

J. L. SALDANHA SANCHES

**ESTUDOS
DE DIREITO
CONTABILÍSTICO
E FISCAL**



Coimbra Editora

2000

ÍNDICE

PROBLEMAS JURÍDICOS DA CONTABILIDADE

	Págs.
1. O direito contabilístico e as suas fontes	7
1.1. A autorregulação dos corpos profissionais como fonte de princípios contabilísticos	10
1.2. Incertezas e dificuldades na decisão contabilística	14
1.3. As origens metodológicas dos <i>Accounting Standard</i>	22
1.4. Princípio e caso no ordenamento jurídico	28
2. A determinação do direito vigente	33

AS NOVAS REGRAS DO DIREITO CONTABILÍSTICO (Nota de actualização)

1. O estado da questão	41
2. Auto-regulação e homologação	42
3. Os <i>International Accounting Standards</i> (IAS) e a criação de mercados globais	45
4. Da Câmara dos Revisores à Ordem dos Revisores Oficiais de Contas	47

O ACTIVO IMOBILIZADO: A JURISDIFICAÇÃO DE UM CONCEITO ECONÓMICO

1. A construção de um conceito jurídico	49
2. Capital fixo e capital circulante	51
3. Activo immobilizado e activo circulante (existências)	54
4. A inscrição de um activo no balanço: trespasse e outras despesas de aquisição	60
5. O activo immobilizado e a jurisprudência	64
6. O grau de precisão do conceito	65

SOBRE A HIPÓTESE DE UM IMPOSTO SOBRE O PATRIMÓNIO DAS EMPRESAS

	Págs.
1. O imperativo constitucional de tributação segundo o lucro real	67
2. A Constituição fiscal material	69
3. Rendimento normal e rendimento real	70
4. Determinação através da contabilidade e segurança jurídica	72
5. Os limites do princípio	75
6. Os problemas da praticabilidade	76
7. A hipótese «sinais exteriores de riqueza»	78
8. O direito de opção do contribuinte	79
9. As consequências do princípio da igualdade	80
10. Conclusão	82

A SITUAÇÃO ACTUAL DO SIGILO BANCÁRIO: A SINGULARIDADE DO REGIME PORTUGUÊS

1. Intimidade e reserva da vida particular	88
2. Dever de declarar os rendimentos e tributação com base mundial	93
3. A igualdade na aplicação da lei	96
4. Conclusão	99

SEGREGO BANCÁRIO E TRIBUTAÇÃO DO LUCRO REAL

1. Colocação do problema	101
2. Intimidade e privacidade	102
3. O âmbito de protecção da norma	108
4. O princípio constitucional da tributação do lucro real das empresas	112
5. Problemas de constitucionalidade do segredo bancário	121

O DIREITO PROCESSUAL FISCAL

1. Processo administrativo e processo fiscal	126
2. As especificidades do contencioso tributário	129
3. O procedimento	130
4. A prova	133
5. O processo fiscal de contra-ordenação	134
6. O processo de execução fiscal	134

A SITUAÇÃO ACTUAL DO SIGILO BANCÁRIO: A SINGULARIDADE DO REGIME PORTUGUÊS (*)

Sumário: 1. Intimidade e reserva da vida particular. 2. Dever de declarar os rendimentos e tributação com base mundial. 3. A igualdade na aplicação da lei. 4. Conclusão

Os modernos sistemas fiscais em que a tributação do consumo ou do rendimento é feita com base na cooperação do contribuinte têm uma condição de funcionamento eficaz e de distribuição equitativa da carga fiscal: o suporte de uma sistema de controlo administrativo que permita tornar excepcional o incumprimento da lei.

E isso implicou, na quase totalidade dos países desenvolvidos, a criação de um sistema de verificação das declarações com base em informações de natureza financeira: levando por isso a que o sigilo bancário não pudesse ser oposto ao sistemas de auditoria fiscal da Administração.

A delimitação dos poderes da Administração fiscal perante as instituições financeiras, quanto à recolha de informação relevante para determinar o grau de cumprimento dos deveres fiscais e a veracidade das declarações tributárias, passou assim a constituir um dos pontos mais interessantes de diferenciação dos diversos ordenamentos jurídico-tributários. Com uma distinção muito clara entre os sistemas dos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento.

(*) Publicado em «Estudos do Direito Bancário» (Coimbra, 1999).

