, Manuela Duro, *A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas in Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, vol. 5.

⁸² Tal como refere o preâmbulo do referido Decreto-Lei: “*Consiste, assim, dado o carácter presumidamente instrumental da sociedade controlada, num simples regime de antecipação da consideração para efeitos de tributação em Portugal dos lucros que cabem à participação do sócio residente. Isso traduz-se na imputação a este, independentemente de distribuição, da parte do lucro - após impostos - que lhe cabe, tendo em conta o capital social detido, mas com aplicação de um regime semelhante ao dos lucros distribuídos.*”

⁸³ Cfr. TEIXEIRA, Manuela Duro, *op. cit.*, pg. 642.

previstos no art. 66º do CIRC, tendo como incidência a sua quota-parte no lucro não distribuído.

Verifica-se que foi criado um regime de transparência fiscal, motivado, essencialmente, por questões de justiça, fazendo frente à ocorrência de uma situação de dupla tributação económica, uma vez que, no caso de uma distribuição de rendimentos, estes seriam tributados tanto na esfera pessoal dos sócios, em sede de IRS (rendimentos de capitais), como também em sede de IRC no âmbito da pessoa colectiva constituída.

No caso das estruturas fiduciárias, o regime de transparência fiscal é também aplicado por motivos de prevenção de elisão ou de evasão fiscal. Citando Rui Duarte Morais⁸⁴ “*o fenómeno da interposição de sociedades como forma de lograr uma economia de imposto acontece essencialmente a nível internacional*”. Nestas situações, as estruturas fiduciárias podem ser utilizadas como instrumento de planeamento abusivo, por parte de indivíduos que pretendem constituir sociedades sedeadas em paraísos fiscais, beneficiando de uma tributação mais favorável ou de um diferimento de tributação. Daqui resulta a neutralidade fiscal, traduzindo-se numa igual tributação dos sócios que exerçam a sua actividade profissional directamente ou através de sociedades constituídas para o efeito.

Cumprir referir que a nível europeu, não obstante a adopção de regras CFC ser amplamente recomendada pela OCDE, discute-se⁸⁵ se estas não atentam contra a liberdade de estabelecimento⁸⁶, tendo o TJUE sido chamado a pronunciar-se sobre esta questão no caso *Cadbury Schweppes*⁸⁷, onde se discutia a compatibilidade das normas CFC do Reino Unido com a legislação comunitária, em especial, a liberdade de estabelecimento, concretizada na possibilidade de uma sociedade mãe poder deter subsidiárias em países com regimes de tributação mais favoráveis. Neste contexto, pronunciou-se o TJUE no sentido de que não constitui um abuso da liberdade de estabelecimento o facto de uma empresa se estabelecer num Estado-Membro com o intuito de beneficiar de um regime de tributação mais favorável. De facto, decidiu o

⁸⁴ MORAIS, Rui Duarte, *op. cit.*, pg. 204

⁸⁵ No mesmo sentido insurgiu-se Saldanha Sanches, considerando que “*não se vê como se pode compatibilizar a liberdade de estabelecimento com estas normas [CFC], nem a competição fiscal quanto às taxas de imposto sobre as sociedades com a aplicação do princípio da liberdade de estabelecimento*” in SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2002, pg. 443

⁸⁶ A qual, enquanto liberdade fundamental da União Europeia, numa das dimensões mais significativas da liberdade de circulação de pessoas, está consagrada nos arts 49.º e 54.º do TFUE.

⁸⁷ Processo C-194/04 de 12 de Setembro de 2006.

Tribunal que, desde que a escolha da localização de uma empresa não fosse orientada exclusivamente com o propósito de contornar a legislação fiscal nacional, deverá ser excluída a tributação decorrente das normas CFC onde se demonstre a existência de uma efectiva realidade económica.

Na sequência desta decisão, as legislações fiscais dos vários Estados-Membros foram alteradas de forma a compatibilizá-las com o entendimento do TJUE relativo às normas CFC. Em Portugal, o regime foi alterado⁸⁸ para excluir do seu âmbito as entidades que demonstrem que se encontram estabelecidas na União Europeia ou no Espaço Económico Europeu e que “*o sujeito passivo demonstre que a constituição e funcionamento da entidade correspondem a razões económicas válidas e que esta desenvolve uma actividade económica de natureza agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços*”.

