

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES SOBRE CONTAS FINANCEIRAS E
A CONFIDENCIALIDADE DE DADOS DO CONTRIBUINTE**

Catarina Loureiro Martins

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Financeiro e Fiscal

2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES SOBRE CONTAS FINANCEIRAS E A
CONFIDENCIALIDADE DE DADOS DO CONTRIBUINTE.**

Catarina Loureiro Martins

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Financeiro e Fiscal

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação do Professor Doutor Gustavo
Lopes Courinha

2019

RESUMO

O fenómeno da globalização económica conduziu ao aumento das relações à distância, potenciadas pelos avanços na tecnologia, e pelas melhorias no comércio eletrónico, bem como pelo forte fluxo de capitais, pessoas e bens, realizado à escala internacional.

No âmbito da fiscalidade, os contribuintes têm a opção de estabelecer relações fora do seu Estado de residência, procurando retirar o melhor partido de diversas variáveis, nomeadamente de benefícios fiscais ou de políticas mais flexíveis, tornando-se necessário conhecer a sua situação fiscal, tanto nos Estados da residência, como nos Estados da fonte, para garantir uma correta e justa tributação.

Contudo a prática de esquemas ilícitos, com vista à obtenção de certos benefícios fiscais, sejam eles a diminuição ou não tributação dos seus rendimentos, obtendo-os ou alocando-os para outros países, cria dificuldades em apurar e controlar o verdadeiro rendimento dos contribuintes e a veracidade das suas declarações, sendo necessária a implementação de sistemas de fiscalização e controlo eficazes.

No contexto internacional e comunitário, a luta contra a fraude e evasão fiscais e o fim dos paraísos fiscais, tem constituído uma preocupação constante, e nesse sentido têm sido tomadas várias iniciativas assentes na cooperação internacional, e na promoção da transparência, que garanta uma tributação justa e eficiente, assumindo particular relevância o modelo de troca de informações em matéria fiscal, que permite que as instituições financeiras transmitam os dados dos seus clientes à administração fiscal, que por sua vez comunica à administração fiscal de outro Estado.

A troca de informações como instrumento de combate a crimes fiscais levanta algumas dúvidas quanto à proteção de dados do contribuinte. Atendendo às consecutivas alterações legislativas, que alargam as possibilidades de derrogação do sigilo bancário, as informações são trocadas entre Estados praticamente sem qualquer restrição ou obstáculo, o que pode colocar em causa os direitos dos contribuintes nomeadamente à confidencialidade de dados e à sua privacidade.

Palavras-chave: Transparência fiscal, troca de informações, fraude e evasão fiscal; derrogação do sigilo bancário, proteção de dados

ABSTRACT

Economic globalization led to the increase of international long distance relationships, greatly empowered by technological progress, improved e-commerce and free movement of capital, people and goods at a global scale.

From a taxation perspective, tax payers have the option of establishing relationships outside their country of residence, with the purpose of benefitting from potential tax benefits or other similar beneficial policies. This means that it is important to understand their tax records in both residence and origin countries to ensure correct tax assessment.

Nevertheless, the practice of tax scams with the purpose of obtaining tax benefits, either being tax reduction or evasion, increases the difficulty in assessing the true value of tax payers' income, which requires the implementation of accurate and efficient tax control systems.

At a global and community level, fighting fraud and tax evasion, and tax havens became a constant concern that has led to the implementation of several initiatives based on international cooperation and tax transparency. All in order to ensure a fair and efficient tax system based on data transference between financial institutions and tax authorities across different countries.

However, this exchange of information raises some concerns regarding data protection. Taking into account continuous law amendments, which have increased the possibility of derogating bank secrecy rules, information exchange across countries has become almost totally unrestricted.

Key words: Economic globalization; international cooperation; tax transparency exchange of information; fraud and tax evasion; derogating bank secrecy; data protection

ÍNDICE

RESUMO	2
ABSTRACT	3
ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I A TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS	13
1.1. A Troca de Informações: âmbitos, modalidades e princípios	13
1.1.1. Âmbitos	13
1.1.2. Modalidades	14
1.1.3. Princípios.....	14
1.2. Concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais	17
1.3. Troca automática de informações no plano internacional	25
1.3.1. Artigo 26.º CMOCDE	25
1.3.2. <i>Foreign Account Tax Compliance Act - (FATCA)</i>	27
1.3.3. Common Reporting Standard - (CRS)	29
1.3.4. Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca de Informações de Contas Financeiras (MCAA) e Convenção Multilateral sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal (MCMAA).....	34
1.4. A troca de informações na União Europeia	38
1.4.1. Diretiva 77/799/CEE.....	38
1.4.2. Diretiva 2011/16/UE	41
1.4.3. Diretiva 2014/107/UE	44
1.4.4. Outras diretivas e regulamentos relevantes.....	46
1.5. A troca de informações na ordem jurídica portuguesa	46
1.6. Novo padrão internacional, consequências da sua aplicação. Fragilidades do novo modelo	50
2. CAPÍTULO II O SIGILO BANCÁRIO E O SIGILO FISCAL	55
2.1. Contexto.....	55
2.2. Sigilo bancário e Sigilo fiscal.....	56
2.3. Perspetiva constitucional: a reserva da intimidade da vida privada	59
2.3.1. Privacidade e intimidade	59
2.3.1.1. Contexto	59
2.3.1.2 Conceitos e Origem	59
2.3.1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada e o dever de sigilo	61
2.2. A derrogação do sigilo bancário: efeitos na ordem jurídica portuguesa	66
2.2.1. Evolução.....	66

2.2.2. A derrogação do sigilo bancário na LGT	70
2.2.3. Violação do dever de sigilo.....	76
2.3. O acesso aos dados sobre contas financeiras por parte da Administração Fiscal.....	77
2.4. O fim do sigilo bancário?	82
CAPÍTULO III A CONFIDENCIALIDADE DE DADOS DO CONTRIBUINTE	86
3.1. Garantias de confidencialidade a nível internacional.....	87
3.1.1. Convenção Modelo OCDE, Convenção Multilateral e TIEA.....	87
3.1.2. FATCA.....	90
3.1.3. Recomendações.....	91
3.2. Garantias de confidencialidade a nível europeu	92
3.2.1. Regulamento Geral de Proteção de Dados	92
3.3. Garantias constitucionais e processuais e procedimentais na ordem jurídica portuguesa	94
CONCLUSÕES.....	98
BIBLIOGRAFIA.....	103

ABREVIATURAS

Ac. Acórdão

ADT. Acordo Dupla Tributação

AT Autoridade Tributária e Aduaneira

BEPS Base Erosion and Profit Shifting

CC Código Civil

CDFUE Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CDT Convenção de Dupla Tributação

CEE Comunidade Económica Europeia

CIRC Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CMOCDE Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património

CNPD Comissão Nacional de Proteção de dados

CP Código Penal

CPC Código de Processo Civil

CPP Código de Processo Penal

CPPT Código de Procedimento e de Processo Tributário

CRP Constituição da República Portuguesa

CRS Common Reporting Standard

DGCI Direção Geral dos Impostos

DUDH Declaração Universal dos Direitos Humanos

FATCA Foreign Account Tax Compliance Act

IGA *Intergovernmental Agreement*

IVA Imposto de Valor Acrescentado

LGT Lei Geral Tributária

LPDP Lei de Proteção de Dados Pessoais

MCAA Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca de Informações de Contas Financeiras

MCMAA Convenção Multilateral sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal

OCDE/OECD Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

RCIF Regime de Comunicação de Informações financeiras

RCPITA Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira

RGIT Regime Geral das Infrações Tributárias

RGPD Regulamento Geral de Proteção de Dados

RSCIF Regime das Sociedades Comerciais e Instituições Financeiras

TIEA *Tax Information Exchange Agreements*

UE União Europeia

INTRODUÇÃO

Atualmente, o fenómeno da globalização económica proporciona uma economia de mercado à escala internacional, fomentada pelo aumento de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais entre os vários Estados, pelo desenvolvimento das tecnologias e do mundo digital, bem como pelo aumento do comércio eletrónico, o que contribui para a diminuição das distâncias entre indivíduos e Estados, uma vez que a maioria das relações se estabelece para além das fronteiras geográficas de cada país.

Assiste-se a um alargamento dos “mercados de recrutamento de fatores de produção e de colocação de produtos, serviços e capitais, numa estratégia de maximização do resultado económico, sendo certo, ainda, que tem sido esta liberalização progressivamente verificada no comércio internacional e no investimento, a principal força responsável pelo crescimento económico e pela geral elevação do nível de vida dos cidadãos”¹. Simultaneamente, a inovação tecnológica permite que as direções e a localização de muitos serviços, possam ser móveis, e, portanto, fixarem-se consoante o território mais atrativo².

Na realidade, aquilo que assistimos hoje seria impensável há umas décadas atrás, sendo que atualmente, confrontamo-nos com “duas velhas entidades: de um Estado social relativamente pesado e ávido para angariar novas receitas e um mercado rejuvenescido pela revolução tecnológica, onde a eficiente gestão dos recursos, incluindo a gestão da carga fiscal, é já estudada geograficamente no âmbito da nova «aldeia global» ”³.

As grandes multinacionais começaram a tomar decisões a nível global, procurando tirar o melhor partido da localização geográfica, da qualidade da mão-de-obra e das infraestruturas existentes, bem como da estabilidade económica e política, e dos incentivos governamentais de cada país; quanto às pessoas singulares podem facilmente optar pelo país que lhes trará mais benefícios a nível fiscal. Assim

¹ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 19.

² *Idem, ibidem*, p. 20.

³ João Morais Leitão e Francisco de Sousa, *Que fronteiras para a nova ordem internacional?* In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, Almedina, vol. 2, 2000, pp. 355-356.

se concretizam as práticas de planeamento fiscal internacional, de modo a conseguir retirar o melhor benefício fiscal possível⁴.

Contudo, esta opção ao alcance do contribuinte, aumenta a dificuldade em aferir a sua capacidade contributiva e em conhecer a sua verdadeira situação económico-financeira, sendo necessário ponderar os fatores de desigualdade em cada sociedade, para garantir uma tributação justa e eficiente. O facto de atualmente muitas atividades ocorrerem para além do Estado de residência do contribuinte, podendo este obter rendimentos noutra Estados, aumenta a dificuldade de controlar e apurar o seu verdadeiro rendimento.

Neste contexto, o contribuinte procura aproveitar-se do desconhecimento que a Administração Fiscal tem sobre a sua real situação económico-financeira, para através da prática de esquemas ilícitos - fraude e evasão fiscais, planeamento fiscal agressivo, criação de paraísos fiscais, dispersão de atividades e património⁵- conseguir obter certos benefícios fiscais, sejam eles a diminuição da tributação dos seus rendimentos ou até mesmo a não tributação dos mesmos, obtendo-os ou alocando-os para outros países. Assim, apesar do aumento do fluxo de capitais e da globalização económica, trazer benefícios, existe o reverso da moeda, criando espaço para a existência de crimes fiscais que os Estados tentam combater.

A prática deste tipo de crimes foi potenciada por um fenómeno ocorrido, em Portugal, aquando da reforma fiscal nos anos 80, designado de “privatização da relação jurídica tributária, privatização da administração fiscal ou privatização da gestão tributária”⁶. Com a ocorrência deste fenómeno, verificou-se que o procedimento tributário passou a depender mais da iniciativa dos contribuintes, e dos dados por estes fornecidos (que se assumem como verdadeiros), passando a administração fiscal a desempenhar apenas um papel de controlo e de fiscalização

⁴ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 20.

⁵ Renato José Ramalho Alves, “Justiça Fiscal e os Tratados Internacionais de Troca de Informações: perspectivas sobre a adesão do Brasil à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária”, *Revista A Barriguda*, Campina Grande, vol. 7, n.º 2, (mai-ago 2017), p. 279.

⁶ Ricardo Rodrigues Pereira, “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte I)”, *Revista Fiscal*, nº2, 2012, p. 12.

da conduta do contribuinte⁷. Tal situação é verificável, por exemplo, no caso do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), em que o contribuinte pode proceder à autoliquidação, bem como no caso do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), em que apesar do imposto ser liquidado pela Administração, parte dos dados são fornecidos pelo contribuinte.⁸

Inicialmente a transparência fiscal era uma preocupação dos Estados residentes, relativamente à tributação das pessoas singulares, uma vez que estas é que garantem a tributação universal dos rendimentos⁹. Sucede frequentemente, como já foi mencionado, que “os dados de que uma Administração Fiscal necessita, em determinado momento, estarem na posse de agentes económicos estabelecidos fora do seu território e, portanto, fora do âmbito de aplicação do seu ordenamento fiscal e, logo, para além das suas possibilidades de atuação”¹⁰. Assim, não se trata apenas de um interesse exclusivo dos Estados da residência, mas também do Estado da fonte, e não só apenas a pessoas singulares, mas também relativamente a pessoas coletivas, uma vez que para garantir uma correta tributação devem-se verificar as regras de repartição de competências, o que implica conhecer a situação fiscal do sujeito passivo no seu Estado de residência ou onde obteve rendimentos¹¹.

Posto isto, uma vez que a maior parte das relações económicas se desenvolve internacionalmente, torna necessário a existência de procedimentos comuns e internacionais que permitam garantir a segurança jurídica e a correta tributação dos rendimentos. Se a atividade das administrações fiscais permanecer circunscrita ao seu território nacional, conduz à limitação da eficácia do seu poder de controlo e fiscalização, quanto aos rendimentos obtidos fora do seu território¹².

Neste contexto, uma vez que a informação necessária para aferir a veracidade das declarações do contribuinte poder estar localizada fora do território nacional, e porque o desenvolvimento das tecnologias permite aos contribuintes ocultarem-nas mais eficazmente, a troca de informações assume um papel preponderante de

⁷ Ricardo Rodrigues Pereira, “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte I)”, *Revista Fiscal*, nº2, 2012, pp. 11-12.

⁸ *Idem, ibidem*.

⁹ *Idem, ibidem*, pp. 9-10.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

¹¹ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, pp.297-298.

¹² Ricardo Rodrigues Pereira, *op. cit.* p. 10.

combate à fraude e evasão fiscais¹³. Neste âmbito, o *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), assume-se também como um instrumento que assegura não só uma correta aplicação das regras antiabuso, mas também como uma política legislativa capaz de diminuir as disparidades e as lacunas¹⁴.

Apela-se assim a uma maior transparência fiscal e cooperação internacional entre as administrações fiscais, de modo a garantir a correta tributação dos contribuintes, e de lhes proporcionar um tratamento fiscal adequado, mesmo quando estes têm rendimentos noutros Estados, “devendo abarcar todas as formas possíveis de assistência e colaboração e o maior leque possível de impostos, de forma a maximizar a sua eficácia e a otimizar os seus resultados”¹⁵, possibilitando assim o combate à prática de crimes de fraude e evasão fiscais¹⁶. Deste modo, a troca de informações entre os Estados assume, especial relevância, enquanto modalidade de assistência administrativa mútua em matéria fiscal.

Neste trabalho irá ser abordada a temática da troca de informações, nomeadamente na modalidade de troca de informações automática sobre contas financeiras. Importa assim verificar, se a troca de informações pelas administrações tributárias de diferentes países, informações essas fornecidas pelas instituições financeiras, compromete a confidencialidade de dados e privacidade do contribuinte.

Inicialmente será abordada a temática da troca de informações e os avanços que foram dados nos últimos anos, num sentido de maior cooperação internacional e maior transparência, através da criação de um modelo padrão com aplicação a nível global, o que implica analisar a questão da evolução do sigilo bancário. A importância da análise desta temática, prende-se com a progressiva facilidade e flexibilidade de transmissão de dados sobre contas financeiras, entre os diversos Estados, como forma de auxílio às autoridades fiscais no combate à fraude e evasão

¹³ Ricardo Rodrigues Pereira, “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte I)”, *Revista Fiscal*, nº2, 2012, p.14.

¹⁴ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 297.

¹⁵ Ricardo Rodrigues Pereira, *op. cit.* p.11.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 14.

fiscais, e que se traduz, naturalmente, no aumento das possibilidades de derrogação do sigilo bancário.

Posteriormente, pretende-se conciliar as conclusões retiradas sobre a troca de informações e sobre o sigilo bancário, e analisar se as garantias de confidencialidade e privacidade de dados do contribuinte são asseguradas, ou se ficam comprometidas, através do procedimento de cooperação internacional de troca de informações.

CAPÍTULO I A TROCA AUTOMÁTICA DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS

1.1. A Troca de Informações: âmbitos, modalidades e princípios

1.1.1. Âmbitos

O objeto da troca de informações tanto pode dizer respeito a situações de facto como a relações jurídicas ou a situações de direito, desde que as informações transmitidas sejam úteis, isto é, necessárias e relevantes, para a liquidação de impostos, no Estado-Membro que recebe essas informações. Contudo, as informações transmitidas, só podem ser referentes a impostos previstos nos instrumentos jurídicos europeus que regulam a troca de informações fiscais¹⁷.

Quanto ao âmbito subjetivo, abrange tanto os sujeitos ativos como os sujeitos passivos. Os sujeitos ativos são as autoridades competentes dos Estados-Membros, ou seja, quem pode solicitar este tipo de informações e a quem estas podem ser solicitadas, ficando assim excluído o procedimento diretamente contra pessoas e entidades particulares. Relativamente aos sujeitos passivos, isto é, quem pode ser alvo deste tipo de procedimento, incide sobre qualquer pessoa, singular ou coletiva, independentemente de ser, ou não, nacional ou residente num Estado-Membro, desde que “estabeleça relações jurídicas tributárias com elementos de conexão, subjetivos ou objetivos, com mais do que um ordenamento jurídico fiscal, isto é, com mais do que um Estado-Membro”¹⁸. Assim, as informações trocadas entre administrações fiscais estatais, podem também ser referentes a sujeitos que têm uma obrigação fiscal, incluindo aqueles que apenas têm ligação com obrigações acessórias ou “deveres instrumentais” relacionados com o tributo que originou a troca de informações¹⁹.

Quanto aos terceiros que estejam relacionados com os contribuintes, tanto para comprovar a veracidade das declarações prestadas por este, como nos casos em que as informações necessárias não estão ao dispor da autoridade competente de um Estado-Membro, levanta-se a questão, de saber se as informações sobre estes terceiros podem ser alvo de troca de informações. Apesar de ainda não existir uma

¹⁷ Ricardo Rodrigues Pereira, “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte I)”, *Revista Fiscal*, nº2, 2012, p. 20.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 21.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

solução concreta para esta questão, defende-se que deve atender-se à relevância da informação sobre esse mesmo terceiro. Se esta for apenas instrumental, não é necessário prestá-la²⁰. Apenas devem ser solicitadas as informações dadas por terceiros ou familiares que tenham uma relação especial com o contribuinte (artigo 63.º-B da Lei Geral Tributária - LGT), e que demonstrem ser essenciais para determinar a sua atuação.

Quanto ao âmbito temporal, os instrumentos jurídicos europeus preveem a possibilidade de se poderem aplicar retroativamente os instrumentos de troca de informações, sempre que as informações se revelem úteis para a liquidação do imposto²¹. Contudo existe o limite imposto pela legislação interna, relativamente à extinção por caducidade e por prescrição, impedindo essa troca de informações, uma vez que estas já não são relevantes nem necessárias para a liquidação do imposto²².

1.1.2. Modalidades

Existem três modalidades de troca de informações a saber: troca de informações a pedido, quanto a um caso concreto, sendo que se deve esgotar todas as fontes internas de informação no seio do procedimento fiscal interno, antes de solicitar o pedido de informação a outro Estado; automática, em que as informações relativas a rendimentos com fonte num Estado são comunicadas sistematicamente a outro Estado e por último troca de informações espontânea que ocorre quando um Estado, no decorrer de investigações, obtiver informações que poderão ser relevantes para outro Estado, comunicando-as²³.

1.1.3. Princípios

A troca de informações é pautada por certos princípios, os quais podemos dividir entre aqueles que permitem realizar a troca de informações (princípios da equivalência, reciprocidade, subsidiariedade e atuação por conta própria na realização de investigações a pedido de outro Estado-Membro), e aqueles que se

²⁰ Ricardo Rodrigues Pereira, "A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte I)", *Revista Fiscal*, Porto: Vida Económica, nº2, (mar/abr 2012), p. 21.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 22.

²² *Idem, ibidem*.

²³ Cf. Comentários ao artigo 26.º CMOEDE.

aplicam quando a informação é recebida (princípio da especialidade e da confidencialidade)²⁴.

O princípio da equivalência impõe que o Estado requerido não tem de transmitir mais informações ao Estado requerente, do que aquelas que podem ser obtidas ou transmitidas pelas autoridades nacionais daquele Estado, no âmbito das suas leis internas e práticas administrativas, em procedimentos da mesma natureza. O objetivo é garantir aos particulares que os limites impostos pela legislação interna não são extravasados, e impedir que a troca de informações conceda às administrações, poderes mais amplos²⁵.

O princípio da reciprocidade tem como fim alcançar um equilíbrio entre os benefícios e os custos fiscais alcançados pelos Estados contratantes, garantindo um justo equilíbrio na distribuição da receita tributária entre os Estados que praticam a troca de informações. Encontra-se previsto no artigo 26.º do Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património (CMOCDE) e nos artigos 14.º, 18.º e 19.º da Diretiva 2011/16/UE ²⁶.

Segundo este princípio, o Estado requerente pode solicitar e obter informações, na mesma medida, em que numa situação semelhante, poderia fornecer essa informação ao Estado requerido²⁷. Contudo, este princípio não é de fácil aplicação, uma vez que a análise e a quantificação dos benefícios e custos que o procedimento de troca de informações acarreta, não pode ser feita casuisticamente, relativamente a cada contribuinte, mas sim num contexto mais regular entre os Estados que procedem à troca de informações. Essa análise “poderá não ser facilmente compatível com a adoção de fórmulas predeterminadas de distribuição de receita fiscal entre o Estado que solicita as informações e o Estado que as fornece. No limite, a prática entre os Estados ao nível das trocas de informações fiscais poderá levar a um equilíbrio desejável, ou razoavelmente aceitável, entre os custos de obtenção e

²⁴ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p.127.

²⁵ Cf. Ricardo Rodrigues Pereira, “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte II)”, *Revista Fiscal*, nº3 (mai/jun 2012), pp. 11-12.

²⁶ Glória Teixeira, *Os acordos sobre trocas de informações fiscais ao serviço das estratégias políticas dos Estados-Membros da União Europeia*, In: I Congresso de Direito Fiscal, Porto: Vida Económica, 2011, p.102

²⁷ Ricardo Rodrigues Pereira, *op. cit. loc. cit.*

tratamento das informações fiscais e a receita resultante do recurso ao expediente da troca de informações”²⁸.

Este princípio pode ser derogado por razões de ordem pública ou mesmo limitado pelos próprios ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes, face à utilização de diferentes meios legais e administrativos, para proceder à troca de informações²⁹.

O princípio da subsidiariedade obriga a que um Estado só possa solicitar uma dada informação a outro Estado, após esgotar todas as fontes legais nacionais de que dispõe para obter a informação que pretende. Todavia a questão reside no modo de aferir que efetivamente foram esgotadas todas as fontes possíveis, apelando-se à razoabilidade e proporcionalidade das condutas³⁰.

O princípio da atuação por conta própria impõe que a Autoridade Tributária (AT) não dê aos pedidos de informação de outros Estados, um tratamento diferente daquele que daria para a prossecução dos seus próprios fins internos, atuando igualmente de modo diligente³¹.

Quanto aos princípios referentes à utilização da informação recebida, o princípio da especialidade prevê que o Estado que recebe a informação só a pode utilizar para os fins que forem solicitados. Relativamente ao princípio da confidencialidade, tal como o nome indica, prevê que as informações trocadas sejam mantidas confidenciais, e que não sejam transmitidas a terceiros. Estes princípios levantam algumas questões que iremos abordar ao longo da dissertação: o primeiro porque comporta exceções, e o segundo porque é discutível que as garantias de confidencialidade sejam asseguradas.

Outros princípios relevantes no âmbito da troca de informações são o princípio da proporcionalidade e o da transparência. No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, tem uma estreita ligação com o princípio da confidencialidade, e

²⁸ Glória Teixeira, *Os acordos sobre trocas de informações fiscais ao serviço das estratégias políticas dos Estados-Membros da União Europeia*, In: I Congresso de Direito Fiscal, Porto: Vida Económica, 2011, p. 102.

²⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012., p.128.

³¹ *Idem. Ibidem*.

procura preservar a privacidade do contribuinte. Uma vez que a troca de informações, pode comprometer este princípio, são necessárias garantias que assegurem que os seus direitos fundamentais só podem ser restringidos respeitando certos limites.

Relativamente ao princípio da transparência, mereceu especial importância na conferência para o fim da concorrência fiscal prejudicial, nomeadamente no âmbito dos paraísos fiscais e dos regimes preferenciais, caracterizados pelo sigilo bancário e pela ausência de troca de informações. O esforço da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) tem-se concretizado na imposição a esses países de uma maior transparência, colocando termo ao sigilo bancário e adotando a troca de informações³², como iremos ver mais adiante.

Alguns autores defendem que a troca de informações a pedido protege melhor os direitos à privacidade do contribuinte e como tal, respeita mais eficazmente o direito à proporcionalidade; por outro lado há autores que defendem que a troca automática de informações é o meio mais eficaz para o combate à fraude e planeamento fiscal abusivo, deixando para segundo plano as preocupações com as restrições à intromissão na vida privada do contribuinte; ainda há quem defenda que o método mais eficaz é a troca espontânea, uma vez que tem carácter mais persuasivo e repressivo de condutas ilícitas, bem como mais eficiente devido ao seu carácter mais especializado³³.

1.2. Concorrência fiscal prejudicial e os paraísos fiscais

Tal como referido, a deslocação de pessoas singulares e coletivas, para outras jurisdições, que lhes ofereçam melhores condições e um sistema fiscal mais flexível, gera o enfraquecimento de outros Estados que não conseguem adaptar tão facilmente o seu sistema, e que acabam por registar perdas nas suas receitas fiscais³⁴. Perante este fenómeno de concorrência “saudável” entre Estados, cada sistema fiscal deve procurar tornar-se mais atrativo, através de medidas para captar

³² Glória Teixeira, *Os acordos sobre trocas de informações fiscais ao serviço das estratégias políticas dos Estados-Membros da União Europeia*, In: I Congresso de Direito Fiscal, Porto: Vida Económica, 2011, p.101.

³³ *Idem, Ibidem*, pp.104-105.

³⁴ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 21.

investimento estrangeiro e compensar as perdas registadas pela deslocação de pessoas e empresas. Devem assim adotar medidas de política fiscal, que contribuam para um sistema mais flexível, “com a preocupação de dar resposta às novas exigências e desafios, mas sem perderem o objectivo de não onerar em demasia os custos de cumprimento para os obrigados fiscais; mais transparentes, visando garantir que o imposto seja pago no correto momento e no adequado local, minimizando as oportunidades de fraude e evasão; e melhor desenhados para servir aos respectivos governos de instrumento capaz de assegurar a efetiva aplicação das suas leis fiscais, com o recurso ao uso de específicas e generalizadas disposições legais antiabuso”³⁵.