Nos países com um Estado de direito consolidado — *grosso modo*, os países industrializados que integram a OCDE — a possibilidade de controlo da declaração dos contribuintes pelo recurso a informações rotineiras obtidas junto de terceiros — nomeadamente as instituições financeiras — constitui uma parte integrante dos chamados sistemas de informação. Funcionando dentro de um sistema de recolha e partilha de informação essencial para a gestão do sistema fiscal e para outras manifestações — pensões, acesso aos sistemas de saúde pública — da Administração prestadora (1).

Em alguns destes países — Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia, França — a questão tem sido aceite pacificamente. E por isso não tem sido colocada pela doutrina ou pela jurisprudência.

Em outros países, como sucedeu com a Espanha e a Alemanha, a controvérsia sob a admissibilidade do acesso da Administração fiscal às informações bancárias tem conduzido a um acesso sistematizado — como sucede na Espanha — ou uma situação de acesso administrativo restringido com deveres de cooperação da banca apenas em certos casos, como sucede na Alemanha; com uma forte crítica da doutrina e da jurisprudência em relação às restrições existentes.

Em outros países europeus, como sucede na Suíça e no Luxemburgo, o segredo bancário tem sido usado como um forma de garantir o acesso de capitais de não-residentes: temos desta forma um segredo bancário basicamente para uso externo que,

(1) Os sistemas mais avançados neste campo são os dos Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia com amplo recurso à recolha informática de informações e às declarações e pagamentos por igual via. JENKINS (org. por...), *Information Technology and Innovation in Tax Administration* (The Hague, 1996), Nessa recolha de estudos do International Tax Program da Universidade de Harvard recolhem-se também as positivas da reforma fiscal e administrativa em Espanha (LASHERAS, *Tax Administration and Information Systems in Spain*) e as medidas de outsourcing, mesmo no campo da auditoria fiscal, de países com uma forte tradição de corrupção como o México (GIL DIAZ, *Reforming Mexico's Tax Administration*).

em especial no caso suíço, tem sido objecto de sucessivas restrições especialmente em caso de investigação de delitos criminais.

Mas se nos deslocarmos para o Brasil, a situação é menos clara: uma norma do Código Tributário Nacional exige a colaboração da banca com Administração fiscal mas parece haver dúvidas sobre a sua aplicabilidade (2). Ao que parece, a norma não é acatada pelo sistema financeiro.

Do ponto de vista do conjunto dos países desenvolvidos estas questões têm sido tratadas pela OCDE.

E nos últimos anos, com o fim generalizado do regime de controlo de câmbios, à medida que a construção europeia e a celebração de acordos globais de comércio tornavam mais fácil a circulação de capitais, a necessidade da cooperação entre as autoridades fiscais e a troca de informações entre os mesmos tornou-se uma questão ainda mais importante para os países industrializados.

E a OCDE começou a abordar sistematicamente os limites do segredo bancário. Perante as questões gêmeas da lavagem de dinheiro e da fraude fiscal.

Tendo sido obtida numa vasta maioria de países (as principais resistências vêm, como é natural, do Luxemburgo e da Suíça) um consenso quase geral sobre a necessidade de utilizar a informação bancária para objectivos fiscais.

Mas num sentido exactamente oposto a esta evolução, em Portugal verifica-se o reforço das prerrogativas das entidades financeiras quanto a uma não cooperação com a Administração fiscal.

Reforço que foi feito pelo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31

(2) «O sigilo bancário é também um, por tudo isto, um direito subjectivo da personalidade e, como tal, absoluto, indisponível, irrenunciável, imprescritível». AMARAL NETO, *O Sigilo Bancário no Direito Brasileiro*, in *Sigilo Bancário*, Instituto de Direito Bancário (Lisboa, 1997), p. 67. Mas cita-se depois um artigo que parece inequívoco sobre o dever de cooperação da banca com a Administração fiscal. Norma essa que, segundo o autor, é contrariada por outras normas podendo, por isso, o sigilo bancário ser oposto à Administração fiscal.

de Dezembro) que se insere assim numa surpreendente viragem do nosso ordenamento jurídico; e surpreendente por ter sido feita ao invés das tendências que encontramos nos países mais desenvolvidos, que são também aqueles onde o Estado de Direito e as efectivas garantias do contribuinte atingiram maiores níveis de consolidação.

