

das facturas falsas desaparecidas *nunca poderão ser levadas a despesas confidenciais pois, tratando-se de operações inexistentes e de documentos falsos não se pode falar de encargos não documentados, pois não há quaisquer encargos a considerar;*

- m) Os *documentos internos*, que substituam irregularmente as facturas respectivas correspondentes a *aquisições efectivamente pagas* pelo contribuinte, de mercadorias e/ou serviços, *não são falsos mas verdadeiros*, pelo que não integram o crime de fraude fiscal mas uma mera contraordenação fiscal;
- n) *O IVA entregue ao Estado pelo emitente das facturas falsas não pode ser devolvido e não pode ser deduzido pelo utilizador que o creditou e pagou de harmonia com a tradicional doutrina fiscal;*
- o) As *comissões e preços* recebidos pelos emitentes das facturas falsas são *proveitos* das respectivas actividades económicas e como tais devem ser tributados em IRS ou IRC, pois as normas de incidência fiscal *não são normas de conduta, mas normas que produzem efeitos jurídicos automáticos, desconhecendo a ilicitude dos referidos proveitos.*
- p) Do ponto de vista *processual*, o crime de fraude fiscal, (como de resto os restantes crimes fiscais), *está sujeito a procedimento penal fiscal especial previsto no artigo 43º e segs. do RJFNA, do qual decorre que apenas a Administração Fiscal tem competência para averiguar estas infracções sob controlo do Ministério Público, que não tem porém a competência autónoma decorrente do processo penal comum;*
- p) Finalmente, a *Administração Fiscal deve promover a reposição da verdade fiscal pelo agente da infracção fiscal com o conseqüente arquivamento do processo penal fiscal e correspondente isenção de pena, sob controlo do Ministério Público e do Juiz, nos termos do artigo 26º do RJFNA, donde parece decorrer um novo fim especial da incriminação fiscal dirigida à regularização financeira das infracções fiscais, pelo próprio contribuinte faltoso* ⁽¹⁴⁾.

SEGREDO BANCÁRIO E TRIBUTAÇÃO DO LUCRO REAL

JOSÉ LUIS SALDANHA SANCHES

*Assessor Jurista do Centro de Estudos Fiscais
Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa*

⁽¹⁴⁾ Cfr. em França Thierry Lambert, *Contrôle Fiscal, Principes et Pratiques*, Controle, 1988, pág. 71.

Sumário:

1. Colocação do problema. 2. Intimidade e privacidade 3. O âmbito de protecção da norma 4. O princípio constitucional da tributação do lucro real das empresas. 5. Problemas de Constitucionalidade do segredo bancário.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

O segredo bancário, como princípio ordenador das relações dos bancos com os seus clientes, coloca importantes questões. Em especial quanto ao seu exacto âmbito de aplicação: Que limites para o segredo, quando é que este princípio deverá ceder por força da aplicação de outros princípios, que situação deverá ocupar enquanto expressão de direitos e interesses legítimos?

Pois é necessário saber que valores vem tal princípio concretizar, quem são os destinatários das normas que consagram o segredo bancário e como se compatibiliza este princípio com os poderes de investigação da administração fiscal em relação às empresas. Pois, como procuraremos demonstrar, uma vez que esta possibilidade de investigação administrativa da situação das empresas, constitui uma condição quase necessária para a tributação efectiva do seu rendimento real, como princípio constitucionalmente imposto.

São estes os problemas que nos propomos abordar neste parecer, no sentido de conseguir definir principalmente os limites deste princípio e a sua inserção no ordenamento jurídico português.

2. INTIMIDADE E PRIVACIDADE

E desta forma, a primeira questão que se coloca é a de saber se o princípio do segredo bancário constitui, ou não, uma projecção na lei ordinária do princípio constitucional que garante a intimidade da vida particular e por isso a coloca ao abrigo de qualquer investigação pública, salvo mediante mandato judicial e no caso da suspeita de crime.

E é da ausência de uma distinção essencial entre a intimidade e a privacidade que tem surgido a maior fonte de confusões e erróneas colocações deste

problema: incluindo a concepção que tem considerado que o segredo bancário tem o seu apoio directo na Constituição.

Pois como é sabido o nº 1 do artº 26º da Constituição consagra a existência de um «direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar». Existindo por isso uma esfera pessoal, que tem no seu eixo o conceito de intimidade e de vida familiar, entendida no sentido mais vasto de modos de ser e de actuar ao abrigo de qualquer intromissão alheia.

E é neste sentido forte de intimidade que de acordo com a teoria das esferas tem lugar no círculo mais estreito e mais estreitamente protegido de qualquer intromissão ⁽¹⁾.

Havendo assim o direito de «impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar» e o «direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem ⁽²⁾».

Estamos pois na zona da intimidade quando tratamos da área de onde se pretende excluir qualquer intervenção do Estado por haver um haver, na célebre expressão do Juiz BRANDEIS *the right to be let alone*, criando assim áreas onde a tradição política e constitucional nos protegem de qualquer julgamento de outros ou do Estado.

Tentando obter uma definição mais precisa desse círculo de intimidade que a Constituição atribui a cada cidadão, como um direito de que só pode ver restringido se eventualmente a sua vida pessoal ou familiar, no seus aspectos afectivos e relacionais, adquira relevância para a comprovação de um de um delito de que possa ser eventualmente acusado ou, em termos mais gerais, no âmbito de uma qualquer investigação criminal, temos de a entender como alguma coisa que tem de ser contraposta à sua actividade profissional ou comercial.