Todavia, enquanto este tipo de concorrência é considerada aceitável e benéfica para o sistema fiscal de cada país, o mesmo não pode ser considerado relativamente às práticas de concorrência fiscal prejudicial, isto é, “a oferta de sistemas fiscais com características atractivas agressivas, porque afastadas das internacionalmente aceites, e que provocam a erosão da base tributável dos outros países através de várias práticas com realce para aquelas que facilitam a evasão fiscal”³⁶.

Este fenómeno traduz-se numa “corrida para o fundo”, uma vez que cada jurisdição procura atrair capitais através da diminuição da tributação, criando um problema de “dilema do prisioneiro”, que não representa o meio mais eficiente a nível mundial³⁷, conduzindo a que “as receitas de tributação acabarão por ser demasiadamente baixas em todo o mundo, sendo o montante de bens e serviços públicos disponibilizados inferiores ao ótimo, o que se traduz numa situação de ineficiência e de aumento da desigualdade económica”³⁸. Neste contexto emergem os paraísos fiscais, que constituem um problema à escala global.

A luta contra os paraísos fiscais não é uma questão meramente atual, tendo sido levantada em junho de 1996, numa reunião do G7 a propósito da preocupação dos

³⁵Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 22.

³⁶ *Idem, Ibidem*.

³⁷ José Neves Cruz “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 11, 2014, p. 131.

³⁸ *Idem, Ibidem*.

Estados Unidos da América (EUA), França e Alemanha quanto à perda de receita registada devido às transferências de capital para paraísos fiscais³⁹. Face a esta preocupação, e ao contexto de globalização registado, foi aprovado, pela OCDE, a 20 de janeiro de 1998, em Paris, um Relatório sobre a Concorrência Fiscal Prejudicial (*Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue*), emitido pelo Comité dos Assuntos Fiscais. Este Relatório levantava precisamente a problemática dos paraísos fiscais, e dos prejuízos que estes acarretam relativamente à tributação do contribuinte, prevendo um conjunto de princípios relativos ao tratamento dos regimes fiscais preferenciais dos países membros e dezanove recomendações que deveriam ser aplicadas pelos Estados-Membros e alargadas aos Estados não membros⁴⁰. Este Relatório previa também a diferença entre paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais, bem como a criação de uma lista negra a nível multinacional, que identificasse estes territórios.

Segundo o Relatório, consideram-se paraísos fiscais: (1) os territórios que não têm impostos ou que têm impostos meramente nominais, não os aplicando; (2) que não são transparentes; (3) que preveem um conjunto de leis ou práticas administrativas que previnem a troca de informações para efeitos fiscais; (4) a ausência de requisitos de atividade substancial⁴¹.

Quanto à identificação dos regimes preferenciais, o relatório enumera os seguintes fatores: (1) taxas de tributação efetivas nulas ou mínimas, o que não é suficiente para a classificação como regime preferencial, mas, como ponto de partida para averiguação⁴²; (2) presença de regimes fiscais total ou parcialmente isolados parcialmente dos mercados domésticos e limitação das vantagens fiscais a não residentes e taxas de tributação nulas ou fracas relativamente a certas categorias de rendimentos ⁴³(3) falta de transparência.

³⁹ Helena Isabel Baptista Ferreira, *A troca de informações em matéria fiscal: da confidencialidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2013, p.14.

⁴⁰ *Idem, Ibidem*.

⁴¹ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 292-293.

⁴² João Ricardo Catarino, "Globalização e Competitividade Fiscal Internacional Limites e Proposições", *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 31, n.º2, 2011, p.192.

⁴³ José Casalta Nabais, *A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas*, In: Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 516.

No decorrer dos trabalhos organizados pelo Fórum, foi elaborado o Relatório 2000⁴⁴, de modo a implantar a cooperação fiscal global. Este Relatório dividia em duas listas os regimes fiscais preferenciais e os paraísos fiscais, e procurava estabelecer um alargamento de instrumentos para eliminação de práticas fiscais prejudiciais, e também para a participação de países que não eram membros da OCDE⁴⁵.

Tal como ocorreu na União Europeia (UE), os Estados-Membros da OCDE comprometeram-se a não adotarem medidas ou regimes prejudiciais e a pôr termo aos existentes, uma vez que a qualificação como paraísos fiscais conduzia à integração na lista de países não cooperantes, bem como à aplicação de sanções, como no caso de incumprimento das regras sobre troca de informações⁴⁶.

A troca de informações assume assim importância, como um meio de eliminar os Estados de baixa tributação, isto é, aqueles que atraem capital estrangeiro, através do sigilo bancário, e que procuram evitar a troca de informações com outros Estados⁴⁷.

Para dar cumprimento ao previsto no Relatório, foi criado o Fórum para as práticas fiscais prejudiciais. De modo a combater esta situação, a OCDE elaborou uma lista negra de paraísos fiscais, aconselhando os restantes Estados-Membros a redigirem a sua própria lista, aplicando regras fiscais restritivas, relativamente aos contribuintes com investimentos nas 47 jurisdições constantes dessa lista⁴⁸. Em

⁴⁴ Para mais desenvolvimentos: OECD, *Towards Global Tax-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in identifying and eliminating harmful tax practice, 2000.*

⁴⁵ José Casalta Nabais, *A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas*, In: Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006, p. 517.

⁴⁶ João Ricardo Catarino, “Globalização e Competitividade Fiscal Internacional Limites e Proposições”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 31, n.º2, 2011, p. 192 refere que as outras sanções consistem na não concessão de isenções créditos fiscais entre outros benefícios relativamente às operações efetuadas com essa jurisdição; aplicação de retenção na fonte quanto a certos pagamentos dos seus residentes, bem como aplicação de taxas e outros encargos às operações com a jurisdição em causa; não dedução de custos no momento de constituição ou aquisição de sociedades na jurisdição, e não celebração de Acordos de Dupla Tributação (ADT).

⁴⁷ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017 p. 293.

⁴⁸ *Idem, ibidem*; Cf. Helena Isabel Baptista Ferreira *A troca de informações em matéria fiscal: da confidencialidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2013, p.15.

junho de 2000 foi publicado um Relatório que continha os regimes fiscais preferenciais identificados como prejudiciais⁴⁹.

No seguimento deste relatório, foi nomeado um grupo de trabalho do Fórum da OCDE sobre Troca Efetiva de Informações, formado por representantes dos Estados-Membros e por delegados de outros países⁵⁰, de modo a elaborar o Modelo da OCDE sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal, publicado em 2002 e promovendo assim a cooperação internacional.

Por outro lado, foram publicadas as jurisdições consideradas não cooperantes, que integravam a lista negra: Andorra, Liechtenstein, Ilhas Marshall, Mónaco, Libéria, Nauru e Vanuatu (sendo estas duas últimas eliminadas posteriormente)⁵¹. Esta lista acabaria por ser revista, sendo condição necessária, para deixar de constar da lista negra, que as jurisdições assinassem acordos sobre troca de informações. Como não cumpriram estas condições a Malásia, Costa Rica, Filipinas e Uruguai foram incluídos na lista⁵².

De 2001 a 2008 a OCDE procurou celebrar acordos bilaterais e multilaterais para promover a troca de informações fiscais. Desde a Cimeira do G-20 em Londres, em abril de 2009, assistimos à grande pressão exercida pelos líderes fiscais, de modo a que os paraísos fiscais adotassem o sistema de troca de informações.

Tornaram-se evidentes os avanços na entrada nesta nova era globalizada, marcada pelas melhorias na cooperação internacional e pelo aumento da transparência fiscal, quando os líderes do G-20 anunciaram o fim do segredo bancário⁵³, e demonstraram preocupações crescentes com a proteção do sistema financeiro, impondo sanções aos Estados que não cumprissem o modelo de troca de informações da OCDE⁵⁴. Nesta conferência foram agrupadas as várias jurisdições em

⁴⁹Helena Isabel Baptista Ferreira *A troca de informações em matéria fiscal: da confidencialidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2013, p.15

⁵⁰ Aruba, Bermudas, Bahrein, Ilhas Caimão, Chipre, Ilha de Man, Malta, Maurícias, das Antilhas Holandesas, Seychelles e São Marino.

⁵¹ Helena Isabel Baptista Ferreira, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁵² *Idem, Ibidem*.

⁵³ Para mais desenvolvimentos: OECD The Era Of Bank Secrecy is over. The G20/OECD Process delivering results, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48996146.pdf>. (Consultado em 10.09.2018).

⁵⁴ Kristen A. Parillo, "Has the Push for Information Exchange Been Effective?", *Worldwide Tax Daily as: 2012 WTD 116-6*, 2012, p.1. Disponível em:

três categorias: aquelas que já tinham implementado o modelo de troca de informações (*white list*); aquelas que se comprometeram a implementar o modelo, mas ainda não o aplicaram (*the gray list*) e aquelas que ainda não se comprometeram a adotar o padrão internacional de troca de informações (*the black list*)⁵⁵. A *black list*, como referido *supra*, era constituída pelo Uruguai, a Costa Rica, Malásia e as Filipinas. O Uruguai comprometeu-se a adotar o modelo sobre troca de informações, sendo que os restantes Estados seguiram o exemplo, ficando excluídos da *black list*, (que passou a estar vazia)⁵⁶. A China fazia parte da *white list*, excluindo Hong Kong e Macau que integravam a zona cinzenta, bem como a Áustria, Bélgica, Luxemburgo, Singapura e Suíça⁵⁷.

Desde então, os Estados comprometeram-se a promover a troca de informações, tendo sido celebrados vários tratados nesse sentido (*Tax Information Exchange Agreements – TIEAs*⁵⁸, desenvolvido pelo *OECD Global Forum Working Group on Effective of Information*), seguindo um padrão de referência *standard*⁵⁹.

https://www.ideff.pt/xms/files/Iniciativas/Tax_Analyst_/2012_WTD_116-6_Parillo.pdf
(Consultado a 03.11.2018)

⁵⁵ *Idem, Ibidem*

⁵⁶ João Amaral Thomaz, “A reunião do G20 de 2 de abril de 2009 e o futuro dos paraísos fiscais”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina a.2, n.2 (julho de 2009), p.35.

⁵⁷ V. *Idem, ibidem*: a Bélgica propôs a 48 países, incluindo Portugal para incluírem/atualizarem os novos padrões de troca de informações nas respetivas convenções de dupla tributação, de modo a passarem a integrar a *white list*; o Ministro das Finanças da Áustria concordou com a integração da lista cinzenta, o que refletia os esforços na aplicação do novo padrão; a Suíça não concordou com a integração na lista cinzenta, precisamente por não ter sido informada, o que levou ao bloqueamento dos fundos destinados à OCDE; Andorra, Liechtenstein, Macau, Mónaco e São Marino, manifestaram a sua intenção de adoção do novo *standard*; as ilhas Cayman assinaram acordos bilaterais de troca de informações com os países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Groenlândia, Ilhas Faroe, Islândia, Noruega e Suécia); quanto a Guernsey, Jersey e a Ilha de Man, que integravam a *white list*, celebraram novos acordos de troca de informações com vários países e o principado do Mónaco anunciou que pretendia até ao fim de 2009 assinar acordos de troca de informações com os Estados-Membros da UE bem como os países que integravam o G-20. No que diz respeito a Portugal, no Despacho n.º 12047/2009 (Diário da República, 2ª série, n.º 97, de 20/05/2009), relativo à negociação de acordos em matéria de troca de informações entre Portugal e: Ilha de Man, Jersey, Guernsey, Ilhas Caimão, Andorra, Antilhas Holandesas, Aruba, Ilhas virgens Britânicas, Turcos e Caicos, Antígua e Barbuda, Gibraltar, Liechtenstein e Hong Kong.

⁵⁸ OCDE, Model Agreement On Exchange of Information in Tax Matters, Abril 2002 Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf> (Consultado a 27.12.2018). Em junho de 2015 foi aprovado um Protocolo “*Model Protocol for the Purpose of allowing the automatic and spontaneous exchange of information*”, de modo a alargar o escopo dos TIEA e permitir a troca de informações automática e espontânea ao abrigo desse acordo. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Model-Protocol-TIEA.pdf>. (Consultado a 27.12.2018).

⁵⁹ José Neves Cruz “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A. 11, 2014 p. 138.

Este acordo resultava dos trabalhos elaborados aquando o Relatório de 1998, sobre o combate às práticas fiscais prejudiciais, e foi apresentado segundo modelo multilateral e bilateral. O modelo multilateral constituiu um conjunto integrado de acordos bilaterais, sendo que qualquer parte signatária do acordo multilateral só fica vinculada pelo acordo, as partes contratantes com as quais opte por vincular-se. Assim as partes que se quiserem vincular têm de especificar no respetivo instrumento de ratificação de aprovação ou de aceitação qual a parte ou partes com as quais deseja vincular-se, só assim, é que o acordo entrará em vigor (quando as duas partes identificarem nos respetivos instrumentos de ratificação, de aprovação ou de aceitação)⁶⁰. Quanto à versão bilateral, serve de modelo aos acordos bilaterais de troca de informações, a fim a execução da norma estabelecida no modelo⁶¹.

Assim, para pertencerem à *white list*, e portanto à lista de Estados considerados cooperantes, (porque trocam informações entre si), os Estados deviam assinar, no mínimo 12 acordos, sob a forma de TIEASs.

O Fórum Global “tem como principal objetivo promover a implementação dos padrões de transparência e troca de informações de uma forma rápida, universal e consistente, assegurando que todas as jurisdições apresentem o mesmo padrão de cooperação internacional no âmbito da transparência e troca de informações em matéria fiscal”⁶², em setembro de 2009, (ano em que se tornou numa organização internacional⁶³), na sua primeira reunião em Transparência e Trocas de Informação para Efeitos Fiscais, acordou-se a importância de analisar o regime de cada Estado relativamente à transparência e troca de informações, com base nos princípios da CMOCDE e do Modelo de Acordo sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal da

⁶⁰ “OCDE, Modelo de Acordo Sobre A Troca De Informações Em Matéria Fiscal”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 407, (abril 2002), p. 174-175.

⁶¹ *Idem*, *Ibidem*, p. 175.

⁶² Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, ano.8, nº4, 2015, p. 169.

⁶³ José Neves Cruz “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano. 11, 2014 p. 138.

OCDE⁶⁴ e através de uma avaliação “*in-depth peer review process*”, ou seja todos os membros avaliam e são avaliados⁶⁵.

As revisões são compostas por duas fases: na primeira fase é analisada a adaptação do sistema jurídico e das instituições da jurisdição, nos termos da OCDE; na segunda fase é analisada a troca de informações na prática. O Fórum Global procura assim estabelecer a igualdade na troca de informações, abrangendo também Estados que ainda não integram a organização⁶⁶.

Para Ana Paula Dourado, a obrigação de troca de informações através de um tratado, mesmo que sujeita as avaliações *peer review*, é insuficiente para criar condições equitativas de aplicação do *standard* a nível mundial, uma vez que nem a disposição sobre troca de informações do tratado, nem mesmo a própria ação do Fórum Global, são capazes de harmonizar a legislação interna, para uma correta implementação do padrão mundial⁶⁷. A autora defende que os critérios relevantes para a avaliação do procedimento são: relevância previsível, proibição de expedições, respeito pela salvaguarda dos limites internos, proibição de divulgação de segredos comerciais ou segredos profissionais e existência de regras de confidencialidade⁶⁸.

Em suma, os cinco elementos fundamentais do padrão de troca de informações definido pela OCDE são: (1) troca de informações mediante pedido, desde que este seja considerado relevante (2) inexistência de limites à troca de informações através da inovação do sigilo bancário ou por exigências fiscais de interesse doméstico; (3) informação fiável e poderes de poder aceder à mesma; (4) respeito pelas garantias e direitos do contribuinte; (5) confidencialidade na transmissão de informações⁶⁹.

⁶⁴ Helena Isabel Baptista Ferreira *A troca de informações em matéria fiscal: da confidencialidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2013, p.17.

⁶⁵ Idem, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A.8, nº4, 2015, p.168.

⁶⁶ José Neves Cruz “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 11, 2014, p. 139.

⁶⁷ Ana Paula Dourado, *Exchange of Information and Validity Of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where The Truth Lies*, EUI Working Paper, RSCAS, 2013/11, p.8.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 9.

⁶⁹ José Neves Cruz, *Jurisdições de sigilo, a verdadeira identidade dos paraísos fiscais, o que mudou?* In: III Congresso de Direito Fiscal, Porto: Vida Económica, 2013, p.295-296.

1.3. Troca automática de informações no plano internacional

1.3.1. Artigo 26.º CMOCD

O artigo 26.º da CMOCD, constitui a base legal de troca de informações em matéria fiscal, a nível bilateral, cuja versão originária consta do artigo 26.º da CMOCD de 1963. A única modalidade prevista, nesta versão, era a troca de informações a pedido, a qual tinha carácter subsidiário, ou seja, só se podia recorrer a este mecanismo quando o Estado requerente tivesse gasto todas as fontes internas que podia recorrer^{70 71}.

Até ao ano 2000 a troca de informações só era possível relativamente aos impostos previstos na CMOCD de acordo com o artigo 2.º, logo o Estado requerido, não tinha de fornecer a informação sobre um imposto que não estivesse previsto na convenção. Posteriormente procedeu-se a alteração abrangendo os impostos de qualquer natureza e designação. Todavia alguns Estados podem não estar em condições de proceder à troca ou de utilizar as informações quanto aos impostos não previstos, de acordo com artigo 2.º, podendo nesses casos restringir a troca aos impostos abrangidos pela convenção⁷².

Atualmente o artigo 26.º/1 da CMOCD dispõe que “as autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações que sejam previsivelmente relevantes para a aplicação das disposições da presente Convenção ou para a administração ou a aplicação das leis internas dos Estados Contratantes relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação cobrados em benefício dos Estados Constantes ou das suas subdivisões políticas ou autarquias locais, na medida em que a tributação nela prevista não seja contrária à presente Convenção”.

Contudo o conceito que sofreu alteração e torna mais difícil a interpretação da CMOCD, uma vez que estamos perante um conceito vago e indeterminado, prede-

⁷⁰ Pedro Dias, A Troca de Informações entre Estados. Tentações e parametrização”. *Fiscalidade*, Lisboa, n.º2, (abril 2000), p. 80.

⁷¹ Portugal colocou uma reserva ao artigo 26.º da CMOCD, de modo a inserir nas suas convenções, uma previsão idêntica à versão de 1963, a fim de limitar a troca de informações a pedida, exclusivamente à aplicação da própria convenção, e apenas a possibilidade de comunicação às entidades responsáveis pelo lançamento ou cobrança de impostos previstos, V. Helena Isabel Baptista Ferreira *A troca de informações em matéria fiscal: da confidencialidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2013, p. 18.

⁷²Cf. CMOCD Comentários ao artigo 26º/1 ponto 10.

se com o conceito de “previsivelmente relevante”, que sucedeu à expressão “necessária”.

Para Ana Paula Dourado, a expressão “previsivelmente relevante” não significa o mesmo que “necessidade”, pois enquanto relativamente à primeira, temos de recorrer a um juízo de prognose, a segunda só pode ser avaliada a sua utilidade no momento posterior à troca de informações, uma vez que o “o juízo de prognose pode ser confirmado ou infirmado, a «necessidade», como condição, só admite resposta afirmativa”⁷³. O comentário n.º 5 ao artigo 26.º da CMOCDE, prevê o juízo de prognose, afirmando que no momento em que o pedido é feito, deve haver uma probabilidade razoável de que a informação pedida venha a ser relevante, mesmo que após a sua prestação, não se demonstre relevante, essa questão não é pertinente. Logo um pedido não deve ser rejeitado uma vez que a avaliação correta da sua pertinência só é efetuada após a receção da informação⁷⁴.

De acordo com os comentários ao artigo 26.º da CMOCDE a alteração da expressão apenas se prende com a necessidade de esclarecer as dúvidas na sua interpretação e de assegurar uma maior coerência com o Modelo de Acordo sobre a troca de informações em matéria fiscal, e não em modificar o seu sentido⁷⁵.

A expressão em causa pretende assegurar uma troca de informações em matéria fiscal mais ampla e simultaneamente impor como limites aos Estados Contratantes, impedindo que andem “à caça de informações”, ou que requeiram informações que não se demonstrem pertinentes para esclarecer os assuntos fiscais de um certo contribuinte⁷⁶. As *fishing expeditions* (expedições ao acaso) são definidas no Manual sobre troca de informações como “pedidos especulativos para obter informações que não têm um nexo aparente com um inquérito ou investigação abertos”, e assim constatamos quando estamos perante uma informação previsivelmente relevante: quando não estivermos perante uma expedição ao acaso⁷⁷.

⁷³ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 304.

⁷⁴ *Idem, ibidem*.

⁷⁵ Cf. CMOCDE Comentários ao artigo 26º/1 ponto 4.1.

⁷⁶ Cf. CMOCDE Comentários ao artigo 26º/1 ponto 5.

⁷⁷ Ana Paula Dourado, *op.cit.*, p. 305.

1.3.2. Foreign Account Tax Compliance Act – (FATCA)

O *standard* de troca automática de informações sobre contas financeiras inspirou-se no modelo americano FATCA (Lei de Conformidade Fiscal de Contas Estrangeiras) desenvolvido em 2010, e em vigor desde julho de 2014. De acordo com este modelo, as instituições financeiras (como sociedades financeiras, seguradoras, bancos, entidades de investimento, organismos de investimento coletivo e outros veículos de investimento) estrangeiras devem identificar os cidadãos americanos e as sociedades (constituídas nos EUA ou de acordo com a sua legislação ou de qualquer Estado⁷⁸), com contas financeiras fora dos EUA, face a rendimentos ou outros ganhos de investimento obtidos. Posteriormente, através de procedimentos de diligência devida, devem transmitir as informações sobre essas contas às respetivas Autoridades Fiscais ou diretamente à Autoridade Fiscal americana (o *Internal Revenue Service*)⁷⁹, anualmente, de modo a combater a evasão fiscal.

As instituições financeiras que não aderirem ao FATCA, implica uma retenção na fonte de 30%, sobre os pagamento efetuados com origem nos EUA, a partir de 1 de janeiro de 2014, quanto a qualquer rendimento fixo, determinável, anual ou periódico (US FDAP) de origem norte-americana, isto é, quanto a juros, dividendos, rendas, prémios e salários⁸⁰. Esta situação, afeta os titulares de contas nessas instituições financeiras, que detenham ativos nos EUA, mas também a carteira de títulos e outros ativos dessas instituições financeiras norte-americanas.

A partir de 1 de janeiro de 2017, ficaram a estar sujeitos a esse retenção, os rendimentos resultantes da venda de qualquer ativo de origem americana, no caso de ser pago a uma instituição financeira que não tenha aderido ao FATCA ou a

⁷⁸ Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, ano.8, nº4, 2015, p. 173.

⁷⁹ Daniela Pessoa Tavares e Rodrigo Rebeca Domingues, *FATCA e CRS – Foreign Account Tax Compliance Act e Common Reporting Standard*, Almedina, 2017, p. 15.

⁸⁰ *Idem, ibidem*

qualquer titular de uma conta bancária que não queria ser reportado como US persons (cidadãos norte-americanos ou com obrigações fiscais nesse país)^{81 82}.

O FATCA teve duas versões: na primeira versão, as instituições financeiras estrangeiras deveriam comunicar diretamente à Autoridade Tributária dos EUA, a informação requerida; na segunda versão as instituições financeiras comunicam a informação às Autoridades Tributárias do Estado onde são residentes, ou possuam estabelecimento estável, e estas, por sua vez, comunicam essas informações às Autoridades Tributárias norte-americanas, embora algumas instituições financeiras, de certos Estados, optem pela comunicação direta. Esta versão seguia o modelo da Diretiva Poupança, que já não se encontra em vigor, e foi a versão adotada pela maioria dos Estados da OCDE⁸³.

Para dar seguimento à aplicação do FATCA, os EUA adotaram uma abordagem bilateral para a adoção deste acordo, através da celebração de acordos intergovernamentais FATCA (IGAs - *Intergovernmental Agreement*), com jurisdições aderentes, os quais estabelecem as obrigações de diligência a adotar pelas instituições financeiras e a obrigação de troca de automática de informações com a Autoridade Fiscal americana⁸⁴.

Portugal foi uma dessas jurisdições, sendo o regime implementado pela Lei nº 82-B/2014, de 31 de dezembro, correspondente ao Orçamento de Estado para 2015, previsto no artigo 239.º do Regime de Comunicação de Informações financeiras - RCIF. Segundo este regime, as instituições financeiras comunicam as informações sobre as contas sujeitas a comunicação à AT, que por sua vez envia essas informações para as autoridades competentes dos EUA.

A aprovação do RCIF sucedeu à assinatura e aprovação do acordo FATCA entre Portugal e os EUA. O IGA celebrado entre Portugal e os EUA é aplicado numa base recíproca, ou seja, os EUA recebem as informações por parte da AT portuguesa, mas

⁸¹ José Neves Cruz, "A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação", In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano11, 2014, p. 140.

⁸² Carla Isaac, *FATCA e as suas implicações*. Disponível em: https://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/outros/2013/artigo_fatca_as_suas_implicacoes_mar13.pdf (Consultado a 04.04.2018).

⁸³ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 333.

⁸⁴ Daniela Pessoa Tavares e Rodrigo Rebeca Domingues, *FATCA e CRS - Foreign Account Tax Compliance Act e Common Reporting Standard*, Almedina, 2017, p. 16.

as autoridades tributárias americanas devem fornecer as informações sobre as contas que os residentes fiscais portugueses detiverem nas instituições financeiras americanas⁸⁵. O acordo foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 183/2016, de 5 de agosto e ratificado, pelo Decreto do Presidente da República n.º 53/2016, de 17 de junho. Entrou em vigor a 10 de agosto de 2016, de acordo com o Aviso n.º 101/2016, de 12 de setembro.

É de salientar, que estas trocas podem levantar problemas relativamente à confidencialidade e proteção de dados, bem como quanto ao sigilo bancário, uma vez que pode colidir com a regulamentação nacional de cada país, temática que irá ser abordada ao longo desta dissertação. Nesse sentido definiu-se “que as informações transmitidas e recebidas das autoridades competentes dos EUA, ao abrigo do regime de reciprocidade, ficam sujeitas às regras de confidencialidade e outros regimes de proteção previstos na legislação nacional e na Convenção entre a República Portuguesa e os Estados Unidos da América para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento, incluindo as disposições que limitam a utilização das informações recebidas (artigo 11.º/2)”⁸⁶.

O FATCA teve um grande impacto mundial, tanto pela número de jurisdições que aderiram ou negociaram acordos FATCA, bem como pelo impulso que deu à troca automática sobre contas financeiras, pois é na sequência da celebração de acordos bilaterais FATCA, que é criado um modelo multilateral de troca automática de informações sobre contas financeiras, para aplicação a nível global⁸⁷,

1.3.3. Common Reporting Standard – (CRS)

A luta contra a fraude e evasão fiscal, conduziu a que o G20 nomeasse o Fórum Global, para a adoção de medidas de combate a estes fenómenos, através da implementação de um *standard* internacional de troca de informações, que garantisse uma maior transparência. As jurisdições do Fórum Global

⁸⁵ Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A.8, n.º4, 2015, p. 174.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 175.