1. INTIMIDADE E RESERVA DA VIDA PARTICULAR

Entre os argumentos avançados como sendo impeditivos da obtenção de informação como fins fiscais junta das entidades financeiras está que a utilização destas informações iria constituir uma inaceitável restrição de direito à intimidade que iria sofrer uma inaceitável pelos elementos que a Administração fiscal poderia obter junto das instituições financeiras.

Mas o que é, e em que consiste, o direito à intimidade?

Procurando conseguir uma distinção entre o direito à reserva da «vida privada» e a «intimidade da vida privada», P. MOTA PINTO conclui que esse constitui o «domínio mais particular que seria o que normalmente se exclui de todo o conhecimento alheio».

Trata-se no fundo de encontrar dentro da zona relativamente larga da vida particular, considerada como aquela que deve ser objecto de reserva que pode ser limitada por um interesse legítimo — mas apenas por um interesse legítimo ⁽³⁾ — uma outra zona que constitui um último reduto: precisamente aquele cuja violação, em princípio permitida apenas em caso de investigação criminal, constitui um sério dano pessoal para quem suporta a investigação. Ou, repetindo a feliz expressão de P. MOTA PINTO, «o que normalmente se exclui de todo o conhecimento alheio».

E por isso se pode identificar o paradigmático *right to privacy* da jurisprudência constitucional norte-americana como um direito cujo conteúdo essencial permite a sua equiparação à

⁽³⁾ P. MOTA PINTO, *O Direito à Reserva...* (1993), p. 565.

«intimidade da vida privada e familiar» da ordem jurídica portuguesa ⁽⁴⁾.

Há um direito constitucional à intimidade no modo como este direito tem sido construído pela jurisprudência constitucional norte-americana porque «os indivíduos têm o direito de tomar as suas decisões sobre questões que lhes são para eles pessoais e íntimas, livres da vigilância e dos imperativos morais dos restantes cidadãos» ⁽⁵⁾.

Podemos nesse sentido encontrar uma equiparação entre *privacy* e intimidade, equiparação tanto mais certa quanto as questões da *privacy* na jurisprudência da *Supreme Court* dizem sempre respeito a questões claramente íntimas no sentido de questões conexas com as escolhas e vivências mais impregnadas de subjectividade de um qualquer cidadão ⁽⁶⁾.

À distinção entre a intensidade da protecção à intimidade entendida como as manifestações mais profundas (e por isso com mais necessidade de resguardo e ocultação) da subjectividade de cada cidadão e as zonas onde a protecção, continuando a existir,

⁽⁴⁾ Como faz RITA AMARAL CABRAL, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha (Lisboa, 1989), p. 381.

⁽⁵⁾ DWORKIN, *Who Bork's Defeat Means, Freedom's Law — The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge Massachusetts, 1996), p. 282. Esta ideia de um direito à intimidade pode ser já encontrada no discurso de Péricles aquando das homenagens fúnebres prestadas aos atenienses mortos em combate quando ele inclui entre as liberdades de Atenas a de estar livre de olhares que mesmo sem intenção maldosa são em si mesmo ofensivos. TUCÍDIDES, *A Guerra do Peloponeso*, na edição STRASSLER, *The Landmark Thucydides — A Comprehensive Guide to the Peloponnesian War* (New York, 1996), p. 112.

⁽⁶⁾ A lista dos casos da *privacy* é a melhor demonstração da natureza destes problemas; neles se trata do poderes de busca da polícia, dos limites à invasão da imprensa, dos poderes de fiscalização das entidades patronais, do uso de contraceptivos e da realização de abortos. Ver a sriação em ALDERMANN/KENNEDY, *The Right to Privacy* (New York, 1997), ou os exemplos usados por JEB RUBENFELD, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 102, n.º 4 (1989), pp. 737-807, para vermos que se trata de tudo menos de questões patrimoniais.

é menos intensa, cabe assim um papel decisivo na interpretação do texto constitucional (7).

Mas tal distinção não foi seguida pelo Tribunal Constitucional português quando teve de escrutinar a constitucionalidade de uma lei que concedia à Inspeção Geral de Finanças a possibilidade de obter a cooperação das entidades bancárias para a investigação de certos crimes: o disposto no n.º 1, alínea e), do artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 513-Z/79 (8).

A pergunta de onde parte a decisão do Tribunal Constitucional está contida no meio da argumentação: constituirão «os dados relativos à situação económica de uma pessoa em poder de estabelecimentos bancários, respeitantes designadamente às suas contas de depósito e movimentos destas e a operações bancárias, cambiais e financeiras» elementos que integram o conceito de intimidade pessoal? Estarão assim contidos no «âmbito de protecção do direito à intimidade constitucionalmente protegida»?