Podemos, desde já, questionar se os *trusts* também beneficiam da liberdade de estabelecimento da mesma forma que uma sociedade comercial, visto que, como já vimos, os *trusts* são (i) entidades sem personalidade jurídica; (ii) não são, na maior parte, constituídos pelos reais beneficiários (excepto se o fiduciante for o beneficiário); e (iii) os beneficiários não exercem qualquer controlo sobre a prossecução da actividade do *trust*.

Esta questão foi apresentada ao Tribunal da Associação Europeia de Livre-Comércio (EFTA)⁸⁹ no caso “*Fred Olsen and Others v. Norway*”⁹⁰. A este respeito, o Tribunal veio decidir que era imaterial o facto de um *trust* não possuir personalidade jurídica e que o conceito de “estabelecimento” deveria ser entendido em sentido amplo, sendo que “*qualquer pessoa ou entidade, como um trust, que prossiga actividades económicas que sejam reais e genuínas*”⁹¹ devem ser tidas como aproveitando da

⁸⁸ Tendo sido aditado o n.º 12 ao art. 66.º, com a Lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro.

⁸⁹ Cujas decisões não são vinculativas para as partes envolvidas.

⁹⁰ Processos E-3/12 e E-20/13. Os beneficiários de um *trust* localizado no Liechtenstein estavam sujeitos a regras CFC norueguesas relativamente aos rendimentos gerados pelo *trust*, independentemente de qualquer distribuição. Os beneficiários defendiam que não deviam ser tributados pelo regime da imputação de lucros, mas o Tribunal não lhes deu razão. No segundo caso, vieram os beneficiários argumentar de a aplicação de regras CFC a um *trust* era contrária à liberdade de estabelecimento e à liberdade de circulação de capitais expressas no Acordo do Espaço Económico Europeu.

⁹¹ Considera o Tribunal da EFTA que uma actividade económica real e genuína deverá ser aferida pelos estatutos da entidade e pela actividade desempenhada pela entidade e pela sua gestão. Cfr. LANG, Michael, PISTONE, Pasquale, SCHUCH, Josef, *ECJ - Recent Developments in Direct Taxation 2014: Schriftenreihe IStR Band 91*, 2015.

liberdade de estabelecimento, nos termos dos artigos 31.º e 34.º do Espaço Económico Europeu". Da nossa perspectiva, esta decisão afigura-se como a mais correcta, uma vez que mesmo que um *trust* não tenha personalidade jurídica, deve o fiduciante poder escolher a localização do mesmo nas condições aplicáveis à constituição de uma sociedade, dado que, tendo o *trust* inúmeras finalidades (principalmente a de planeamento sucessório) e não sendo reconhecido nas legislações de diversos países, não se deve presumir que a sua constituição tem por intuito contornar a legislação tributária nacional.

Cumprindo ainda referir que o legislador português, na revisão instituída pela Lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro, alterou a epígrafe do art. 66.º para “Imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado” substituindo a “Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado” (sublinhados nossos). Previamente a esta alteração, a doutrina questionava-se acerca da decisão do legislador em incluir apenas as sociedades na previsão deste artigo⁹², surgindo a problemática de definir qual a legislação relevante (se a nacional ou a do país em causa) para apurar a qualificação de uma entidade como sociedade. Conclui-se que o legislador português entendeu que deveria alargar o regime a entes sem personalidade jurídica, não restando dúvidas de que, a partir desta data, o regime de imputação de rendimentos passou a aplicar-se às estruturas fiduciárias.

Apesar de ser dúbia a subsunção da actividade de uma estrutura fiduciária ao leque das áreas elencadas pelo art. 66º, n.º 12 do CIRC para efeitos de exclusão da aplicação das normas CFC, entendemos que tal não justifica que uma estrutura fiduciária não possa aproveitar da liberdade de estabelecimento, devendo, por identidade de razão, poder beneficiar da mesma exclusão aplicável a uma sociedade comercial.

⁹² Cfr. Teixeira, Manuela Duro, *op. cit.* “Conforme resulta da lei, o regime de imputação abrange apenas os lucros obtidos por sociedades não residentes e não os lucros ou rendimentos obtidos por outros tipos de entidades que não assumam a forma societária, como outras entidades que tenham património autónomo e personalidade jurídica. O legislador poderá ter considerado que apenas no caso das sociedades existe o poder de controlo dos sócios que justifica a irrelevância da decisão de distribuição de lucros e, consequentemente, o regime de imputação. Esta decisão é, na prática, ignorada, porque compete aos sócios, precisamente aqueles que são objecto de tributação na distribuição e aqueles que podem retirar benefícios da participação na sociedade por vias que não a da distribuição. Em condições normais, estas circunstâncias não se verificam noutros tipos de entidades.”