⁸⁷ Daniela Pessoa Tavares e Rodrigo Rebeca Domingues, *FATCA e CRS – Foreign Account Tax Compliance Act e Common Reporting Standard*, Almedina, 2017, pp. 16-17.

comprometeram-se a cumprir o *standard* internacional, trocando assim informações a pedido com os restantes membros, através de uma avaliação sujeita a várias fases, cujos resultados indicaram que foram registadas melhorias no combate à fraude e evasão fiscal.

Neste contexto, o G20, na cimeira de 19 de abril de 2013, sugeriram, à OCDE, o desenvolvimento do *standard* multilateral sobre troca automática de informações, e conseqüentemente, em setembro do mesmo ano, o Fórum Global formou o grupo *Automatic Exchange of Information (AEOI)*, a fim de criar um sistema de troca de informações automático que cumprisse o padrão referência da OCDE, e que ajudasse os países em desenvolvimento, atendendo às suas necessidades de assistência técnica e escassez de recursos, de modo a poderem participar no grupo e no procedimento de troca automática de informações, procurando salvaguardar a confidencialidade das informações trocadas e a sua utilização⁸⁸.

Esta ideia foi impulsionada pelo FATCA e pelo *Model Intergovernmental Agreement to Improve International Tax Compliance (Model 1 IGA)*, nos EUA, através da pressão exercida por cinco Estados-Membros (Alemanha, Espanha, França, Itália e Reino Unido), que aderiram ao modelo americano e decidiram desenvolver a troca automática de informações entre si. A Bélgica, República Checa, Holanda, Polónia, Roménia acabaram também por demonstrar interesse nesta iniciativa, assim como a Noruega e o México. Em maio desse ano totalizavam já 17 países envolvidos⁸⁹.

Neste sentido, a OCDE elaborou o Relatório *Step Change in Tax Transparency*⁹⁰, em junho de 2013, que viria a ser publicado em fevereiro de 2014 e aprovado nesse mesmo mês pelo G20⁹¹, abordando os procedimentos necessários para dar seguimento ao novo *standard* sobre troca automática de informações a nível multilateral, tendo por base os acordos bilaterais já estabelecidos, e de modo a abranger um maior número de jurisdições, através de um processo mais

⁸⁸ José Neves Cruz, “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano. 11, 2014, p. 142.

⁸⁹ OECD, *A Step Change In Tax Transparency. Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for multilateral context*, June 2013

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A.8, nº4, 2015, p. 170.

simplificado, eficaz e com custos mais reduzidos, com base na ideia que sendo a evasão fiscal, um problema global, requer igualmente respostas globais⁹².

O novo *standard*, designado como Norma comum de comunicação ou *Common Reporting Standard – Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information* (CRS), estabelece um padrão global de troca automática de informações a nível mundial, representando o fim do sigilo bancário, uma vez que muitas jurisdições, que até então eram vistas como jurisdições de sigilo, aderiram a este padrão mundial (Áustria, Suíça, Andorra, Luxemburgo, Liechtenstein, bem como alguns paraísos fiscais – Ilhas Cayman, Bermudas, British Virgin Islands, Guernsey, Jersey, Ilha de Man e Andorra por exemplo)⁹³.

O CRS, adotado em fevereiro de 2014, especifica o conteúdo de informações que devem ser trocadas e quais os procedimentos que as instituições financeiras devem adotar, de acordo com as obrigações de divulgação e diligência previstas no CRS, identificando as contas sujeitas a comunicação e os elementos de identificação dos titulares de contas, que devem ser comunicados pelas instituições financeiras, às respetivas autoridades fiscais competentes, que transmitem automaticamente essas informações ao Estado da residência dos titulares dessas contas⁹⁴.

A informação reportada diz assim respeito: (1) número de contribuinte; (2) nome e endereço; (3) número da conta; (4) saldo da conta; (5) total montante pago ou creditado na conta, juros pagos ou creditados, e outros rendimentos e saldos provenientes da venda de ativos.

São consideradas instituições financeiras reportantes, as instituições de custódia, as instituições depositárias, entidades de investimento, corretores e certas empresas de seguros, salvo as que apresentam um mínimo risco de serem utilizadas para esquemas de fraude fiscal, e as que estão dispensadas de procederem à comunicação. Devem comunicar as informações financeiras relativas a juros, dividendos, saldos de conta ou valor inscrito na conta, rendimentos de certos

⁹² OECD, *A Step Change In Tax Transparency. Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for multilateral context*, June 2013.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A.8, nº4, 2015, p. 182.

produtos de seguro, produtos de alienação de ativos financeiros e outros rendimentos criados por ativos detidos na conta ou pagamentos efetuados por ativos detidos na conta⁹⁵, abrangendo assim a maioria das contas: de custódia, de depósito, de anuidades, de investimento, Unit-links. Ficam excluídas algumas contas de seguro e de pensões, porém só para casos pontuais.

Por outro lado, estão sujeitas a comunicação as contas financeiras tanto de pessoas singulares (que devem seguir as modalidades de comunicação e a periodicidade prevista nos procedimentos internos, segundo o seu direito nacional), como de pessoas coletivas (todas as sociedades, trusts, fundações e fundos) e os seus beneficiários finais.

Quanto às pessoas singulares, no que diz respeito a contas pré-existentes, todas as contas têm de ser analisadas. Devem seguir os procedimentos de diligência devida, conforme se tratem de contas de elevado ou de baixo valor. Quanto às de baixo valor, deve ser aplicado o teste de residência, através de provas documentais ou de pesquisa de indícios, para determinar a residência. No caso de serem contraditórios, procede-se a uma autocertificação. As contas de valor elevado pré-existentes, são alvo de processos de diligência reforçados. No que diz respeito às contas novas é necessária uma autocertificação para dar cumprimento ao CRS⁹⁶. A instituição financeira pode basear-se numa auto certificação apresentada pelo cliente, se tiver motivos para crer que esta não é viável – critério da verosimilhança – com base nas informações obtidas no momento de abertura da conta, bem como nos procedimentos *Anti Money Landering/ Know your Costumer* (AML/KYC) (procedimentos de anti branqueamento de capitais/conheça o seu cliente)⁹⁷. Existe a diferenciação quanto a contas financeiras novas e contas financeiras existentes antes da entrada em vigor da Diretiva, cujas regras de comunicação são semelhantes, embora as regras de diligência sejam superiores quanto às novas contas, “tal regime justifica-se pelos custos de cumprimento das instituições

⁹⁵ Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A. 8, nº4, 2015, p. 183.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, pp. 183-184.

⁹⁷ OECD, *Perguntas Frequentes relacionadas com o CRS (Common Reporting Standard – Norma para a Troca Automática de Informações de Contas financeiras*, junho de 2016.

financeiras. Não se obriga estas instituições a reabrir as contas antigas e a reformular o procedimento”⁹⁸.

Relativamente às pessoas coletivas sujeitas a comunicação, as contas novas seguem o processo de diligência devida previsto para as contas pré-existentes. Assim, inicialmente é necessário verificar se a entidade é uma pessoa sujeita a comunicação, de acordo com as informações disponíveis, isto é, através dos procedimentos AML/KYC, e se tal não for possível identificar, recorre-se à autocertificação. No entanto se se tratar de uma entidade não financeira passiva, procede-se à averiguação da residência de quem controla a entidade em questão⁹⁹.

A 19 de março de 2014, 44 jurisdições, como Portugal, comprometeram-se a adotar antecipadamente o CRS, através da declaração conjunta *Joint Statement by the Early Adopters Group*, tendo sido formalizada a sua adoção a 29 de outubro de 2014, em Berlim, onde mais de 50 jurisdições assinaram o Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca de Informações de Contas Financeiras - *Multilateral Competent Authority Agreement on Exchange of Financial Account Information* – (MCAA), assinado posteriormente por outras jurisdições. A adoção deste *standard* a nível mundial marcou uma viragem no que diz respeito à derrogação do sigilo bancário e à promoção de uma maior transparência fiscal a nível internacional.

Mais recentemente, a 19 de outubro de 2018, foi aprovada a Portaria n.º 282/2018, que altera a Portaria n.º 302-B/2016, que veio reavaliar e atualizar a lista, pondo fim ao estatuto de “contas financeiras excluídas” atribuído aos Planos Poupança-Reforma e dando relevância às recomendações do Fórum Global sobre transparência e sobre a troca de informações para efeitos fiscais, na legislação nacional. Assim com a entrada em vigor desta Portaria, estas contas deixam de estar excluídas das obrigações de comunicação e diligência devida das instituições financeiras para comunicação à AT¹⁰⁰.

⁹⁸ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 335-336.

⁹⁹ Helena Isabel Baptista Ferreira, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A.8, nº4, 2015, p. 184.

¹⁰⁰ Cf. Portaria n.º 282/2018 de 19 de outubro.

1.3.4. Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca de Informações de Contas Financeiras (MCAA¹⁰¹) e Convenção Multilateral sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal (MCMAA¹⁰²)

A base jurídica do Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca de Informações de Contas Financeiras é a Convenção Multilateral sobre a Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, adotada em Estrasburgo, a 25 de janeiro de 1988, e em vigor desde 1995. A Convenção foi revista pelo Protocolo de Revisão, adotado em Paris, a 27 de maio de 2010 e disponibilizada para assinatura a 1 de junho de 2011¹⁰³.

A revisão partiu dos Chefes de Estado e do Governo do G20, que na conferência de Londres de 2009 apelaram ao alargamento deste instrumento a todos os países, de modo a promover a transparência e a cooperação internacional, evitar a fraude e evasão fiscais. Ficava assim aberta a possibilidade de assinatura para os Estados-Membros tanto da OCDE, como do Conselho da Europa, as duas organizações internacionais que participaram na sua elaboração, de modo a que a cooperação internacional fosse seja realizada em moldes universais e de aplicação comum a todos os Estados envolvidos. Em Portugal, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 80/2014 de 16 de setembro¹⁰⁴.

A Convenção Multilateral surgiu no contexto do aumento das relações económicas entre os diferentes Estados, que já cooperavam entre si através de instrumentos multilaterais e bilaterais. Contudo sentiu-se a necessidade de criar um instrumento multilateral de carácter geral, que abarcasse as várias modalidades de assistência, bem como uma diversidade de impostos, e que permitisse, de igual modo, a aplicação e interpretação de disposições uniformes a uma multiplicidade de Estados¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Multilateral Competent Authority Agreement on Exchange of Financial Account Information.*

¹⁰² *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters.*

¹⁰³ Helena Batista Ferreira, “Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal do Conselho da Europa/OCDE”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 430, (jan/jun 2013), p. 151 - Países signatários Azerbaidjão, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Ucrânia, Reino Unido, França, Islândia, Itália, Holanda, Noruega, Polónia Suécia, Ucrânia e EUA p. 151.

¹⁰⁴ José Neves Cruz, “A concorrência fiscal prejudicial paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A. 11, 2014, p. 141.

¹⁰⁵ Cf. Preâmbulo Convenção Sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

Os mecanismos de assistência administrativa em matéria fiscal entre os Estados que assinaram a Convenção assumem as seguintes modalidades: troca de informações; assistência na cobrança, incluindo providências cautelares e notificação de documentos, não sendo a assistência limitada pela residência ou nacionalidade do contribuinte ou pessoas envolvidas¹⁰⁶ (artigo 1.º da Convenção).

No que diz respeito à troca de informações, as Partes trocam qualquer informação que seja previsivelmente relevante para a administração ou execução da legislação interna, respeitante aos impostos abrangidos pela Convenção (artigo 4.º), seja através de troca de informações a pedido, automática ou espontânea (artigos 5.º, 6.º e 7.º respetivamente); através de controlos fiscais simultâneos, que consistem na comunicação de informações obtidas no decurso de um controlo efetuado em simultâneo em cada uma das partes em causa, com base num acordo de uma ou mais pessoas, que para esses Estados se revista de interesse comum ou complementar (artigo 8.º), ou através de controlos fiscais no estrangeiro em que a pedido da autoridade competente do Estado requerente, a autoridade competente do Estado requerido autoriza a presença de representantes da autoridade competente do Estado requerente, na parte relevante do controlo fiscal do Estado requerido (artigo 9.º), nomeadamente para fazer face às demoras das comunicações estabelecidas por escrito.

Quanto à assistência à cobrança, abre a possibilidade do Estado requerido adotar, a pedido do Estado requerente, as medidas necessárias para cobrar os créditos tributários deste, como se dos seus próprios se tratassem (artigo 11.º/1), porém, apenas nos casos em que os créditos tributários sejam objeto de um título executivo no Estado requerente, e salvo acordo em contrário entre as Partes, não sejam impugnados (artigo 11.º/2). Por outro lado, a pedido do Estado requerente, o Estado requerido pode tomar as providências cautelares necessárias para a cobrança de um imposto, mesmo que o crédito tributário seja impugnado, ou não tenha sido objeto de um título executivo (artigo 12.º). O mecanismo de assistência na cobrança é igualmente representativo do que está na base da convenção multilateral: uma

¹⁰⁶ Helena Batista Ferreira, “Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal do Conselho da Europa/OCDE”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 430, (jan/jun 2013), p. 155.

maior cooperação internacional, dado que os contribuintes obtêm rendimentos fora do Estado de residência.

Por último, a notificação de documentos, prevê que o pedido do Estado requerente, o Estado requerido notifica ao destinatário documentos, que emanam do Estado requerente e versam sobre um imposto abrangido pela convenção (artigo 17.º). Esta modalidade de assistência corresponde à fase de liquidação do imposto, de modo a assegurar que o contribuinte recebe os documentos, avisos e notificações, evitando que avancem com medidas executórias, quanto a um contribuinte que ignora a existência da dívida fiscal (comentário 157).

A Convenção Multilateral, alterada pelo Protocolo de Revisão, para Helena Ferreira Baptista, apresenta uma tripla vantagem relativamente a outros instrumentos internacionais, uma vez que constitui uma base jurídica de todos os modos possíveis de assistência na liquidação e cobrança de impostos; cobre grande parte dos impostos, excetuando os impostos aduaneiros e por último, qualquer membro da OCDE e do Conselho da Europa, bem como outros países que não façam parte, podem aderir¹⁰⁷. Contudo, segundo o artigo 6.º desta Convenção, os Estados devem acordar entre si quais as categorias de rendimento, e quais os procedimentos para proceder à troca automática de informações, quer através de um acordo bilateral, quer através da adoção do CRS. Esta medida justifica-se uma vez que, em certos casos, as trocas poderiam ser pouco proveitosas, “por exemplo, se os dados globais disponíveis num dado país forem reduzidas, ou ainda se o processamento dessas trocas constituir um encargo administrativo excessivo para as administrações envolvidas”.

A Convenção prevê, igualmente, que as jurisdições devem procurar manter o sigilo das informações trocadas, do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dos respetivos Estados seja protegida, por exemplo, no que diz respeito às informações que podem revelar um segredo comercial, industrial, profissional ou de um processo comercial.

¹⁰⁷ Helena Batista Ferreira, “Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal do Conselho da Europa/OCDE”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 430, (jan/jun 2013), p. 182.

Em suma, a Convenção Multilateral procura criar um mecanismo de cooperação entre os vários países de assistência internacional, com o objetivo de cobrança de impostos, através do respeito pelas características de cada sistema jurídico, e dos contribuintes, protegendo a confidencialidade das informações trocadas e o direito à vida privada, bem como a uma tributação justa, determinando os seus direitos e obrigações fiscais e evitando qualquer forma de discriminação ou de dupla tributação¹⁰⁸.

A assinatura do MCAA, a 29 de outubro de 2014, concretizava a sua adoção, dando início à troca automática de informações sobre contas financeiras, pelas autoridades competentes, dos Estados signatários, aos quais, posteriormente, se juntaram outros, que se comprometeram a proceder a troca automática de informações financeiras. O início da aplicação deste procedimento, deveria ocorrer, para contas abertas a partir de 1 de janeiro de 2016, as informações deveriam ter sido enviadas até setembro de 2017; quanto a contas pré-existentes, sendo estas de elevado valor (superior a 1 milhão de USD) a comunicação seria na mesma data; quanto às restantes contas, o limite de envio seria igualmente até setembro de 2017 ou até 2018, conforme a data em que a conta foi identificada como sujeita a comunicação¹⁰⁹.

As regras de diligência e de comunicação sobre troca automática de informações, encontram-se também estabelecidas no Protocolo entre a Comissão Europeia e a Confederação Suíça sobre a tributação de rendimentos de poupança, e entre a Comissão Europeia e países terceiros (Mónaco, Andorra, San Marino e Liechtenstein). A 19 de março de 2015 a Comissão Europeia concluiu um acordo com a Suíça, em que esta se comprometeu a partir de 2018, a trocar informações fiscais e bancárias automaticamente com os Estados-Membros da União Europeia¹¹⁰. Além disso, foram aprovadas as informações vinculativas de acordos

¹⁰⁸ Cf. Preâmbulo Convenção Sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

¹⁰⁹ Helena Batista Ferreira, “Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal do Conselho da Europa/OCDE”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 430, (jan/jun 2013), p. 179.

¹¹⁰ José Neves Cruz, “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A. 11, 2014, p. 140.

sobre preços de transferência; reporte de país a país de grupos multinacionais (introduzido em Portugal, a 28 de janeiro de 2016 pela DIFF)¹¹¹.

Posto isto, a troca de informações sobre contas financeiras tem como finalidade compreender as transações internacionais e identificar os agentes envolvidos, tanto como os intermediários e os beneficiários efetivos de rendimentos tributáveis, de modo a evitar a evasão e o branqueamento de capitais, permitindo uma correta tributação por cada Estado¹¹².

Os bancos, agentes, curadores, corretores, certos veículos de investimento coletivo e algumas sociedades reguladoras são as instituições financeiras obrigadas à comunicação sobre contas financeiras relativamente a todos os tipos de rendimentos de investimento: juros, dividendos, rendimentos de certos contratos de seguro e equivalentes, movimentos e saldos, e rendimentos de alienação de ativos¹¹³.

As Autoridades Tributárias devem proceder à troca automática de informações financeiras com os restantes Estados-Membros ou outros Estados participantes, relativamente aos residentes nesses mesmo Estados, sejam estes pessoas singulares, ou outras entidades, que não pessoas singulares, sendo que as instituições financeiras devem colaborar e promover a transparência desses residentes¹¹⁴.

1.4. A troca de informações na União Europeia

Apesar da troca automática de informações constituir atualmente o padrão *standard*, vários foram os instrumentos jurídicos comunitários antecedentes, que abrangem as três modalidades de troca de informações (a pedido, automática e espontânea).

1.4.1. Diretiva 77/799/CEE

A Diretiva 77/799/CEE entrou em vigor a 19 de Dezembro de 1977, alterada pela Diretiva 79/1070/CEE, de 6 de Dezembro de 1979, sendo transposta para a ordem

¹¹¹ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 301.

¹¹² *Idem, ibidem*.

¹¹³ *Idem, ibidem*, p. 302.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*.

jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 127/90, de 17 de abril, que sofreu alterações pelo Decreto-Lei n.º 52/93 de 26 de fevereiro e pela Diretiva 92/12/CEE, de 25 de fevereiro¹¹⁵.

A presente Diretiva consistia no primeiro ato legislativo europeu a regular a tributação direta, onde se encontravam previstas as três modalidades de troca de informações, cujos requisitos, para se proceder à troca de informações foram sofrendo alterações ao longo dos anos, demonstrando uma aposta crescente neste modo de cooperação¹¹⁶.

Ao abrigo desta Diretiva, o procedimento de troca automática de informações desencadeava-se após um procedimento de consulta, que indicava quais os grupos de casos que podiam ser alvo desta modalidade. A troca de informações a pedido era a única modalidade aplicada, apenas excepcionalmente por alguns Estados, que tentavam que existisse uma reciprocidade fáctica embora sem muito sucesso, uma vez que a falta de reciprocidade fáctica e legal, bem como o sigilo bancário, podiam ser invocados para evitar a troca de informações¹¹⁷.

Para além disso, a troca de informações a pedido não era obrigatória, nos casos em que o processo de diligências e de comunicação de informações, fossem contrárias à legislação ou às práticas administrativas do Estado requerido (artigo 8.º da Diretiva), bem como, quando se verificassem casos de recusa na troca de informações (situações de divulgação de segredos comerciais, industriais e profissionais, de um processo comercial e de contrariedade à ordem pública). Assim a aplicação desta modalidade de troca de informações era praticamente inexistente e discricionária.

O recurso à troca de informações a pedido era apenas subsidiária, uma vez que, só se podia recorrer a esta modalidade quando estivessem esgotadas todas as fontes de informação do sistema fiscal do Estado em questão, sendo que o Estado requerido

¹¹⁵ Pedro Dias, "A troca de informações entre Estados. Tentações e parametrização". *Fiscalidade*, Lisboa, n.2 (Abril 2000), p. 88.

¹¹⁶ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 312.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 313.

poderia solicitar ao Estado requerente uma condição do cumprimento deste requisito antes de fornecer a informação pedida¹¹⁸.

Tanto o artigo 2.º/1 da Diretiva 77/799/CEE, bem como o Manual de Disposições relativas à Troca de Informações Tributárias da OCDE dispunha neste sentido¹¹⁹.

As vantagens da troca de informações a pedido prendiam-se com o facto de existir um verdadeiro controlo nas operações internacionais, uma vez que só se recorria a esta modalidade quando já estava em curso uma investigação sobre o contribuinte no Estado requerente, sendo necessária a colaboração da Administração Fiscal de outro Estado¹²⁰. Contudo, a desvantagem desta modalidade dizia respeito à demora na obtenção dos dados solicitados. Nem a presente Diretiva nem a CMOCDE dispunham de uma disposição sobre o prazo máximo de resposta, apenas no Acordo sobre a Troca de Informações em Matéria Fiscal da OCDE é feita referência no artigo 5.º/6¹²¹.

A Diretiva seguia os antigos pressupostos de necessidade de identificação da situação individual (sujeito passivo e factos a averiguar), proibindo os pedidos especulativos¹²². Face a este cenário era preferível que os Estados recorressem à troca de informações através das suas convenções de dupla tributação, nomeadamente a partir de 2005, com a adoção da CMOCDE, cujo artigo 26.º, consagra o atual modelo de troca de informações a pedido, em que o sigilo bancário não pode ser invocado como impeditivo da troca de informações¹²³. Portugal no âmbito da troca de informações seguia o artigo 26.º CMOCDE, aplicando a reserva aposta na versão do Projeto da Convenção de 1963 isto é, as informações obtidas não podiam ser comunicadas às autoridades judiciais com o objetivo de repressão penal, mas apenas às autoridades competentes para a cobrança e lançamento de impostos¹²⁴, limitando as trocas a pedido necessárias apenas à aplicação da

¹¹⁸ Raquel Gonçalves Moita, *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Almedina, 2011 p.183.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p.184.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p.183.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p.184.

¹²² Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 313.

¹²³ *Idem, ibidem*

¹²⁴ Maria Margarida Mesquita, "A protecção da confidencialidade em matéria fiscal". *Ciência e Técnica fiscal*, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 364 (out/dez 1991), p. 228 Segundo a autora apenas as convenções celebradas com a Alemanha, Bélgica, Brasil Checoslováquia,

Convenção¹²⁵. Assim a administração fiscal portuguesa, quando procedia à troca de informações, estava sujeita a uma obrigação recíproca de segredo, e era vedada a troca de informações que pudesse revelar segredos industriais, comerciais ou profissionais, assegurando assim a confidencialidade de dados do contribuinte.¹²⁶

Esta Diretiva procurava proteger a posição do contribuinte, deixando-lhe a possibilidade de obstar à transmissão de qualquer informação, através da invocação de qualquer motivo. No Decreto-Lei n.º 127/90, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 77/799/CEE, no seu artigo 6.º, previa a notificação da pessoa relativamente à qual são prestadas as informações da comunicação que vai ser feita e da autoridade competente a quem vai ser transferida a informação, sendo que a pessoa notificada pode submeter à autoridade competente os motivos pelos quais a informação não deve ser transmitida (artigo 6.º/3)¹²⁷. As informações só podiam ser transmitidas após 30 dias decorridos da notificação.

Todavia a possibilidade de notificação foi afastada, nos casos em que possa prejudicar as investigações de esquemas de fraude e evasão fiscais noutro Estado-Membro e que haja solicitação expressa da autoridade competente desse outro Estado (artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 52/93, de 26 de fevereiro)¹²⁸.

1.4.2. Diretiva 2011/16/UE

A troca automática de informações surge com a Diretiva da União Europeia sobre Assistência Mútua Administrativa – Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, que revoga a Diretiva 77/799/CEE. Esta deixou de responder às exigências do mercado interno, não conseguindo satisfazer os novos requisitos em matéria de cooperação administrativa fiscal.

A nova Diretiva contém regras mais claras e precisas, e cria a exigência de que a informação seja “previsivelmente relevante”, para se poder proceder à troca de

Itália e Reino Unido seguiam o regime do artigo 26, prevendo-se a comunicação de informação aos tribunais.

¹²⁵ Maria Margarida Cordeiro Mesquita, *A política convencional portuguesa em matéria de dupla tributação*, In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Santos Martinez, Coimbra: Almedina, vol. 2, 2000, p. 388.

¹²⁶ Maria Margarida Mesquita, “A protecção da confidencialidade em matéria fiscal”. *Ciência e Técnica fiscal*, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 364 (out/dez 1991), p. 228.

¹²⁷ Raquel Gonçalves Moita, *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Almedina, 2011 p.197.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p.198.

informações (artigo 1º), relativamente aos impostos previstos no artigo 2º da Diretiva, segundo a interpretação dada pela OCDE e pelo Fórum Global. Esta condição, apenas é aplicada a esta modalidade de troca de informações, uma vez que não é compatível com as restantes¹²⁹.

O que deve ser tido em consideração, é que as informações requeridas devem ser úteis para o Estado que requer, uma vez que o objetivo da troca de informações é obter uma informação relevante, e não informações genéricas e de mera especulação que não forneçam dados concretos sobre um certo contribuinte, o que revela a proibição de *fishing expeditions* (pesca de informações)¹³⁰.

Relativamente à recusa na transmissão de informações, permanece o previsto na Diretiva anterior, ou seja, quando a troca consista na divulgação de um segredo comercial, industrial, profissional ou de um processo comercial, bem como de informações que quando divulgadas são contrárias à ordem pública¹³¹. Contudo o facto de uma informação não ser necessária para os fins fiscais de um Estado-Membro, não podia conduzir a uma recusa, por parte do mesmo, na prestação de uma informação (artigo 18.º)¹³².

A grande inovação desta Diretiva, prende-se com o facto do sigilo bancário não poder ser invocado como um motivo de recusa para a troca de informações (artigo 18.º/2), todavia, tal como previsto no artigo 18.º/3, pode haver recusa na transmissão de informações, se estas forem referentes a períodos de tributação anteriores a 1 de janeiro de 2011, e se a sua transmissão pudesse ter sido recusada com base no artigo 8.º/1 da Diretiva 77/799/CEE, se tivesse sido solicitada antes de 11 de março de 2011.

No que diz respeito à troca automática de informações, a Diretiva prevê que esta modalidade é obrigatória, relativamente a alguns rendimentos de capital, contudo esta modalidade foi sofrendo várias alterações ao longo dos anos.