Se tentarmos definir com mais rigor a esfera de aplicação do conceito de intimidade devemos recordar que, na jurisprudência constitucional norte-americana os «*privacy cases*» se têm centrado, ainda que não exclusivamente, na área da sexualidade ⁽³⁾. Não por a essas questões se limitarem as questões da

⁽¹⁾ De acordo com a conhecida teoria das esferas (Sphärentheorie) a privacidade no seu conjunto é concebida como um conjunto de esferas concêntricas, em que a protecção mais intensa é conferida à esfera da intimidade, seguida por uma decrescente intensidade da tutela da esfera privada e da esfera social. ALEXY, *Theorie der Grundrecht*, (Frankfurt 1986) 327-330.

⁽²⁾ CANOTILHO/MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa* -- Anotada 3 ed. (Coimbra 1993) 181.

⁽³⁾ JEB RUBENFELD, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, 102 nº 4 (1989) 744.

0. Sobre isto ver também, JOHNSON, *Constitutional Privacy. Law and Philosophy*, nº 2 (1994) 161-193. Os princípios invocados pela jurisprudência constitucional norte-americana

privacy mas por ser nessas área que com mais frequência se verificou uma tentativa de intromissão legislativa numa área que a jurisprudência considerou dever estar isenta de qualquer intromissão estatal.

Não tem por isso qualquer sentido retirar argumentos da doutrina norte-americana para a partir dela elaborar uma concepção distorcida do segredo bancário ⁽⁴⁾.

A Constituição traça claramente uma zona de protecção muito intensa em relação a essa zona onde se exercem as opções irredutivelmente pessoais dos indivíduos, num espaço de liberdade que deve estar coberta de qualquer intromissão: intimidade da vida privada, intimidade da vida familiar, constituindo esta intimidade qualquer coisa como que o núcleo essencial de um direito mais amplo à privacidade, que abrange não apenas a intimidade, mas todas as actuações (mesmo aquela zona da vida pessoal ou familiar que normalmente tem lugar «a portas abertas» ou as de tipo comercial ou profissional) que sem pertencerem ao núcleo da intimidade, podem também, por livre escolha do indivíduo, ter lugar sem ser acompanhadas de qualquer publicidade ⁽⁵⁾: temos aqui um importante conjunto de direitos que podem conhecer

para a determinação dos contornos exactos do direito à privacidade, têm-se prendido com a defesa da intimidade, da vida familiar e das pessoalíssimas opções de cada cidadão. Criando assim uma zona onde os indivíduos agirão segundo as suas especiais opções mesmo que isso tenda a prejudicar mais do que favorecer o que pode ser designado como os «*advance society long-term goals*». DWORKIN, *Do we have a Right to Pornography?*, *A Matter of Principle*, (Oxford 1986) 350.

Sobre a equivalência entre esta expressão e o direito à intimidade da vida privada, entre nós, v. RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha. (Lisboa 1989) 381.

⁽⁴⁾ A invocação que é feita deste princípio para justificar o segredo bancário na «Inglaterra» (sic), com apoio em informações em segunda mão, tal como é feito no Parecer nº 204/78 da Procuradoria-Geral da República, BMJ, 286(1979) tem que ser considerada como uma inaceitável simplificação. E recorde-se, uma vez mais, a importância que tem a colaboração da banca no sistema fiscal norte-americano para a detecção da fraude fiscal.

⁽⁵⁾ E uma vez que o resguardo da intimidade é atribuído em nome do desenvolvimento da personalidade e do respeito da dignidade humana o Tribunal Constitucional Alemão tem considerado qualquer pedido de informação com ele relacionado como sendo só por si, ilegal. VOGEL et alii, *On Double Taxation Conventions* (Deventer Boston 1991) 1252-1253. Uma vez que a aplicação da lei fiscal não pode, por respeito pela dignidade humana, justificar a violação do lar, das conversas telefónicas ou da correspondência particular TIPKE-KRUSE, AO § 88 an. 3.22. (1994). E mesmo a redução da sua privacidade só pode aceitar-se se tratar de uma actuação indispensável para alcançar resultados por outros meios. RUIZ GARCIA, *Secreto Bancario Y Hacienda Publica (el Deber de Colaboracion de las Entidades Bancarias en el Procedimiento de Gestion Publica)* (Madrid 1988) 37. Esta necessidade permanente de legitimação tem que acompanhar qualquer intromissão do Estado nos direitos dos cidadãos.

restrições, por exemplo quando o indivíduo busca a notoriedade, mesmo profissional e tem qualquer tipo de benefícios com essa mesma notoriedade, o que por si mesmo atribui como que uma habilitação genérica aos meios de comunicação para que estes possam abordar aspectos da sua vida que, sem pertencerem à sua esfera íntima estariam, em princípio, sujeitos à reserva que acompanha (pode acompanhar) a vida particular de cada um ⁽⁶⁾.

Ou seja o ordenamento jurídico português cria com toda a clareza uma importante distinção entre a intimidade da vida pessoal e familiar, com uma protecção decisiva ao que constitui o núcleo central da esfera pessoal de cada cidadão e a reserva que pode acompanhar a vida privada: havendo aqui um direito que pode ser objecto de uma disponibilidade implícita, tendo sido considerado diminuído, nos casos em que se procura encontrar critérios de delimitação para definir os termos em que se pode aceitar a intromissão de órgãos da comunicação social na esfera privada de personalidades públicas, pela sua busca de notoriedade ⁽⁷⁾.

E pode ser acompanhado de tal disponibilidade por não ser objecto de uma tutela tão intensa como aquela a que é conferida à vida pessoal e familiar. O que conduz à conclusão que uma intromissão em tal esfera, com uma dimensão e intensidade determináveis a partir de um exercício de ponderação de interesses, estará necessariamente sujeita ao princípio da proporcionalidade.

Ora em que esfera podemos nós incluir o segredo bancário, enquanto instituto que concretiza certos valores do ordenamento jurídico, como expressão de interesses juridicamente tutelados?