Passando a uma análise dos requisitos do art. 66.º que devem estar preenchidos para que se apliquem as normas CFC, temos, em primeiro lugar, o conceito e quantificação do “controlo”, descrito nos respectivos n.ºs 1 e 2:

“1 - 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.

2 - Quando, pelo menos, 50 % das partes de capital, dos direitos de voto ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais sejam detidos, directa ou indirectamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, por sujeitos passivos de IRC ou IRS residentes em território português, a percentagem referida no número anterior é de 10%.”

Logo à partida, constata-se que apesar da inclusão do termo “fiduciário” na previsão do artigo em análise, este regime foi, sobretudo, pensado para as sociedades comerciais. No caso de um *trust*, e ao abrigo do preceito *supra* citado, não é claro qual a entidade que deve ser tributada em sede pessoal. Será sequer o termo “controlo” aplicável a um *trust*? E em caso afirmativo, quem o controla: o fiduciante, o fiduciário ou o beneficiário?

Podemos, desde já, adiantar a exclusão da possibilidade de controlo através de direitos de voto, uma vez que num *trust*, tal exercício não terá aplicação prática.

Quanto ao controlo por detenção de partes de capital de forma directa, apenas o poderíamos admitir nos casos em que do acto constitutivo da estrutura fiduciária resultasse para o fiduciante a reserva de algum poder de decisão na forma como o *trust* é administrado pelo fiduciário ou pela estrutura fiduciária. A não estar expressamente previsto nesse acto de constituição, será difícil quantificar que percentagem de controlo é que lhe deve ser atribuído para efeitos de subsunção deste preceito legal. Coloca-se ainda a dúvida relativamente à posição do fiduciante quanto a tratar-se do verdadeiro

detentor das partes de capital, sendo que, na maioria dos casos, é este que assume o poder de decisão na forma como o *trust* é gerido⁹³.

Contudo, parece-nos que, apesar de a letra da lei não ser clara nesta matéria, a resposta a esta problemática encontra-se na parte final deste preceito normativo: controlo por detenção dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais, neste caso de forma indirecta (através do fiduciante ou da estrutura fiduciária). Desta forma, seria o beneficiário o interveniente investido do controlo nestes trâmites.

Em nossa opinião, esta solução, a qual irá determinar a tributação na esfera do beneficiário, será a mais correcta, uma vez que num verdadeiro sistema *flow-through*, será o verdadeiro titular dos elementos patrimoniais administrados no fundo fiduciário e o efectivo destinatário dos activos transferidos para a estrutura fiduciária⁹⁴.

Nos casos em que o beneficiário é o próprio fiduciante, a resposta parece-nos clara, deverá ser este a suportar o imposto decorrente da imputação dos rendimentos gerados prevista pelo art. 66.º do CIRC.

No entanto, em termos práticos, esta solução coloca outro problema: frequentemente, são constituídas estruturas fiduciárias no exterior sem estarem definidos os beneficiários (*discretionary trusts*), sendo que a única entidade que é sempre identificada é o fiduciante. Também a criação de *trusts* revogáveis se revela problemática: os beneficiários poderão nunca vir a ter a efectiva propriedade dos bens da estrutura, estando condicionados por um acto discricionário do fiduciante que poderá eliminar essa possibilidade.

Em ambos estes casos, consideramos que a tributação deve ser suportada pelo fiduciante. Todavia, reconhecemos que estes constituem cenários que obstaculizam a actuação por parte da Administração Tributária, que terá de empreender maior esforço na obtenção de informação relativa à identidade dos beneficiários e do acto de constituição da estrutura fiduciária.⁹⁵

⁹³ Neste sentido, cfr. LANG, Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004 pg. 495.

⁹⁴ Note-se que também foi esta a posição adoptada pelo legislador fiscal dos Estados Unidos da América, cfr. MOORE, M. Read, *Indirect Ownership of CFC and PFIC Shares by U.S. Beneficiaries of Foreign Trusts*, *Journal of Taxation*, 2008.

⁹⁵ A Administração Tributária deverá usar os mecanismos de troca de informação fiscal, tal como detalhados no Ponto B do Capítulo II.

