



MESTRADOS

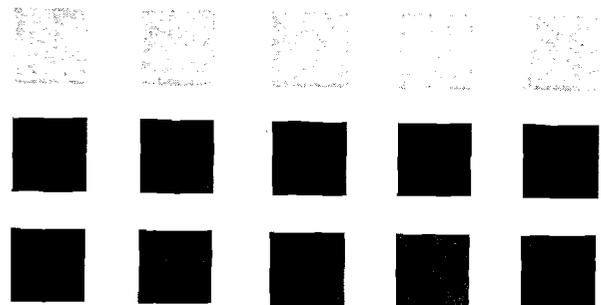
Início - Setembro 2005

GESTÃO

3ª Edição

GESTÃO INTERNACIONAL

1ª Edição



ISG - Instituto Superior Gestão
Rua Vitorino Nemésio, 5 - 1750-306 Lisboa
Tel. 21 751 37 00 - Fax. 21 757 39 66
e-mail: isg@isg.pt - www.isg.pt

Patrocínio e Financiamento



Director
J. L. Saldanha Sanches

Director Adjunto
Rui Barreira

Director Executivo
João Tabor da Gama

Comissão de Redacção

António Lobo Xavier - juriconsulto
Jorge Magalhães Correia - gestor
José Casalta Nabais - Prof. da Fac. Direito de Coimbra
J. Xavier de Basto - Prof. da Fac. Economia de Coimbra
Luís M. S. Oliveira - PricewaterhouseCoopers
Manuel Freitas Pereira - Conselheiro do Tribunal de Contas
Rui Pinto Duarte - Prof. da Fac. Dir. da Univ. Nova de Lisboa - advogado

21

Edição do Instituto Superior de Gestão
Janeiro-Março 2005



Fiscalidade

Revista de Direito e Gestão Fiscal

Redacção

Ana Paula Dourado - FDL
Arlindo Correia - jurista
Carlos Lobo - FDL
Clotilde Celorico Palma - jurista
Fernando Castro Silva - BL&C
Francisco de Sousa da Câmara - Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados
Gloria Teixeira - FDUP - CJE - CMVC
Helder S. Rosalino - economista - BP - ISG
João Ricardo Catarino - jurista - ISGSP
Joaquim Silvério Mateus - jurista
J. Costa Santos - CMVM
John P. Duggan - PricewaterhouseCoopers
Jorge Sancho Figueiredo - PricewaterhouseCoopers
Leonel Corvelo de Freitas - DGCI
Manuel Anselmo Torres - advogado
Manuel António Pita - ISCTE
Manuel Faustino - Abreu & Marques - ISG
Marganda Mesquita Palha - UCP - CEF
Marta Odete Oliveira - DGCI
Marta dos Prazeres Lousa - CEF - ISG
Mário Alexandre - CEF - ISG
Miguel Teixeira de Abreu - Abreu, Cardigos & Associados
Pedro Patrício Amorim - PricewaterhouseCoopers
Ricardo da Palma Borges - FDL
Rodrigo Queiroz e Melo - advogado - ISG
Rogério Pereira Rodrigues - ISCTE/ICF
Rui Duarte Morais - advogado - UC
Serena Cabrita Neto - advogada - ISG
Sérgio Vasques - FDL
Severino Duarte - DGCI
Vasco Valdez Mattias - ISCAL

Tradução

Teresa Curvelo

Propriedade

Ensinus - Estudos Superiores, SA
NIPC 500 743 282
Reg. ICS 123395

Edição

Instituto Superior de Gestão
Estrada da Ameixoeira, 112-116 - 1769-005 Lisboa
Telefone 21 751 3700 - Fax 21 759 9788
E-mail: mvaz@isg.pt

Tiragem

1000 exemplares

Execução Gráfica e Distribuição

Coimbra Editora
Rua do Amado, Alameda 101 - 3001-951 Coimbra
Telefone 239 85 2650 - Fax 239 85 2651
Correio Electrónico: sede@mail.coimbraeditora.pt

Preços

Numero avulso - 25 Euros - IVA incluído
Assinatura - 4 números
Portugal - 90 Euros - IVA incluído
Europa (UE) - 87,50 Euros - IVA incluído
Países não Comunitários - 110 Euros