Será o segredo bancário um prolongamento do direito à intimidade da esfera pessoal e familiar de uma qualquer pessoa singular (uma vez que em relação às pessoas colectiva a questão não pode mesmo ser colocada)? Ou dirá antes respeito aquela faixa mais larga que resguarda a privacidade de qualquer cidadão e que só pode por isso sofrer qualquer intromissão, se surgirem razões válidas para que tal direito seja restringido?

⁽⁶⁾ Sobre isto v. PAULO MOTA PINTO *O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, Boletim da Faculdade de Direito, LXIX (1993) 564-578. Na expressão do nº 2 do artº 80º do Código Civil «a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição da pessoa».

⁽⁷⁾ Nesse sentido observou o BVGer que a restrição deste direito de «autodeterminação informativa» só é admissível em nome do interesse geral BLECKMANN, *Staatsrecht II - Die Grundrecht* 3 ed. (Köln 1989) 466. Autodeterminação que se revela por actuações explícitas ou implícitas o que que poderá permitir, por exemplo, a divulgação de notícias sobre o aumentos patrimoniais de um político, tornando assim públicos dados que em princípio fariam parte da sua privacidade.

Ao afirmar-se que, na perspectiva dos clientes dos bancos, o segredo bancário é um «direito relacionado com a reserva da sua vida privada» ⁽⁸⁾, temos uma primeira resposta para esta questão.

Mas falta distinguir entre intimidade e reserva da vida privada e entre clientes individuais e profissionais de uma banco. Não estamos perante o mesmo tipo de tutela quando contamos um particular espera que o banco não divulgue a qualquer interessado o volume da sua conta bancária (porque pura e simplesmente quer manter sob reserva a sua vida particular) ou quando um comerciante confia no banco para que este não revele quem são os seus clientes, fornecedores ou qual é o seu grau de endividamento.

No caso da pessoa singular está apenas em causa um conjunto de valores de natureza moral: esta não está, em princípio, preocupada com possíveis prejuízos económicos ligados a qualquer divulgação. Apenas se opõe, por razões do seu foro pessoal e que não carecem de fundamentação, que esta tenha lugar.

Enquanto que o comerciante pode ser seriamente prejudicado, em termos concorrenciais, com a revelação da lista dos seus clientes ou com a sua situação financeira.

O dever de reserva que cabe ao banqueiro está desta forma ao serviço do interesse comercial das empresas suas clientes – que pelo simples facto de o serem ou por necessitarem de obter crédito lhe dão informações com um forte valor comercial ou da pessoa singular que deseja manter a privacidade da sua situação patrimonial.

Ou, em alternativa, ao serviço da manutenção da privacidade que qualquer uma pode desejar, ainda que a possível violação desta apenas lhe possa acarretar danos não-patrimoniais.

E por isso o segredo bancário não pode constituir a expressão do imperativo constitucional da protecção da intimidade. Até porque o acesso a essa esfera está vedado aos próprios bancos ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ ALBERTO LUÍS, *O Segredo Bancário em Portugal*, ROA, 41 (1981) 454.

⁽⁹⁾ Discordamos por isso, neste ponto, de CONCEIÇÃO NUNES, *Os Deveres de Segredo Profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*, Revista da Banca nº 29 (1994) 43, quando este autor afirma que sendo a «privacidade pessoal ou patrimonial do titular» o «objecto do segredo», a «intimidade da vida privada é, assim, o bem jurídico mediatamente protegido».

Na verdade, defender o cidadão-cliente da possível devassa feita por poderosas sociedades da sua intimidade – pois esta pode ser relevante do ponto de vista comercial – é um dos problemas centrais das sociedades modernas. Tal como tem de ser defendido da possível devassa pública criando limites à intensidade do seu dever de cooperação para com a administração fiscal que que não pode atingir a intimidade da sua vida devendo cada um dos deveres

Não nos parece aceitável que um banco, como condição para a concessão de crédito a uma pessoa singular ou para estabelecer com ela qualquer relação contratual, possa exigir desta informações de tipo estritamente pessoal ou a sujeição a exames médicos que, atingindo a sua esfera íntima, afectam a sua dignidade. Aqui está em causa a ilicitude da pergunta, por pressupor o acesso à esfera inviolável (e indisponível) da intimidade.

A informação que o banco pode obter para a defesa dos seus interesses legítimos não pode ir além da esfera patrimonial do seu cliente: rendimentos, bens possuídos, perspectivas profissionais.

E por ser este um direito indisponível, não poderá o banco alegar que tais informações foram fornecidas voluntariamente pelo contribuinte. Pois o espaço da intimidade que a Constituição outorga aos cidadãos tem de estar ao abrigo da intromissão bancária ou de qualquer outra. A Constituição atribui-a e dá-lhe uma forte expressão, precisamente para que cada uma possa proceder à separação entre a sua vida íntima ou familiar e as suas relações patrimoniais ou profissionais⁽¹⁰⁾.

Problema que se não pode já colocar na relação com um empresário, enquanto empresário, mesmo que este actue como comerciante em nome individual: a sua esfera empresarial, não tem, nem pode ter, um espaço de intimidade. Só a sua vida pessoal o tem e aí tem que ser colocado o limite.

Podemos pois concluir que o segredo bancário não é, não pode ser, uma concretização do princípio constitucional do direito à intimidade.

Este princípio tem como função consagrar uma zona de reserva pessoal para factos, opções e circunstâncias, que só de forma indirecta e de todo secundária, podem ter aspectos ou reflexos de natureza patrimonial.

Constituindo por isso o princípio da reserva absoluta da intimidade um limite para a extensão e abrangência das actividades que as entidades bancárias conduzem na busca de informação para a defesa dos seus interesses legítimos.

que lhe podem ser impostos ser «necessário, proporcional, susceptível de ser cumprido» EILERS, *Das Steuergeheimnis als Grenzen des internationalen Auskunftsverkehrs*. (Köln 1987) 45.