¹²⁹ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 329-330

¹³⁰ Raquel Gonçalves Moita, *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Almedina, 2011 p.178

¹³¹ Ana Paula Dourado, *op. cit. loc. cit.*

¹³² Ana Paula Dourado, *op. cit. loc. cit.*

Inicialmente, com a entrada em vigor desta Diretiva, a troca automática de informações dizia apenas respeito a rendimentos de natureza não financeira obtida pelos contribuintes nos Estados-Membros, fora do seu Estado de residência, todavia previa-se um alargamento faseado e progressivo a outras categorias ¹³³.

Em abril de 2013, o G20 declarou a troca automática de informações como padrão internacional, tornando-se a 13 de fevereiro de 2014, o padrão global único para a troca de informações ao abrigo de acordos entre autoridades competentes, que preveem que as autoridades nacionais obtenham através de instituições financeiras, informações sobre contas financeiras e posteriormente, as comuniquem anualmente às autoridades competentes do Estado da residência do titular da conta¹³⁴.

Só a partir de 2014 foram integradas novas categorias, devendo os Estados informar a Comissão Europeia das categorias que poderiam ser objeto de troca automática: rendimentos de trabalho dependente, rendimentos de administradores, rendimentos de dividendos, rendimentos de produtos de seguro (não cobertos pela troca automática de outros instrumentos comunitários), propriedade imobiliária e rendimentos de propriedade imobiliária. No entanto, só a partir de 1 de janeiro de 2017, o procedimento de troca de informações passou a ser obrigatório relativamente a essas categorias sendo, alargada também a outras¹³⁵.

Atualmente, a definição internacional de troca automática de informações bilaterais e multilaterais, encontra definição no artigo 9.º/3 da Diretiva, apresentando como elementos em comum: a sistematicidade e periodicidade de comunicação de informações; a inexistência (desnecessidade) de pedido prévio e de fundamentação desse pedido; a definição prévia dos rendimentos e dos elementos a comunicar e a comunicação pelo Estado da fonte dos rendimentos aos Estados da residência do sujeito passivo¹³⁶.

¹³³ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 332.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 299.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 312.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 333.

1.4.3. Diretiva 2014/107/UE

A Diretiva 2014/107/UE, aprovada a 9 de dezembro de 2014, designada por DAC 2, resultado da influência do FATCA e do CRS, veio introduzir algumas alterações à anterior Diretiva, 2011/16/UE, passando a regular a troca automática de informações sobre contas financeira entre os Estados-Membros da UE, de acordo com o padrão global da OCDE, quanto a juros, dividendos ou outro rendimento gerado, rendimentos brutos de venda ou remissão de ativos e o balanço de contas e royalties¹³⁷. Os restantes Estados podem ter acesso à troca automática de informações financeiras, desde que tenham assinado o Acordo Multilateral das Autoridades Competentes para a Troca Automática de Informações de Contas Financeiras (MCAA)¹³⁸.

As principais alterações introduzidas por esta Diretiva, face à Diretiva 2011/16/UE, prendiam-se com a própria definição da troca automática de informações (artigo 3.º/9); com os poderes da autoridade competente, e das contas sujeitas a comunicação (artigo 8.º/3 e aditamento do artigo 3.º-A); alterações quanto ao relatório de avaliação pela Comissão Europeia (artigo 8.º/5); quanto aos prazos para comunicação das informações (artigo 8.º/6); publicação da lista das instituições financeiras não reportantes, bem como das contas que ficam excluídas de comunicação (aditamento do n.º 7-A ao artigo 8.º, Anexo I, Secção VIII, ponto B, n.º 1 al. c); Anexo I, Secção VIII, ponto C, n.º 17, al. g)); alterações sobre o formato eletrónico da troca automática de informações (artigo 20.º/4) e alterações no âmbito da CNN (artigo 21.º/2) e o Aditamento do Anexo I e do Anexo II, que preveem regras de comunicação e diligência devida, de acordo com o CRS, (e com algumas adaptações para os Estados-Membros), e regras de diligência devida e de comunicação sobre contas financeiras, respetivamente¹³⁹.

A alteração de maior relevo foi ao artigo 25.º, relativo à proteção de dados para efeitos da Diretiva 95/46/CE, ao aditar regras sobre a responsabilidade das instituições financeiras e das autoridades competentes pelo tratamento dos dados,

¹³⁷ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 334-335.

¹³⁸ *Idem, ibidem*, p. 299.

¹³⁹ Helena Isabel Baptista Ferreira, "Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória". *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, A.8, n.º4, 2015, pp. 184-185

bem como na comunicação ao portador dos dados e do período máximo que os dados podem permanecer guardados.

A par desta Diretiva, foi celebrado um Protocolo que segue as regras, sobre troca automática de informações de contas financeiras, entre a UE e a Confederação Suíça, alterando o acordo anterior, com normas equivalentes à Diretiva sobre a tributação do rendimento da poupança sob a forma de juros (2003/48/CE)¹⁴⁰.

A Diretiva e o Protocolo tinham como objetivo que as instituições financeiras aplicassem as regras de diligência e comunicação quanto às contas e saldos de contas periodicamente, relativamente a certo tipo de rendimentos (juros, dividendos e rendimentos similares, a saldos de contas e produto de venda de ativos financeiros), não prevendo limites aos montantes para se proceder ou para isentar a comunicação. Deste modo, combatiam a evasão fiscal, uma vez que ficavam abrangidos um vasto número de casos, o que evitava o desvio para produtos financeiros que não fossem alvo de comunicação ou a distribuição de ativos por diferentes instituições financeiras. Quanto às instituições financeiras e contas que não são alvo de comunicação considera-se que tem um baixo nível de risco para serem utilizadas para fins fraudulentos¹⁴¹. Internamente os Estados-Membros devem ter uma lista de instituições financeiras não reportantes e de contas excluídas, para ser tomada em consideração, quando esta Diretiva ou qualquer acordo, que dê execução à norma mundial, for aplicada¹⁴².

Com a entrada em vigor desta Diretiva, o artigo 8.º da Diretiva 2011/16/UE, foi alargado de modo a incluir as informações sujeitas a comunicação abrangidas pelo Modelo de Acordo entre as Autoridades Competentes e pela Norma de Comunicação Comum da OCDE¹⁴³. Esta Diretiva seria transposta até 31 de dezembro de 2015, e prevista a entrada em vigor a partir de 1 de janeiro de 2016, com exceção da Áustria, que deveria iniciar a primeira troca até 30 de setembro de 2018. A diferença do DAC 2 relativamente ao CRS, é que só é aplicada relativamente aos residentes nos Estados-Membros e não aos residentes em qualquer jurisdição.

¹⁴⁰ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 335

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, pp. 335-336.

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 337.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p.336.

1.4.4. Outras diretivas e regulamentos relevantes

- Diretiva Poupança 2003/48/CE, de 3 de junho de 2003 (*EU Saving Taxes Directive*), relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, foi o primeiro instrumento multilateral a regular a troca automática de informações¹⁴⁴
- Diretiva 2010/24/UE do Conselho, de 16 de março de 2010, transposta pelo Decreto-Lei n.º 263/2012 de 10 de dezembro de 2012, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas;
- Diretiva 76/308/CEE do Conselho, de 15 de março de 1976, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos resultantes de operações que fazem parte do sistema de financiamento do Fundo Europeu de Orientação Agrícola e Garantia Agrícola, bem como de direitos niveladores agrícolas e de direitos aduaneiros
- 2008/55/CE do Conselho de 26 de maio de 2008 relativa a assistência mútua em cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas.

1.5. A troca de informações na ordem jurídica portuguesa

A troca automática de informações, comparativamente com as outras modalidades, ocorre em moldes mais simplificados, com base em formulários uniformes, dentro de certos prazos estabelecidos, de forma fluida, desconsiderando os critérios de relevância previsível anteriormente utilizados, e tornando a modalidade de troca de informações menos burocrática e mais simplificada, o que facilita a cooperação entre os Estados, e contribui para uma maior transparência fiscal. A transposição para a ordem jurídica portuguesa, permitiu criar um regime mais coeso e consolidado no acesso e na troca automática de informações sobre

¹⁴⁴ Apesar do esforço da UE em promover a troca automática de informações em matéria fiscal, as principais jurisdições de sigilo (Áustria, Bélgica e Luxemburgo), bem como a maioria dos paraísos fiscais dependentes da soberania dos Estados-Membros, não adotaram a Diretiva, mas sim um sistema de transição, que não cede informações sobre os proprietários dos rendimentos, aplicando uma taxa liberatória na tributação das entidades que obtêm rendimentos nesses países e residem noutro Estado-Membro Esta Diretiva foi transposta para Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 62/2005, de 11 de março, e apenas abrangia as informações referentes a juros, V. José Neves Cruz, “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A. 11, 2014, p. 140.

contas financeiras entre o Estado português e os restantes Estados, o que permite minimizar os custos tanto para a AT como para as instituições financeiras.

Pretende-se assim, e com base no modelo FATCA, promover o acesso e a troca automática de informações financeiras, tomando em consideração um padrão único mundial (CRS), que serviu de modelo para as alterações dos instrumentos de cooperação administrativa a nível comunitário, com a aprovação da Diretiva 2014/107/UE (DAC 2), transposta para a ordem jurídica portuguesa através de um único instrumento - Decreto - Lei n.º 64/2016, de 11 de outubro¹⁴⁵ aprovado ao abrigo da autorização legislativa prevista no artigo 188.º números 1, 2 e 3 da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março¹⁴⁶) que transpõe a Diretiva 2014/107/UE. Quanto ao FATCA foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 183/201, assinado em Lisboa a 6 de agosto de 2015.

O Decreto-Lei n.º 64/2016 resulta de compromissos internacionais do Estado Português de modo a reforçar os mecanismos de cooperação com outros Estados, necessários para combater a fraude e evasão fiscais, bem como o branqueamento de capitais e o financiamento da criminalidade organizada e do terrorismo, previstos no artigo 16.º do RCIF, aprovado pelo artigo 239.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, e consolidando no ordenamento nacional a Diretiva 2014/107/UE e a Norma Comum de Comunicação.

A transposição deste Decreto-Lei, procura promover a troca automática de informações sobre contas financeiras, através da obrigatoriedade de cumprimento de normas de comunicação e de diligência devida em relação a contas financeiras sujeitas a comunicação de titular ou beneficiários residentes noutros Estados-Membros ou residentes noutros Estados participantes^{147 148}, com os quais Portugal deve promover a troca automática de informações, ao abrigo do Acordo Multilateral

¹⁴⁵ Alterou o Decreto-Lei n.º 61/2013, de 10 de maio e introduziu o CRS

¹⁴⁶ Cf. Proposta de Lei 73/XIII

¹⁴⁷ Cf. Decreto-Lei 64/2016

¹⁴⁸ Cf. Transposição do regime por outros diplomas: Portaria n.º 302-B/2016, de 2 de dezembro (aprova a lista de contas excluídas); Portaria n.º 302-C/2016, de 2 de dezembro (regula a estrutura e conteúdo do ficheiro XML); Portaria n.º 302-D/2016, de 2 de dezembro (estabelece a lista de jurisdições participantes – que vincula as instituições financeiras); Portaria n.º 302-E/2016, de 2 de dezembro (aprova a declaração modelo 53)

das Autoridades Competentes para a Troca Automática de Informações de Contas Financeiras.

Podemos destacar como principais características deste diploma: (1) implementação de um mecanismo automático de acesso e troca de informações financeiras relativamente a contas financeiras detidas em Portugal por não residentes, bem como contas detidas no estrangeiro por residentes, incluindo cidadãos portugueses; (2) acesso da AT, e conseqüente comunicação de informações sobre aplicações financeiras e de saldos bancários, com sede em Portugal, aos Estados-Membros da UE e países terceiros que aderiram à Convenção da OCDE¹⁴⁹; (3) acesso e transmissão de informações, de saldos de contas com valor mínimo de 1000€, para as contas existentes até 2015, para as restantes não existe limite mínimo; (4) exigências relativamente à implementação do FATCA com o acesso da AT e a comunicação aos EUA dos saldos bancários e informações de aplicações financeiras, com sede em Portugal, cujos titulares sejam cidadãos americanos residentes em Portugal, pessoas residentes nos EUA e cidadãos portugueses que tenham tido autorização de residência nos EUA, sendo que o acesso e a troca desta informação está limitada ao valor mínimo de saldo de 50000 dólares, para se proceder à comunicação¹⁵⁰; (5) identificação de instituições financeiras reportantes e não reportantes, assim como de contas sujeitas e excluídas de comunicação, sendo que estas últimas apresentam um baixo nível de risco, para serem utilizadas com o fim de evasão fiscal, e constam de uma lista definida a nível nacional, pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, e comunicada à Comissão Europeia, para publicação no Jornal Oficial da União Europeia; (6) garantir o cumprimento das

¹⁴⁹ Este sistema significa que a troca automática de informações funciona numa lógica de reciprocidade. Assim tanto a AT reporta apenas os dados relativos a contas detidas em Portugal por estrangeiros aos seus respetivos Estados de residência, bem como as autoridades fiscais desses mesmos Estados devem comunicar os dados relativos às contas estrangeiras por residentes em Portugal, independentemente da instituição aí localizada ser nacional ou estrangeira. Assim a deslocalização de contas para bancos fora de Portugal não produz qualquer efeito útil de exclusão deste regime.

Disponível em:

https://www.portaldascomunidades.mne.pt/images/GADG/Troca_de_informa%C3%A7%C3%B5es_em_mat%C3%A9ria_fiscal_%C3%A0s_contas_de_emigrantes_e_de_portugueses_residentes_no_estrangeiro.pdf (Consultado a 14/03/2018)

¹⁵⁰Disponível em:

https://www.portaldascomunidades.mne.pt/images/GADG/Troca_de_informa%C3%A7%C3%B5es_em_mat%C3%A9ria_fiscal_%C3%A0s_contas_de_emigrantes_e_de_portugueses_residentes_no_estrangeiro.pdf (Consultado a 14/03/2018)

regras de tratamento de dados, tanto pelas instituições financeiras, pela AT, pelos Estados-Membros e Estados participantes, de modo salvaguardar os princípios relativos à proteção de dados pessoais e direitos fundamentais¹⁵¹.

O artigo 2.º/6 do Decreto-Lei 64/2016 prevê a lista de jurisdições participantes, que têm igualmente como objetivo a luta contra a fraude e evasão fiscais transfronteiriças, permitindo o acesso aos seus dados, por parte da AT, para promover uma maior cooperação a nível mundial. Esta lista sofreu algumas alterações através da aprovação da Portaria nº 58/2018, de 27 de fevereiro, que altera a Portaria nº 302-D/2016, de 2 de dezembro.

Importa referir, em termos de enquadramento nacional o Regime Geral das Infrações Tributárias, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de junho, que aborda esta matérias nos seus artigos 117º, quanto à falta ou ao atraso na apresentação ou exibição de documentos ou declarações e de comunicações, e 119º, quanto ao incumprimento de regras de comunicação e diligência devida a aplicar pelas instituições financeiras; a Resolução da Assembleia da República n.º 118/2016, de 27 de junho, que recomenda ao Governo a adoção de medidas para a Troca Automática de Informações Fiscais e prevenção de branqueamento de capitais, no âmbito da transposição das Diretivas Comunitárias. Esta Resolução conduziu à aprovação da Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho de 8 de dezembro, transposta pela Lei n.º 98/2017, de 24 de agosto, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à Troca Automática de Informações Obrigatória no Domínio da Fiscalidade¹⁵², alargando aos acordos prévios sobre preços de transferência e aos acordos fiscais prévios transfronteiriços, e no domínio da fiscalidade, procedeu a alterações na declaração “país a país” – *Country by Country Reporting*¹⁵³. Esta Diretiva entraria em vigor a 1 de janeiro de 2017.

¹⁵¹ Cf. Decreto-Lei 64/2016

¹⁵² Cf. Proposta de Lei 73/XIII

¹⁵³ A Lei nº 98/2017 alterou vários diplomas: Decreto-Lei nº 61/2013, de 10 de maio, quanto à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade; Regime Geral das Infrações Tributárias; Regime de Comunicação de informações financeiras; CIRC; LGT e Decreto-lei nº 64/2016, de 11 de outubro. Os principais objetivos destas alterações prendiam-se com o estabelecimento de uma cooperação administrativa mais forte entre os Estados-Membros, bem como o estabelecimento da obrigação de comunicação por parte da AT em matérias tributárias, com efeitos transfronteiriços.

Com a transposição da Diretiva 2014/107/UE, a AT, passou a reportar, à administração fiscal dos países cujos residentes têm conta bancária em Portugal, anualmente, o saldo dessas contas, recebendo, reciprocamente, os dados relativamente a residentes em Portugal que possam ter contas nesses países. É de salientar, que não é a AT que tem acesso às contas bancárias dos seus residentes no estrangeiro, mas sim os bancos que operam em Portugal, nacionais ou estrangeiros, que transmitem à AT a informação sobre o saldo das contas apurado no fim de cada ano, a qual será transmitida posteriormente às autoridades fiscais do Estado de residência do seu titular¹⁵⁴. Todavia, os dados que são comunicados à AT não são suficientes para aferir uma situação de fraude ou evasão fiscal, é necessário conjugar com os dados que a AT já possui, como por exemplo o património declarado, e após essa conjugação averiguar se houve práticas tributárias ilícitas por parte dos contribuintes, como a ocultação de património ou subdeclaração de rendimentos¹⁵⁵.

1.6. Novo padrão internacional, consequências da sua aplicação. Fragilidades do novo modelo

Apesar das vantagens inerentes a todo o procedimento para a implementação do novo modelo padrão de troca de informações a nível internacional, o mesmo comporta algumas fragilidades.

A implementação de um padrão global, de aplicação ao maior número de Estados possível, apesar de cumprir o fim de cooperação internacional e de aumento da transparência fiscal, com o objetivo de combater a fraude e evasão fiscal, reveste algumas fragilidades quanto à sua aplicação prática, uma vez que é implementado um modelo global, sem atender às características de cada Estado, aos seus diferentes níveis de desenvolvimento, e à sua legislação interna.

A própria validade dos acordos que impulsionaram a troca de informações pode ser questionada, se não constituíam meros instrumentos, que poderiam acarretar

¹⁵⁴ Disponível em

https://www.portaldascomunidades.mne.pt/images/GADG/Troca_de_informa%C3%A7%C3%B5es_em_mat%C3%A9ria_fiscal_%C3%A0s_contas_de_emigrantes_e_de_portugueses_residentes_no_estrangeiro.pdf (Consultado a 14/03/2018).

¹⁵⁵ Disponível em

https://www.portaldascomunidades.mne.pt/images/GADG/Troca_de_informa%C3%A7%C3%B5es_em_mat%C3%A9ria_fiscal_%C3%A0s_contas_de_emigrantes_e_de_portugueses_residentes_no_estrangeiro.pdf (Consultado a 14/03/2018).

algumas falhas na sua aplicação, uma vez que apenas a promessa de vir a respeitar os princípios que fundamentam a troca de informações, sem uma garantia de que os vão aplicar, era o suficiente para considerar o Estado como cooperante¹⁵⁶. Perante este cenário, poderia resultar que muitas vezes os Estados celebrassem os 12 acordos para abandonarem a *black list*, mas posteriormente, não adotassem o modelo de troca de informações da OCDE. A ser assim, poderemos ter Estados considerados cooperantes, mas que na prática não trocam informações entre si.

Verifica-se que, mesmo relativamente aos TIEASs celebrados, para permitir derrogar o sigilo bancário protegido pela lei interna, os próprios tribunais das jurisdições de sigilo exigiam que os indícios de ilicitude fossem bastante elevados¹⁵⁷, o que na prática constitui uma forma destas jurisdições afirmarem que cumprem o acordos da OCDE, mas internamente continuam a criar obstáculos à troca de informações.

A partir de Sawyer, José Cruz resume alguns fatores que enfraquecem a aplicação do padrão da OCDE, tais como “o baixo nível de cumprimento por parte dos paraísos fiscais que se sentiram coagidos a entrar neste processo para não constarem da lista negra: os reduzidos níveis de confiança nas relações entre a OCDE e muitos paraísos fiscais, em resultado de anteriores tentativas falhadas de aumento da transparência; as resistências que advém da constatação por parte de muitas jurisdições das avultadas perdas que suportarão por aderir ao padrão internacional definido pela OCDE”¹⁵⁸.

Para além disso “a troca de informações implica uma panóplia de recursos humanos e materiais e de afetação dos mesmos que não está ao alcance de todas as administrações fiscais”¹⁵⁹. Temos de ter em linha de consideração, que a OCDE e a UE tomaram a iniciativa da implementação e um padrão global, defendendo que a troca de informações seria a melhor solução global para todos os Estados, sem

¹⁵⁶ Raquel Gonçalves Moita, *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Almedina, 2011, p.200.

¹⁵⁷ José Neves Cruz, *Jurisdições de sigilo, a verdadeira identidade dos paraísos fiscais, o que mudou?* In: III Congresso de Direito Fiscal, Porto: Vida Económica, 2013, p.297.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p.298.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 301.

atenderem aos direitos fundamentais dos contribuintes e às leis internas de cada país¹⁶⁰.

As administrações tributárias de cada Estado, bem como os seus órgãos, têm de estar preparadas tanto a nível de funcionários, como de meios adequados para receber e tratar toda a informação de modo eficaz, sempre com o respeito pelos direitos fundamentais do contribuinte. Muitas vezes “são as próprias características de funcionamento das Administrações que resultam em lacunas ou defeitos evidenciados nos mecanismos de troca de informações, dificultando a respectiva concretização de forma satisfatória. Quer os aspectos organizativos quer outros factores intrínsecos das Administrações envolvidas, uns afectando transversalmente toda a Administração tributária, e outros os específicos órgãos que, dentro dela, têm por missão a operacionalização da troca de informações”¹⁶¹.

Posto isto, a facilidade de acesso da Administração tributária a informações bancárias do contribuinte, pode conduzir à sua perda de capacidade para verificar a realidade dos factos¹⁶², pois o procedimento de troca automática de informações e o fluxo de informações trocadas, conduz ao crescente número de contas e dados dos contribuintes para a AT controlar e fiscalizar, o que levanta dúvidas relativamente à sua capacidade para analisar todos os dados que lhe cheguem. Para além disso, o artigo 63.º-A/2 da LGT prevê que as instituições de crédito devem comunicar todos os meses as transferências financeiras que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação mais favorável, o que pode conduzir à fuga ou à não entrada de capitais que poderiam ser úteis para o sistema financeiro, apelando o autor ao bom senso da AT¹⁶³.

Inicialmente, nos primórdios da aplicação de acordos de troca de informações, a grande questão prendia-se com o facto de não existir uma grande quantidade de informação, e a que existia não era adequadamente armazenada, o que não garantia

¹⁶⁰ Ana Paula Dourado, “Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”, *EUI Working Paper, RSCAS*, 2013/11, p. 3.

¹⁶¹ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 253.

¹⁶² António Menezes Cordeiro, “Sigilo bancário: fica a saudade?” In: *Temas de Direito bancário, Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, Vol. 1, n.º 8, 2014, p. 53.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, pp. 53 e 54.

a troca automática de informações de forma fluida. Mesmo nos casos, em que se regista bastante informação, é necessário atender ao formato de armazenamento dos dados, pois o armazenamento eletrónico afigura-se decisivo nesta modalidade. Deve ser assegurada, junto da autoridade competente, uma planificação dos contribuintes que irão ser objeto de fiscalização, e para um melhor aproveitamento dos dados obtidos, a comunicação recebida e fornecida, deve ser fluida e bem coordenada com os órgãos responsáveis pelo tratamento¹⁶⁴. Deve igualmente garantir “que os dados incorporem a correcta identificação dos contribuintes a que se referem, de tal forma que possam ser, com fiabilidade imputados aos seus titulares, armazenados nas bases de dados e utilizados para eventuais actuações de controle, com rapidez e eficácia”¹⁶⁵.

Neste sentido, a OCDE impulsionou a criação de um número de identificação fiscal internacional, uma vez que o cruzamento da informação recebida com a informação já existente, enfrenta algumas dificuldades, dado que em alguns países não existe número de identificação fiscal interno¹⁶⁶.

Contudo, os desafios deste modo de cooperação, não dizem apenas respeito à organização e tratamento da informação obtida. Os procedimentos que garantam que a informação se mantenha sigilosa, protegendo os dados do contribuinte e a possibilidade de obtenção de dados ilicitamente¹⁶⁷, são outros desafios que as autoridades fiscais têm de enfrentar. Esta problemática irá ser abordada ao longo da presente dissertação.

Para Ana Paula Dourado, é necessário verificar até que ponto a troca de informações está prevista em cada um dos sistemas fiscais envolvidos, e verificar se, tanto na modalidade multilateral como bilateral, as regras de separação de poderes são cumpridas. A proteção das garantias de confidencialidade e a questão da possibilidade de utilização, por parte da administração fiscal, de informações

¹⁶⁴ *Idem, ibidem*, pp. 260-261.

¹⁶⁵ Maria Odete Batista de Oliveira, *O intercâmbio de informação tributária. Nova disciplina comunitária. Estado actual da prática administrativa. Contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 263.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, pp. 262-263 - Iniciativa desenvolvida no âmbito do IVA, os Regulamento UE 904/2010 e 1798/2003, estabelecem a troca automática prevendo novos métodos de armazenamento e troca de informações específicas, possibilitando uma maior credibilidade nessas bases de dados, que podem ser acedidas automaticamente por qualquer Estado-Membro.

¹⁶⁷ Ana Paula Dourado, *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 311

obtidas ilicitamente, são variáveis que também devem ser tidas em consideração¹⁶⁸. Segundo a mesma autora, as organizações internacionais, nomeadamente o Fórum Global, devem verificar e garantir que estes interesses são ponderados, pois só assim haverá um nível de igualdade entre os Estados, nomeadamente verificar se os Estados que trocam informações são Estados de direito e se estão organizados para armazenar e proteger dados confidenciais.¹⁶⁹

Quanto à utilização de informações obtidas ilicitamente, levanta-se a questão da sua validade. O artigo 26.º CMOCDE, expõe a questão no parágrafo n.º2, contudo uma norma internacional que aceite as informações obtidas ilicitamente, contribui para que esses dados possam ser vendidos e comprados e que as regras de confidencialidade não sejam observadas¹⁷⁰. Muitas relações ainda se estabelecem a nível regional e bilateral, pelo que levará a interpretações diferentes do modelo mundial, sendo que quando a norma se aplica a nível mundial, os riscos de violação são superiores. Com exceção da necessidade de relevância previsível não existe nenhuma norma mínima como condição da troca de informações sobre os direitos do contribuinte¹⁷¹.

¹⁶⁸ Ana Paula Dourado, "Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies", *EUI Working Paper, RSCAS*, 2013/11, p.5.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 6.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 9.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*.

2. CAPÍTULO II O SIGILO BANCÁRIO E O SIGILO FISCAL

2.1. Contexto

A troca automática de informações financeiras, através de formulários eletrônicos comuns, sistemas informáticos mais modernizados e programas partilhados, permitiu uma maior rapidez de resposta e contribuiu para melhorias no âmbito da cooperação internacional entre os vários Estados, promovendo uma maior transparência fiscal a nível global.