5 José Casalta Nabais

Direito fiscal e tutela do ambiente em Portugal

33 J. L. Saldanha Sanches

Segredo bancário, segredo fiscal: uma perspectiva funcional

43 Pedro Neto Rodrigues

O regime jurídico-fiscal da subcapitalização: do seu âmbito e alcance

73 Clotilde Celorico Palma

Orçamento do Estado para 2005 — Principais alterações em sede de IVA

89 Nuno de Oliveira Garcia

Fundamentação e ónus de prova na liquidação de imposto pelo (re)embolso de despesas a trabalhadores — Considerações e jurisprudência fiscal recente sobre ajudas de custo

107 Vieira de Almeida & Associados

Conceito de autoconsumo — Comentário ao caso *Hotel Scandic Gäsabäck*, C-412/03, de 20 de Junho de 2005

117 Sigilo bancário — Comentário ao AcSTA

P. 950/04, de 13 de Outubro

127 Notícias Inforfisco

SEGREDO BANCÁRIO, SEGREDO FISCAL: UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL (*)

J. L. SALDANHA SANCHES

Este artigo analisa a questão do segredo bancário e do segredo fiscal, procurando realçar as afinidades e diferenças entre os dois institutos. Procura-se demonstrar que o acesso da administração fiscal às contas bancárias não põe em causa a intimidade do contribuinte, mas apenas, eventualmente, a sua privacidade. Na verdade, é um poder administrativo imposto pelo modelo actual de tributação baseado no rendimento real, uma vez que a centralidade dada à declaração do contribuinte impõe a sua verificação administrativa, nomeadamente através do controlo das contas bancárias. Qualquer divergência ilegal entre estas e a declaração representa uma violação do princípio da capacidade contributiva, que deve ser combatido pelo legislador. As recentes alterações legislativas constantes do Orçamento do Estado para 2005 representam um tímido avanço no sentido do alargamento dos poderes da administração nesta matéria.

This paper analyses the issue of bank secrecy and fiscal secrecy, and aims to point out the similarities and differences between the two. It also endeavours to prove that access by the fiscal administration to bank accounts does not endanger the tax payer's intimacy, but only, perhaps, his/her privacy. In fact, it is an administrative power imposed by the present taxation model which is based on actual income, for the importance granted to the taxpayer's return requires its administrative verification, namely through the control of bank accounts. Any illegal disparity between such bank accounts and the tax return represents a violation of the "ability to pay" principle and should be fought by the legislator. The recent amendments to the law contained in the 2005 State Budget represent a small step towards the extension of the powers of the administration regarding this matter.

(*) Este trabalho representa, no essencial, a nossa intervenção em Coimbra num simpósio realizado em Junho de 2003 e organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, em que participámos por amável convite do senhor Procurador Rui do Carmo. Nele voltamos, com alguma brevidade, ao segredo bancário ou, mais concretamente, aos poderes conferidos à Administração para o controlo dos movimentos bancários dos administrados.

Esta questão pode ser difícil do ponto de vista político, mas juridicamente deve ser tratada com alguma clareza, uma vez que não estamos perante nenhum problema jurídico de difícil resolução: o acesso da Administração às contas bancárias tem sido uma questão politicamente complexa por toda a Europa, uma vez que países como o Luxemburgo ou a Suíça têm usado o sigilo bancário como forma de atrair capitais — favorecendo a corrupção e a fraude fiscal em outros países — e de criar assim um próspero sector financeiro.

Já, pelo contrário, o segredo bancário tem sido discutido em Portugal ou no Brasil — onde é usado para favorecer a fraude fiscal e a corrupção internas — em termos, pelo menos, hipócritas.

Felizmente, em Portugal, a corrente a favor do fim do sigilo começa a ser maioritária, e está a ficar mais claro que a adopção do princípio de garantia dos direitos dos contribuintes (i.e. que estes devem ser

ÍNDICE:

1 — O problema. 2 — Intimidade, privacidade, segredo bancário e segredo fiscal. 3 — A tributação do rendimento e os poderes da Administração fiscal. 4 — A decisão legal de acesso à conta bancária: possibilidade ou imperativo para o legislador? 5 — O novo regime de acesso às contas bancárias pela Administração. 6 — Nota de actualização — o Orçamento do Estado para 2005.

1 — O PROBLEMA

O segredo fiscal e o segredo bancário têm alguns pontos em comum em relação aos elementos que os compõem, mas algumas diferenças básicas quanto às funções que preenchem: enquanto o segredo bancário constitui uma súmula dos deveres do banqueiro para com o seu cliente, o segredo fiscal constitui um mero dever de reserva da Administração em relação aos dados que o administrado lhe deve fornecer.