Restará saber qual o montante a imputar ao sujeito passivo em questão. Refere o n.º 3 do art. 66.º do CIRC que a imputação “*é feita na base tributável relativa ao período de tributação do sujeito passivo que integrar o termo do período de tributação da entidade, pelo montante do respectivo lucro ou rendimentos, consoante o caso, obtidos por esta, de acordo com a proporção do capital, ou dos direitos sobre os rendimentos ou os elementos patrimoniais detidos, directa ou indirectamente, mesmo que através de mandatário, fiduciário ou interposta pessoa, por esse sujeito passivo*”.

Conclui-se que o montante a imputar no âmbito das normas CFC determina-se pelo lucro ou rendimentos gerados pela estrutura fiduciária depois de deduzidos os montantes de imposto suportados no país do estabelecimento. Surge a questão relativamente a que regime (nacional ou o do país do estabelecimento) aplicar para apurar o lucro obtido pela estrutura fiduciária. Em nossa opinião, partilhamos da posição de Ricardo Palma Borges, sendo que o lucro deverá ser apurado segundo os critérios do país de estabelecimento⁹⁶, pois as regras CFC já pressupõem uma tributação acrescida pela deslocalização de activos para um território com regime fiscal mais favorável – se o objectivo fosse que os lucros ou rendimentos gerados fossem apurados segundo a lei fiscal portuguesa, não seria necessário impor uma taxa de tributação superior. Ademais, considerar o contrário traria mais dificuldades às autoridades fiscais nacionais na obtenção dos registos contabilísticos com discriminação de rendimentos e gastos que relevam para o apuramento do lucro da estrutura fiduciária.

Desta forma, a aplicação das normas CFC determina que o rendimento passivo auferido pela estrutura fiduciária será alocado em função da participação de cada contribuinte, sendo o mesmo englobado e sujeito a tributação às taxas marginais de IRS⁹⁷.

Finalmente, uma última nota para referir que o último requisito se refere ao nível de tributação a que está sujeita a estrutura fiduciária no país de estabelecimento, sendo que o art. 66.º considera, no seu n.º 5, que “*uma entidade está submetida a um regime fiscal claramente mais favorável quando o território de residência da mesma constar*

⁹⁶ BORGES, Ricardo, *A zona franca da Madeira entre a isenção e a elisão: um contributo para o estudo do direito tributário internacional português*, 2003, pg. 303. Contra, DURO, Manuela Teixeira, *op. cit.*, pg. 661, considerando que “*imputar o ‘lucro fiscal distribuível’ aos sócios residentes implicaria, afinal, aceitar que as regras fiscais do país ou território que foi considerado como tendo uma tributação privilegiada devem ser tomadas em consideração*”.

⁹⁷ Esta tributação será atenuada aquando do momento da distribuição de rendimentos, conforme veremos no ponto seguinte.

da [i] lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças ou [ii] quando aquela aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRC ou, ainda, [iii] quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60 % do IRC que seria devido se a entidade fosse residente em território português."

Confirma-se, assim, que a intenção da norma anti-abuso referida é a de impedir que se evite ou difira a tributação, pelo que só se aplica se se verificar a existência de uma vantagem real, nos casos em que, nesse território não exista um imposto equivalente ao nosso IRC, ou assume essa vantagem pelo simples facto de a estrutura fiduciária estar localizada num território com regime fiscal claramente mais favorável.

b) Por distribuição de rendimentos

A Lei n.º 82-E/2014 de 31 de Dezembro acrescentou uma nova alínea ao art. 5.º do CIRS no elenco de rendimentos de capitais (Categoria E), agora incluindo "os montantes pagos ou colocados à disposição do sujeito passivo por estruturas fiduciárias, quando tais montantes não estejam associados à sua liquidação, revogação ou extinção, e não tenham sido já tributados nos termos do n.º 3 do artigo 20.º".

Com efeito, nos termos da norma *supra* citada, constituem rendimentos de capitais dos sujeitos passivos de IRS residentes em território português, os montantes distribuídos por parte de estruturas fiduciárias, desde que ainda não tenham sido tributados em sede de imputação de rendimentos.

As entidades tributadas nos termos deste artigo serão os beneficiários aquando da distribuição de rendimentos não associada à liquidação, revogação ou extinção da estrutura fiduciária⁹⁸ e o fiduciante apenas no caso em que este se tenha constituído como beneficiário no acto constitutivo da estrutura fiduciária.

Poder-se ia argumentar que, previamente à Reforma de IRS de 2014, a distribuição de rendimentos por parte de uma estrutura fiduciária já implicaria uma sujeição a tributação como categoria E⁹⁹, no âmbito da al. p) do n.º 2 do art. 5.º:

⁹⁸ Por exemplo, no caso de um *fixed income trust*, o beneficiário tem direito ao recebimento regular de rendimentos.