⁽¹⁰⁾ Para os problemas de tipo procedimental que estas violações da intimidade podem colocar, nas relações marcadas pela desigualdade do poder negocial v. CANOTILHO, *Constituição e Déficit Procedimental*. Estado e Direito 2 (1988).

3. O ÂMBITO DE PROTECÇÃO DA NORMA

A questão que devemos colocar imediatamente depois desta é a de saber quais perigos, quais lesões de valores que são dignos de tutela jurídica, se procuraram evitar com a regulamentação do segredo bancário.

E que destinatários foram escolhidos para as sanções que acompanharam esta norma.

E a resposta a esta última pergunta – e só a esta pergunta – parece muito clara quer para a situação legal até 1993, altura em que a entrada em vigor do novo regime das Instituições de Crédito, quer para o novo regime de segredo fiscal que esta nova regulamentação veio estabelecer. E tem uma formulação claríssima nos artigos do Código Penal que estabelecem as penas para a violação e as condições em que estas devem ser aplicadas.

Na formulação inicial do Decreto-Lei nº2/78 sobre o segredo bancário a norma dispunha que «os membros do conselho de administração, gestão ou de direcção (...) e os trabalhadores, não podem revelar ou aproveitar-se de segredo cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções».

Ou seja a lei proíbe aos que, por motivos profissionais ligados ao exercício da actividade bancária possam obter dados relevantes sobre a situação patrimonial de outrem «a revelação» ou «utilização» de tais dados. Ou por outros termos que se apropriem destes dados, que como informação relevante são susceptíveis de apropriação, e lhes dêem qualquer destino ou façam deles qualquer utilização que possa lesar direitos ou interesses legítimos dos clientes da banca⁽¹¹⁾.

Quer se trate de prestação de informações a terceiros (órgãos de comunicação, rivais comerciais, quaisquer outras pessoas) quer da utilização para fins próprios das informações obtidas.

E nem vale a pena exemplificar: pois, quer do ponto de vista pessoal (desde a satisfação de curiosidades ilegítimas até às ameaças de revelação de dados pessoais), quer do ponto de vista empresarial (venda de ficheiros de clientes, informação sobre a situação patrimonial da empresa com quem se negocia) a panóplia dos possíveis casos de uso abusivo da informação privilegiada (que constitui a essência da informação bancária) é de uma enorme dimensão.

⁽¹¹⁾ Uma vez que gestores ou funcionário da banca são os confidentes necessários daqueles que com ela têm relações. CONCEIÇÃO NUNES, *Os Deveres...* (1994) 43.

E embora isto não suceda apenas na actividade bancária (pensemos apenas na actividade de consultadoria) surge com particular nitidez pela dimensão das empresas bancárias, pela indispensabilidade do crédito, pelo papel da banca como central de pagamentos, na actividade bancária.

Percebendo-se assim que se tenha dado guarida normativa aos estritos deveres deontológicos que pesam sobre os que exercem a actividade bancária.

Mas tudo isto está inserido na questão mais vasta e mais geral do segredo profissional, cuja violação se encontra prevista no Código Penal, criando particulares deveres de conduta aos que exercem uma actividade regulamentada.

O que se reflecte como total nitidez no âmbito de protecção da norma se encontra claramente desenhado nos art^{os} 184^o e 185^o do Código Penal: enquadrando a violação do segredo bancário na categoria mais vasta da violação de segredo profissional, o CP pune quem «revelar ou se aproveitar de um segredo de que tenha conhecimento» e se isso «puder causar prejuízo ao estado ou a terceiros, será punido...».

E mais uma vez encontramos este par conceptual: revelação/ aproveitamento de certos factos. Comunicação a terceiros (permitindo o aproveitamento por estes, para fins ilegítimos das informações confidenciais) ou uso para fins próprios dessas informações.

Desde que tal revelação possa causar «prejuízo» e que tal conduta seja censurável no estrito sentido de conduta que persegue fins contrários à ordem jurídica ⁽¹²⁾.

Uma formulação ainda mais claramente marcada por esta perspectiva, vamos encontrar no art^o 78^o do Regime Geral das Instituições de Crédito, quando este vem regular o dever de segredo profissional que impende sobre os seus empregados e sobre todos aqueles que lhes prestem serviços. Estes «não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos que digam directamente respeito à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhe advenha exclusivamente do exercício das suas funções».

Mas ainda mais claramente: eles não podem «revelar» ou «utilizar» nada do que diga respeito, à vida da instituição ou à suas relações como os clientes, para fins condenáveis definidos de forma muito ampla, como convém à fluidez da situação regulada e das inúmeras formas pelos quais a divulgação de informações privilegiadas podem causar prejuízos aos clientes da banca.

⁽¹²⁾ Sobre as raízes germânicas desta dicotomia revelação/aproveitamento v. ainda que em breve referência, RODRIGO SANTIAGO, *Do Crime de Violação do Segredo Profissional no Código Penal de 1982* (Coimbra 1992) 117-118

Mas mesmo sem abordarmos, neste momento, o problema específico das relações da entidade bancária com a fiscalização tributária, o administrador que tem o pelouro do pessoal do banco não está decerto proibido de enviar ao serviços competentes a lista dos seus empregados e as sua folha salarial. Ainda que tal diga respeito à «vida da instituição» e o conhecimento desta «lhe advenha exclusivamente do exercício das suas funções».

A amplitude desta proibição só faz sentido se ela visar as condutas previstas e punidas pelos art^{os} 184^o e 185^o do Código Penal.

O segredo bancário surge sempre como expressão de um princípio que pretende impedir o aproveitamento, o uso abusivo, censurável, em violação de direitos ou interesses atendíveis do cliente de elementos cujo conhecimento é inerente ao exercício da actividade bancária.