O segredo bancário é uma questão mais difícil do que o segredo fiscal pelas inúmeras excepções que o rodeiam. Por exemplo, o funcionamento do mercado de concessão de crédito, com a necessidade de um permanente juízo do prestamista sobre o risco do prestatário, torna o segredo bancário uma muralha coberta de fendas, sob pena de a ausência da informação interempresarial aumentar o risco da concessão de crédito e obrigar à subida dos juros praticados.

Tudo isto faz com que o segredo bancário só tenha contornos firmes quando se define como um direito do depositante a impedir a indagação pública da sua situação, quer por razões de fuga aos impostos, em virtude da obtenção ilegítima da quantia depositada, quer por outras razões, as quais também dificilmente serão legítimas. E aí temos os exemplos históricos da Suíça e do Luxemburgo, ou os casos mais recentes dos chamados paraísos fiscais.

Vamos analisar alguns dos problemas actuais destes segredos, com a intenção confessa de relativizar alguns dos problemas jurídicos que os costumam rodear. Dos chamados problemas económicos (como a tradicional e perpétua fuga de capitais) não vamos tratar, pois são argumentos demasiado estafados para que os possamos tomar a sério. Os capitais deslocam-se, não por causa do segredo bancário, mas por causa do maior ou menor nível de tributação, o que só tem uma relação *periférica* com o segredo bancário; nos chamados paraísos fiscais, a não tributação junta-se ao segredo bancário para impedir a detecção dos comportamentos ilícitos. Apenas isto.

tributados segundo o rendimento declarado na sua declaração e que devem ter o direito de recorrer judicialmente de todas as decisões da Administração, em especial das decisões de quantificação da obrigação tributária) sem que seja dado à Administração o poder de controlar as contas bancárias tem resultados desastrosos.

A recente evolução legislativa incluída no Orçamento do Estado para 2005 é analisada na "Nota de actualização".

2 — INTIMIDADE, PRIVACIDADE, SEGREDO BANCÁRIO E SEGREDO FISCAL

O primeiro ponto que deve ser considerado ao tratarmos do segredo bancário e do segredo fiscal é o de que não estamos perante aquilo que a Constituição tutela como "reserva da intimidade da vida privada e familiar", ou seja, aquele núcleo central de características e comportamentos de natureza pessoal (*maxime* sexual e familiar) que a lei deverá proteger para proporcionar "garantias efectivas contra utilização abusiva ou contrária à dignidade humana" (n.º 1 e n.º 2 do artigo 26.º da CRP).

A intimidade da vida privada e familiar constitui uma defesa contra intromissões públicas ou privadas no que constitui o reduto essencial da intimidade, o que deu origem a um conceito de *privacy* que levou o *Supreme Court* norte-americano a declarar o direito constitucional da mulher a realizar um aborto se for essa a sua escolha⁽¹⁾. Estamos aqui no cerne da intimidade como *privacy*, em que alguém é chamado a decidir sobre o rumo da sua vida e a de alguém que depois do nascimento se vai constituir como sujeito de direitos.

Fazendo uma comparação entre o segredo bancário e um outro segredo profissional — o segredo médico — CANARIS salienta que, ao contrário da intromissão estatal no segredo do médico, a intromissão estatal no segredo bancário não põe em causa a intimidade⁽²⁾, se bem que podemos até encontrar situações em que o segredo médico deve ceder perante a necessidade de investigar um crime. Mas a decisão judicial de permitir esta investigação, resultante de uma ponderação de valores em que a esfera mais reservada de um cidadão é franqueada à investigação policial e ao conhecimento judicial, tem uma natureza distinta da permissão de acesso às contas conferida pela lei à Administração fiscal, ou mesmo, como vai sucedendo com frequência noutros ramos do Direito, da possibilidade da Administração proceder a um controlo rotineiro dessas contas bancárias mediante mecanismos informáticos que permitem chamar a atenção das autoridades (desencadeando a investigação humana) para as contas bancárias onde haja indícios de irregularidades desde a fraude fiscal à corrupção ou à lavagem de dinheiro.