⁹⁹ Assim parece constar do *Projecto da Reforma do IRS*, elaborado pela Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, 2015, pg. 55.

“*quaisquer outros rendimentos derivados da simples aplicação de capitais*”, ao contrário do entendimento generalizado de que a distribuição de rendimentos aqui referida não era tributada e que apenas o passou a ser com o novo preceito normativo.

No entanto, discordamos deste entendimento nos casos em que o beneficiário não seja o próprio fiduciante, pois parece-nos errada a qualificação destes rendimentos como sendo derivados da aplicação de capitais, pela marcada ausência da ideia de “fruição”¹⁰⁰. De facto, não existe, *ab initio*, por parte dos beneficiários, qualquer aplicação de capitais da qual possa resultar, mais tarde, uma distribuição de rendimentos. Nesta fase, não tendo ainda ocorrido a liquidação, extinção ou revogação da estrutura fiduciária, o beneficiário ainda não é o verdadeiro proprietário dos activos depositados na estrutura fiduciária.

Neste sentido, constatamos que até à Reforma de IRS de 2014 existia uma verdadeira omissão nesta matéria, agora colmatada pelo legislador fiscal¹⁰¹.

Assim, a previsão do art. 5.º, n.º 2, al. p) estava apenas preenchida quanto aos beneficiários que fossem os próprios fiduciantes das estruturas fiduciárias, pelo que o respectivo enquadramento desencadeava a tributação dos rendimentos distribuídos por parte da estrutura fiduciária às taxas marginais aplicáveis até 48%¹⁰².

Este regime era claramente penalizador para os rendimentos distribuídos por estruturas fiduciárias, em comparação a outros rendimentos de capitais da Categoria E que se encontram expressamente elencados no art. 5.º (*e.g.* dividendos, juros), tributados à taxa especial de 28%, prevista na al. d) do n.º 1 do art. 72.º do CIRS. Tratando-se de uma taxa especial e não de uma taxa liberatória, mantinha-se a obrigação do sujeito passivo de declarar estes rendimentos na declaração anual “Modelo 3” de IRS.

Actualmente, com a nova reforma de IRS, consagrou-se a tributação à taxa liberatória de 28% para os rendimentos distribuídos por parte de uma estrutura fiduciária, auferidos pelo beneficiário, mesmo que seja a mesma pessoa do fiduciante.

¹⁰⁰ Cfr. CATARINO, João Ricardo, GUIMARÃES, Vasco Branco, *op. cit.*

¹⁰¹ Cfr. MORAIS, Rui Duarte, *op. cit.* para maiores detalhes sobre a técnica de tipificação adoptada para os rendimentos de capitais.

¹⁰² Acrescidas das taxa adicionais de solidariedade previstas no art. 68.º-A, quando aplicáveis.

Uma nota final para acrescentar que, aquando da distribuição dos rendimentos em questão, será deduzida, para efeitos fiscais, a parte do rendimento que, porventura, tenha sido imputada ao beneficiário nos termos do regime anteriormente descrito, de forma a eliminar uma dupla tributação.

Todavia, tal dedução levanta um problema de aplicação prática. Como já foi referido, estes rendimentos estão sujeitos a uma taxa liberatória, pelo que, a não ser que os beneficiários optem pelo respectivo englobamento, não está prevista no CIRS qualquer dedução para rendimentos de capitais¹⁰³. Não restará outra alternativa senão proceder à dedução no âmbito dos rendimentos da categoria E, o que poderá resultar um resultado negativo¹⁰⁴.

3. No momento da liquidação, extinção e revogação da estrutura fiduciária

Na última fase da vigência de uma estrutura fiduciária, veio a última reforma do IRS introduzir um importante contributo para o tratamento fiscal desta realidade, procedendo a uma distinção consoante a liquidação, revogação ou extinção de estruturas fiduciárias seja operada pelo fiduciante ou pelo beneficiário (quando este seja diferente da pessoa do fiduciante). Anteriormente, não existia qualquer norma específica que contemplasse o enquadramento fiscal dos eventuais ganhos ou perdas decorrentes da extinção de uma estrutura fiduciária, pelo que é de saudar a intervenção do legislador no intuito de suprir uma lacuna há muito diagnosticada.