Perante esta questão central e depois de percorrer alguma doutrina o Tribunal Constitucional vai afastar implicitamente a distinção entre esfera íntima e esfera reservada e concluir que «através da análise da investigação e análise das contas bancárias, torna-se assim possível penetrar na zona mais estrita da vida privada».

Vindo a concluir que a possibilidades de fiscalização concedidas à Inspeção Geral de Finanças constituíam uma restrição ilegítima ao direito de intimidade da vida privada contido no artigo 26.º da CRP.

O que quer dizer que a distinção entre intimidade e zona de reserva e discrição, entre os comportamentos que dizem por essência respeito às zonas de mais intensa subjectividade — cuja expo-

(7) CANOTILHO/MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. (Coimbra, 1993), p. 182, propõe um conceito de vida privada em oposição entre a distinção entre a esfera pessoal íntima e a esfera privada; e um conceito com uma «referência civilizacional sob três aspectos (1) o respeito dos comportamentos (2) o respeito do anonimato (3) o respeito da vida em relação». O que conduz a resultados equivalentes.

(8) ATC n.º 278/95.

sição 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.

E esta negação da distinção entre as várias zonas da privacidade — que corresponde a uma recusa de ponderação dos bens jurídicos implicados — conduziu o Tribunal Constitucional a declarar a inconstitucionalidade da norma. Na verdade o que este tribunal fez foi criar um conceito tão vasto de intimidade que o faz abranger meras manifestações da situação patrimonial de cada indivíduo.

Caminho inverso e uma construção jurídica menos esquemática seguiu o Tribunal Constitucional espanhol quando teve de julgar a constitucionalidade de uma norma que concedia poderes de controlo à Administração fiscal em relação à situação bancária dos contribuintes.

Na apreciação da constitucionalidade da lei que permitia o controlo administrativo das contas bancárias o Tribunal Constitucional espanhol realizou uma distinção entre intimidade pessoal e familiar e a «intimidade económica» onde a protecção constitucional é menos intensa (9).

E procura fazer uma distinção entre a violação da intimidade como consequência de uma análise das contas bancárias — colocando a hipótese de uma recusa de cooperação por parte do contribuinte se tal eventualidade se verificar — e a violação directa da intimidade: uma vez que esta não pode resultar de uma mera análise de movimentos bancários (10).

A violação indirecta da intimidade — sempre possível quando se detectam gastos ou movimentos financeiros — tem contudo a sua origem efectiva não na atribuição de um dever de cooperação

(9) MARTIN QUERALT/LOZANO SERRANO/POVEDA BLANCO, *Derecho Tributario* (Pamplona, 1997), pp. 156-157.

(10) A decisão do tribunal e o respectivo comentário pode ser encontrado em RUIZ GARCIA, *Secreto Bancario Y Hacienda Publica (el Deber de Colaboration de las Entidades Bancarias en el Procedimiento de Gestion Publica)* (Madrid, 1988), pp. 58-69.

ao banco para com a Administração fiscal mas sim numa outra opção legislativa: o dever de declaração de rendimento atribuído a todos os residentes de um certo país:

Se um qualquer cidadão se vê compelido, por razões atendíveis e não ilícitas, a realizar pagamentos que estão ligados a circunstâncias não quer que sejam conhecidas, vão surgir, como a consequência necessária de tais pagamentos, rendimentos que por razões de natureza pessoal se pretendem ocultar da Administração fiscal.

E que se pretende ocultar, sublinhemos, por razões de natureza puramente pessoal: na hipótese, habitualmente aventada pela doutrina, de pagamento de uma pensão a um filho nascido fora do casamento e que não tenho sido objecto de reconhecimento — um dever de alimentos sem um fundamento jurídico formal — poderemos ter o caso de um rendimento que pode suscitar alguns problemas fiscais.

Em especial nos regimes fiscais como o nosso que elegeem como centro da imputação do imposto sobre o rendimento pessoal o agregado familiar. E se tal pagamento for feito mediante o sistema bancário a sua detecção poderá levar à já referida violação indirecta da intimidade.

Mas aqui a resposta para esta circunstância particularíssima passa necessariamente pelo segredo fiscal: e de *jure condendo* pela tributação individual do rendimento em oposição à tributação do agregado familiar.