E apesar deste interesse público no controlo desta informação, nada obsta a que se mantenham, com as necessárias excepções, tanto o segredo bancário como o segredo fiscal, figuras que tutelam interesses legítimos diferentes:

O segredo fiscal é definido como a proibição que incide sobre os membros da Administração fiscal de darem conhecimento a terceiros da situação fiscal (e por isso patrimonial) dos sujeitos passivos. Porém, pode haver alguns inconvenientes (embora

⁽¹⁾ Veja-se NOWAK/ROTUNDA, *Constitutional Law* (St. Paul Minnesota, 1995), 811 ss. Para a evolução deste problema v. também FERNANDO ARAÚJO, *A Procriação Assistida e a Santidade da Vida* (Lisboa, 1999), 9-18, com uma posição crítica da criminalização ou de um direito individual da mulher ao aborto.

⁽²⁾ CANARIS, *Bankvertragrecht*³ (Berlin, 1988), 26.

também haja vantagens) em que a situação fiscal de cada um seja objecto de conhecimento geral.

A atribuição a cada sujeito passivo de obrigações tributárias do direito de não ver partilhadas as informações que forneceu à Administração constitui apenas uma consequência da sua autodeterminação informativa, que só pode ceder perante interesses de natureza comunitária que justifiquem a redução dessa mesma autodeterminação⁽³⁾. Mas não estamos, e isto deve ser afirmado com muita clareza, perante uma norma destinada a tutelar a nossa intimidade⁽⁴⁾, pela razão pura e simples de que num Estado de Direito a devassa da intimidade (buscas domiciliárias, escutas telefónicas, filmagens ou gravações que registem todos os movimentos de uma certa pessoa) só pode ter lugar no âmbito da investigação de crimes graves e mediante decisão judicial (embora a necessidade de combater o terrorismo tenha levado a derrogações, talvez excessivas, deste princípio).

Se o segredo fiscal tutela a intimidade, então parece que os cidadãos se encontram obrigados a entregar periodicamente à Administração fiscal e sempre que esta o exija — mediante um qualquer acto administrativo tributário que pode ser produzido por qualquer funcionário — dados referentes à sua intimidade, i.e. dados referentes à intimidade dos cidadãos que estes estariam obrigados a facultar à Administração fiscal e cujo conhecimento deveria ser confinado aos serviços de finanças e aos inúmeros funcionários da Administração fiscal, e que estes não poderiam — fraco consolo — partilhar com mais ninguém.

É evidente que nada disto faz sentido: os casos em que o segredo fiscal exige uma tutela mais efectiva dizem respeito às sociedades comerciais que, ao que sabemos, não têm intimidade. Mas têm, por exemplo, um interesse legítimo — e por isso digno de tutela legal — em que certos dados de que toma conhecimento o funcionário fiscal quando examina a sua contabilidade (p. ex., listas de clientes ou de fornecedores, processos de fabrico) não sejam transmitidos às empresas concorrentes. É o segredo comercial, os bens de natureza económica e o interesse legítimo na sua conservação — tudo isto situado nos antípodas da intimidade.

Estamos mais uma vez, tal como acontece quando se trata dos dados que devem ser transmitidos pelos sujeitos passivos das obrigações fiscais às entidades que devem proceder à aplicação da lei fiscal, na presença de elementos que não dizem respeito à intimidade de uma pessoa. São dados de natureza patrimonial (rendimento, situação patrimonial, aquisições) que podem respeitar à esfera de privacidade, mas não de intimidade de quem, por imperativo legal, os fornece⁽⁵⁾.

(3) TIPKE/LANG, *Steuerrecht*¹⁷ (Köln, 2002), 115.

(4) Como afirma, com manifesta infelicidade, o parecer da Procuradoria-Geral da República de 06-09-96 (LUCAS COELHO).

(5) E por isso pode afirmar o juiz do Tribunal Constitucional alemão PAUL KIRCHHOF que embora na Alemanha exista segredo fiscal, noutros Estados, por razões legítimas, isso não acontece. P. KIRCHHOF, *Besteuerung im Verfassungsstaat* (Tübingen, 2000), 69.

É uma situação semelhante à do segredo bancário — que é um tipo de segredo profissional — cujo fundamento reside “na esfera da privacidade (e não da intimidade) da vida privada e familiar que abrange naturalmente também a situação patrimonial e a vida económica dos cidadãos”⁽⁶⁾.

São esses dados relativos às contas bancárias e aos seus movimentos (ou à aquisição de um bem sujeito a registo como um prédio ou um automóvel) que permitem o controlo da declaração tributária do sujeito passivo e que constituem condição *sine qua non* de um controlo eficaz na fase actual da evolução da relação jurídico-tributária.