Esta realidade aproxima-se agora da liquidação das sociedades comerciais, como se pode constatar pelo art. 10.º n.º 3 do CIRS, o qual remete para os arts. 81.º e 82.º do CIRC. Assim, passa a ser tratado como mais ou menos-valia o valor atribuído em resultado da liquidação, revogação ou extinção de estruturas fiduciárias aos sujeitos passivos que as constituíram, considerando-se, para estes efeitos, como valor de aquisição, o montante dos activos entregues pelo sujeito passivo na constituição da estrutura fiduciária, e como valor de realização o resultado da liquidação, revogação ou

¹⁰³ “A lei não prevê quaisquer deduções específicas por entender que a obtenção dos rendimentos inseríveis nesta categoria, pelo seu carácter passivo, não envolve a necessidade de o contribuinte suportar quaisquer custos. O rendimento tributável corresponde, assim, ao rendimento bruto.” In MORAIS, Rui Duarte, *op.cit.*

¹⁰⁴ No mesmo sentido, cfr. DURO, Manuela Teixeira, *op. cit.*, pg. 681. A autora defende, ainda, a aplicação do regime previsto no art. 55º do CIRS, referente à “dedução de perdas”, não obstante o mesmo não prever esta possibilidade para os rendimentos da categoria E.

extinção da mesma, deduzido dos valores imputados que tenham sido objecto de tributação ao abrigo do regime da imputação.

Com efeito, na medida em que a liquidação, revogação ou extinção seja operada por vontade e em favor do próprio fiduciante, sobre este passará a incidir uma taxa de imposto liberatória ou especial de 28% (agravada para 35% se a estrutura fiduciária estiver domiciliada num paraíso fiscal), sempre que, e apenas quando, o resultado da liquidação, revogação ou extinção do *trust* que lhe seja distribuído ou reembolsado seja superior ao valor dos activos que o próprio transmitiu para o fundo fiduciário quando o constituiu.

Adicionalmente, de acordo com o art. 81.º, n.º 4 do CIRC, de forma a evitar uma dupla tributação na pessoa do fiduciante, ao valor que lhe for atribuído em virtude da liquidação, extinção e revogação da estrutura fiduciária, deduz-se a parte do resultado que já lhe tenha sido imputada, para efeitos fiscais, bem como a parte correspondente aos lucros que, embora retidos na sociedade, fora já integrada na sua quota-parte do rendimento tributável (a acontecer em casos muito excepcionais, tal como abordado no ponto anterior).

Nos casos em que a liquidação ocorre na esfera do beneficiário (e este é diferente da pessoa do fiduciante), sobre este passará a incidir unicamente imposto do selo¹⁰⁵ à taxa de 10% (acrescido de 0,8% se se tratar de um bem imóvel) sempre que o bem ou o direito adquirido estiver situado em território português à data da aquisição.

Em termos de isenções do imposto do selo, cumpre salientar que, nesta fase final, a transferência de bens ou direitos é feita pelo fiduciário ou pela estrutura fiduciária ao beneficiário, não se aplicando a isenção por parentesco prevista na al. e) do art. 6.º do CIS.

Todavia, podem verificar-se outras isenções de incidência de imposto do selo, nomeadamente a nível de incidência territorial¹⁰⁶ ou objectiva¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Excluindo-se assim a incidência tributária em sede de IRS, pois “*O IRS não incide sobre os incrementos patrimoniais provenientes de transmissões gratuitas sujeitas ao imposto do selo, nem sobre os que se encontrem expressamente previstos em norma de delimitação negativa de incidência deste imposto*”, nos termos do art. 12.º, n.º 6 do CIRS.

¹⁰⁶ Cfr. o art. 7.º, n.º 3 do CIS: “*O disposto nas alíneas g), h) e i) do n.º 1 não se aplica quando qualquer das sociedades intervenientes ou o sócio, respetivamente, seja entidade domiciliada em território sujeito*

Um último reparo para justificar que a incidência de imposto do selo¹⁰⁸ decorre do facto de esta transferência revestir carácter gratuito, apesar de não estarmos perante uma doação, em sentido próprio, pela ausência de *animus donandi*, i.e. de espontaneidade ou de generosidade por parte do fiduciante ou da estrutura fiduciária em relação ao beneficiário. No entanto, muito menos se poderia configurar esta transmissão como onerosa, visto que não se encontra associada qualquer contrapartida.

a regime fiscal privilegiado, a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças”.

¹⁰⁷ E.g. se o beneficiário for uma entidade colectiva, esta será isenta de imposto do selo, nos termos do art. 1.º, n.º 5, al. e) do CIS.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, *Projecto da Reforma do IRS*, Comissão para a reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, 2014, pg. 56.