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 fiscais.

E foi a ponderação destas circunstâncias que justificou a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que aceitando o dever de cooperação da banca com a Administração fiscal conduziu à formulação existente no n.º 3 do artigo 111 da *Ley Generale Tributaria*:

«*El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este articulo [deveres gerais de cooperação com a Administração fiscal] no podra amparar-se en el secreto bancario*».

Tal como o fez o Tribunal Constitucional Italiano que ao analisar as normas que criaram o dever de cooperação da banca com

a Administração fiscal afirmou que o dever de reserva que cabe aos bancos não cria no «*singoli clienti delle banche una posizione giuridica sogettiva costituzionalmente protetta, né, men che meno, un diritto della personalità poiche la sfera di riservatezza contribuente la quale vegono, di solito, circudati I conti o operazione degli utenti dei servizi bancari è direttamente strumentale all'obiettivo della sicureza o del buon andamento dei traffico commerciali*»⁽¹¹⁾. O que não pode deixar de ter reflexos em matéria penal e fiscal.

Levando-nos também à conclusão que o conceito de intimidade que parece ser adoptado pelo Tribunal Constitucional português pode ser compaginado com a tributação do rendimento com base na declaração do contribuinte.

2. DEVER DE DECLARAR OS RENDIMENTOS E TRIBUTAÇÃO COM BASE MUNDIAL

Se a inexistência de lesão de um bem com a importância da intimidade permite explicar as razões pelas quais o segredo bancário pode ser objecto de restrições resta explicar a causa de tais restrições e a razão que levou a que elas se tornasse a normal regra do jogo entre a Administração fiscal e o contribuinte no Estado Fiscal contemporâneo.

E essas razões podem ser encontradas nalgumas opções básicas dos ordenamentos jurídico-tributários que constituem hoje o modelo fiscal comum do Estado Social de Direito.

A tributação do rendimento segundo o princípio da capacidade contributiva implicou, como consequência natural desta opção, a tributação como base mundial (*worldwide*) dos que sendo residentes num determinado país se encontram na situação dita de sujeição ou obrigação ilimitada⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ FAVA, *Il segreto bancario. Quale segreto?*, Il Fisco, 33/97, p. 9594.

⁽¹²⁾ Sobre esta figura veja-se, entre nós, ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional (A Tributação das operações Internacionais)* (Coimbra, 1993), HAARMAN (org. por...), *Die beschränkte Steuerpflicht* (Köln, 1993).

O que teve duas importantes consequências:

A primeira foi que a tarefa primária de aplicação da lei fiscal passou a consistir na detecção de todos os rendimentos de todos os contribuintes. Todos os rendimentos de todas as origens. Uma vez que sem essa detecção se poderia cumprir o desiderato da correcta distribuição dos encargos tributários.

O que eventualmente poderia ser feito mediante a atribuição a uma entidade pública da investigação e da recolha de dados sobre a situação patrimonial de cada cidadão (o que podemos chamar o modelo penal) ou, em alternativa, de um dever atribuído a cada cidadão de prestar de forma periódica informações sobre todos os rendimentos de que é titular (o modelo *self-assessment* ou de autoavaliação).

Mas qual dos dois modelos pode manter em nível mais moderado a intromissão do Estado na esfera particular do cidadão?

É sem dúvida a adopção do segundo modelo, o modelo de autoavaliação⁽¹³⁾ que pode em última análise contribuir para limitar a intromissão do Estado na esfera privada do cidadão. Uma vez que esta intromissão vai ser limitada a um papel subsidiário de controlo e de punição de actos ilícitos.

A lei fiscal torna-se uma *regula agendi* a ser aplicada directamente por cada cidadão e a intervenção pública fica reservada para os casos de incumprimento.

Ainda que à custa da generalização dos deveres declarativos — o contribuinte declara para que a Administração fiscal não tenha que investigar ou possa reduzir o objecto da sua investigação — o mais importante dos quais é o dever de declarar os rendimentos. Dever que constitui assim mesmo uma restrição, imposta

⁽¹³⁾ Sobre o sistema de autoavaliação criado nos Estados Unidos e introduzido há pouco pela administração Thatcher no Reino Unido ver JAMES, *Self-assessment in Income Tax*, BTR (1994), p. 204; GREEN, *Self-assessment: a New Era for United Kingdom Taxpayers, but what about the Costs?*, BTR (1996), pp. 107-119.

pela existência de um Estado Social de Direito que implica o aumento dos gastos públicos, à esfera particular do cidadão. Este passa a ter um dever, sob pena de sanções, de informar o Estado sobre a sua exacta situação patrimonial.