Pressuposto que fica ainda mais claramente assinalado quando o art^o 185^o do CP, que pune a violação do segredo profissional, exclui da ilicitude estes comportamentos, nas seguintes situações

- 1) Quando o facto for «revelado no cumprimento de um dever sensivelmente superior».
- 2) Quando «visar um interesse público ou privado legítimo».
- 3) «Quando considerados os deveres em conflito e os deveres de informação segundo as circunstâncias se impõem ao agente, se puder considerado o meio adequado para aquele fim».

Excluindo a ilicitude, o Código Penal vem assim considerar que não haverá violação do segredo bancário, por eliminar a sanção que o ordenamento jurídico lhe reserva não através de uma expressa exclusão de ilicitude, sempre que um dado valor situado num ponto mais elevado da hierarquia dos valores acolhidos pelo ordenamento jurídico o vem permitir ou mesmo impor.

Não só é necessário que tal revelação possa causar «prejuízo ao Estado ou a terceiros» como está excluída a ilicitude da revelação nas múltiplas circunstâncias que a lei prevê.

Num regime que naturalmente contrasta com o que tutela a intimidade da vida: segundo o art^o 178^o do Código Penal, qualquer «Divulgação de factos pertencentes à intimidade da vida privada» «Será punido com prisão até um ano». Não se exige que tal divulgação cause prejuízo pois dizendo respeito à esfera da intimidade o prejuízo é inerente à divulgação.

E apenas se exclui a punibilidade da conduta se a divulgação for feita «para realizar um interesse público legítimo ou tenha qualquer outra causa justa».

Ao contrário do que sucede com a violação do segredo profissional que só será objecto de punição se causar um «prejuízo ao Estado ou a terceiros»⁽¹³⁾.

Podemos pois concluir com segurança que as normas do segredo bancário, têm como destinatários os empregados e dirigentes destas instituições, proibindo-lhe expressamente qualquer tipo de aproveitamento directo ou indirecto (mediante revelações) da informação privilegiada de que dispõe, se tal conduta puder causar prejuízo ao Estado ou a terceiros, havendo exclusão de ilicitude, caso se tivesse verificado, se qualquer revelação (o «aproveitamento» parece implicar a ilicitude) nas situações previstas pelo artº 185º do Código Penal.

4. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA TRIBUTAÇÃO DO LUCRO REAL DAS EMPRESAS

Mas para considerar conjuntamente com o sentido específico do segredo profissional cujo desrespeito é punido pelo Código Penal – e que nos dá uma primeira percepção dos limites deste princípio – uma outra questão se coloca: qual é a exacta extensão dos poderes que o artº 108º do CIRC sob a epígrafe de «Dever de Fiscalização em Especial» atribui aos funcionários da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos e como se articulam tais poderes com as regras específicas do segredo bancário?

Pois a extensão de tais poderes funciona necessariamente com uma causa de exclusão da responsabilidade para os destinatários das normas contidas no Código Penal: a responsabilidade destes, será necessariamente inexistente, se estes não se puderem legitimamente opor aos poderes que a lei atribui aos agentes administrativos encarregados da fiscalização das empresas sobre as quais pesam as obrigações típicas do segredo bancário.

Mas para responder a esta questão há que começar por situar o artº 108º do CIRC no sistema em que se encontra integrado.

Pois como poderemos ver em toda a sua redacção são muito amplos os poderes que ele concede aos funcionários da DGCI.

Falando apenas dos mais importantes destes poderes estes podem «ter livre acesso a quaisquer locais destinados ao exercício de actividades de pessoas colectiva» para «examinar os livros e registos de contabilidade ou quais-

⁽¹³⁾ Por uma questão de cautela que sé estaremos perante um prejuízo juridicamente relevante se e verificar a lesão de um direito ou interesse digno de tutela jurídica, e não um mero inconveniente de ordem material, como a detecção de uma situação de incumprimento fiscal..

quer documentos com eles relacionados, incluindo os programas e suportes magnéticos » podendo também «proceder aos exames e diligências aí mencionadas relativamente a quaisquer pessoas ou entidades que tenham ligação com o contribuinte ou com ele mantenham relações económicas».

Em suma, em tudo o que diga respeito às instalações onde as pessoas colectivas sujeitas a IRC exerçam a sua actividade, em relação ao seus livros de escrita e a todos os documentos que servem de apoio à contabilidade, têm os serviços da DGCI plena competência para investigar.

E assim passou a ser, sem dúvidas nem ambiguidades, após a reforma fiscal de 1989.

Por mera casualidade? Evidentemente que não.

Pois convirá sublinhar que a reforma de 1989 veio concretizar em Portugal o imperativo da tributação das empresas de acordo com o seu lucro real. E a tributação das empresas segundo o seu lucro real, implica sua determinação por meio da contabilidade e por isso o controlo administrativo (mais rigorosamente, a possibilidade permanente de controlo administrativo) da contabilidade das empresas. Sem qualquer excepção.

Ao adoptar como imperativo constitucional expresso a tributação de acordo com o lucro real o Estado português estava, com algum atraso em relação ao tempo de vigência do preceito constitucional que o ordenava, a trazer para a ordem interna um princípio de justiça fiscal já plenamente consagrado nos países mais evoluídos. Implicando simultaneamente a imposição de mais exigentes deveres de cooperação às empresas e maiores poderes/deveres de investigação à administração.

E isto por que as técnicas de controlo cruzado e de dupla verificação usadas pela administração pressupõe sempre a possibilidade de examinar a contabilidade de todas as empresas que actuam sob a jurisdição do Estado português. Pois o custo dedutível de cada uma delas, tem de corresponder ao ganho tributável de outra.