CONCLUSÃO

Ao longo desta dissertação, foram colocadas em evidência as dificuldades sentidas pelo legislador fiscal na consagração do tratamento fiscal a aplicar às estruturas fiduciárias quando estas não se encontram reguladas em mais nenhum ramo do nosso Direito, tendo que se socorrer de termos e expressões indeterminadas, por não lhe caber proceder à definição e regulamentação da figura (o que nos parece um trabalho a ser desenvolvido pelo Direito Civil ou pelo Direito Societário).

Neste estudo, começámos por clarificar os conceitos do negócio fiduciário e do *trust*, de forma a proporcionar uma melhor compreensão do instituto em causa a partir dos seus traços caracterizadores e da sua evolução histórica, antes de passarmos ao núcleo essencial deste trabalho: a tributação das estruturas fiduciárias.

Verificámos que as estruturas fiduciárias são utilizadas com diversas finalidades, pelo que se torna cada vez mais recorrente a constituição destes instrumentos jurídicos no exterior, o que explica os vários mecanismos de troca de informações implementados entre os vários países. Não obstante, cremos que o legislador fiscal nacional aceita a legalidade e o intuito de planeamento fiscal legítimo na transferência, por parte de residentes no território nacional, a uma estrutura fiduciária localizada no estrangeiro.

Esta afirmação comprova-se pelas mais recentes alterações legislativas no Direito Fiscal, implementadas pela mais recente Reforma Tributária.

No que se refere ao primeiro momento relevante na análise tributária de uma estrutura fiduciária, concluímos que ainda restam dúvidas sobre a solução a ser acolhida face ao silêncio do legislador em relação a esta matéria. Verificámos que a transferência de um activo por parte do fiduciante para a estrutura fiduciária ou para o fiduciante se deveria considerar como um acto gratuito por falta de uma correspondente contrapartida para o primeiro.

Durante a vigência de uma estrutura fiduciária, constatámos que esta pode ser tributada em dois momentos distintos. Em primeiro lugar, por imputação de rendimentos nas pessoas do beneficiário ou do fiduciário, por aplicação dos requisitos das normas CFC que se encontram no CIRC. Vimos que este regime foi concebido, sobretudo, para as sociedades comerciais, e que ainda deixa muitas dúvidas na aplicabilidade a estruturas fiduciárias. Num segundo momento, na fase de distribuição de rendimentos, foi introduzida uma disposição que consagra a tributação dos rendimentos recebidos, o que nos permitiu concluir que, antes da Reforma do IRS de 2014, havia uma lacuna no tratamento fiscal a aplicar a estes rendimentos quando o beneficiário não fosse o fiduciante. Nos casos em que o beneficiário é o constituinte, este seria tributado a uma taxa mais gravosa do que a que se verifica actualmente, deixando, assim, de haver uma divergência no tratamento fiscal dos rendimentos decorrentes de estruturas fiduciárias e dos outros rendimentos de capitais elencados no art. 5º do CIRS.

Também na fase de liquidação, revogação e extinção de uma estrutura fiduciária, o legislador procurou fechar uma lacuna que se evidenciava nestes casos, procurando assemelhá-los à situação de liquidação de sociedades nos casos em que o fiduciante é o próprio beneficiário; e a uma transmissão gratuita quando o beneficiário não colocou qualquer activo no fundo fiduciário. No entanto, a não aplicação da isenção de imposto do selo por relações de parentesco torna a constituição de estruturas fiduciárias mais gravosa do que uma mera doação.

Dito isto, chegamos à conclusão de que a reforma do IRS de 2014, consagrada pela Lei 82-E/2014 de 31 de Dezembro, fez pouco mais do que reforçar as regras de incidência já previstas, procedendo a algumas alterações e suprimindo a algumas questões, não operando a uma verdadeira reforma fiscal relativamente a este instituto, deixando ainda várias questões em aberto. Somos da opinião de que o próximo passo deverá passar por uma maior concretização desta figura na legislação nacional.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBIA, Byrle M., *Income Taxation of Fiduciaries and Beneficiaries*, Wolters Kluwer, 2013;
- ALMEIDA, Verónica Scriptore Freire e, *A Tributação dos Trusts*, Coimbra, Almedina, 2009;
- ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1960;
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Teoria geral do Direito Civil*, vol. III, Lisboa, 1992;
- BELMONTE, Plácido Martes, *Tratamiento fiscal de un trust discrecional constituido en el extranjero por un residente en España. derecho comparado y posible aplicación del régimen de atribución de rentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas*, *Cronica Tributaria*, 2012;
- BORGES, Ricardo, *A zona franca da Madeira entre a isenção e a elisão: um contributo para o estudo do direito tributário internacional português*, Tese de mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 2003;
- BRAVO, Kelly Johana González, *Impuesto a la renta en la inversión extranjera a través de la fiducia mercantil*, *Revista de Derecho Privado*, n.º 51, 2014
- BRITO, Maria Helena, *A Convenção de Haia sobre a lei aplicável ao trust e ao seu reconhecimento: breve apresentação in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. 2, Coimbra, 2008
- CAMPOS, Diogo Leite de, TOMÉ, Maria João Vaz, *A propriedade fiduciária (Trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1999;