3 — A TRIBUTAÇÃO DO RENDIMENTO E OS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL

O controlo administrativo dos movimentos bancários dos contribuintes como método de controlo da sua situação fiscal é uma realidade recente.

O controlo da conta bancária é uma decisão secundária que representa um poder administrativo que constitui uma restrição ao direito do cidadão de manter longe de vistas e curiosidades externas toda a sua situação pessoal, e qualquer restrição a este direito exige uma específica legitimação. Trata-se de uma decisão secundária no preciso sentido de ser resultado de uma outra: do dever das pessoas singulares declararem anualmente os seus rendimentos e a obrigação das pessoas colectivas (em especial das sociedades comerciais) de franquearem permanentemente os seus registos comerciais ao controlo da Administração fiscal.

São dois deveres de conduta que têm a sua origem na tributação do rendimento: enquanto a distribuição dos encargos tributários pôde ser feita com base na mera detecção de indícios ou aparências de riqueza (o contribuinte era dono de um prédio, sócio de uma sociedade comercial ou emprestava dinheiro a juros, p. ex.), o controlo fiscal podia ser exercido de forma indirecta, sendo alguma fiscalização feita directamente pela Administração fiscal, embora com recurso abundante a métodos derivados de controlo com base nos registos prediais ou comerciais e nos notários. Era assim o sistema fiscal do século XIX e pode dizer-se que, em Portugal, este regime perdurou no século XX até aos anos 60. Estávamos na época da tributação dos rendimentos normais ou presumidos.

A grande viragem verifica-se quando, a partir do século XX, o aumento das despesas do Estado, da carga tributária e da oneração do contribuinte torna necessário procurar novos fundamentos para a distribuição da carga tributária e se passa a tributar as pessoas singulares de acordo com o seu rendimento (determinado com base na sua declaração tributária) e, no caso das sociedades comerciais, com base no lucro determinado de acordo com a sua contabilidade. Em suma, a grande viragem dá-se

(6) CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos* (Coimbra, 1998), 617.

quando os deveres de cooperação do sujeito passivo passam a ser a base que vai suportar a determinação da dívida fiscal de cada contribuinte ⁽⁷⁾.

A atribuição de deveres de cooperação ao sujeito passivo constitui a forma mais eficiente (e por isso menos onerosa) de a comunidade quantificar a dívida fiscal de cada um dos seus membros. É um regime em que o sujeito passivo adquire o dever de declarar os seus rendimentos e o direito de ser tributado de acordo com a sua declaração.

Mas esta viragem irá ter duas importantes consequências: como a dívida fiscal vai ser determinada a partir de regras de conduta ⁽⁸⁾ atribuídas ao sujeito passivo, os imensos problemas do controlo administrativo (da fiscalização) vão forçar a criação do direito penal fiscal como método de reduzir os custos da fiscalização e de evitar que os contribuintes que cumprem sejam onerados pelos pesados custos administrativos do controlo dos que não cumprem ⁽⁹⁾. Dado o dever anual de fazer a declaração tributária de rendimentos, e com a crescente frequência de prestar informações sobre o estado do seu património, vai sendo restringida a esfera de privacidade do cidadão.

É esta a decisão fundamental: se uma certa comunidade política, numa certa fase da sua evolução, aceita a tributação de acordo com a declaração tributária de rendimentos, está a dar o passo decisivo para redução da esfera da privacidade que o controlo da conta bancária apenas vai completar: a decisão de restringir o segredo bancário, deixando de o tornar oponente à Administração fiscal, constitui hoje o modo normal de tributar nos países membros da OCDE ⁽¹⁰⁾.

Assim, o controlo administrativo da conta bancária dos cidadãos (exigir a intervenção do juiz significa na prática impedir o acesso rápido e atempado que pode conferir eficiência a este processo) constitui um mero corolário da decisão fundamental da criação do dever legal da declaração periódica de rendimentos, que por sua vez resulta da escolha do rendimento (ou do consumo, no modelo de tributação IVA) como centro da tributação.

Alterar este estado de coisas iria obrigar a alterar quase tudo: seria necessário reduzir radicalmente as despesas do Estado, acabando por exemplo com os sistemas nacionais de saúde e de educação, com a segurança social ou as pensões de reforma não-contributivas, de modo a que a redução da carga fiscal permitisse o regresso aos rendimentos presumidos e à tributação indiciária como regra geral. Deste modo

⁽⁷⁾ Sobre isto ver SALDANHA SANCHES, *A Quantificação da Obrigação Tributária — Deveres de Cooperação, Avaliação Administrativa e Autoavaliação* (Lisboa, 2000).