Ou em outros termos envolve a consagração do princípio da investigação (*Untersuchungsgrundsatz*). E como princípio que decorre directamente dos princípios constitucionais da legalidade e da igualdade, deve ter lugar sempre que se verifiquem os pressupostos para que deva haver investigação, para a determinação oficiosa dos factos fiscalmente relevantes que determinam os objectivos e os limites desta investigação⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Sobre a natureza deste princípio e as suas consequências TIPKE-KRUSE, AO § 88 an. 1 a 3 (1994). E este princípio da investigação não investe a Administração num poder global de questionar o particular: pode fazê-lo apenas para os fins específicos da aplicação da lei fiscal e dentro dos limites que esta traça SCHIK, - *Die Steuererklärung* StuW/88, 307.

É este princípio que adquire expressão no artº 108º do CIRC: este vem dar à Administração os poderes de que esta necessita para averiguar se a contabilidade das empresas se mostra ou não adequada para a determinação real do lucro.

E por isso tem de entender-se que a Administração, na sua acção fiscalizadora, tem o pleno direito de ter acesso a qualquer registo da escrita comercial de qualquer empresa, podendo proceder a exames e diligências «relativamente a qualquer pessoa ou entidades que tenham ligação com o contribuinte ou com ele mantenham relações económicas». Sob pena de ver verificada previsão da alínea b) do nº 1 do artº 51º: «recusa da exibição da contabilidade e demais documentos legalmente exigidos» o que conduziria à avaliação do seu lucro pelos métodos indiciários.

Posto isto, como deveremos compaginar os amplos poderes conferidos à administração como condição da concretização do princípio constitucional da tributação das empresas segundo o seu lucro real (o que constitui uma importante garantia para estas, mas aumenta a intensidade dos seus deveres declarativos) com o princípio do segredo bancário?

A questão foi tratada num parecer da PGR ⁽¹⁵⁾, que incluiu uma sumária análise de direito comparado.

Sendo em especial referidas as tendências internacionais a tal respeito, incluindo uma decisão da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, que para lutar contra a fraude e a evasão fiscais, recomenda ao Comité de Ministros que «exorte os Estados membros a abolir regras demasiado restritivas sobre o sigilo bancário sempre que o for necessário para facilitar as investigações em ou de dissimulação de fundos provenientes de outras actividades delituosas de caso de fraude fiscal» ⁽¹⁶⁾.

E estando ainda em vigor a lei de 1978 sobre o segredo bancário e não tendo ainda entrado em vigor a reforma fiscal com o princípio geral da tributação segundo o rendimento real. E tratava-se principalmente do dever de

⁽¹⁵⁾ Processo nº 138/83. Sigilo bancário-Segredo Bancário DR, IIS. 11-4-1985. p. 3376.

⁽¹⁶⁾ Não vamos abordar aqui a ligação incindível que existe entre o controlo fiscal como controlo social e problemas como a «lavagem do dinheiro» feita através da banca e que levou a uma intensa diminuição do segredo bancário. Sobre isso v. PATRÍCIO PAÚL, *A Banca perante o Branqueamento dos Capitais*, Revista da Banca, 26 (1993) 41-71. Nestes casos há um dever de cooperação e de iniciativa por parte dos bancos, cuja omissão é punida por pesadas multas. Mas ainda sobre o panorama global destas questões, podem ser recordadas as críticas formuladas pela maioria dos participantes no 57º dia dos juristas alemães, acerca do triunfo do lobby bancário que conseguiu a publicação do B 30a na AO, limitando, contra a tendência internacional nesta área, os deveres de cooperação da banca alemã com a Administração. TIPKE-KRUSE, AO § 30a (1994) an. 3.

saber quais os efeitos da existência do B 1º do artº 61º do Código do Imposto de Capitais que previa a cooperação da banca com a DGCI para verificação das obrigações impostas por aquele diploma.

E embora tivesse ficado bastante longe da análise do que nos parece essencial sobre estas questões – destinatários da normas que tutelam o segredo bancário, sentido e âmbito de protecção destas – veio a concluir o seguinte:

Dos poderes atribuídos pelo lei então em vigor para permitir a actividade fiscalizadora da DGCI resultava o dever de cooperação em alguns casos por parte da banca.

Mas sempre que dispensa de dever de segredo fosse negada pela instituição, nos termos do nº 3 do artº 34º da lei então em vigor, deveria ser feito ao tribunal um pedido fundamentado para que houvesse acesso à informação solicitada. Como a lei que regulava os poderes de fiscalização expressamente previa.

Na situação jurídica actual o que temos de novo?

Depois da entrada em vigor do Código do IRC temos uma nova e mais ampla atribuição de poderes de fiscalização à administração, como consequência da recepção plena do princípio da tributação segundo o lucro real.

E passámos a ter depois de 1993, uma lei com formulação mais restritiva para o deveres de segredo bancário. Será que podemos concluir que ela vem criar zonas da contabilidade bancária que se encontram fora do acesso da inspecção da DGCI? Que os bancos podem desta forma recusar á fiscalização tributária o acesso a algumas zonas da sua contabilidade.

Mas se assim for surgem duas interessantes questões:

Primeiro a já referida extensão do princípio de proibição da prestação de informações «sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações destas com os seus clientes». Vimos já um exemplo do que pode resultar da interpretação simplista e literal desta norma, que a considere isoladamente, sem se preocupar com a possibilidade da existência de uma limite para o princípio que assim exprimiria.

Mas podemos configurar mais exemplos: será ele compatível com a publicação anual do balanço da empresa e da revelação do comportamento da conta, p. ex., dos «depósitos a prazo»?

Mas deixando estas questões que, uma segunda questão, mais séria do que a primeira deverá ser levantada:

Se desta nova regulamentação resulta a inacessibilidade de certas zonas da contabilidade bancária à investigação das autoridades fiscais, será esta norma compatível com o princípio constitucional da tributação das empresas

– incluindo as empresas bancárias – segundo o seu lucro real que só pode ter lugar se forem verificáveis os seus registos contabilísticos (17)?