A OCDE considera, que a falta de transparência fiscal, a carga tributária elevada, e a instabilidade das leis fiscais, a desigualdade na repartição de impostos, bem como a atuação discricionária da administração tributária são um dos muitos motivos que levam o contribuinte a praticar comportamentos abusivos e ilícitos.

Uma das soluções face a este problema passa pelo esforço na existência de leis fiscais mais claras, que primem pela simplicidade e pela estabilidade, uma vez que atualmente, as mais recentes informações sobre tratamento de dados e troca de informações encontram-se dispersas por vários diplomas, só sendo possível registar melhorias no campo da transparência fiscal, através de um sistema fiscal menos burocrático, com deveres recíprocos bem delineados, estabelecendo precisamente qual o papel que o contribuinte e a administração tributária estabelecem entre si¹⁷².

Face à era de globalização registada, bem como o avanço da tecnologia, verificamos que todos nós somos alvo de uma maior exposição, seja através da nossa imagem ou até mesmo das nossas informações e dados pessoais, que atravessam fronteiras. Apesar de atualmente, e com todas as questões problemáticas recentes sobre o tratamento e o acesso aos nossos dados, estejam a ser tomadas medidas para tentar preservar a privacidade e a intimidade de cada indivíduo, frequentemente somos confrontados com o conflito entre os direitos individuais de cada cidadão. De um lado temos o direito à privacidade e intimidade do contribuinte, e do outro lado, o dever de informação do contribuinte, que permita à AT aceder aos seus dados, aferindo qual a base de cálculo dos tributos, de acordo com a sua capacidade

¹⁷² António Carlos dos Santos; Clotilde Celorico Palma, “A Administração Tributária e os sistemas de informação – entre transparências e protecção do sigilo fiscal”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra (A.5, n.º4, 2012), p. 136.

contributiva, e assim poder combater situações de fraude e de evasão fiscais. A tensão entre estes direitos, requer que estes sejam ponderados através de juízos de razoabilidade e de proporcionalidade¹⁷³.

O aumento dos crimes transnacionais, seja o terrorismo, fraude e evasão fiscais, tráfico de droga, crimes informáticos entre outros, veio afastar a ideia de Estado Liberal, onde a ideia do direito à individualidade era fortemente protegido, para a ideia de um Estado Social, em que os interesses coletivos se sobrepõem, adotando-se uma sociedade mais transparente, e passando a ser segundo essa visão que os direitos fundamentais passaram a ser encarados¹⁷⁴.

2.2. Sigilo bancário e Sigilo fiscal

O sigilo bancário consiste na “discrição ou a manutenção, sob segredo, que as instituições financeiras e seus agentes devem guardar sobre as informações e os dados económicos, financeiros e pessoais que os clientes tenham colocado sob a sua guarda. Tendo em vista que os registos bancários pessoas e as entradas e saídas de valores das instituições financeiras contêm informações sobre a vida pessoal dos correntistas, como a situação familiar, financeira e patrimonial, opções políticas, sociais etc. Considera-se que são dados relativos à privacidade, cuja revelação consistirá em violação desse segredo”¹⁷⁵.

Para Casalta Nabais o segredo bancário é uma manifestação do segredo profissional, fazendo parte do direito à privacidade, contudo, apesar de constitucionalmente previsto deve ser harmonizado com o dever de cada indivíduo ao pagamento de impostos¹⁷⁶. Para este autor, os dados cobertos pelo sigilo bancário, e o seu acesso para fins de fiscalização, é um alargamento da obrigação ao sigilo fiscal, que ao ser violado é punido penalmente ficando a referida quebra

¹⁷³ Mary Elbe Gomes Queiroz, *A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco*, In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Coimbra: Almedina, vol.II, 2013, p. 297.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 298.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 311.

¹⁷⁶ José Casalta Nabais, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra: Almedina. 1998, pp. 616-617

salvaguardada pelo direito à privacidade que protege igualmente a dinâmica da atividade bancária¹⁷⁷.

O sigilo tem como objetivo proteger os direitos pessoais, como o direito ao bom nome e à reserva da privacidade, bem como fomentar as relações de confiança entre as instituições financeiras e os seus clientes.

Quanto aos fundamentos do segredo bancário, em primeiro lugar é de salientar, que na sua base estão tanto interesses públicos como privados. Quanto aos primeiros prendem-se com o regular funcionamento da atividade bancária e do sistema financeiro, tanto como instrumento no incentivo ao aforro (art 101.º CRP), como no equilíbrio às distorções ao funcionamento de mercado. No que diz respeito aos interesses privados, procuram salvaguardar o direito à intimidade da vida privada do cliente bancário, ao livre desenvolvimento da personalidade “e, subsidiariamente, no direito geral de personalidade, quer na perspectiva da instituição bancária e financeira, enquanto manifestação da liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º1), e do direito da personalidade ao bom nome e reputação (artigo 26.º)”¹⁷⁸.

Atualmente, a ideia inerente à derrogação do sigilo bancário, prende-se com a necessidade de combate à fraude e evasão fiscal, de modo a garantir a justiça tributária e a tributação com base na capacidade contributiva de cada contribuinte, o que implica que a AT tenha acesso a dados armazenados pelas instituições financeiras, nomeadamente quando o sujeito passivo não cumpre os seus deveres de colaboração (artigo 59.º LGT e 48.º CPPT).

O sigilo fiscal constitui um dever de proteção coletiva, apresentando-se como condição de confiança na atividade administrativa, e fundamento de proteção de diferentes tutelas jurídicas de um conjunto de direitos pessoais: intimidade da vida privada e familiar, direito à identidade pessoal; direito ao desenvolvimento da personalidade; direito à cidadania; proteção de dados pessoais; correta utilização da informática; proteção da confiança dos contribuintes na administração tributária e

¹⁷⁷ Mary Elbe Gomes Queiroz, *A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco*, In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Coimbra: Almedina, vol.II, 2013, p. 311.

¹⁷⁸ Noel Gomes, *Segredo Bancário e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 127.

de terceiros relacionados, e garantia de funcionamento do sistema fiscal. Este direito encontra-se ligado ao direito à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP), garantido por outros direitos igualmente previstos na constituição, a saber: direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º da CRP); direito à proibição do tratamento informático de dados relativos à vida privada (artigo 35.º da CRP); sigilo profissional, para além do dever de reserva das cartas confidenciais e papéis previsto no Código Civil (artigo 75.º a 78.º CC)¹⁷⁹. Logo o acesso a esses dados tem de cumprir certos critérios de adequação e de proibição do excesso¹⁸⁰.

Antes de abordar a discussão em torno da integração, ou não do sigilo bancário no artigo 26.º da CRP, é de salientar que o que está em causa não é a admissão da derrogação do sigilo bancário, mas sim, a integração deste no direito à reserva da intimidade da vida privada, uma vez que é patente em diversos diplomas que o dever de segredo bancário não é absoluto, como veremos adiante.

Importa assim, em primeiro lugar, constatar até que ponto o sigilo bancário integra, ou não, o direito constitucional de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º da CRP). Independentemente de uma prévia resposta a esta questão, o que se procura compreender é se o objetivo de combate à evasão e fraude fiscal, e conseqüentemente o acesso pela AT aos dados das contas financeiras dos contribuintes através da admissibilidade da derrogação do sigilo bancário sacrifica outros interesses considerados superiores, nomeadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada, dado que no momento da troca de informações, os dados financeiros dos contribuintes atravessam fronteiras.

Posto isto, podemos constatar que tanto o dever de sigilo bancário, como o dever de sigilo fiscal, têm como principal preocupação a defesa dos dados do cliente bancário e do contribuinte, tratando-se de dados pessoais que devem ser protegidos do acesso e divulgação por terceiros.

¹⁷⁹ Maria Margarida Mesquita, "A protecção da confidencialidade em matéria fiscal". *Ciência e Técnica fiscal*, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 364 (out-dez 1991), p.216.

¹⁸⁰ Abílio Morgado, "Sigilo Fiscal", *Ciência e Técnica Fiscal*, Almedina, n.º 414, (jul- dez 2004), p. 762.

2.3. Perspetiva constitucional: a reserva da intimidade da vida privada

2.3.1. Privacidade e intimidade

2.3.1.1. Contexto

Só é possível analisar a tutela constitucional do segredo bancário e apurar a potencial conformidade ou desconformidade do regime de derrogação do segredo bancário em matéria tributária quando compreendermos o concreto conteúdo e extensão do direito à intimidade da vida privada. Todavia, tendo em consideração que a CRP não estabelece qual o conteúdo e alcance deste direito, cabe à jurisprudência e à doutrina estabelecer a definição legal, de modo a evitar que o conceito fique indeterminado e vazio, impossível de garantir a segurança jurídica e a proteção da confiança.

É necessário ter em consideração que o direito à intimidade da vida privada constitui um direito fruto da dinâmica social, e portanto, sujeito a alterações constantes, justificadas pelos avanços da tecnologia e do desenvolvimento dos meios de comunicação¹⁸¹, o que permite uma maior exposição de cada indivíduo. Neste contexto, é compreensível que aquilo que há umas décadas poderia ser considerado como comportamento que constituía uma violação do direito em causa, atualmente poderá não ser.

2.3.1.2 Conceitos e Origem

Feita esta breve introdução, torna-se necessário identificar os dados que revelam informações relativas à privacidade de um indivíduo, e aqueles que integram a sua intimidade. Para ilustrar melhor as diferenças entre estes dois conceitos a doutrina foi tomando diferentes posições.

Por um lado temos a doutrina maioritária, que se divide numa posição mais estrita e numa posição mais ampla, embora ambas integrem o sigilo bancário na previsão do artigo 26.º. No entanto, a posição mais ampla inclui os dados sobre a situação patrimonial dos contribuintes na esfera da privacidade, enquanto que na teoria mais restrita apenas fazem partes os dados de carácter pessoal.

¹⁸¹ Noel Gomes, *Segredo bancário e direito fiscal*, Coimbra: Almedina: pp. 84 85

Para Manuel da Costa Andrade existe a teoria dos três graus, sendo que a intimidade diz respeito à “*área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses”¹⁸². Quanto à privacidade, apesar de não se considerar excluída de proteção jurídica, a sua proteção deveria depender de uma lógica de ponderação, que poderia ceder em casos de bens superiores¹⁸³. Tudo aquilo que está no interior de cada um, como os seus pensamentos, que os terceiros só podem ter acesso quando lhes for divulgado.

Para Paulo da Mota Pinto “a vida pública será a vida social, mundana, do indivíduo, enquanto a vida privada é a sua vida particular e pessoal. A vida pública é a que respeita ao público, enquanto a vida privada é a que diz respeito apenas aos particulares, abrangendo “aquele pequeno mundo do qual cada um é rei e senhor”¹⁸⁴.

Assim, partindo destas noções, enquanto a privacidade diz respeito a dados da vida pessoal, mas que já são do conhecimento do seio de relacionamentos que o indivíduo estabelece com terceiros, como por exemplo com os seus amigos, a intimidade consiste nos dados mais íntimos da vida pessoal do indivíduo, os quais ou não partilha com ninguém, ou apenas com pessoas muito próximas¹⁸⁵. Concluimos assim que a reserva da intimidade da vida privada pretende proteger o acesso à informação pessoal por terceiros.

Internacionalmente o direito à reserva da intimidade da vida privada encontra-se previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 17.º/1), na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH artigo 12.º), e a nível europeu na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH artigo 8.º/1

¹⁸² Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1991 reimpressão, 2006, Coimbra editora, p.94 apud Felipe Hochscheid Kreutz, “O Segredo Bancário no Processo Penal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina Ano II, números 7/8, (jul-dez 2012), p. 410.

¹⁸³ Felipe Hochscheid Kreutz, *ibidem*.

¹⁸⁴ Paulo da Mota Pinto, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 526, apud Paulo Marques, “*Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes*”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II, 2016, p. 290.

¹⁸⁵ Felipe Hochscheid Kreutz, “O Segredo Bancário no Processo Penal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina Ano II, número 7/8, (jul-dez 2012), p. 409.

e 2¹⁸⁶.); Carta dos Direitos Fundamentais da UE - CDFUE (artigo 7.º), Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (art II-67º) e Resolução nº 428 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa relativa à proteção do direito à intimidade da vida privada¹⁸⁷; Pacto de San José da Costa Rica (1969)¹⁸⁸.

Quanto à consagração deste direito em Portugal, a sua origem provém da constituição de 1976, embora se verifique algumas manifestações deste direito em constituições anteriores (1822 inviolabilidade do domicílio e sigilo da correspondência), e atualmente encontra-se previsto no artigo 26º da CRP.

2.1.1.3. O direito à reserva da intimidade da vida privada e o dever de sigilo

Os direitos fundamentais têm como princípio base a proteção da esfera da liberdade das pessoas singulares, evitando a intromissão do estado no quotidiano das pessoas, ao passo que os direitos de personalidade pressupõem a existência de uma relação de igualdade e não uma relação com o Estado¹⁸⁹.

Assim, a única justificação para se derrogar o segredo, e sacrificar um direito fundamental, tem sempre de derivar de um interesse público superior, “definido como realização de justiça em concreto, isto é, em função da natureza e gravidade do concreto crime, na medida do estritamente necessário e adequado perante indícios suficientes da prática de crimes”¹⁹⁰. Para tal ponderação, a LGT e a Lei da

¹⁸⁶ Felipe Hochscheid, “O Segredo Bancário no Processo Penal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano II, números 7/8, (jul-dez de 2012), p. 429. Tal como refere na obra, o art 8º CEDH zela pela prevenção da privacidade do cidadão, porém, admite que o Estado possa interferir na privacidade do cidadão quando estiver prevista numa lei alguma medida que seja necessária aplicar para garantir a “segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção de delitos, proteção da saúde e da moral ou proteção de direitos e liberdades de outros indivíduos

¹⁸⁷ Noel Gomes, *Segredo bancário e direito fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006 p. 80

¹⁸⁸ Felipe Hochscheid Kreutz, *op. cit.* p. 421

¹⁸⁹ Paul Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, pp. 292

¹⁹⁰ Maria Fernanda Palma, “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, In Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal - ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, 2010, pp.196-197. A questão que a autora levanta prende-se com a hipótese do sistema contornar o interesse da investigação, assumindo um “estado de necessidade investigatório”, apelando assim a uma causa de justificação, de modo a estender o regime legal de levantamento do segredo dos crimes de catálogo, a outros tipos de crime. A autora defende que seria muito difícil fundamentar a existência de um “estado de necessidade investigatório”, uma vez que a legislação impõe deveres de cooperação para as entidades bancárias, e o código penal tutela, sem destriça, a violação do segredo, sendo que esse estado não poderia caber na previsão do artigo 34.º. Isto, porque “na ponderação de interesses aí prevista, não cabe o interesse na realização de justiça em si mesmo, pois isso justificaria a colocação do valor abstracto de

Criminalidade Económico-Financeira (artigo 7.º) preveem crimes de catálogo e algumas situações genéricas face à existência de indícios de crimes, de acordo com o artigo 135.º CPP¹⁹¹.

Exposta a diferença entre os conceitos de privacidade e de intimidade, importa expor as várias posições na doutrina sobre se o sigilo bancário integra o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, e portanto se existe proteção constitucional ¹⁹².

Para quem defenda uma conceção estrita do direito à intimidade, englobando os aspetos pessoais, o acesso a elementos protegidos pelo sigilo bancário é considerado uma “penetração” na “zona mais estrita da vida privada”. Como defende Diogo Leite de Campos “conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um”, afirmando que “conhecer a conta corrente é conhecer a biografia em números¹⁹³”.

Paulo da Mota Pinto defende que “o segredo bancário está igualmente ligado à reserva da vida privada. Mais precisamente, podemos dizer que o dever de segredo bancário, correspondendo a um interesse geral do sistema bancário, para preservação das condições de captação das poupanças, corresponde também a um interesse privado dos clientes da instituição de crédito, tendo em vista a proteção da sua vida privada.”¹⁹⁴.

Já Rui Duarte Morais defende que a “posição tradicional é a de que os dados bancários, por serem o espelho da situação económica dos cidadãos, fazem parte da esfera da vida privada, pelo que não podem ser livremente acedíveis pela administração fiscal”¹⁹⁵.

realização da justiça numa balança em confronto com o valor da vida privada, o que levaria a uma derrogação contínua deste último valor, devido a uma tendencial sobreposição do interesse público ao privado - e essa é uma lógica viciada em que o resultado de chegada da ponderação está definido à partida, o que a torna uma pseudo - ponderação”.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*.

¹⁹² Noel Gomes, *Segredo bancário e direito fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 97.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 99.

¹⁹⁴ Paulo da Mota Pinto, MARQUES, *A Protecção da Vida Privada e a Constituição*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, volume 76, Coimbra, 2000, p. 174 apud Paulo Marques. “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, n.º 2, 2016, p. 291.

¹⁹⁵ Rui Duarte Morais, *Manual de Procedimento e Processo Tributário*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 230 apud Paulo Marques, *op, cit.*, p. 290.

Quem defende uma conceção ampla do direito da reserva à intimidade da vida privada, incluindo os dados sobre a situação económica de cada indivíduo, estabelece a ligação entre o sigilo bancário e o direito em questão, considerando-se o segredo bancário como uma manifestação da intimidade económica protegida constitucionalmente^{196 197}.

Alguns autores que defendem a conceção ampla, são influenciados pela teoria das esferas *Dreistufentheorie*. Segundo esta teoria existem três esferas de proteção quanto à vida privada: a esfera da intimidade, a esfera individual e a esfera do privado, sendo que cada uma tutela diferentes aspetos. Contudo esta teoria é alvo de algumas críticas, pelo facto de não existir alguma permissão expressa constitucionalmente, que permita a graduação de diferentes esferas da privacidade, bem como a dificuldade de definir que aspetos entram em determinada esfera, o que implica alguma insegurança para os cidadãos¹⁹⁸.

De acordo com esta teoria existe a esfera da intimidade, que não permite qualquer acesso, uma vez que diz respeito aos aspetos pessoais da vida do indivíduo; do outro lado existe a esfera do segredo, que abrange informações patrimoniais ou pessoais, sendo nesta esfera que o sigilo bancário encontra tutela¹⁹⁹.

Casalta Nabais defende igualmente uma conceção ampla, afirmando que existem duas esferas: esfera pessoal, que integra a intimidade privada e onde se situam as “manifestações mais profundas da subjetividade de cada cidadão”; e esfera negocial ou empresarial baseada na reserva da vida privada de acordo com o valor da propriedade. Posto isto, “em função da maior ou menor ligação à liberdade individual” a proteção será mais forte na esfera pessoal do que na negocial na empresarial.²⁰⁰

Posição oposta na doutrina, é adotada por Saldanha Sanches, que defende a distinção entre a intimidade da vida pessoal e familiar e a reserva da vida privada, sendo duas esferas que integrariam um direito mais amplo à privacidade. Todavia,

¹⁹⁶Noel Gomes, *Segredo bancário e direito fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 99

¹⁹⁷Para Maria Margarida Mesquita, o legislador constitucional procurou salvaguardar o direito fundamental à reserva da vida privada, deixando para o legislador ordinário regular o direito à reserva da vida profissional e económica, *op. cit.*, p.217.

¹⁹⁸ Noel Gomes, *op. cit.*, pp. 99-100.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 100.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*.

a intimidade vista como o conteúdo essencial do direito à privacidade apenas diz respeito às questões mais íntimas da vida do indivíduo correspondente às suas escolhas e vivências, e a questões do foro íntimo, não podendo estar incluída nesta conceção os aspetos patrimoniais da vida do indivíduo. Neste sentido, este autor defende que apesar do sigilo bancário se encontrar protegido pelo direito amplo à privacidade, não se pode reconduzir ao direito à intimidade consagrado constitucionalmente, ainda que o segredo bancário possa constituir uma espécie de direito instrumental de garantia, com uma ligação ao direito fundamental²⁰¹.

O mesmo autor acrescenta que “o segredo bancário não pode constituir a expressão do imperativo constitucional da proteção da intimidade até porque o acesso a essa esfera está vedado aos próprios bancos”²⁰². Saldanha Sanches refere que as informações cobertas pelo segredo bancário não integram o “núcleo central de características e comportamentos de natureza pessoal (*maxime* sexual e familiar) que a lei deverá proteger para proporcionar «garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana» (n.º 1 e n.º2 do artigo 26.ºCRP) ”²⁰³, Sendo que embora façam parte da esfera da privacidade, que merece proteção, não deve gozar da mesma conferida à intimidade²⁰⁴.

Quanto à questão da integração da situação patrimonial/ económica de cada indivíduo, no direito à reserva da intimidade da vida privada, Maria Fernanda Palma, defende que ao contrário do segredo religioso, ou profissional, por exemplo, em que o que releva é a intimidade da vida privada, no segredo bancário releva a esfera patrimonial e económica²⁰⁵. Dentro da dimensão patrimonial a autora defende que existem duas dimensões: uma de natureza patrimonial pessoal, que reflete a organização pessoal da esfera patrimonial de cada um, e uma dimensão de natureza patrimonial económica, onde se inclui o segredo bancário, dizendo respeito a

²⁰¹ Noel Gomes, *Segredo bancário e direito fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006 pp. 101-102.

²⁰² Paul Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, n.º 2, 2016, p. 291.

²⁰³ J. L. Saldanha Sanches, “Segredo bancário, segredo fiscal - uma perspectiva funcional,” in *Fiscalidade*, n.º21, p. 35 apud, Felipe Hochscheid, Kreutz “O Segredo Bancário no Processo Penal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano II, número 7/8, (jul-dez. 2012), p. 413.

²⁰⁴ Felipe Hochscheid, Kreutz, *ibidem*.

²⁰⁵ Maria Fernanda Palma, “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, In Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal - ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, 2010, p.189.

credibilidade das instituições bancárias, nomeadamente de os proteger dados que os seus portadores não querem revelar²⁰⁶.

Posto isto, Maria Fernanda Palma tece várias conclusões. Em primeiro lugar defende que é inegável que o ordenamento quis tutelar o dever de segredo, demonstrando assim que existe interesse público na proteção do segredo (artigo 195.º CP), de modo a preservar o direito fundamental da reserva da vida privada²⁰⁷. Todavia, “a vida privada patrimonial não integra a mesma esfera de valores da vida íntima e, por isso, estará muito mais aberta à possibilidade de inovação de causas de justificação e sobretudo das chamadas delimitações imanentes dos direitos no conflito com outros direitos”, logo “a invasão da vida privada patrimonial não pode ter exatamente o mesmo desvalor da invasão da vida íntima, porque não estará em causa a esfera absolutamente intocável da dignidade da pessoa humana, mas apenas aspetos da relação com os outros relevantes para o desenvolvimento de atividade patrimonial e negocial”²⁰⁸.

A própria jurisprudência tendia para a posição maioritária, integrando os dados de carácter patrimonial na reserva da intimidade da vida privada. Como acórdão de referência quanto a esta problemática, destaca-se o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/95 de 31 de Maio (retrata a situação de um indivíduo que tinha sido processado com base em informações bancárias obtidas pela Inspeção-Geral de Finanças de acordo com o Decreto-Lei n.º 513-Z/79, tendo sido apreciado o artigo 57.º/1 alínea e) - informações bancárias dizem respeito a reserva da intimidade da vida privada.

O TC, nesse acórdão, afastou a diferença entre a esfera privada e a esfera íntima, e concluiu que a análise das contas bancárias constituía uma intromissão do direito à zona mais estrita da vida privada, logo a fiscalização da inspeção geral das finanças resultava numa restrição ilegítima do direito consagrado no artigo 26.º da CRP²⁰⁹. Tal atuação do TC significa que “a distinção entre intimidade e zona de reserva e

²⁰⁶ Maria Fernanda Palma, “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, In Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal - ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, 2010, pp.189-190.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*, p.195.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*.

²⁰⁹ José Luís Saldanha Sanches, *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*, Estudos de Direito Bancário, Coimbra Editora, 1999, p. 365

discrição, entre os comportamentos que dizem por essência respeito às zonas de mais intensa subjetividade - cuja exposição cria um inevitável lesão na dignidade humana - e as possíveis revelações sobre uma certa situação patrimonial, só porque esta pode constituir um modo de percepção, ainda que indirecta, de outras realidades íntimas, não existe qualquer diferença”²¹⁰.

Esta situação gera que o conceito de intimidade seja tão vasto que acaba por englobar meras manifestações patrimoniais²¹¹. O que se verifica é que frequentemente, quem defende a inclusão do segredo bancário na reserva da intimidade da vida privada, acaba por aceitar as derrogações feitas pelo legislador, o que não aconteceria se essas informações fossem plenamente integrantes na esfera da intimidade²¹². Para além disso, é difícil compreender qual o critério de diferença de tratamento entre os vários dados sujeitos ao segredo bancário “pois neste certamente há informações que apenas espelham a situação patrimonial do cliente da instituição, como é o caso dos saldos da contas de depósito, dos valores aplicados em operações financeiras...ou nem isso, se pensarmos que o nome dos clientes também é coberto pelo segredo bancário”²¹³.

2.2. A derrogação do sigilo bancário: efeitos na ordem jurídica portuguesa

2.2.1. Evolução

Atualmente, o acesso da administração tributária aos dados sobre contas financeiras dos contribuintes, configura-se a regra, e não a exceção, tanto pela evolução tecnológica que permite que o acesso seja facilitado, como pelo aumento de casos de derrogação do sigilo bancário e também pelos acordos de troca de informações.

Importa considerar, se o facto do sigilo bancário atualmente ser uma realidade praticamente inexistente, se será o melhor procedimento no que diz respeito ao combate à fraude e evasão fiscal e por outro lado se as garantias dos contribuintes continuam salvaguardadas.

²¹⁰ *Idem ibidem*.

²¹¹ *Idem, ibidem*, p. 366.

²¹² Felipe Hochscheid, Kreutz “O Segredo Bancário no Processo Penal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina Ano 2, número 7/8, (jul-dez 2012), p. 414.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 415.

A opinião de Clotilde Celorico Palma, é no sentido negativo, “pelo facto do atual modelo, para além de complexo, ter um carácter mais repressivo do que preventivo e deixar largas margens de discricionariedade nas mãos da AT”²¹⁴.

Em Portugal, defende-se que o bem jurídico tutelado pelo sigilo bancário é o da confiança dos clientes na banca, contudo este bem tem sido sacrificado relativamente a outros interesse considerados superiores, seja o combate à criminalidade, seja as orientações da OCDE e da UE, que incentivam ao aumento da transparência fiscal, constituindo o sigilo bancário, um obstáculo a esse incentivo²¹⁵, e de acordo com essa premissa, deve ceder.

O procedimento de derrogação do sigilo bancário foi sofrendo alterações ao longo do tempo. A primeira referência ao sigilo bancário em Portugal, consta do artigo 83.º do Regulamento Administrativo do Banco de Portugal, aprovado pelo Decreto do Governo de 28 de janeiro de 1847, a fim de garantir o sigilo das operações bancárias e dos depósitos dos seus clientes, punindo através de sanção disciplinar, ou despedimento no caso de provocar um dano. O Regulamento em apreço seria substituído pelo Regulamento Administrativo do Banco de Portugal de 1891, aprovado a 23 de abril de 1891, que manteve a mesma redação²¹⁶.