⁽⁸⁾ *Idem*, 70 e ss.

⁽⁹⁾ Para uma síntese destes problemas, TANZI/SHOME, *A Primer on Tax Evasion*, IMF Staff Papers, vol. 40 (Dezembro 1993).

⁽¹⁰⁾ Para o estado actual da questão, ver OECE, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes* (2000), <http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/2497487.pdf>.

Ver, também, *Access for Tax Authorities to Information Gathered by Anti-Money Laundering Authorities* (2002), <http://www.oecd.org/dataoecd/16/5/2389989.pdf>.

— com a destruição do Estado Social de Direito — seria possível tornar desnecessários a declaração de rendimentos do sujeito passivo da obrigação tributária e a necessidade do seu controlo administrativo.

4 — A DECISÃO LEGAL DE ACESSO À CONTA BANCÁRIA: POSSIBILIDADE OU IMPERATIVO PARA O LEGISLADOR?

É com base nestes pressupostos que se deverá discutir a decisão legislativa de permitir à Administração fiscal o acesso às contas bancárias, como condição *sine qua non* de uma distribuição equitativa da carga fiscal, sem que se atribua a certas categorias de contribuintes a possibilidade legal de ocultar, sem risco de detecção ⁽¹¹⁾, os seus rendimentos.

Considerando a experiência constitucional de certos países, podemos por exemplo verificar que os tribunais constitucionais de Espanha ⁽¹²⁾ e Itália abordaram esta questão na perspectiva da compatibilidade entre a possibilidade atribuída ao legislador ordinário de atribuir este poder à Administração e o direito à privacidade por parte do contribuinte, tendo decidido que a norma não restringia de forma inaceitável a intimidade do contribuinte, como núcleo central dessa privacidade. Aqui os Tribunais foram colocados perante decisões do legislador cuja conformidade constitucional tiveram de examinar.

Já no caso alemão a questão foi colocada de forma inversa: seria conforme com a Constituição uma norma que limitava os poderes da Administração fiscal de controlo da informação bancária?

A questão colocou-se em 1988 em matéria de tributação dos juros de empréstimos, a propósito de uma norma que limitava o acesso da Administração à informação bancária, e o Tribunal Constitucional alemão considerou que essa norma constituía um obstáculo estrutural ao cumprimento da lei fiscal, pois punha em causa o princípio da igualdade entre os contribuintes. Neste caso, o Tribunal Constitucional procedeu a uma comparação entre a situação dos titulares de rendimentos do trabalho — em que as empresas comunicam à Administração todos os pagamentos que lhes fazem, juntamente com elementos respeitantes à sua situação familiar — e os depositantes bancários, protegidos pelo segredo bancário e por isso podendo deslocar livremente os seus depósitos para o estrangeiro ⁽¹³⁾. Por esta razão, declarou a inconstitucionalidade da referida norma, fazendo notar que a tributação de acordo com a declaração deveria ser acompanhada pela *verificação* dessa mesma declaração.

⁽¹¹⁾ Para a questão central do grau de risco e da sua influência nas decisões do contribuinte v. TANZI/SHOME, *A Primer...* (nt. 9).

⁽¹²⁾ Sobre estas decisões v. RUIZ GARCIA, *Secreto Bancario Y Hacienda Publica (el Deber de Colaboration de las Entidades Bancarias en el Procedimiento de Gestion Publica)* (Madrid, 1988).

⁽¹³⁾ TIPKE/LANG, *Steuernrecht...* (nt. 3).

O Tribunal reconheceu, assim, na sua decisão a necessária conexão existente entre a declaração e o controlo da conta bancária: se existe para o sujeito passivo uma obrigação de declarar a totalidade dos seus rendimentos (princípio da sujeição ilimitada ou *world wide taxation*), a verificação da conta bancária serve apenas para verificar a veracidade dessa declaração, pois os dados contidos na conta bancária só poderão acrescentar alguma coisa aos elementos já comunicados à Administração quando se tiverem verificado violações do dever de declarar. Ou seja, o controlo da conta bancária é uma mera consequência do princípio da tributação segundo a declaração do contribuinte.

Não o entendeu assim o Tribunal Constitucional português quando em 1995 teve de se pronunciar sobre uma norma que permitia à Inspeção-Geral de Finanças o acesso às contas bancárias.