Podemos ter em vigor no nosso ordenamento jurídico uma norma constitucional que ordena a tributação das empresas segundo o seu lucro real e uma outra que subtrai do controlo administrativo uma parte importante dos registos contabilísticos de algumas empresa?

Parece pois urgente procurar uma outra interpretação que salve a constitucionalidade da norma.

E por isso nos parece essencial interpretar esta norma levando em conta a sua inserção geral no ordenamento jurídico, considerando em particular o regime de punição penal para os casos de violação de segredo bancário e com as decisivas valorações legais que acompanham a criminalização de uma determinada conduta.

E já antes retirámos as devidas consequências da exclusão da ilicitude prevista pelo artº 185º.

Mas há que atentar agora também na forma como se efectua a previsão do crime no artº 184º do CP: pois não só as numerosas razões pelas quais se deve excluir demonstra o reduzido desvalor com que é vista a acção (pois logo após a previsão o legislador se apressa em especificar os casos em que por ela está justificada e por isso não é ilícita) como também não nos encontramos perante um crime de perigo: para que haja crime é necessário que haja a possibilidade de «prejuízo para o Estado ou para terceiro». Só em tais casos a conduta será punível.

E temos aqui algumas questões de grande importância para o centro da questão que aqui tratamos: resulta desta norma alguma possibilidade de estarmos perante um comportamento ilícito quando os responsáveis bancários franqueiam a sua escrita à observação da fiscalização tributária?

Que facto não seria ilícito sempre que fosse justificado por um interesse público, como o do controlo dos factos tributáveis, já o sabemos. Está tal determinado no artº 185º.

(17) Também não nos parece necessário sublinhar as duas políticas radicalmente opostas que encontramos nesta nova formulação do segredo bancário e da que se expressa na recepção no ordenamento interno da norma sobre a lavagem de dinheiro, publicado logo a seguir, embora por imposição comunitária. Pois sendo esta uma questão que se não pode nem deve equiparar à fraude fiscal vem criar mais um fundamento para a necessidade pública de reduzir a zona da privacidade bancária, com a partilha dos segredos desta com os tribunais e a polícia e exigir algum controlo sobre os únicos locais onde a privacidade do cliente do banco é uma valor sem limite: os paraísos fiscais. Sobre esta questão v. entre nós, FARIA COSTA, *O Branqueamento de Capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)* Boletim da Faculdade de Direito LXVIII (1992) 59-86.

Mas antes de irmos para aí, antes de tratar de um motivo para a exclusão da ilicitude há que perguntar se do exame da escrita de uma empresa pelas autoridades encarregadas do seu controlo, sujeitas a um dever de segredo fiscal tão exigente como o que impende sobre os dirigentes e funcionários das instituições de crédito, pode em algum caso resultar um «prejuízo» para a empresa fiscalizada, uma vez que para o Estado a pergunta não pode ter sentido.

Pois neste caso, não estamos perante um caso como o da intromissão em vida privada, previsto pelo artº 180TM, em que existe punição sem que se considere o resultado. Mostrando que o legislador penal aceita a existência de uma esfera de intimidade que tutela severamente.

Mas já no caso do segredo bancário, a lei faz depender a existência de crime do desvalor do resultado.

E se entendêssemos prejuízo na linguagem comum, poderíamos pensar que se pelo exame dos dados contidos na contabilidade de uma qualquer instituição de crédito se tivesse localizado uma qualquer infracção fiscal, então haveria um prejuízo para o infractor: mas quando o Código fala em prejuízo usa-o necessariamente no sentido preciso de violação de um direito ou interesse digno de tutela jurídica.

O que não é o caso: a empresa que é cliente do banco tem o direito a esperar que o seu banqueiro defenda os seus segredos comerciais.

Mas não tem o direito de esperar que a empresa bancária subtraindo a sua contabilidade aos olhares do fisco, impeça este de detectar os seus incumprimentos.

Até porque isto, em rigor, em nada põe em causa o segredo bancário, entendido como um garante da correcta concorrência entre empresas ou de defesa da privacidade das pessoas e como norma de conduta do banqueiro.

A administração fiscal tem também um dever de segredo (18), só podendo usar as informações que obtém para liquidar impostos, a não ser quando detecta crimes. A sua investigação pode apenas recair em factos que a empresa deve declarar. E não existe nenhum interesse atendível que ela posa opor a esta investigação que, em princípio, deverá apenas corroborar os elementos já conhecidos pela administração.

Temos pois que considerar o princípio do segredo bancário, tal como se encontra formulado pelo artº 78º do Regime Geral das Instituições de Crédito

(18) Porque também esta na aplicação dos impostos sobre o rendimento obtém dados que pertencem à esfera da privacidade do cidadão e na fiscalização das empresas toma conhecimento de inúmeros factos que a empresa tem o direito a não ver revelados.

e das Sociedades Financeiras, como destinando-se a criar aos clientes da banca a garantia de que não haverá, por parte desta a utilização ou aproveitamento dos dados de que esta dispõe para fins próprios censuráveis, que directamente quer indirectamente.

Pois só desta forma se poderá evitar a inconstitucionalidade da norma por motivo da sua incompatibilidade com o princípio constitucional da tributação das empresas segundo o lucro real. E só assim podemos compreender o acesso que é dado pelo artº 79º do Regime Geral à Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários às contas bancárias para evitar o falseamento do mercado de capitais. E só assim podemos entender também o regime criado pelo Decreto-Lei nº 313/93 que obriga os bancos a fazer uma comunicação às autoridades sempre que uma qualquer operação se mostra suspeita de constituir uma operação de branqueamento de capitais.

Não temos em Portugal o dever de cooperação da banca com a administração fiscal que constitui o modo mais comum de controlar o cumprimento das obrigações fiscais nos países mais evoluídos.