Em 1967, através do Decreto-Lei n.º 47.909, de 7 de setembro, que criou o Serviço de Centralização de Risco de Crédito (SCRC), surge no ordenamento jurídico português a primeira referência ao sigilo bancário, aplicado a todas as instituições de crédito, sem qualquer ressalva²¹⁷. Este Decreto-Lei previa que os elementos fornecidos pelas instituições de crédito não podiam ser divulgados para fins diferentes dos previstos no SCRC ou de natureza estatística, sob pena de violação do artigo 290.º da CP de 1886 (crime de violação de sigilo profissional)²¹⁸.

Em 1975, através da Lei Orgânica do Banco de Portugal - Decreto-Lei n.º 644/75, de 15 de novembro, reforçado pelo Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 22 de dezembro -

²¹⁴ Clotilde Celorico Palma e António Carlos dos Santos, *A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais* maio de 2012. Disponível em: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/p46-52.pdf> (Consultado em 16.12.2018).

²¹⁵ *Idem, ibidem.*

²¹⁶ *Idem, ibidem.*

²¹⁷ *Idem, ibidem.*

²¹⁸ *Idem, ibidem.*

foi consagrado legalmente o dever de sigilo bancário, sendo que em 1976, o Decreto-Lei n.º 475/76, de 16 de junho, previa a penalização para os casos de violação desse mesmo dever.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro, veio conferir uma melhor sistematização quanto à proteção do sigilo bancário, através da definição dos seus âmbitos (objetivo e subjetivo), dos limites e das consequências no caso de violação do dever de sigilo²¹⁹, tema exposto igualmente no Despacho Normativo n.º 357/79. Assim em caso meramente pontuais podia a Administração e a Fiscalização tributárias terem acesso a dados bancários do contribuinte, vigorando os artigos 108.º do CIRC e 125.º do CIRS, que permitiam que os funcionários encarregues da fiscalização, da DGCI, pudessem aceder a vários locais, sem especificar o acesso aos banqueiros e às suas instalações²²⁰.

Paralelamente o artigo 34.º/3 do Decreto-Lei n.º 363/78, de 28 de novembro, dispunha que a fiscalização por parte dos funcionários da DGCI só podia ser exercido contra a vontade dos contribuintes, quando ordenado por autoridade judicial competente, através de um pedido fundamentado por parte do funcionário²²¹.

Assim, de modo a defender os direitos de personalidade e os direitos fundamentais do contribuinte, estes só podiam ser alvo de restrições, caso existisse lei expressa e autorização judicial, dispondo o artigo 63.º/2 da LGT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98 de 18 de dezembro, que a quebra do sigilo bancário só podia ser feita através da prévia autorização judicial, sem qualquer exceção²²².

Aquando da reforma fiscal (30 de abril de 1996), e com vista a reduzir a fuga fiscal, evoluiu-se para uma maior abertura quanto ao sigilo bancário. Defendia-se que a dificuldade de acesso da AT aos documentos bancários e a outros que estão na posse das instituições de crédito e em sociedades financeiras, colocava em causa o combate à fraude e evasão fiscais, e dificuldades na ação de fiscalização da AT, uma vez que, na existência de dúvidas sobre as declarações dos contribuintes, o ónus da prova competia, e compete à AT. A reforma defendia um procedimento que

²¹⁹ *Idem, ibidem.*

²²⁰ António Menezes Cordeiro, “Sigilo bancário: fica a saudade?” In: *Temas de Direito bancário, Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, Vol. 1, n.º 8, 2014, p. 48.

²²¹ *Idem, ibidem.*

²²² *Idem, ibidem*, p 49.

permitisse à AT aceder mais facilmente aos dados bancários, porque pese embora a proteção de direitos fundamentais, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada, este poderia ceder perante razões de interesse público, neste caso a verificação da veracidade dos elementos financeiros declarados pelo contribuinte²²³.

Assim, em alguns casos, não se afigura aceitável que o direito à privacidade seja protegido, permitindo que alguns contribuintes possam escapar às suas obrigações fiscais, quando contribuintes em situação semelhante são cumpridores²²⁴. É necessário atender aos princípios previstos constitucionalmente, nomeadamente a igualdade fiscal, a tributação de acordo com a capacidade contributiva e o dever geral de pagar impostos, através da repartição justa dos rendimentos e a diminuição das desigualdades (artigo 106.º e 107.º da CRP).

Tal como dispõe o texto da reforma “os elementos relativos à vida financeira dos indivíduos e das famílias cabem na sua *esfera privada simples*, isto é, no domínio dos direitos relativamente protegidos e não no âmbito da sua *esfera pessoal íntima*, absolutamente protegida [...]. Não são, pois, direitos absolutos”²²⁵. [...] Significa isso que a derrogação do princípio da intimidade da vida privada, nos termos analisados, deve ser acompanhada de um rigoroso sigilo fiscal, assente na expressa proibição de divulgar quaisquer elementos de natureza financeira relativos aos contribuintes, cujo conhecimento deverá confinar-se, exclusivamente, aos agentes e órgãos da Administração Fiscal envolvidos, sem prejuízo da troca de informações com autoridades de outros países, prevista na Lei ou em convenções internacionais. As limitações ao princípio constitucional de direito à intimidade privada devem sempre entender-se como excepcionais, ditadas por fortes razões de interesse público. Nunca poderão servir outras finalidades”²²⁶.

O RGICSF aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de dezembro, nos artigos 78.º a 84.º prevê alguns dos casos em que pode haver derrogação do sigilo bancário e conseqüente acesso às informações bancárias (artigo 79.º), sendo que no seu n.º 2

²²³ Cf. Reforma Fiscal, 1996, p. 375

²²⁴ *Idem, ibidem.*

²²⁵ *Idem, ibidem.*

²²⁶ *Idem, ibidem.* pp. 374-377

prevê que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo podem ser revelados à administração tributária no âmbito das suas atribuições (alínea. f), o que reflete as preocupações de combate a crimes fiscais.

O artigo 78.º/2 RGICSF revela quais os elementos que estão protegidos pelo sigilo bancário, todavia não impõe que não se possa conhecer os factos sigilosos, mas sim, que quem está obrigado ao segredo, não possa revelar estes dados a terceiros ou usá-los em benefício próprio. O Banco de Portugal, bem como as pessoas e entidades que procedam a troca de informações bancárias com o Banco de Portugal, está obrigado ao dever de segredo (vide artigos 78.º, 80.º/1 e artigo 81.º e RGICSF)²²⁷.

A alínea d) do artigo 79.º/2 do RGICSF, introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2/9, veio consagrar a prevalência do interesse da investigação criminal face ao direito de reserva da vida privada do titular de uma conta bancária²²⁸.

2.2.2. A derrogação do sigilo bancário na LGT

Inicialmente, a Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, veio introduzir a possibilidade da administração fiscal aceder à informação bancária dos contribuintes, através de mecanismos administrativos, sem ser necessário autorização judicial (salvo certas exceções), e através de meios procedimentais e processuais de modo a proteger os direitos e garantias do contribuinte. Foi aditado o artigo 146.º-A do CPPT, relativamente ao processo de derrogação, incluindo os casos de recurso da decisão da administração fiscal interposto pelo contribuinte.

Para Menezes Cordeiro esta medida levanta dúvidas constitucionais, uma vez que se está a reconduzir um tema fiscal a algo que está relacionado com direitos fundamentais, defendendo que o acesso deveria sempre depender de uma autorização judicial, mesmo que fosse através de um procedimento mais célere²²⁹. A Lei em apreço veio aditar o artigo 64.º-A da LGT, que na sua epígrafe regula as garantias especiais de confidencialidade, definindo que “compete ao Ministro das Finanças definir regras especiais de reserva de informação a observar pelos serviços

²²⁷ Maria Fernanda Palma, “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, In Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal - ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 192.

²²⁸ Ac. TRL de 21-09-2011, CJ, 2011, T4.

²²⁹ António Menezes Cordeiro, “Sigilo bancário: fica a saudade?” In: *Temas de Direito bancário, Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, Vol. 1, n.º 8, 2014, p. 49.

da administração tributária no âmbito dos processos de derrogação do dever de sigilo bancário”.

A Lei n.º 30-B/2000, de 29 de dezembro introduziu alterações ao n.º2 do artigo 63.º da LGT, “excepto nos casos em que a lei admite a derrogação do dever de sigilo bancário pela administração tributária sem dependência daquela autorização”²³⁰, bem como à alínea b) do artigo 63.º/4 da LGT que passou a prever a ressalva “salvos os casos de consentimento do titular ou de derrogação do dever de sigilo bancário pela administração tributária legalmente admitidos”²³¹, aditando também os números 6 e 7 ao artigo em questão.

Estava dado o primeiro passo de acesso pela administração fiscal aos dados bancários do contribuinte (artigos 63.º-A, 63.º-B e 64.º-C da LGT), contudo, a Lei n.º 55-B/2004 de 30 de dezembro que aprovava o Orçamento de Estado para 2005, veio introduzir algumas alterações, nomeadamente a possibilidade da administração tributária poder aceder a informações e documentos bancários, sem necessidade de consentimento, alterada pela Lei n.º 64-A/208 de 31 de dezembro, pela Lei n.º 94/2009²³² de 1 setembro e pela Lei n.º 37/2010 de 2 de setembro. De acordo com esta lei, o artigo 63.º foi alterado, de modo a alargar a possibilidade de derrogação do sigilo bancário em casos de inspeção (eliminando a norma que previa a dependência de autorização judicial), remetendo para os artigos 63.º-A, 63.º-B e 63.º-C²³³.

A Lei n.º 37/2010 de 2 de setembro veio alterar o artigo 63.º/2, eliminando a norma que exigia a autorização judicial para o sigilo bancário. De acordo com a jurisprudência dos tribunais, o acesso por parte da administração fiscal aos dados bancários só pode ser feito no âmbito do procedimento de inspeção levado a cabo pela administração. Tal como defende Paulo Marques, “a derrogação administrativa do sigilo bancário pressupõe necessariamente a existência de uma ação de inspeção (artigo 63.º, n.º 3, da LGT) e que no seu decurso sejam recolhidos indícios de inobservância do dever de colaboração que impende sobre o sujeito passivo (artigos

²³⁰ Jorge Patrício Paúl, “O Sigilo Bancário e a sua relevância fiscal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, A. 62, n.º 2 (abril 2002)

²³¹ *Idem, ibidem*

²³² António Menezes Cordeiro, *op. cit.* p. 53 A lei 84/2009 alterou os artigos 63.º, 63.º-A, 87.º e 89.º-A da LGT, e revogou as alíneas b) e d) do artigo 63.º/6 e os números 3 e 8 do artigo 63.º-B.

²³³ António Menezes Cordeiro, *op. cit.* p. 54.

59.º e 63.º-B, n.º 1, da LGT e artigos 9.º e 10.º do RCPITA). O acesso e o uso da informação bancária estão subordinados ao princípio da proporcionalidade estrita, logo os mesmos não podem destinar-se para fins dos previstos no procedimento de inspeção tributária²³⁴.

Quanto ao artigo 63.º-B/ 1, previa os casos em que a administração tributária poderia aceder a todas as informações ou documentos bancários sem consentimento do titular, acrescentando a alínea g) - o acesso também é permitido quando existam dívidas à administração fiscal ou à segurança social²³⁵.

Relativamente ao artigo 63.º-C, números 4 e 5, a administração também podia aceder sem consentimento, às informações ou documentos relativos a contas afetas exclusivamente à atividade empresarial²³⁶.

A Lei n.º 55-A/2010 de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2011, veio instaurar os mecanismos de informação automática, deixando de estar em causa proporcionar uma maior facilidade na fiscalização por parte da administração fiscal, uma vez que as próprias instituições de crédito passaram a funcionar como órgão direto do Fisco²³⁷.

A Lei n.º 20/2012 de 14 de maio, veio reforçar os artigos 63.º-A e 63.º-C, quanto à possibilidade de acesso às informações e documentos bancários²³⁸.

Atualmente, segundo o artigo 63.º - B da LGT a administração tributária pode aceder a qualquer informação ou documento bancário, sem dependência do consentimento do titular dos dados quando: existam indícios da prática de algum crime em matéria tributária (al. a); quando se verificarem indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível (al. b); quando se verificarem indícios da existência de acréscimos patrimoniais não justificados (al. c); quando se trata da verificação da conformidade de documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS e IRC, que se

²³⁴ V. Paulo Marques. “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 301 V. nota de rodapé.

²³⁵ António Menezes Cordeiro, “Sigilo bancário: fica a saudade?” In: *Temas de Direito bancário, Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, Vol. 1, n. 8, 2014, p. 54.

²³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 54-55.

²³⁷ *Idem, ibidem*, p. 55.

²³⁸ *Idem, ibidem*, pp.55-56.

encontrem sujeitos a contabilidade organizada ou dos sujeitos passivos de IVA que tenham optado pelo regime de IVA de caixa (al. d); quando é necessário controlar os pressupostos de regimes fiscais privilegiados, de que o contribuinte usufrua (al e); quando não seja possível comprovar ou quantificar de forma direta e exata a matéria tributável, nos termos do artigo 88.º LGT (al. f); quando existem dívidas à administração fiscal ou à segurança social (al. g); quando se tratem de informações solicitadas no âmbito de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado (al. h) e a comunicação de operações suspeitas no que diz respeito à legislação relativa à prevenção e repressão do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (al. i).

De acordo com a presente lei, considera-se documento bancário qualquer documento ou registo, independentemente do suporte em que se titulem, comprovem ou registem operações praticadas por instituições de crédito ou sociedades financeiras no âmbito da respetiva atividade, incluindo os referentes a operações realizadas mediante utilização de cartões de crédito (artigo 63.º-B/10 da LGT).

Contudo, apesar de a administração fiscal poder aceder às informações ou documentos bancários sem o consentimento dos seus titulares, essas decisões devem ser fundamentadas especificando os motivos que justificam esse acesso (artigo 63.º-B/4 da LGT), de modo a evitar que o acesso seja discricionário.

Perante esta situação o contribuinte pode fornecer os dados, ficando a situação resolvida, pode opor-se ilegitimamente, procedendo-se à aplicação de métodos indiretos, ou pode recorrer da decisão da AT de aceder aos dados bancários (artigo 146º- A/2 al a) e 146º-B CPPT). Quanto à posição da instituição bancária, se não fornecer os dados solicitados, incorre num crime de desobediência qualificada.

O artigo 64.º da LGT pretende proteger o sigilo fiscal, cuja violação constitui um crime qualificado de quebra do sigilo profissional (artigos 195.º CP e 91.º RGIT). No que diz respeito à troca de informações, o artigo 63.º-A da LGT, prevê uma série de obrigações de comunicação à administração tributária, por parte das instituições de crédito e sociedades financeiras. Estas estão sujeitas a mecanismos de informação automática relativamente à abertura ou manutenção de contas por contribuintes,

sempre que a situação tributária não se encontre regularizada, ou inseridos em sectores de risco, bem como quanto às transferências transfronteiriças que não sejam relativas a pagamentos de rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais previstos na lei, a transações comerciais ou efetuadas por entidades públicas, de acordo com o definido por portaria do Ministro das Finanças, após o Banco de Portugal ser ouvido²³⁹.

De acordo com o artigo 63.º-A/2 da LGT, essas entidades estão obrigadas a comunicar à AT, até ao fim do mês de março de cada ano, através de declaração de modelo oficial, aprovada por Portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, as transferências e envio de fundos que tenham como destinatário entidade localizada em país, território ou região, de regime de tributação privilegiada mais favorável, que não sejam relativas a pagamentos de rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais já previstos na lei ou operações efetuadas por pessoas coletivas de direito público.

O mesmo procedimento abrange igualmente as transferências e envios de fundos efetuados através das respetivas sucursais localizadas fora do território português, ou de entidades não residentes com as quais exista uma situação de relações especiais, sempre que a instituição de crédito, sociedade financeira ou entidade prestadora de serviços de pagamento tenha, ou devesse ter conhecimento, de que aquelas transferências ou envios de fundos têm como destinatário final uma entidade localizada em país, território ou região com regime de tributação privilegiada mais favorável²⁴⁰.

Encontra-se previsto na LGT, que os sujeitos passivos do IRS são obrigados a mencionar, na correspondente declaração de rendimentos, a existência e a identificação de contas de depósitos ou de títulos abertas em instituição financeira não residente em território português ou em sucursal localizada fora do território português de instituição financeira residente, de que sejam titulares, beneficiários ou que estejam autorizados a movimentar²⁴¹.

²³⁹ Cf. Artigo 63.º-A/1 da LGT

²⁴⁰ Cf. Artigo 63.º-A/7 da LGT

²⁴¹ Cf. Artigo 63.º-A/8 da LGT

Quando à questão da audiência prévia, o artigo 63.º-B/2 da LGT prevê que a administração tributária tem o poder de aceder diretamente aos documentos bancários e aos documentos emitidos por outras entidades financeiras, nas situações de recusa ou de autorização para a sua consulta, quando se trate de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte. Contudo, esses atos dependem da audição prévia do familiar ou de terceiro e são susceptíveis de recurso judicial com efeito suspensivo, por parte destes (artigo 63.º-B/5 da LGT).

Assim, com a entrada em vigor da Lei n.º 94/2009, apenas nestes casos deve haver a faculdade de audiência prévia, eliminando a referência nos casos de acesso a documentos bancários do sujeito passivo²⁴². Esta solução facilmente se compreende, pois se fosse sempre necessária audiência prévia, poderia comprometer o apuramento célere de muitas situações, uma vez o combate à fraude e evasão fiscais, requerem atuações céleres e eficazes, ainda mais no contexto de globalização económica²⁴³.

Posto isto, enquanto o artigo 63.º-A prevê a transmissão de informações automática e em massa, o artigo 63.º-B prevê a derrogação do sigilo através de um procedimento mais casuístico, perante as situações previstas no próprio artigo.

Em suma, fazendo um balanço das hipóteses de atuação previstas na LGT, o acesso a dados sobre contas financeiras do contribuinte pode constituir um acesso sem o seu consentimento e colaboração (artigo 63.º-B LGT), acesso dependendo de audiência prévia (artigo 63.º-B números 2 e 7 e artigo 63.º/4 CIRC) e ainda as situações em que nem o contribuinte é notificado, nem os seus familiares ou

²⁴² Paulo Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p.298, cita a posição contrária do Tribunal Central Administrativo Sul, Acórdão de 10 de julho de 2014, Processo n.º 07606/14, que decidiu que “de acordo com o n.º 5 do artigo 63.º-B da LGT, a referência expressa ao direito de audição surge relacionada com o acesso aos documentos bancários de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte. Apesar desta evolução/alteração da lei, a eliminação da referência ao exercício do direito de audição, no caso das situações contempladas no n.º1 do artigo 63º-B da LGT, não equivale à dispensa (legal) desse direito [...]. E, não prescrevendo a lei no sentido de dispensar o direito de audição, no caso concreto, a necessidade de assegurar o exercício de tal direito decorre, desde logo, da CRP, concretamente do artigo 267.º, do n.º5 do artigo 60.º da LGT, do artigo 45.º do CPPT e do artigo 100.º do CPA. Deste modo, o artigo 63-B da LGT não afasta o direito de audição nas situações em que, como no caso sub judice, a AT pretende aceder a documentos bancários no próprio sujeito passivo, nem a sua dispensa está contemplada no artigo 60º da LGT”.

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 297.

terceiros com relação especial têm direito a ser ouvidos previamente, nos casos em que estiverem em causa as informações solicitadas no âmbito de acordos ou convenções internacionais (artigo 63.º B/13 da LGT).

Os contribuintes têm de declarar os seus rendimentos localizados fora do território nacional, pois a sua ocultação da administração fiscal, levanta suspeitas de indícios de prática de crime fiscal, pelo que o seu acesso, pese embora a falta de consentimento do contribuinte, parece não constituir nenhuma violação do seu direito à privacidade ou da confidencialidade dos seus dados, pois este, no momento em que podia ter declarado corretamente os seus rendimentos, pode não agir em conformidade.

Para além disso, “as disposições constitucionais sobre a proteção do direito da reserva da vida privada e familiar não são obstáculo a que se atribuam possibilidades legais muito mais amplas às autoridades tributárias para obter informações cobertas pelo sigilo bancário que sejam necessárias para controlar a veracidade das declarações apresentadas pelos contribuintes ou para suprir a falta dessas declarações”²⁴⁴. No entanto, não implica, que as garantias de confidencialidade de dados do contribuinte devam ser ignoradas, pelo contrário. Devem ser tomadas medidas que permitam assegurar a proteção de dados do contribuinte, de modo a evitar que pessoas que não estão autorizadas àquele acesso, possam aceder.

2.2.3. Violação do dever de sigilo

Após o acesso à informação protegida pelo sigilo bancário, essa mesma informação fica protegida pelo sigilo fiscal, ficando sujeito a sanções os infratores, em caso de incumprimento (artigos 91.º do 115.º RGIT e 84.º do RGICSF), punidos nos termos do CP, e também qualificado como contraordenação²⁴⁵.

Assim, quem sem justa causa e sem consentimento de quem de direito, revelar dolosamente, ou aproveitar-se do conhecimento do segredo fiscal ou situação

²⁴⁴ Paulo Marques. “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 296

²⁴⁵ Clotilde Celorico Palma e António Carlos dos Santos, *A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais* maio de 2012. Disponível em: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/p46-52.pdf> (Consultado em 16.12.2018), p.51

contributiva perante a segurança social, de que tenha conhecimento no exercício das suas funções, ou por causa delas, é punido com pena de prisão até um ano ou multa até 240 dias²⁴⁶. Quanto ao funcionário que sem estar devidamente autorizado, revele algum segredo, cujo conhecimento lhe foi confiado no exercício ou por causa das suas funções, com a intenção de obter para si ou para outrem um benefício ilegítimo, causar prejuízo ao interesse público, ao sistema de segurança social ou a terceiros, e esse segredo tiver sido obtido através da derrogação do sigilo bancário ou outro dever legal de sigilo, é punido com prisão até três anos ou multa até 360 dias²⁴⁷. A violação negligente do segredo fiscal, previsto no artigo 115.º do RGIT culmina numa coima de 75€ a 1500€²⁴⁸.

A violação do sigilo bancário constitui igualmente uma violação ao dever de sigilo profissional, previsto no artigo 195.º CP, todavia, é necessário atender ao artigo 36.º CP, que prevê o conflito de deveres, logo “a preferência pelo interesse que, no caso, se torne mais relevante, desculpabiliza o desrespeito pelo outro dever que, à partida, teria de ser cumprido”²⁴⁹.

Quanto aos trabalhadores bancários, estes estão sujeitos a sanções disciplinares, por violação do dever de guardar sigilo profissional previsto no artigo 34.º/1 alínea c) do Acordo Coletivo de Trabalho para o Setor Bancário; no caso de haver prejuízo poderá haver lugar a responsabilidade civil extra obrigacional (artigo 483.º CC)²⁵⁰.

2.3. O acesso aos dados sobre contas financeiras por parte da Administração Fiscal

O objetivo do acesso aos dados sobre contas financeiras, pela Administração Fiscal, não é saber a rotina e os hábitos do contribuinte, não é saber que refeições o contribuinte costuma fazer, que sítios costuma frequentar, quais os seus hábitos diários, mas sim poder combater esquemas de fraude e evasão fiscais e assim evitar crimes fiscais. Tal como decidiu o Acórdão de 31 de Março de 2016 - Supremo

²⁴⁶ Cf. Artigo 91.º RGIT.

²⁴⁷ Cf. Artigo 91.º números 2 e 3.

²⁴⁸ Rogério Fernandes Ferreira, *Fórum Iustitiae*, nº 15, Setembro de 2000, p. 15 apud Paulo Marques. “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 290.

²⁴⁹ Clotilde Celorico Palma e António Carlos dos Santos, *A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais* maio de 2012. Disponível em: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/p46-52.pdf> (Consultado em 16.12.2018), p.51.

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 52.

Tribunal Administrativo: “o acesso aos documentos bancários do recorrido não tem em vista vasculhar a sua vida pessoal, isto é, saber onde jantou ou quando foi ao cinema, o que interessa à AT, essencialmente, são os movimentos bancários de quantias relevantes, de quantias que revelem a obtenção de rendimentos não fiscalmente declarados”.

Partindo desta premissa, será que os que defendem que o acesso às contas bancárias dos contribuintes constitui uma violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, serão também aqueles que, no momento de aquisição de qualquer bem ou serviço, fornecem o seu Número de Identificação Fiscal, o que permite igualmente à AT saber os seus hábitos de vida?

É certo que, o acesso às contas financeiras implica uma partilha de dados do contribuinte, que este à partida não deu autorização, mas esta situação só se coloca em caso de suspeitas de atividades ilícitas e num momento em que o contribuinte já declarou os seus rendimentos. Não podemos aceitar que se trata de uma intromissão no direito à reserva da intimidade da vida privada, e conseqüentemente uma violação dos direitos fundamentais, e impor a responsabilidade à Autoridade Tributária no acesso e transmissão desses dados, protegendo o contribuinte na divulgação dos mesmos, quando este, no momento em que deveria ter declarado corretamente os seus rendimentos, intencionalmente não o fez²⁵¹.

Tal como defende Mary Queiroz, os dados sobre a situação económico - financeira de cada indivíduo, os quais este tem legalmente a obrigação de fornecer às autoridades competentes, não podem reconduzir-se aos conceitos de privacidade e de intimidade, dado que necessitam “apenas de confirmação pelo Fisco, com vista a cumprir o seu dever de provar e se desincumbir do ônus probatório que lhe é legalmente imposto”²⁵². Uma vez que parte do ônus da prova, tanto no procedimento como no processo tributário cabe em regra à Administração Fiscal, a impossibilidade de acesso a certas informações faz com que não possa desempenhar corretamente as suas funções²⁵³. Logo, a derrogação do segredo bancário deverá ter

²⁵¹ Mary Elbe Gomes Queiroz, *A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco*, In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Coimbra: Almedina, vol.II, 2013, p. 299

²⁵² *Idem, ibidem*, p. 303

²⁵³ José Casalta Nabais, *Por um Estado Fiscal Suportável*, In: Estudos de Direito Fiscal, 2005, Almedina, p. 76

em conta a distribuição do ónus da prova entre a administração tributária e o contribuinte, bem como se a determinação da matéria tributável é feita com base em elementos na posse da Administração Tributária ou na posse do contribuinte²⁵⁴.

Para esta autora não existe quebra do sigilo bancário para as autoridades fiscais, uma vez que todos os dados e informações depositados nas instituições financeiras já devem ser do seu prévio conhecimento, e como tal não existe segredo para a autoridade fiscal relativamente a esses dados. Nesse sentido, os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada, não é posto causa, apenas é necessário conhecer o seu real alcance²⁵⁵.

Maria Fernanda Palma defende, todavia, nos casos em que essas informações sejam reveladoras de informações sobre a vida pessoal do indivíduo, como ocorre com os registos de despesas, depósitos e transações, demonstrando os hábitos e comportamento do indivíduo, poderá afetar a sua imagem e o seu relacionamento pessoal²⁵⁶.