Mas para que tal dever não seja apenas um comando apenas aplicável a um segmento da população — por exemplo, os que trabalham por conta de outrem — impõe-se a criação de sistemas de controlo eficazes, não demasiado dispendiosos nem com um grau excessivo de poderes atribuídos à Administração fiscal, que garantam o cumprimento da lei.

E isso levou à criação de sistemas de informação que passam pela análise dos dados bancários que significa apenas uma verificação pública dos deveres de cumprimento declarativo.

Como forma de verificar se o contribuinte procedeu efectivamente à declaração de todos os seus rendimentos e dos seus rendimentos de todas as origens⁽¹⁴⁾: o que justifica também a crescente importância que tem sido dada aos mecanismos de troca de informações entre as diversas administrações fiscais, já prevista no acordo modelo da OCDE⁽¹⁵⁾.

E a recente preocupação da OCDE com a utilização das informações da banca para evitar a fraude fiscal e evitar a concorrência desleal em matéria fiscal.

⁽¹⁴⁾ Evidentemente não encontraríamos nenhuma destas dificuldades e problemas se reduzíssemos suficientemente as despesas públicas para podermos à tributação do lucro normal que conduz «simplicidade e economia, tanto no cumprimento dos deveres formais, por parte dos contribuintes, como no desenvolvimento da actividade dos serviços fiscais». SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal* (Coimbra, 1994), pp. 519-520. Dispensando as declarações de rendimentos e permitindo a plena reintrodução do sigilo bancário.

⁽¹⁵⁾ Na formulação desse acordo-modelo o art. 26.º mereceu uma reserva de Portugal, tal como da Suíça. A reserva de Portugal, nunca explicada, foi no sentido de considerar com «direito a aplicar o art. 26.º segundo a versão do Projecto de Convenção de 1963». *Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património* (Centro de Estudos Fiscais, 1995), p. 294. Note-se contudo que a posição da Suíça a este respeito é bastante mais coerente que a portuguesa.

3. A IGUALDADE NA APLICAÇÃO DA LEI

Os sistemas de tributação com base no rendimento e a atribuição de uma igualdade de tratamento a todos os contribuintes, constituem assim uma concretização do princípio da igualdade fiscal na medida em que a «igualdade fiscal exige não apenas a igualdade na legislação mas também a igualdade na aplicação da lei».

E foi exactamente com esta dimensão da *law in action* do princípio da igualdade fiscal que se defrontou o *Bundesverfassungsgerichte* ao tratar dos problemas constitucionais ligados a um imposto sobre os juros de depósitos, onde surgiram dificuldades de cobrança dado o regime (excepcional entre os países desenvolvidos) de limitações da possibilidade de acesso da Administração fiscal alemã ao sistema bancário nacional.

A mesma questão tinha sido colocada entre nós, aquando da reforma fiscal, na discussão sobre a unicidade ou não unicidade do imposto de rendimento pessoal: tendo a reforma fiscal sido feita na base de um programa constitucional que visava criação de um imposto único sobre o rendimento, a tributação de formas de poupança na altura tão generalizadas como os depósitos a prazo ia chocar com o segredo bancário. Uma vez que o controlo efectivo do cumprimento da lei, que só poderia ser feito mediante uma comparação entre os rendimentos declarados e as suas contas bancárias, estava à partida excluído ⁽¹⁶⁾.

O resultado deste choque entre os impulsos reformadores e a vaca sagrada do segredo bancário português foi a criação de um sistema em que as taxas liberatórias (excepcionais) se vieram sobrepor à tributação regra, do rendimento englobado num único

⁽¹⁶⁾ Sobre a questão dos rendimentos protegidos pelo sigilo bancário e pelo anonimato v. MIGUEL CADILHE, *Em Defesa da Reforma Fiscal*, Fisco, n.º 3 (1989), p. 34. Para uma reanálise desta questão alguns anos depois Jorge costa santos, *O Desenvolvimento da Reforma Fiscal e a Tributação dos Valores Mobiliários*, Fisco, n.º 78/79 (1996), p. 6, e, para uma síntese global, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Evolução e Situação da Reforma Fiscal*, CTF n.º 387 (1997), pp. 9-47.

sujeito passivo. Criando-se assim um sistema de taxas liberatórias para residentes que ALBERTO XAVIER (e também TEIXEIRA RIBEIRO) considera «evidentemente inconstitucionais, não só por violarem o princípio da progressividade [...] mas também por violarem o princípio da igualdade e da capacidade contributiva» ⁽¹⁷⁾.