Nesse sentido vão as conclusões obtidas em outro estudo sobre esta matéria e que parte da interpretação textual da alínea e) do artº 79º do Regime Geral das Instituições de Crédito que enumera as excepções ao dever de segredo sendo uma dessas excepções «outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo».

Entendendo por expressamente qualquer coisa que diga respeito ao «próprio conteúdo da declaração e não à sua exteriorização».

Sendo essencial para isso que «a interpretação, solidamente apoiada no espírito da lei, permita, em qualquer caso, ter o legislador afastado o referido dever, enquanto dever de segredo bancário».

De onde conclui, com base em certas disposições da lei fiscal sobre o regime das contas poupança-habitação (nº II do DL nº 382/89, na redacção da lei 75/93 de 20/12) que existem alguns casos especiais de derrogação do segredo bancário, não havendo contudo um «dever genérico de cooperação com a administração fiscal» (19).

Não existe na verdade um dever geral de cooperação da banca com a administração como funciona em países mais evoluídos e que a pressão comunitária já levou à introdução entre nós no caso do branqueamento de capitais.

Mas a revogação expressa do segredo bancário em matéria fiscal exprime-se em dois níveis.

Primeiro nas tais derrogações expressas que indiscutivelmente existem:

(19) CONCEIÇÃO NUNES, *Os Deveres...* (1994) 56-60.

no caso trata-se de benefícios fiscais concedidos a troco do cumprimento de certas condições cabendo a verificação das mesmas às entidades bancárias.

E como sempre sucede quando se atribuem benefícios fiscais a certas operações bancárias (poupança de emigrantes, poupança-reformados, poupança-habitação p. ex.) o sistema pressupõe para que possa funcionar, que ao normal controlo da instituição de crédito sobre o cumprimento das condições se sobreponha o eventual controlo da administração sobre o cumprimento por parte da instituição de crédito dos poderes-deveres que lhe foram delegados: sem essa possibilidade de controlo público a concessão de benefícios não poderia ter lugar.

Mas exprime-se também num segundo nível pois o que temos aqui é um caso particular do processo mais geral que leva à tributação com base num lucro calculado pelo contribuinte através da sua contabilidade (o lucro real) ou à gestão de benefícios fiscais com o controlo de requisitos a cargo de um particular, sempre com base na responsabilização directa deste.

Responsabilização que não pode existir se o controlo administrativo não puder ter lugar: e ele só pode ter lugar mediante o acesso da administração aos registos comerciais do contribuinte.

Qualquer outra interpretação extraída da lei significa a negação radical dos pressupostos de funcionamento do sistema.

E por isso, o segundo tipo de derrogação, é a já referida possibilidade de acesso à escrita para controlar o lucro real dos bancos que é condição sine qua non da sua tributação segundo o lucro real.

5. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDADE DO SEGREDO BANCÁRIO

Verifiquemos contudo, por razões meramente cautelares, se uma outra interpretação se torna possível: ou seja se se pode aceitar que existem em Portugal dois tipos de contribuintes.

O primeiro composto pela generalidade das empresa terá o seu lucro determinado de acordo com o rendimento real, sujeitando-se para isso à respectiva fiscalização.

O segundo, composto pelas instituições financeiras, teria também o seu lucro determinado pelo rendimento real, mas sem estar sujeito a fiscalização.

Numa manifesta violação do princípio da igualdade.

Existiria um conjunto de contribuintes – neste momento todas as instituições financeiras que se encontra sujeitas a este regime pelo nova lei do

segredo bancário e não apenas os bancos – que poderiam eximir-se às dificuldades e aos custos da sujeição ao controlo público enquanto as outras empresas o não poderiam fazer.

Mas será esta a boa interpretação do regime do segredo fiscal tal como se encontra regulado entre nós?

Como escreve JORGE MIRANDA ao colocarem-se dúvidas sobre a interpretação de uma norma, deverá ser escolhido «um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental» (20).

Estamos pois na interpretação de acordo com a constituição sempre que podemos convocar para a resolução específica de um problema de definição do sentido da lei um princípio constitucional que a interpretação deverá respeitar sob pena de inconstitucionalidade,

E esse sentido necessário e possível é o que aponta para a compatibilização entre o segredo bancário e os deveres inspectivos da administração fiscal, sem violação do princípio constitucional da igualdade entre os contribuintes.

O princípio constitucional expresso é o da tributação segundo o lucro real que tem que ser considerado como uma concretização constitucional do princípio da igualdade que exige uma distribuição justa dos encargos tributários entre os contribuintes (21).

E essa tributação do lucro real tem como suporte a possibilidade da investigação administrativa dos elementos que a suportam: a consagração de um sistema de isenção de fiscalização para bancos, caixas de crédito agrícola mútuo, sociedades de investimento, sociedades de locação financeira, sociedades de factoring, sociedades financeiras de aquisição a crédito, e ainda outras empresas que a lei qualifique como instituições financeiras iria pôr em causa, além da possibilidade de estas instituições serem tributadas de acordo com o seu lucro real (22), a validade dos documentos que registando as transacções entre estas empresas e os seus clientes constituem os documentos comprovativos dos lançamentos contabilísticos que servem de prova dos custos dessas empresas.

Teria pois um conjunto de consequências que, caso prevaleça tal interpretação, têm que ser devidamente ponderadas.

(20) Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional II V.* (Coimbra, 1988) 232.

(21) Essa solução justa dos problemas da interpretação tem um valor essencial nos problemas fiscais da interpretação conforme com a constituição. Sobre isto BIRK, *Verfassungskonform Auslegung im Steuerrecht*, *StuW* 4/1990 305-306

(22) Embora a possibilidade de tributar um banco por outra forma que não de acordo com o seu balanço seja tão absurda só possa ser considerada com um argumento ad terrorem.

COMUNICAÇÕES