Apesar de concordar com a autora relativamente à existência de uma situação patrimonial dos contribuintes, nesta afirmação não pode ter o meu acordo. Mesmo que os registos de despesas e transações possam divulgar hábitos de comportamento do contribuinte não vejo como poderá influenciar o seu relacionamento pessoal, uma vez que o acesso a esses dados está vedado a terceiros, e os funcionários das instituições financeiras e da administração fiscal, estão obrigados ao dever de sigilo (artigo 64.º/1 da LGT), sendo punidos tanto nos casos de violação dolosa ou negligente do dever de sigilo bancário ou qualquer outro dever de segredo. Logo no procedimento de troca de informações sobre contas financeiras, a confidencialidade dos dados estaria sempre assegurada.

Tal como refere Paulo Marques “o conhecimento pelas autoridades tributárias das operações bancárias não significa necessariamente e, em bom rigor, quebra ou derrogação *stricto sensu* do sigilo bancário. O acesso do Fisco a essa informação específica funda-se em razões juridicamente atendíveis e até muito relevantes

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 77.

²⁵⁵ Mary Elbe Gomes Queiroz, *A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco*, In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Coimbra: Almedina, vol.II, 2013, p. 298.

²⁵⁶ Maria Fernanda Palma, “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, p.195.

(artigo 9.º, da CRP) e não existe essa possibilidade de o Fisco transmitir essa informação a terceiros. Os profissionais da autoridade tributária e aduaneira, como já se disse, estão co-obrigados ao correspondente sigilo fiscal (artigos 64.º, da LGT e 22.º, do RCPITA) e estão igualmente subordinados ao princípio da imparcialidade (artigos 55.º, da LGT e 20.º do RCPITA), sob pena de eventual responsabilidade disciplinar, penal ou civil. A não se entender assim, em muitas situações, o Fisco jamais teria a possibilidade efetiva de identificar o património, os rendimentos e mesmo a atividade económica de certos contribuintes, estando a tributação dependente da existência ou não de declaração dos factos com relevância tributária”²⁵⁷.

A mesma posição seguiu o Tribunal Central Administrativo Sul (Acórdão de 1 de outubro de 2014, Proc. n.º 06090/12): “o objetivo de combate à fraude e evasão fiscais é credencial constitucional legítima, dada a peculiar posição das instituições de crédito, tendo em vista a derrogação do sigilo bancário, para justificar a referida derrogação. Dada a massificação das relações tributárias, assentes no princípio declarativo e concomitante massificação das relações bancárias, cujos registos servem de suporte aos lançamentos contabilísticos, o acesso aos dados bancários do contribuinte constitui o meio de prova, por excelência, da veracidade das declarações e dos registos contabilísticos”²⁵⁸. Por vezes implica que certos direitos dos contribuintes tenham de ser sacrificados, de modo a combater certos crimes fiscais, no entanto a AT necessita de aceder a esses dados para a verificação de certos princípios jurídicos como o princípio da verdade material, do inquisitório e da prossecução do interesse público²⁵⁹.

Logo o acesso às informações bancárias do contribuinte por parte da administração tributária, não se traduz num acesso injustificado (pressupõe a existência de deveres superiores), ou uma violação dos direitos do contribuinte à reserva da intimidade da vida privada, uma vez que no procedimento de acesso, tem sempre de respeitar o sigilo fiscal imposto aos seus funcionários e profissionais, de modo a salvaguardar liberdade pessoal e patrimonial dos contribuintes, sendo que

²⁵⁷Rogério Fernandes Ferreira, *Fórum Iustitiae*, nº 15, Setembro de 2000, p. 15 apud Paulo Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 290.

²⁵⁸ Paulo Marques, *ibidem*, p. 284.

²⁵⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 285.

os funcionários estão proibidos de divulgar as informações a terceiros, cumprindo o dever de confidencialidade fiscal²⁶⁰.

Posto isto, o problema não reside no acesso a essas informações, mas sim em tentar compatibilizar por um lado o sigilo bancário, e a confiança na atividade bancária, e o direito à vida privada do contribuinte, e do outro a liberdade de informação, os princípios da colaboração, da descoberta da verdade material, da boa-fé, da transparência e do interesse público, que impõem que todas as pessoas, singulares e coletivas, colaborarem com a administração tributária cedendo as informações relevantes a nível fiscal.

Porém, para levar a cabo todos esses princípios verificamos que existe uma clara colisão com o dever de sigilo bancário imposto a essas entidades (boa fé e tutela da confiança com o seus clientes). Se verificássemos um acesso injustificado por parte da administração tributária aos movimentos bancários dos contribuintes estaríamos perante uma clara violação do seu direito fundamental à sua vida privada^{261 262} (artigos 55.º da LGT e 6.º do RCPITA).

Só assim será possível que a administração tributária possa cumprir com o seu papel de combate à fraude e evasão fiscal, passando esse combate pelo acesso aos dados bancários dos contribuintes, justificadamente, sendo que estes “não podem deixar de esperar um justo e adequado ponto de equilíbrio entre a satisfação das necessidades financeiras do Estado Social do Bem-Estar (artigo 9.º, da Constituição) e a expectativa legítima de que a actuação fiscal se pautar por uma conduta racional, equitativa e respeitadora dos direitos, liberdades e garantias que tolham eventuais abusos intoleráveis pelos poderes tributários. Pelo que a utilização pelo fisco da informação bancária dos contribuintes deve ser cotejada com sólidos princípios éticos e com a obrigação de se conferir segurança à utilização desses dados, a fim de se garantir o seu sigilo perante a comunidade, em geral.”²⁶³

O verdadeiro âmbito do segredo fiscal prende-se na realidade com o modo como a administração tributária trabalha as informações às quais tem acesso, e o

²⁶⁰ Paulo Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 285.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 286.

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 287.

²⁶³ *Idem, ibidem*, p. 288.

significado que essas informações possam revelar sobre a intimidade da vida privada dos contribuintes, tanto numa vertente unicamente patrimonial como numa vertente estritamente mais pessoal, decorrente dos dados pessoais protegidos²⁶⁴.

Parece então lógico que os dados de natureza pública, e portanto de possível conhecimento de qualquer pessoa, não serão esses cuja confidencialidade deverá ser invocada, mas sim, tal como indica o Parecer n.º 20/94, de 9 de Fevereiro de 1995, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, não é tanto um dado fiscal isolado que preocupa o legislador quando impõe a confidencialidade fiscal, mas os dados fiscais que revelam algo sobre a situação patrimonial dos contribuintes. Daí decorre, desde logo, que os dados fiscais confidenciais não excluem o seu carácter económico, como se poderia antever de uma eventual conexão que se admitiu de tais dados com uma perspetiva personalizada ou intimista do princípio da confidencialidade fiscal. Portanto, *deve assentar-se que tem em vista dados de natureza pessoal sim, mas cujo teor possa retratar, de algum modo, a capacidade contributiva dos cidadãos*". São assim "dados que exprimem a capacidade contributiva; os bens, as actividades, as receitas, os rendimentos, as despesas, os encargos, em suma, tudo o que reflecta ou se prenda com a matéria colectável em causa, em cada processo, tudo o que interessa à situação tributária do contribuinte"²⁶⁵.

Em suma, o levantamento do sigilo bancário só se deve justificar em casos devidamente fundamentados e na medida do estritamente necessário, evitando revelar dados da vida pessoal associados à identidade patrimonial²⁶⁶.

2.4. O fim do sigilo bancário?

Feitas as considerações ao longo do trabalho, a questão do sigilo bancário tem-se tornado a prática comum. Apesar de pretender preservar a relação de confiança entre o cliente e as instituições de crédito, bem como os direitos fundamentais de reserva da intimidade da vida privada, o que se tem verificado, é que o respeito por

²⁶⁴ Abílio Morgado, "Sigilo Fiscal", *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 414, (jul-dez 2004), Almedina, p. 762

²⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 20 V. nota de rodapé

²⁶⁶ Maria Fernanda Palma, "Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário," p.197.

esses direitos torna difícil a sua compatibilização, com o princípio da descoberta da verdade material, e a prossecução do interesse público.

Ao longo dos últimos anos temos verificado que esta última vertente tem prevalecido relativamente à primeira, tanto no que concerne aos instrumentos jurídicos e às previsões das normas jurídicas, como também à jurisprudência, que embora já tenha defendido a prevalência do sigilo bancário, atualmente tem defendido a sua derrogação.

Inicialmente, os tribunais seguiram a aplicação do Decreto-Lei n.º 2/78 quanto à tutela de segredo, sendo que só havia lugar à derrogação do sigilo quando a lei determinasse²⁶⁷. Posteriormente a derrogação do sigilo passou a ser mais flexível quando estivessem em causa situações que constituíssem um processo-crime²⁶⁸. Face às melhores registadas na cooperação internacional, e nos procedimentos de troca de informações, as instituições financeiras tornaram-se “aliadas” das administrações tributárias, e têm o dever de colaborar, de modo a permitir o cruzamento de dados com a administração fiscal ²⁶⁹.

Aquilo com que nos confrontamos atualmente, é que efetivamente não podemos considerar o conceito de sigilo bancário, de acordo com a ideia que outrora existiu, em que o acesso aos dados, cobertos pelo dever de segredo, apenas era possível em casos muito restritos.

Verificamos que nos últimos anos as exigências de cooperação internacional, o novo modelo de troca de informações e o constante combate à fraude e evasão fiscal, conduziram a que a derrogação do sigilo bancário fosse a regra, sem qualquer intervenção judicial: as informações são trocadas sem qualquer obstáculo ou procedimento moroso.

²⁶⁷ António Menezes Cordeiro, “Sigilo bancário: fica a saudade?” In: *Temas de Direito bancário, Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, Vol. 1, n. 8, 2014, p.34.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*, p.35

²⁶⁹ Ac. TRP de 26.03.2008, CJ, 2008, T2, p. 226 “as instituições bancárias têm o dever de prestar às autoridades de investigação as informações que estas lhes solicitarem, por isso é sempre ilegítima a recusa de prestação de informações. Não havendo disposição legal expressa a afastar o dever de sigilo, tem o tribunal de proceder à ponderação dos interesses em presença, optando pela quebra do sigilo bancário sempre que esta se mostre justificada. Na investigação de crimes fiscais, é essencial para a descoberta da verdade a consulta das contas bancárias, pois só o cruzamento de dados sobre a movimentação dessas contas permite o acompanhamento dos fluxos financeiros da actividade económica em causa. Justifica-se, por isso, a quebra do sigilo bancário”.

Perante esta nova realidade, a necessidade de garantir procedimentos de controlo e fiscalização mais eficazes, conduz a que alguns direitos possam ser restringidos ou limitados, perante outros interesses considerados superiores. Verificamos assim que os direitos protegidos constitucionalmente, não são fundamento para justificar a aplicação das exigências de sigilo bancário, quando os interesses que fundamentam o acesso são preponderantes.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, e a tentativa de proteção da confidencialidade de dados do contribuinte, são as duas problemáticas que se colocam em causa, face a esta nova era de transparência e que são estabelecidas em função de vários interesses: “princípio da confiança, o das pessoas, clientes diretos do banco, estando em causa a salvaguarda da vida privada, e o dos terceiros (clientes indiretos) que se relacionam com o banco através dos seus clientes”²⁷⁰.

Na realidade, o que o sigilo bancário pretende evitar, é que os dados de cada indivíduo sejam divulgados a terceiros, e garantir a relação de confiança entre os clientes e a instituição financeira. Em bom rigor, estes direitos continuam a ser salvaguardados, uma vez que na prática corrente das instituições financeiras, as informações não são divulgadas a terceiros.

Esta proteção foi recentemente reforçada com a entrada em vigor do novo regulamento de proteção de dados. Negarmos o acesso da administração fiscal às informações financeiras do contribuinte, seria considerá-la um “terceiro comum”.

Não devemos considerar que a AT é considerada “terceiro” para efeitos de restrição no acesso à informação sobre a vida privada, uma vez que “a causa directa desta potencial restrição da intimidade não é a cooperação das entidades bancárias com a Administração fiscal: é sim a obrigação de declarar os rendimentos pessoais que é um princípio estruturante dos modernos sistemas fiscais²⁷¹. De acordo com o balanço da OCDE sobre a lavagem de dinheiro e fraude fiscal, afirma-se que a confidencialidade entre banco e cliente pode ser «abusivamente utilizada para esconder actividades ilegais e para fugir à tributação», a maioria dos países

²⁷⁰ Tribunal da Relação de Lisboa - Acórdão de 20 de novembro de 2014 - Processo n.º 17536.07.5YYLSB-A.L1-2

²⁷¹ José Luís Saldanha Sanches, *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*, In: Estudos de Direito Bancário, Coimbra: Editora, 1999, p. 367 a propósito da decisão do tribunal constitucional espanhol na apreciação da constitucionalidade de uma norma que concedia poderes administração fiscal espanhola de controlar a situação bancária dos contribuintes

membros da OCDE chegaram à conclusão que, neste contexto, as autoridades fiscais não deviam ser tratadas como terceiros mas devia-lhes ser assegurado um acesso privilegiado à informação bancária com finalidades fiscais”²⁷².

O que se deve ter em conta, é que o acesso aos dados do contribuinte tem de ser feito com ponderação, dentro do que efetivamente for necessário, isto é, quando na realidade existirem indícios de que o sujeito passivo procurou ocultar dados à AT, e, conseqüentemente, comprometer a veracidade das suas declarações.

Apela-se assim a que o acesso seja feito dentro da medida do necessário, adequado e proporcional. O princípio da proporcionalidade obriga a que a derrogação ou levantamento do sigilo bancário ocorra quando o acesso a documentos bancários é adequado (porque a veracidade das declarações não pode deixar de passar pela verificação da documentação bancária) e necessário (face à não colaboração por parte do contribuinte, e à impossibilidade da AT aceder a elementos que permitam verificar a veracidade dos rendimentos declarados²⁷³.

A AT deve assim proceder a uma análise casuística e criteriosa, que pondere qual o interesse preponderante. Se estiver em causa um dado indispensável para a descoberta da verdade material, o dever de sigilo bancário terá de ceder²⁷⁴.

²⁷² *Idem, ibidem*, p. 373.

²⁷³ TCA Norte, 27.09.2012. Processo n.º 00380j12.5BEERG.

²⁷⁴ Tribunal da Relação de Lisboa - Acórdão de 25 de março de 2014, Processo n.º 129/13.5TJLSB-A.L1-7.

CAPÍTULO III A CONFIDENCIALIDADE DE DADOS DO CONTRIBUINTE

Feitas as devidas considerações sobre o sigilo bancário e a reserva da intimidade da vida privada dos contribuintes, importa constatar se a troca automática de informações poderá assegurar as garantias de confidencialidade do contribuinte.

Uma vez que as informações financeiras são partilhadas entre as autoridades tributárias de diferentes Estados, e as consecutivas alterações legislativas alargaram as possibilidades de derrogação do sigilo bancário, que passou a ser a regra e não a exceção, é necessário garantir que o Estado que recebe a informação garanta a confidencialidade da mesma, protegendo os direitos fundamentais do contribuinte e criando um clima de confiança e segurança jurídica, entre os contribuintes e a AT.

Para tal, é necessário que o procedimento de troca de informações respeite o princípio da legalidade, garantindo que não é transmitida nenhuma informação fora do âmbito dos acordos celebrados entre os vários Estados, e assegurar que as medidas de proteção de confidencialidade que integram os acordos entre países sejam cumpridas.

Os acordos e as convenções sobre troca de informações a nível internacional, têm previsto medidas de proteção da confidencialidade das informações trocadas, de modo a que se mantenham confidenciais, tanto a informação que é prestada, como a informação que é recebida. A resposta a um pedido de informação deve apenas ser utilizada para os fins específicos e autorizados, como o combate à fraude e evasão fiscais, através da aplicação tanto das leis previstas nos acordos entre os Estados, como da lei nacional de cada Estado, e comunicada apenas a certas pessoas específicas e autorizadas²⁷⁵. Uma vez que o objetivo é proteger a confidencialidade e privacidade de dados do contribuinte, é necessário assegurar que as informações não são divulgadas a terceiros.

²⁷⁵ OCDE, Keeping It Safe. The OECD Guide On The Protection Of Confidentiality Of Information Exchanged For Tax Purposes, 2012.

3.1. Garantias de confidencialidade a nível internacional

3.1.1. Convenção Modelo OCDE, Convenção Multilateral e TIEA

Neste sentido, embora com pequenas diferenças na redação, dispõem a CMOCDE no seu artigo 26.º, o Acordo sobre Troca de Informações em Matéria Tributária (*Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters - "TIEA"*), no seu artigo 8.º²⁷⁶, e a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, no artigo 22.º²⁷⁷.

O artigo 26.º/2 da CMOCDE prevê que as informações obtidas por um Estado Contratante “serão consideradas confidenciais do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna desse Estado e só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança dos impostos referidos no número 1 ou dos procedimentos declarativos ou executivos, ou das decisões de recursos relativos a

²⁷⁶ “Article 8.º Confidentiality: Any information received by a Contracting Party under this Agreement shall be treated as confidential and may be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) in the jurisdiction of the Contracting Party concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes covered by this Agreement. Such persons or authorities shall use such information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. The information may not be disclosed to any other person or entity or authority or any other jurisdiction without the express written consent of the competent authority of the requested Party”.

²⁷⁷ “Artigo 22.º Confidencialidade 1. As informações obtidas por uma Parte nos termos do disposto na presente Convenção serão consideradas confidenciais e protegidas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dessa Parte e, se necessário, a fim de garantir o desejável nível de protecção de dados de carácter pessoal, em conformidade com as garantias exigidas por força da legislação interna da Parte que presta as informações e por ela especificadas. 2. Em qualquer caso, as referidas informações só poderão ser comunicadas às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e órgãos de administração ou fiscalização) encarregadas da liquidação ou da cobrança dos impostos dessa Parte, ou dos procedimentos declarativos ou executivos, ou das decisões de recursos, relativos a esses impostos, ou do seu controlo. Apenas as pessoas ou autoridades referidas poderão utilizar essas informações e exclusivamente para os fins acima mencionados. Não obstante o disposto no número 1, essas informações poderão ser reveladas no decurso de audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais relativas a esses impostos. 3. Se uma Parte tiver formulado uma reserva nos termos previstos na alínea a) do número 1 do Artigo 30.º, qualquer outra Parte que obtenha informações da primeira Parte mencionada não as poderá utilizar para efeitos de um imposto incluído numa categoria objecto de reserva. De igual modo, a Parte que formulou a reserva não pode utilizar, para efeitos de um imposto incluído na categoria objecto de reserva, as informações obtidas nos termos do disposto na presente Convenção. 4. Não obstante o disposto nos números 1, 2 e 3, as informações obtidas por uma Parte poderão ser utilizadas para outros fins, quando a utilização de tais informações para esses fins seja possível, de acordo com a legislação da Parte que forneceu as informações e a autoridade competente desta Parte autorize essa utilização. As informações fornecidas por uma Parte a outra Parte podem ser transmitidas por esta a uma terceira Parte, sujeita a autorização prévia da autoridade competente da primeira Parte mencionada”

esses impostos, ou do seu controlo. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para os fins referidos. Essas informações poderão ser reveladas no decurso de audiências públicas de tribunais em decisões judiciais”²⁷⁸.

Contudo, a informação recebida pode ser relevante para outros fins, para além dos previstos no número 1 e no número 2, pelo que, no último parágrafo deste número prevê-se a possibilidade da informação recebida por um Estado Contratante ser utilizada para outros fins, quando a mesma puder ser utilizada (para outros fins) em ambos os Estados. No entanto, a autoridade competente do Estado que fornece a informação tem de autorizar.

Apesar da utilização para fins além dos previstos, segundo os comentários da CMOCDE (12.3), as garantias de confidencialidade de quem recebe as informações têm de ser asseguradas de igual modo, como para os fins previstos no número 2. Se a transmissão de informações não respeitar os limites impostos pela confidencialidade, o Estado requerido pode proteger a confidencialidade de dados do contribuinte, não fornecendo essa informação. Todavia, não existem garantias que o Estado requerido o faça, uma vez que essa decisão é meramente arbitrária, não garantindo assim a devida proteção²⁷⁹.

As informações recebidas podem assim ser comunicadas às pessoas e às autoridades encarregadas do lançamento, da cobrança, da execução dos impostos relativamente aos quais a troca de informações é autorizada, nos termos do artigo, podendo as informações serem comunicadas ao contribuinte, ao seu representante e a testemunhas, bem como às autoridades governamentais ou judiciais encarregadas de decidir se tais informações devem ser divulgadas ao contribuinte, ao seu representante ou a testemunhas. Ou seja, as informações têm sempre de respeitar a quem é comunicada e para que fins a informação é fornecida, de acordo com o previsto nos números 1 e 2, independentemente das disposições internas de cada Estado quanto à troca de informações²⁸⁰.

²⁷⁸ Cf. CMOCDE.

²⁷⁹ Ana Paula Dourado, “Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”, *EUI Working Paper, RSCAS*, 2013/11, p. 16.

²⁸⁰ Cf. CMOCDE, Comentário ao artigo 26.º, ponto 12.

De acordo com o artigo 26.º CMOCD, as informações que são obtidas num certo Estado devem seguir as regras de sigilo, tanto pelo lado de quem as fornece bem como do lado de quem as recebe, de acordo com a sua legislação interna, sendo que no caso de violação do segredo, as sanções a aplicar serão as previstas nesse mesmo Estado²⁸¹.

Além disso, o Estado requerido não deve tomar medidas administrativas nem conceder informações, que a legislação do Estado requerente não permite. Logo nesses casos pode recusar-se a trocar informações, de modo a evitar que um Estado contratante beneficie de um sistema de informações mais amplo que o seu, o que poderia resultar numa falha de reciprocidade.

Este princípio deve ser interpretado de um modo amplo e pragmático, pois apesar das disparidades entre sistemas e países existirem, não devem justificar a recusa de um pedido, salvo se as diferenças existentes tiverem como finalidade limitar significativamente a possibilidade do Estado requerente obter e transmitir as informações, se este Estado receber um pedido legítimo do Estado requerido²⁸². Tal como refere Raquel Moita “a reciprocidade não significa a troca simultânea de dados, mas a disponibilidade de fornecer dados quando em situação semelhante²⁸³”.

A CMOCD prevê a possibilidade de transmissão de dados através de uma instituição financeira, sobrepondo-se a previsão do n.º 5 do artigo 26 da CMOCD ao n.º 3 do mesmo artigo, de modo a garantir que as restrições do segundo não possam impedir a troca quando as informações estiverem, na posse de bancos e instituições financeiras, podendo o acesso ser feito por via de processo judicial ou administrativo²⁸⁴.

Apesar da previsão do artigo 26.º/3 da CMOCD, o sigilo não deve ser interpretado como um conceito demasiado amplo, pois a considerar assim, a troca de informações ficaria comprometida. Este número não impede a troca, mas torna-a discricionária, sendo necessária a apreciação por parte da administração fiscal requerida sobre a possibilidade de estar perante uma informação que revela

²⁸¹ CMOCD comentários ao n.º 2 do artigo 26.º.

²⁸² CMOCD comentários ao n.º 2 do artigo 26.º.

²⁸³ Raquel Gonçalves Moita, Sustentabilidade fiscal em tempos de crise, Almedina, 2011, p.191.

²⁸⁴ CMOCD comentários ao n.º 5 do artigo 26.º.

segredo empresarial e portanto ter de ponderar a sua troca. Contudo se o Estado requerido transmitir a informação, quando poderia ter recusado, de acordo com os motivos previstos no n.º 3, o contribuinte cuja informação lhe pertence, não pode invocar a violação do sigilo²⁸⁵.

Os restantes instrumentos referidos *supra*, assemelham-se à previsão do artigo 26.º da CMOCDE apenas com algumas diferenças, uma vez que só o artigo 26.º da CMOCDE e o artigo 22.º da Convenção Multilateral preveem a possibilidade de comunicação a entidades de supervisão, e a Convenção Multilateral ser o único instrumento que faz uma menção expressa à proteção de dados pessoais²⁸⁶.

3.1.2. FATCA

Através da aplicação do FATCA, a transferência de dados para Estados terceiros constitui um tratamento de dados pessoais, conforme o artigo 3.º alínea b), e dos artigos 19.º e 20.º da Lei n.º 67/98 de 26 de outubro Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPDP), que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE, revogada com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

Segundo o Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), trata-se de informação pessoal relevante para efeitos fiscais, que revela dados de identificação de titulares de contas em instituições financeiras, e portanto diz respeito a informação considerada sigilosa, por revelar aspetos da vida privada do indivíduo, e como tal entra na categoria de dados pessoais sensíveis segundo o artigo 7.º/1 LGPD. Só pode existir tratamento dos mesmos, quando legitimado por lei ou autorização da CNPD, contando que exista consentimento expresso do titular dos dados²⁸⁷.

Para prevenir as possíveis violações relativos à confidencialidade e proteção de dados, estabeleceu-se que as informações recebidas e transmitidas das autoridades competentes dos EUA, ficam sujeitas às regras de confidencialidade e outros regime, previstos na legislação nacional e na Convenção entre a República Portuguesa e os

²⁸⁵ Raquel Gonçalves Moita, *op. cit.* p.193.

²⁸⁶ OCDE, Keeping It Safe. The OECD Guide On The Protection Of Confidentiality Of Information Exchanged For Tax Purposes, 2012, p. 11.

²⁸⁷ Cf. CNPD Parecer n.º 58/2014 p.2.

Estados Unidos da América para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento (artigo 11.º/2 RCIF). Contudo, o Parecer em apreço levanta algumas críticas relativamente a esta norma, afirmando que nem a Convenção referida, nem o próprio FATCA, constituem fundamento legítimo para a transferência de dados pessoais sensíveis; a CNPD entende que nos artigos 1.º/2 e 3.º/1 do FATCA, este deve ser entendido de acordo com a legislação nacional e não de acordo apenas com a legislação fiscal²⁸⁸.

3.1.3. Recomendações

A OCDE, de modo a auxiliar as autoridades fiscais a garantir e a assegurar a confidencialidade do contribuinte, elaborou uma série de recomendações, de políticas e práticas administrativas de proteção da confidencialidade, das quais se destacam: (1) os países devem garantir que os instrumentos que permitem a troca de informação fiscal garantem expressamente o carácter confidencial da informação (2) os Estados devem garantir que têm legislação que permita que as informações trocadas sejam confidenciais, de acordo com as obrigações de confidencialidade previstas nas convenções, sendo que as disposições nacionais não devem permitir a divulgação de informações obtidas através dos procedimentos de troca de informações, de modo a que não seja possível garantir a confidencialidade prevista nos procedimentos em questão (3) garantir a aplicação de sanções a quem violar as disposições de confidencialidade, e garantir que efetivamente a sanção é aplicada (4) todas as pessoas que têm acesso às informações confidenciais devem ser sujeitas a controlos de segurança, bem como acesso às instalações deve estar restrito apenas a pessoas autorizada, sendo que os funcionários que tiverem acesso às informações confidenciais, devem estar sujeitos a cláusulas nos seus contratos que assegure que cumprem as obrigações de confidencialidade, mesmo após a cessação do contrato (5) devem existir políticas e procedimentos para os casos em que as informações são divulgadas sem autorização, abrindo-se uma investigação nesses casos e criando um relatório com recomendações que garantam que aquele erro não voltará a

²⁸⁸ Para mais desenvolvimentos: CNPD Parecer n.º 58/2014.

acontecer. A lei interna dos Estados deve sancionar quem incumprir (6) a informação divulgada eletronicamente deve estar devidamente encriptada²⁸⁹.