Fazendo o papel de *chevalier seul* em relação aos seus congéneres europeus, o TC decidiu que “a situação económica do cidadão espelhada na sua conta bancária incluindo as operações activas e passivas nela registadas faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada condensado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito”. É um acórdão em que se presta muito pouca atenção ao direito comparado e se revela uma quase total insensibilidade em relação aos problemas que hoje coloca a aplicação da lei fiscal, com a errada solução dada ao problema a manifestar-se em decisões futuras sem que o Tribunal pudesse manter um mínimo de coerência com a decisão aí tomada.

E não o pôde fazer porque, logo no ano seguinte, se viu confrontado com um recurso do deputado Pacheco Pereira que considerou como violadora do seu direito à privacidade a norma que implicava o depósito no Tribunal de Contas, com possibilidade de consulta, da sua declaração de IRS e dos seus bens sujeitos a registo⁽¹⁴⁾; mesmo aceitando que haja uma diminuição da privacidade no caso de titulares de cargos políticos, se tais elementos fizessem parte da sua intimidade, então não se vê como se poderia aceitar tal divulgação, uma vez que nem sequer se tratava do mero acesso da Administração fiscal, mas sim da divulgação pública desses dados. Assim, para poder aceitar a constitucionalidade da lei, o Tribunal teve de reconhecer que estes dados diziam respeito à “esfera patrimonial ou económica”, reconhecendo a diferença entre a esfera da intimidade e o círculo mais vasto constituído por dados patrimoniais e económicos, onde a intensidade da protecção constitucional é necessariamente menor, uma distinção que, se tivesse sido feita no primeiro acórdão, conduziria necessariamente a resultados inteiramente distintos.

Podemos por isso concluir da absoluta necessidade de o legislador consagrar a possibilidade do acesso às contas bancárias pela administração, a qual deverá utilizar esse poder apenas para os fins específicos que justificam a sua atribuição.

5 — O NOVO REGIME DE ACESSO ÀS CONTAS BANCÁRIAS PELA ADMINISTRAÇÃO

O enquadramento acima feito, de forma muito sintética⁽¹⁵⁾, dos problemas que rodeiam o acesso da Administração às contas bancárias (bem como os casos de derrogação do segredo fiscal) serve-nos como fio interpretativo das normas que, ainda que de forma muito tímida e compromissória, vierem introduzir este regime entre nós.

E quais os aspectos fundamentais do novo regime?

No artigo 63.º-A da LGT encontramos o mecanismo de informação automática e de controlo sistemático que caracteriza os sistemas mais evoluídos de controlo das contas bancárias, mediante um acto tributário do Director-Geral dos Impostos devidamente fundamentado. É, no entanto, um controlo automático dirigido apenas a “sujeitos passivos que auferem rendimentos da categoria B do IRS e de IRC”.

Em contraste com este, no artigo 63.º-B encontramos um regime demasiado complexo, susceptível de criar dificuldades de aplicação e cedendo a princípios tão destituídos de fundamento como a necessidade de intervenção judicial e de audição do visado no caso do “acesso da administração tributária a informação bancária relevante relativa a familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte”.

Aqui, mais uma vez, triunfou o “paradigma do criminoso”: a conta bancária diz respeito à intimidade e só no caso de crimes graves praticados pelo sujeito passivo e mediante autorização prévia do juiz podemos ter acesso à sua conta bancária. Aceita-se mesmo que o investigado possa recorrer da decisão dando a esse recurso efeito suspensivo.

Na verdade, o principal argumento a favor do acesso da Administração fiscal às contas bancárias é a criação de um regime de fiscalização expedito, rápido e que não seja demasiado caro. A ausência de informação fiável sobre o universo dos contribuintes conduz ou à fraude e evasão fiscal, ou a violências como o pagamento especial por conta transformado na única maneira de conseguir alguns pagamentos das pequenas e médias empresas.

Temos, por isso, um sistema de controlo administrativo das contas bancárias demasiado tímido e com uma estrutura ineficiente, e por isso incapaz de combater com eficiência a fraude fiscal e a corrupção, um mal social que mantém uma estreita conexão com a fraude fiscal.

Ora, se considerarmos que existe um imperativo constitucional de uma distribuição justa dos encargos tributários, teremos de concluir que, mesmo depois dos tímidos avanços verificados na lei portuguesa, se mantém aquilo que o Tribunal Cons-

⁽¹⁵⁾ Para uma análise mais longa ver SALDANHA SANCHES, *Segredo Bancário e Tributação do Lucro Real*, Ciência e Técnica Fiscal, n.º 377 (1995), e *O Segredo Bancário em Portugal. a Singularidade do Caso Português*, in Estudos de Direito Bancário (Coimbra, 1999).