Mas enquanto em Portugal a tributação dos depósitos a prazo por retenção na fonte constituía um regime fiscal privilegiado existente antes da reforma, sem deveres de englobamento e por isso sem personalização, na Alemanha sucedia precisamente o contrário:

Os juros dos depósitos bancários deviam ser englobados e tributados: mas considerando que havia algum incumprimento o legislador criou uma retenção na fonte sobre os juros dos depósitos a prazo, como um pagamento por conta o que provocou uma forte reacção do contribuinte.

A solução alternativa, defendida entre outros por KLAUS TIPKE, seria a eliminação completa do sigilo bancário ⁽¹⁸⁾, com a concessão de uma amnistia para as irregularidades a cuja detecção o levantamento do sigilo necessariamente conduziria ⁽¹⁹⁾.

Razões de natureza política, amplamente criticadas pela maioria da doutrina, levaram à opção pelo regime de retenção na fonte.

⁽¹⁷⁾ ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário...* (1993), p. 374, nt. 26. As taxas liberatórias, ao permitirem a existência de rendimentos num espaço juridicamente quase-vazio na medida em que dispensam a declaração podem criar as maiores dificuldades para um combate efectivo à fraude fiscal que inclui sempre um elemento de relação entre rendimentos declarados e sinais exteriores de riqueza.

⁽¹⁸⁾ Apesar de tal sigilo conhecer, ao contrário do nosso, numerosas restrições com possibilidades de investigação de casos concretos por parte da Administração fiscal: mas sem a integração num puro sistema de informação informático como sucede nos países inicialmente referidos uma vez que não existe um obrigação de proporcionar informações periódicas e regulares. Para uma descrição dos contornos do sistema TIPKE/LANG, *Steuerrecht*, 15.º (Köln, 1996), pp. 778-760.

⁽¹⁹⁾ E num sentido semelhante se pronunciou WERNER FLUME. TIPKE, *Über «richtiges Steuerrecht»*, *StuW/1988*, 277, num número especial do *Steuer und Wirtschaft* dedicado aos «WERNER FLUME 80 JAHRE».

O que provocou um intenso movimento de fuga de capitais, como sempre originada pelo esforço de reduzir a tributação alcançando uma economia fiscal, e não pela existência ou inexistência de segredo bancário ⁽²⁰⁾.

A opção residia assim ou na manutenção do § 30-A da *Abgabenordnung* que cria limitações ao controlo administrativo da situação bancária do contribuinte ou na adopção de um sistema de informação que reforçasse a eficácia das medidas contra a fraude fiscal.

E a manutenção do § 30-A, como decisão de natureza política ⁽²¹⁾ com a criação de outros (mais complexos) meios de combate à fraude fiscal, veio sofrer posteriormente a crítica do *Bundesverfassungsgerichte*.

Ao tratar da questão da constitucionalidade da tributação dos capitais o Tribunal Constitucional alemão considerou esta norma como um obstáculo estrutural à aplicação que deveria permitir a obtenção de uma igualdade na aplicação da lei ⁽²²⁾. É obstáculo

⁽²⁰⁾ Sobre a fuga de capitais para o Luxemburgo que esta tributação provocou, KLOTZ, *Über den Verfall der Guten Sitten im Steuerrecht FS KLEIN* (Köln, 1994), pp. 292-293.

⁽²¹⁾ Defendida pela democracia-cristã e atacada pela oposição social democrata que invocava o exemplo dos Estados Unidos da Dinamarca e desde 1988 da Holanda. Sendo estes últimos países casos exponenciais da pequena economia aberta e sem qualquer controlo quanto ao movimento de capitais. Sobre este debate, AO — *Kommentar*, § 30-A, an 1, TIPKE-KRUSE (Outubro 1997).