3.2. Garantias de confidencialidade a nível europeu

3.2.1. Regulamento Geral de Proteção de Dados

Relativamente à proteção de dados pessoais, o sigilo bancário era tutelado pela Lei de Proteção de Dados Pessoais Face à Informática, aprovada pela Lei n.º 10/91, de 29 de abril, alterada pela Lei n.º 28/94, de 29 de agosto, sendo estes dois diplomas substituídos pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (LPDP), que transpôs a Diretiva n.º 95/46/CE, bem como a Lei n.º 41/2004 de 18 de agosto ²⁹⁰. O motivo para esta proteção prende-se com o facto de a maioria de dados protegidos pelo sigilo bancário, estarem inseridos em ficheiros automatizados, de bases de bancos e de dados pessoais, cuja constituição e atualização fora do estritamente autorizado pelos clientes, tem de ser submetido à apreciação da CNPD²⁹¹.

Num mundo cada vez mais globalizado e tecnológico, onde se regista um grande aumento de trocas de dados pessoais, e onde as próprias autoridades nacionais dos Estados-Membros são chamadas, através do direito da União, a colaborar e a trocar informações, foi desenvolvido um Regulamento para garantir o controlo que cada indivíduo faz quanto à divulgação e utilização dos seus dados pessoais.

A partir de 25 de maio de 2018 a preocupação com a proteção de dados adquiriu uma grande proporção, patente na entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de dados (RGPD) - Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados²⁹².

²⁸⁹ OCDE, Keeping It Safe. The OECD Guide On The Protection Of Confidentiality Of Information Exchanged For Tax Purposes, 2012, p. 29-31.

²⁹⁰ Transpôs a Diretriz n.º 2002/58/CE, de 12 de julho quanto ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas. Posteriormente foi alterada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, que transpôs a Diretriz 2009/136.

²⁹¹ António Menezes Cordeiro, “Sigilo bancário: fica a saudade?” In: Temas de Direito bancário, *Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, Vol. 1, n. 8, 2014, p.32.

²⁹²Legislação relevante no âmbito do RGPD: Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga

O RGPD foi elaborado para servir as pessoas, contudo o próprio regulamento defende que o direito à proteção de dados pessoais não é um direito absoluto, e que de acordo com a sua função no seio da sociedade, deve ser ponderado com outros direitos fundamentais, seguindo uma lógica assente no princípio da proporcionalidade (tal como prevê o preâmbulo 4).

Posto isto, se o próprio RGPD prevê, que o direito ao tratamento de dados pessoais não é absoluto, e que deve ser equilibrado com outros direitos fundamentais na sociedade, se tivermos de um lado a possibilidade de combater crimes fiscais, sendo que este combate pode ser feito através da partilha de dados sobre contas financeiras entre autoridades tributárias dos vários Estados-Membros, não será prudente criar obstáculos à troca de informações, restringindo o acesso aos dados do contribuinte, com fundamento na proteção do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, quando o contribuinte poderá ter ocultado intencionalmente, não com vista à proteção da sua privacidade, mas sim para evitar ou diminuir a sua carga fiscal.

Será que devem ser as autoridades competentes a demonstrarem preocupação acrescida na proteção da suposta privacidade do contribuinte, através de regulamentos e diretivas, quando o combate à prática de crimes fiscais pode ficar comprometido? Na minha opinião, os direitos fundamentais carecem proteção, contudo podem ser restringidos caso exista um interesse superior que se sobreponha. No entanto as garantias de confidencialidade devem permanecer asseguradas, e no limite são, até porque os próprios funcionários das administrações fiscais estão sujeitos ao sigilo fiscal, e a sanções no caso de divulgação não autorizada de dados dos contribuintes.

Se atentarmos ao artigo 9.º do RGPD, correspondente ao artigo 7.º da LPDP, que consagrava as categorias de dados sensíveis, a expressão “vida privada” foi retirada. Querirá isto significar, que segundo o entendimento do RGPD, os dados sobre contas financeiras, tais como a identificação dos titulares das contas, bem como a natureza dos saldos bancários, não correspondem a dados referentes à reserva da vida

a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho Diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave

privada do contribuinte? Segundo a anterior Directiva, os dados sobre a vida privada eram considerados dados sensíveis. Todavia, ao percorrermos o RGPD não aparece nenhuma referência à vida privada, que a classifique como um dado pessoal sensível.

Para além disso, nos preâmbulos é referido que os dados pessoais que sejam considerados sensíveis do ponto de vista de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, merecem uma proteção especial, face ao risco que acarretam para a violação de direitos fundamentais (preâmbulo 51). Se incluirmos a reserva da intimidade da vida privada, nos direitos fundamentais, o RGPD concede a possibilidade de margem de manobra aos Estados-Membros, para especificarem as suas regras, mesmo no caso de tratamento de dados de categorias especiais, os tais dados sensíveis. Nesse sentido dispõe que “o presente regulamento não exclui o direito dos Estados-Membros que define as circunstâncias de situações específicas de tratamento, incluindo a determinação mais precisa das condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais”, tal como refere o preâmbulo n.º 10.

Podemos assim concluir que o próprio RGPD admite que em certas situações seja necessário aceder aos dados confidenciais do indivíduo, contudo, não significa que a confidencialidade dos mesmos não seja assegurada e que os direitos fundamentais sejam violados.

3.3. Garantias constitucionais e processuais e procedimentais na ordem jurídica portuguesa

No que diz respeito à ordem jurídica portuguesa, não existem normas específicas quanto à troca de informações.

Em termos gerais, a CRP prevê um conjunto de direitos que garanta proteção ao contribuinte. É-lhe garantido tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, o que implica o reconhecimento desses mesmos interesses e direitos, bem como o direito de impugnar qualquer ato administrativo que o lese, incluindo os de natureza tributária (artigos 20.º e 268.º da CRP). A

responsabilidade civil das autoridades públicas, o que inclui a AT encontra-se regulado no artigo 22.º da CRP e na Lei n.º 67/2007 de dezembro de 2007)²⁹³.

Quanto às garantias procedimentais e processuais o contribuinte tem a seu favor os os prazos de prescrição e caducidade (artigos 48.º e 45.º LGT respetivamente), que condicionam a possibilidade de lançar mão do procedimento de troca de informações.

O contribuinte tem igualmente direito a participar em todas as decisões que lhe digam respeito, através do direito de audição que lhe assiste (artigo 60.º LGT), e a administração tributária tem o dever de comunicar ao sujeito passivo o projeto da decisão e a sua fundamentação, nos casos previstos no número 1 do artigo 60 da LGT.

O sujeito passivo tem o direito a ser notificado do procedimento de troca de informações, salvo quando este ficar comprometido (artigos 37.º e 50.º do Regime do Procedimento de Inspeção Tributária - RPIT), patente nomeadamente no diploma que transpôs a Diretiva 77/799/CEE para o ordenamento português - Decreto-Lei n.º 127/90 de 17 de abril²⁹⁴. Este Decreto-Lei procurou assegurar este direito, através de alguns desvios relativamente à previsão da diretiva.

Segundo o diploma, a autoridade competente deveria notificar o indivíduo a quem pertencia a informação fornecida, podendo este expor os motivos que impediam a transmissão da informação, salvo quando a investigação fosse colocada em causa (artigo 6.º números 1 e 3). A informação só podia ser fornecida quando o Estado requerente tivesse esgotado internamente todas as fontes de informação, todavia, se implicasse uma violação das leis nacionais, a informação não podia ser fornecida, previsto no artigo 4.º alíneas a) e i)²⁹⁵.

Esta norma acabaria por ser afastada, como já referido, pelo artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 52/93, de 26 de fevereiro, nos casos em que possa prejudicar as investigações de esquemas de fraude e evasão fiscais noutro Estado-Membro e que haja solicitação expressa da autoridade competente desse outro Estado.

²⁹³ João Sérgio Ribeiro, *Cooperação e troca de informações entre administrações fiscais: o caso português*, In: III Congresso de Direito Fiscal, Porto, Vida Económica, 2013, pp. 241-242.

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 242.

²⁹⁵ *Idem, ibidem*.

Ao contribuinte assiste a possibilidade de recurso (artigos 97.º 146.º-B/1 CPPT), permitindo o legislador que o contribuinte possa impugnar o ato que prejudique a sua esfera jurídica mesmo que o procedimento ainda não se encontre finalizado²⁹⁶. O prazo para exercer o direito é de 10 dias, a contar da data em que o visado foi notificado da decisão, independentemente do efeito suspensivo ou devolutivo (artigo 146.º-B/2 CPPT).

Uma vez que estamos perante um processo urgente, o tribunal tem 90 dias para se pronunciar da decisão de recurso (artigo 146.º-D do CPPT). Nas situações de derrogação do sigilo bancário previstas no artigo 63.º-B da LGT, o recurso judicial é em regra devolutivo, demonstrativo do carácter de urgência da administração tributária em conhecer a verdade material da situação tributária do contribuinte, de modo imediato, e que ficaria comprometida caso o recurso tivesse efeito suspensivo, apelando-se assim uma atuação com base no princípio da celeridade procedimental²⁹⁷.

Todavia, ao contribuinte fica ainda aberta a possibilidade de instaurar certos procedimentos cautelares previstos nos artigos 268.º/4 da CRP e 112.º, 120.º e 131.º do CPTA, sendo que no artigo 36.º/5 alínea a) do RCPIT permite a possibilidade de suspensão do prazo para conclusão do procedimento inspectivo, quando em processo especial de derrogação do segredo bancário, o familiar do contribuinte ou terceiro interponha recurso com efeito suspensivo da decisão de acesso às informações bancárias, até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal²⁹⁸. Contudo, esta opção colide com a letra da lei e com o sentido dado pelo legislador, uma vez que o artigo 63.º/5 da LGT que dispõe que o recurso tem efeito devolutivo.

Neste contexto, Joaquim Freitas da Rocha defende que os atos com efeito suspensivo, devem ser encarados com cautela, sob pena de serem apenas um meio de contornar o carácter devolutivo; por outro lado Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa defendem que o artigo deve ser interpretado

²⁹⁶ Paulo Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 303.

²⁹⁷ *Idem, ibidem*.

²⁹⁸ *Idem, ibidem*, pp. 303-304

no sentido não atribuir efeito suspensivo automático à interposição de recurso, sem prejuízo de poder ser interposta uma medida cautelar de suspensão da eficácia²⁹⁹.

Contudo, o que pode suceder, é que a providência não se venha a mostrar útil, uma vez “que o efeito produzido pela decisão administrativa de derrogação do sigilo bancário já é irreversível, não se justificando de todo a adopção de uma providência cautelar para evitar produção de um efeito que já está consolidado”³⁰⁰, perdendo assim eficácia o pedido.

De qualquer modo, os direitos do contribuinte ficam sempre assegurados, uma vez que tem sempre ao alcance requerer uma providência cautelar que “apenas é admissível, quando o ordenamento jurídico não disponibiliza ao requerente outro meio processual menos gravoso que possibilite a protecção, de modo igualmente eficaz, do direito ameaçado. Ora não é este o caso, dada a possibilidade do contribuinte lançar recurso judicial da decisão administrativa. Como já se disse, este último tem cariz devolutivo e urgente, sob pena de não proteger o requerido contra o decretamento de providências cautelares injustificadas e abusivas”³⁰¹. Ou seja, neste caso não faria sentido recorrer a uma providência cautelar, uma vez que o procedimento já tinha carácter urgente, caso contrário, para assegurar e proteger a lesão do seu direito, poderia ser uma alternativa de atuação do contribuinte.

²⁹⁹ Paulo Marques, “Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes”, *O Direito*, Almedina, ano 148º, II 2016, p. 306.

³⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 307.

³⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 308.

CONCLUSÕES

1. Atualmente perante o fenómeno de globalização económica, assistimos a que a maioria das relações estabelecem-se à distância, fora do alcance das fronteiras nacionais, potenciadas pelos avanços na tecnologia e no mundo digital, e pelas melhorias no comércio eletrónico, bem como pelo forte fluxo de circulação de capitais, pessoas e bens, realizado à escala internacional. Este cenário conduz a que tanto as pessoas coletivas, como singulares, possam estabelecer relações fora do seu Estado de residência, procurando retirar o melhor partido de diversas variáveis, seja a qualidade de mão-de-obra, de infra estruturas, de benefícios fiscais, ou de políticas mais flexíveis. Assim, não se trata apenas de um interesse exclusivo dos Estados da residência, mas também do Estado da fonte, uma vez que para garantir uma correta tributação devem-se verificar as regras de repartição de competências, o que implica conhecer a situação fiscal do sujeito passivo no seu Estado de residência ou onde obteve rendimentos³⁰².
2. Neste contexto, aumentam as dificuldades em apurar e controlar o seu verdadeiro rendimento, em aferir a sua capacidade contributiva, através de uma tributação universal, que torna necessário apurar todos os rendimentos do contribuinte. Muitas vezes, o contribuinte procura aproveitar-se do desconhecimento que a Administração Fiscal tem sobre a sua real situação económico-financeira, para através da prática de esquemas ilícitos, conseguir obter certos benefícios fiscais, sejam eles a diminuição ou não tributação dos seus rendimentos, obtendo-os ou alocando-os para outros países, todavia, cabendo a este a sua declaração, às administrações fiscais cabe apenas o papel de fiscalização e de controlo da veracidade das declarações do contribuinte.
3. Assim, apesar do aumento do fluxo de capitais e da globalização económica, trazer benefícios, existe o reverso da moeda, criando espaço para a prática de crimes fiscais que os Estados tentam combater, sendo necessário a criação de sistemas de controlo eficientes e eficazes, para que as administrações

³⁰² Ana Paula Dourado. *Governança Fiscal Global*. (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017, pp.297-298

fiscais possam cooperar entre si, de modo a obter o máximo de informação sobre os rendimentos do contribuinte e sobre a veracidade das suas declarações, assumindo a troca de informações entre Estados, um papel preponderante, no combate à ocorrência de crimes fiscais.

4. Várias foram as iniciativas da OCDE e da UE para promover o aumento da transparência fiscal e a cooperação internacional a fim de combater os crimes fiscais. Uma das primeiras grandes iniciativas prendeu-se com a aprovação do Relatório sobre a Concorrência Fiscal Prejudicial, de 1998, que levantava a questão dos paraísos fiscais e de como estes poderiam ser prejudiciais para a correta tributação dos contribuintes. Os Estados comprometeram-se a não adotarem medidas ou regimes prejudiciais, e pôr termo aos existentes, pois uma vez identificados como paraísos fiscais, seriam incluídos nas listas de países não cooperantes e sujeitos a sanções, sendo que a condição necessária para não constarem na lista era a assinatura de acordos sobre troca de informações.
5. A nível internacional e a nível comunitário, assistimos à celebração de diversos acordos tanto bilaterais, como multilaterais, bem como através da transposição das diretivas e regulamentos no âmbito da troca de informações. O fluxo de informações trocadas e a celebração em massa de acordos de troca de informações, conduziu-nos para uma nova realidade, que há umas décadas atrás ninguém julgaria possível. O novo paradigma internacional e europeu, revolucionou os procedimentos e as políticas fiscais dos Estados envolvidos, num clima de cooperação internacional, com vista ao combate a crimes de evasão e fraude fiscais, procurando pôr fim ao flagelo dos paraísos fiscais, com garantias de fim do sigilo bancário e conseqüentemente de maior transparência fiscal.
6. Apesar das grandes evoluções e dos benefícios que a troca de informações pretendeu incrementar, o novo modelo padrão de acesso automático às contas financeiras dos contribuintes remete-nos para problemáticas que não podem ser desconsideradas. Em primeiro lugar veio impor um modelo para ser aplicado de modo global, a diferentes Estados, sem atender às suas características, políticas e estados de desenvolvimento diferentes, o que

implica alterações nas legislações internas, incluindo custos que os próprios Estados poderiam não conseguir suportar ou regras que não estavam aptos a implementar

7. Por outro lado, podemos verificar algumas falhas na aplicação de acordos que impulsionaram a troca de informações, permitindo aos Estados “contornar” o facto de serem Estados não cooperantes, por exemplo, no caso de celebração de TIEAs, poderia resultar na celebração dos 12 acordos para poderem sair da *black list*, mas na prática, não adotarem o modelo de troca de informações da OCDE. A ser assim alguns Estados podem ser designados como cooperantes, mas na prática não trocam entre si informações, logo questiona-se até que ponto apenas a promessa de vir a respeitar os princípios que fundamentam a troca de informações, sem uma garantia de que vão aplicar esses princípios, seria a melhor prática para considerar o Estado como cooperante.
8. Para além disso, os Estados que se comprometeram a levantar o sigilo bancário na sua lei interna, exigiam fortes indícios de ilicitude, o que externamente demonstrava que cumpriam os acordos da OCDE, contudo internamente continuavam a criar obstáculos à troca de informações.
9. Outra dúvida que se levanta relativamente ao novo padrão global diz respeito à própria AT, relativamente à sua capacidade para fazer face ao fluxo de troca de informações que este modelo pretende incrementar, tanto no que diz respeito aos seus funcionários bem como à sua organização e formação para tratar toda a informação recebida, bem como transmitir toda a informação necessária às autoridades tributárias dos outros Estados.
10. A nova realidade permite que uma instituição financeira comunique os dados sobre as contas financeiras do seu cliente, à AT, que por sua vez comunicará à Administração fiscal do Estado que necessita da informação para efeitos de tributação. Esse acesso só é possível, face às consequentes alterações legislativas que conduziram a que as barreiras colocadas à derrogação do sigilo bancário sejam praticamente inexistentes, passando a derrogação do dever de sigilo a ser a regra e não a exceção: as informações são trocadas

entre Estados praticamente sem qualquer restrição ou obstáculo, o que significa que é necessário que as informações sejam trocadas apenas para fins fiscais e de combate à fraude e evasão fiscais, e atendendo a que as informações transmitidas não possam colocar em causa os direitos dos contribuintes nomeadamente à confidencialidade de dados e à sua privacidade. Assim o sigilo bancário não constitui um direito absoluto, uma vez que pode colidir com interesses que sejam superiores e que justifiquem a sua derrogação. Considero que independentemente da doutrina seguida, o que importa é que de algum modo os dados do contribuinte sejam protegidos e mantidos confidenciais, assegurando que apenas são utilizados para fins tributários.

11. No seio da OCDE e da UE, a maioria dos acordos procuram prever a confidencialidade de dados do contribuinte e dos seus direitos fundamentais, garantindo o controlo e medidas de segurança efetivas para este controlo. Os direitos do contribuinte à confidencialidade de dados e privacidade dos mesmos só deve ser restringido quando exista um interesse público superior que justifique a sua derrogação, contudo, não significa que sejam desconsiderados, e como tal deve-se manter um mínimo de garantia possível, atendendo ao princípio da proporcionalidade, uma vez que o princípio da igualdade fiscal não deve sacrificar o contribuinte a todo o custo e em qualquer circunstância
12. O sigilo bancário procura assim defender não só a relação do cliente com a instituição de crédito, mas também o direito à privacidade do contribuinte, previsto na CRP. Apoiando a posição doutrinária mais ampla, pode existir derrogação do sigilo bancário e fiscal trocando os dados sobre as contas financeiras do contribuinte, o que à partida não viola a privacidade de dados do contribuinte se entendermos que o que está em causa é a privacidade numa perspetiva económica/ patrimonial, e que não constitui uma verdadeira violação da reserva à intimidade da vida privada do contribuinte.
13. A troca automática, pressupõe que o procedimento seja feito de modo célere e flexível, sem entraves à transmissão de dados, o que implica que o direito de confidencialidade fique restringido, com fundamento na existência de

um bem de interesse público, que se revela preponderante. Contudo considero que as garantias do contribuinte não devem ser sacrificadas, sendo necessário encontrar um meio-termo de ponderação, onde por um lado as medidas de combate à fraude e evasão fiscais sejam concretizadas, mas por outro lado que o acesso a dados do contribuinte, não seja discricionário.

14. A possibilidade de recurso da decisão de acesso aos documentos bancários é uma solução, através de um procedimento urgente, apesar dos efeitos desse acesso poderem ser irreparáveis, pode noutras situações, para evitar a lesão dos seus direitos recorrer às providências cautelares. Para além disso a LGT apesar de pender para a derrogação do sigilo bancário, o facto de apenas ser possível nos casos previstos no artigo 63.º-B/2 e de ser necessário que seja bem fundamentado, procura também acautelar a posição do contribuinte.
15. Os organismos da OCDE e da EU têm dado passos nesse sentido, procurando garantir a confidencialidade de dados, contudo é necessário que existam garantias concretas e normas previstas na legislação interna de cada Estado, e não apenas nos acordos e convenções, que assegurem a proteção do contribuinte.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Renato José Ramalho, “Justiça Fiscal e os Tratados Internacionais de Troca de Informações: perspectivas sobre a adesão do Brasil à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária”. *Revista A Barriguda*, Campina Grande, v.7, n.º 2, (mai-ago 2017)

CATARINO, João Ricardo, “Globalização e Competitividade Fiscal Internacional Limites e Proposições”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 31, n.º2, 2011

CARLA, Isaac, *FATCA e as suas implicações*. Disponível em:

https://www.pwc.pt/pt/fiscalidade/artigos/imagens/outros/2013/artigo_fatca_as_suas_implicacoes_mar13.pdf

CORDEIRO, António Menezes – “Sigilo bancário: fica a saúde?” In: *Temas de Direito bancário, Cadernos O Direito*, Coimbra: Almedina, vol. 1, n.º 8, 2014

CRUZ, José Neves, *Jurisdições de sigilo, a verdadeira identidade dos paraísos fiscais, o que mudou?* In: III Congresso de Direito Fiscal, Porto, Vida Económica, 2013

_____, “A concorrência fiscal prejudicial dos paraísos fiscais e o desenvolvimento da cooperação internacional em termos de troca de informação”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano. 11, 2014

DIAS, Pedro – “A Troca de Informações entre Estados. Tentações e parametrização”. *Fiscalidade*, Lisboa, n.º2, (Abril 2000)

DOURADO, Ana Paula, “Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”, *EUI Working Paper*, RSCAS, 2013/11

_____, *Governança Fiscal Global*, (1ª ed.), Coimbra: Almedina, 2017

FERREIRA, Helena Isabel Baptista, *A troca de informações em matéria fiscal: da confidencialidade*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tese de Mestrado, 2013.

_____, “Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal do Conselho da Europa OCDE”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 430, (jan-jun 2013)

_____, “Novo standard sobre a troca de informações – a troca automática de informações obrigatória”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, Ano 8, nº4, 2015

GOMES, Noel - *Segredo Bancário e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2006

KREUTZ, Felipe Hochscheid, “O Segredo Bancário no Processo Penal”. *Revista de Concorrência e Regulação*, Almedina, Ano 2, números 7/8, (jul-dez 2012)

LEITÃO, João Morais, SOUSA, Francisco, *Que fronteiras para a nova ordem internacional?* In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez, Almedina, vol. 2, 2000,

MARQUES, Paulo, *Sigilo bancário, a Constituição e as garantias dos contribuintes*, O Direito, Almedina, Ano 148º, n.º 2, 2016

MESQUITA, Maria Margarida, “A protecção da confidencialidade em matéria fiscal”. *Ciência e Técnica fiscal*, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, n.º 364, (out-dez 1991)

MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro, *A política convencional portuguesa em matéria de dupla tributação*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Santos Martinez, Coimbra, Almedina, vol. 2, 2000

MOITA, Raquel Gonçalves, *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Almedina, 2011

MORGADO, Abílio, “Sigilo Fiscal”, *Ciência e Técnica Fiscal*, Almedina, nº 414, (jul/dez 2004)

NABAIS, José Casalta, *O dever fundamental de pagar impostos: o contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 1998

_____, *Por um Estado Fiscal Suportável*, In: Estudos de Direito Fiscal, Coimbra: Almedina, 2005

_____, *A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas*. In: Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006

OECD/OCDE, Towards Global Tax-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in identifying and eliminating harmful tax practice, 2000

_____, Model Agreement On Exchange of Information in Tax Matters, 2002

_____, Modelo de Acordo Sobre A Troca De Informações Em Matéria Fiscal”, *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 407, (jul-set 2002)

_____, Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, 2011

_____, The Era Of Bank Secrecy is over. The G20/OECD Process delivering results, 2011

_____, COMITÉ DOS ASSUNTOS FISCAIS, Modelo de Convenção Fiscal Sobre o Rendimento e o Património, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Almedina, n.º 197, 2012

_____, Keeping It Safe. The OECD Guide On The Protection Of Confidentiality Of Information Exchanged For Tax Purposes, 2012

_____, A Step Change In Tax Transparency -Delivering a standardized, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for multilateral context, 2013

_____, Model Protocol for the Purpose of Allowing the Automatic and Spontaneous Exchange of Information, 2015

_____, Perguntas Frequentes relacionadas com o CRS (Common Reporting Standard – Norma para a Troca Automática de Informações de Contas financeiras), 2016

OLIVEIRA, Maria Odete Batista de, *O intercâmbio de informação tributária: nova disciplina comunitária: estado actual da prática administrativa: contributos para uma maior significância deste instrumento*, Coimbra: Almedina, 2012

PALMA, Maria Fernanda, “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, In Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal - ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL, Coimbra: Almedina, 2010

PARILLO, Kristen A., “Has the Push for Information Exchange Been Effective?”
Worldwide Tax Daily as: 2012 WTD 116-6, 2012

PAÚL, Jorge Patrício, “O Sigilo Bancário e a sua relevância fiscal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 6, n.º 2, (abril 2002)

TAVARES, Daniela Pessoa; DOMINGUES, Rodrigo Rebeca, *FATCA e CRS – Foreign Account Tax Compliance Act e Common Reporting Standard*, Almedina, 2017

PEREIRA, Ricardo Rodrigues, “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte I)”, Porto: *Vida Económica*, n.º2, (mar-abr 2012)

_____ “A Troca de Informações Fiscais entre os Estados-Membros da União Europeia (Parte II)”, Porto: *Vida Económica*, n.º3, (mai-jun 2012)

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes, *A transparência fiscal e a inexistência de sigilo bancário para o Fisco*, In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, (org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma), Coimbra: Almedina, vol.II, 2013

SANCHES, José Luís Saldanha, *A situação actual do sigilo bancário: a singularidade do regime português*, In: *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra Editora, 1999

SANTOS, António Carlos dos Santos; PALMA, Clotilde Celorico, “A Administração Tributária e os sistemas de informação – entre transparências e protecção do sigilo fiscal”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, Ano 5, n.º4, 2012

_____ “A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais”, maio de 2012.
Disponível em: <https://www.occ.pt/fotos/editor2/p46-52.pdf>

TEIXEIRA, Glória, *Os acordos sobre trocas de informações fiscais ao serviço das estratégias políticas dos Estados-Membros da União Europeia*, In: *I Congresso de Direito Fiscal*, Porto: *Vida Económica*, 2011

RIBEIRO, João Sérgio, *Cooperação e troca de informações entre administrações fiscais: o caso português*, In: *III Congresso de Direito Fiscal*, Porto: *Vida Económica*, 2013

THOMAZ, João amaral, “A reunião do G20 de 2 de abril de 2009 e o futuro dos paraísos fiscais”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Almedina, Ano 2, n.º2, (julho de 2009)