⁽¹⁴⁾ ATC 96/470.

tucional alemão qualificou como *impedimento estrutural à aplicação da lei fiscal*, dificultando-se de forma excessiva a verificação das declarações tributárias como modo de concretizar o direito do contribuinte a uma distribuição justa dos encargos tributários.

6 — NOTA DE ACTUALIZAÇÃO — O ORÇAMENTO DO ESTADO PARA 2005

Prosseguindo a evolução desesperadoramente lenta da legislação portuguesa nesta matéria, a nova redacção do artigo 63.º-B da Lei Geral Tributária, dada pelo Orçamento de 2005, alarga mais um pouco os poderes da Administração no acesso às contas bancárias, ainda que mantenha a possibilidade do recurso do contribuinte com efeito suspensivo.

O único fundamento possível deste recurso é o interesse, inteiramente destituído de tutela legítima, do contribuinte em esconder da Administração as provas de qualquer facto que demonstre a violação de um qualquer dever de cooperação, em especial de natureza declarativa. Aliás, tal facto é reconhecido expressamente pelo legislador, ao afirmar que “nos casos de deferimento do recurso previsto no número anterior, os elementos de prova entretanto obtidos não podem ser utilizados para qualquer efeito em desfavor do contribuinte”.

A redução dos fundamentos do recurso é um passo positivo, mas a sua manutenção constitui uma aberração do ponto de vista dos princípios que deveriam informar este regime.

No entanto, a posição que parece prevalecer quanto aos segredos bancário e fiscal — no sentido do seu aligeiramento — é um facto positivo, em especial quanto à disposição para levar em conta os modelos já existentes em outros países europeus nestas matérias.

O REGIME JURÍDICO-FISCAL DA SUBCAPITALIZAÇÃO: DO SEU ÂMBITO E ALCANCE

PEDRO NETO RODRIGUES

Assistente Estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa

O presente estudo versa sobre a análise do regime jurídico-fiscal, e implicações internas e internacionais do fenómeno da subcapitalização.

A primeira questão considerada no presente trabalho relaciona-se com a delimitação do conceito de subcapitalização. Num segundo momento, proceder-se-á à análise dos diversos métodos de financiamento das sociedades, e o impacto que os mesmos assumem no domínio tributário. A opção por parte dos sócios em relação à forma de financiar a sociedade, poderá ser determinada por razões de ordem fiscal. De facto, a legislação fiscal da generalidade dos Estados da OCDE, apresenta um tratamento diferenciado consoante os contribuintes procedam ao financiamento das sociedades através de capitais próprios ou capitais alheios.

Perante tal constatação, passar-se-á em revista os mecanismos de combate ao fenómeno de subcapitalização, centrando a nossa análise nos métodos de natureza objectiva e subjectiva. Após procedermos ao confronto dos referidos mecanismos, debruçar-nos-emos sobre o artigo 61.º do CIRC, analisando a sua eventual incompatibilidade com o texto constitucional e com diversas disposições de Direito Internacional.

Em seguida ocupar-nos-emos do estudo do regime jurídico plasmado no artigo 61.º do CIRC. Posteriormente, faremos algumas considerações sobre as implicações fiscais da subcapitalização interna, ao que se seguirá, por fim, a formulação das adequadas conclusões.

The study hereby presented pretends to contain one analysis of the tax regime and the internal and international consequences of thin capitalization.

The first question approached is the definition of thin capitalization.

Afterwards, we'll study the various means of society funding, and the impact of those in tax matters.

The option partners must make about the funding method, may be determined by tax reasons: Thus, the fiscal law of the major group of OCDE member states presents different taxation systems where the societies fund themselves, or not, by own capitals.

Therefore, we'll also study the mechanisms tending to avoid thin capitalization, focusing the objective and subjective means.

After comparing the mechanisms that prevent thin capitalization, we'll detain our analysis on article 61.º CIRC, equating its compatibility with constitutional and international law.

Afterwards, we'll make some sentences concerning the fiscal consequences of internal thin capitalization, ending the paperwork with the necessary conclusions.

ÍNDICE:

I — Introdução. II — Conceito de Subcapitalização; A — Subcapitalização Material e Subcapitalização Nominal; B — Subcapitalização Inicial e Subcapitaliza-