⁽²²⁾ TIPKE/LANG, *Steuerrecht...* (1996), p. 771. Ver também as críticas de TIPKE-KRUSE, AO, § 30-A, an. 2 (Outubro 1997) No mesmo sentido, considerando o § 30-A inconstitucional, BIRK, *Steuerrecht I Allgemeines Steuerrecht* (München, 1994), pp. 216-217. ARNDT, *Grundzüge der Allgemeinessteuerrecht*, 158, afirma também que os defensores desta norma não usam argumentos jurídicos mas sim argumentos económicos agitando o espantinho da fuga de capitais. Considerando também que os deveres de cooperação da banca previstos no § 93 da AO não atinge a liberdade de actuação da banca EILERS, *Die Steuergheimniss als Grenze des internationalen Auskunftverfahren* (Köln, 1987), p. 35. O § 30-A da AO sobre o segredo bancário é também considerado por MUSSNUG «uma norma injustificável, quase grotesca, profundamente dúbia na perspectiva constitucional», MUSSNUG, *La Prova utilizzate dall'Amministrazione Finan-*

estrutural ao cumprimento que implicava uma desigualdade inaceitável de tratamento entre as várias categorias de contribuintes.

Tratando de forma diversa os contribuinte com rendimentos de trabalho — que vêem os seus rendimentos ser sempre comunicados à Administração fiscal — e os contribuinte que têm rendimentos de capital.

4. CONCLUSÃO

A criação de um sistema de informação que englobe a situação bancária do contribuinte não é a única forma de combate à fraude fiscal em especial quanto ao problema do controlo fiscal das pequenas e micro empresas.

Poderemos eventualmente construir sistemas que o dispensem: mas serão certamente mais caros, mais inseguros e menos eficazes do que os que assentem na informação financeira.

Em especial na sociedade da informação e na *cashless society* que permite uma economia mais ágil e mais eficaz mas que coloca problemas novos aos mecanismos de controlo.

Por isso mesmo no balanço realizado na OCDE sobre a lavagem de dinheiro e a fraude fiscal se afirma que uma vez que a confidencialidade nas relações banco-cliente pode ser «abusivamente utilizada para esconder actividades ilegais e para fugir à tributação» «a maioria dos países membros da OCDE chegaram à con-

ziaria con particolare Riguardo alle Presunzione e al Segreto Bancario, in *L'accertament Tributario nella Comunità Europea*, PIETRO (org. por...) (Milano, 1997), p. 68. Mas a crítica mais certa aos argumentos jurídicos a favor da oponibilidade do sigilo bancário veio de CANARIS, *Handelsgesetzbuch- Grosskommentar*, tomo 3 (Berlin-New York, 1981), n.º 3, quando este afirma que utilizar o argumento da violação da intimidade neste caso equivale uma banalização do conceitos de intimidade e dignidade humanas. Entre nós, defendendo a concepção do sigilo bancário que encontramos apenas na América Latina e que considera conforme à «panorâmica actual da doutrina» que, como vimos, tem um sentido inteiramente oposto, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário* (Lisboa, 1998), p. 324. Ver, neste mesmo sentido, AMARAL NETO, *O Sigilo Bancário no Direito Brasileiro* (1997), p. 70.

clusão que, neste contexto, as autoridades fiscais não deviam ser tratada como terceiros mas devia-lhes ser assegurado um acesso privilegiado à informação bancária com finalidades fiscais» (23).

A invocação do sigilo bancário como um direito do contribuinte que este pode opor ao Estado constitui por isso um claro anacronismo perante a situação económica e os aspectos fundamentais do ordenamento jurídico do Estado Social de Direito.

É cada vez mais anacrónica em relação ao modo como se organizam hoje os sistemas económicos.

Foi esta situação que levou a Comissão Silva Lopes no seu relatório (24) depois de uma cuidadoso exame da situação em outros países permitir o acesso da Administração fiscal à informação bancária (25).

Como condição *sine qua non* de exequibilidade para o sistema fiscal português.

(23) OCDE, DAFE/CFA/WP (97) 1/REV3 3. E note-se que o Luxemburgo e Portugal são os únicos país da OCDE onde a Administração fiscal não tem acesso a informação bancária no caso da investigação de uma determinada pessoa suspeita de fraude fiscal. Mesmo na Suíça isso é possível. Ver a lista de p. 23 deste relatório. A singularidade da posição portuguesa (sempre na companhia do Luxemburgo) é também assinalada no relatório OCDE DAFE/CFA/WP8 (97) 14/REV1 05-Maio-1998, pp. 19-20.

(24) *Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal*, Ministério das Finanças, 30 de Abril de 1966.

(25) Ver a súmula destas propostas em *Relatório da Comissão...* (1996), pp. 380-382.