- CARVALHO, Orlando, *Negócio Jurídico Indirecto*, Coimbra, Almedina, 1998;
- CATARINO, João Ricardo, GUIMARÃES, Vasco Branco, *Lições de Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2013;
- CHAMBAZ, Laurent, *Estates, Taxes, and Professional Ethics*, Kluwer Law International, 2003;
- CHRISTENSEN, Henry, *International Estate Planning*, Lexis Nexis, 2013;
- CORDEIRO, António Barreto Menezes, *Do trust no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2014;
- EASSON, Alex, THURONYI, Victor, *Tax law design and Drafting*, International Monetary Fund, Volume II, 1998;
- FAUSTINO, Manuel, *Lições de Fiscalidade*, Almedina, 2012;
- FERNANDES, Luis A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, Universidade Católica, 2012;
- FRANKEL, Ramar, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2010;
- GIULIANI, Federico Maria, *Taxation of Trusts in the United Kingdom*, Contratto e Impresa, Padova, 2003;
- GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil português*, Vol. 5, Coimbra, Coimbra Editora;
- GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo, *Alienação Fiduciária em garantia e Negócios Afins: Delimitação de Fronteiras*;
- HARDY, Amanda, *United Kingdom - Trusts, Topical Analyses*, 2014, disponível no IBFD;
- JORGE, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Lisboa, Edições Ática, 1961;

- JUSTO, António dos Santos, *Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- KAPLAN, Alon, OGDEN, Paul, *Trusts in prime jurisdictions*, Kluwer Law International, 2000
- LANG, Michael, *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, 2004;
- LANG, Michael, PISTONE, Pasquale, SCHUCH, Josef, STARINGER, Claus, STORCK, Alfred, *ECJ - Recent Developments in Direct Taxation*, Linde Verlag GmbH, 2014
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2010;
- LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- LIMA, Fernando Andrade Pires, VARELA, João Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1968;
- MARTINS, Ana Sofia Gonçalves Evangelista, *O trust: introdução de um novo instituto*, Tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012;
- MATEUS, J. Silvério, FREITAS, L. Corvelo de, *Os Impostos sobre o Património. O Imposto do Selo: Anotados e Comentados*, Lisboa, Engifisco, 2005;
- MONSENEGO, Jérôme, *Taxation of Foreign Business Income Within the European Internal Market*, disponível no IBFD, 2012;
- MOORE, M. Read, *Indirect Ownership of CFC and PFIC Shares by U.S. Beneficiaries of Foreign Trusts*, Journal of Taxation, 2008;
- MORAIS, Rui Duarte, *Sobre o IRS*, Coimbra, Almedina, 2006;

- PATRÃO, Afonso, *Reflexões sobre o reconhecimento de Trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011
- PIRES, Manuel, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2012;
- RAMJOHN, Mohamed, *Unlocking Equity and Trusts*, Routledge, 2015;
- SANCHES, Saldanha, *Ainda sobre o conceito de mais-valia*, Fisco, n.º 65/66, 1994;
- SANCHES, Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- SANCHES, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal*, Coimbra Editora, 2002;
- SANTOS, José Beleza dos, *A Simulação em Direito Civil*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1921;
- TEIXEIRA, Glória, *III Congresso de Direito Fiscal*, Lisboa, Vida Económica, 2013;
- TEIXEIRA, Glória, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2010;
- TEIXEIRA, Manuela Duro, *A imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado – algumas notas in Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, vol. 5, 2011;
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Dos contratos em geral*, Lisboa, Coimbra Editora, 1962;
- TIRARD, Jean-Marc, *France - Trusts, Topical Analyses*, disponível no IBFD;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 2009;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 2012;

- VASQUES, Sérgio, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2011.