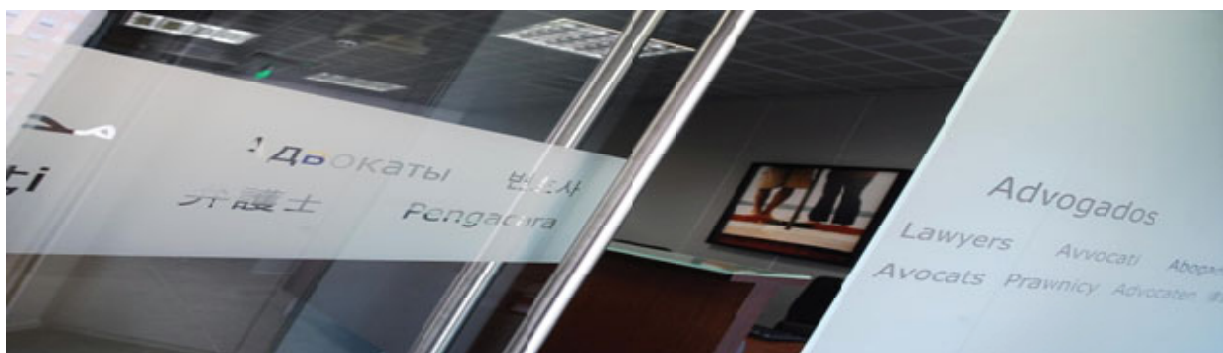




CARLOS PINTO DE ABREU
E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Obrigação de comunica o   Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal



Foi aprovada proposta de diploma que estabelece a obriga o de comunica o   Autoridade Tributária e Aduaneira de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, transpondo a Directiva (UE) 2018/822 e revogando o Decreto-Lei n.  29/2008, de 25 de Fevereiro.

Em suma, este diploma criar  uma nova obriga o declarativa de reporte de mecanismos de planeamento fiscal potencialmente agressivos.

A referida obriga o declarativa trata-se de uma obriga o nominativa, já que dela consta obrigatoriamente a identifica o do contribuinte que beneficia do mecanismo e do intermediário, incluindo nomes, datas e locais de nascimento.

Nos termos do artigo 8.  da referida Lei estão abrangidos pela obriga o de comunica o   Autoridade Tributária o IRS e tributa es aut nomas com ele relacionados, o IRC e as tributa es aut nomas e derramas com ele relacionadas, o IVA, o IMI, o IMT e o Imposto de Selo.

De modo a identificar os mecanismos sobre os quais recai a obrigação de comunicação à Autoridade Tributária é introduzida a noção de “característica-chave”, conforme estabelecido no artigo 5.º, que se refere a um elemento de um mecanismo transfronteiriço que apresente uma indicação de potencial risco de evasão fiscal.

Certas “características-chave” – as consagradas nos números 1 e 2 do artigo 5.º - só podem ser consideradas se satisfizerem o “teste do benefício principal”, nos termos do artigo 6.º.

Considera-se que o “teste do benefício principal” se encontra satisfeito se for possível determinar que o benefício principal que, à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, se pode razoavelmente esperar obter de um mecanismo é a obtenção de uma vantagem fiscal.

A obrigação de comunicação estabelecida pela presente Lei recai sobre o intermediário, considerando-se como tal, nos termos do artigo 9.º, aquele que cumpra pelo menos um dos seguintes requisitos:

- seja residente fiscal em Portugal;
- tenha um estabelecimento estável em território português, através do qual sejam prestados serviços relacionados com o mecanismo;
- seja constituído em Portugal ou regido pela legislação portuguesa;
- esteja registado em Portugal junto de uma associação profissional relacionada com a prestação de serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria, aqui se incluindo os advogados.

Acresce que, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo 9.º, o conceito de intermediário abrange não apenas aqueles que concebem, comercializam ou intervêm activamente na aplicação do mecanismo, mas também todos os que, preenchendo pelo menos um dos requisitos do n.º 1 do artigo 9.º e tendo por base a informação disponível e os conhecimentos e competências relevantes necessários para prestar os serviços, saibam (ou se espera que possam saber) que se comprometeram a colaborar na aplicação do mecanismo.

Esta obrigação de comunicação deve ser cumprida no prazo de 30 dias a contar do dia seguinte àquele em que o mecanismo a comunicar seja disponibilizado para ser aplicado, do dia seguinte àquele em que o mecanismo a comunicar esteja pronto para ser aplicado ou do momento em que tenha ocorrido o primeiro passo na aplicação do mecanismo a comunicar, consoante o que ocorra primeiro, nos termos do artigo 10.º

Não obstante, em situações em que não exista um intermediário ou em situações abrangidas pelo dever legal ou contratual de sigilo, como acontece com os advogados, o dever de comunicação à Autoridade Tributária recai sobre o denominado “contribuinte relevante”.

Nos termos do artigo 11.º, considera-se “contribuinte relevante” aquele que preencha, pelo menos, uma das seguintes condições:

- seja residente fiscal em Portugal;
- tenha um estabelecimento estável em Portugal que beneficie do mecanismo;
- receba ou gere rendimentos em território português;
- exerça uma actividade em território português;
- esteja registado, para efeitos fiscais, em Portugal.

O prazo para proceder à comunicação por parte do “contribuinte relevante” é o mesmo estabelecido para a comunicação realizada pelo “intermediário”.

No entanto, o “contribuinte relevante”, para além desta obrigação de comunicação, tem ainda o dever de, em cada um dos anos em que aplique o mecanismo comunicado, disso informar a Autoridade Tributária.

Como referido, nas situações cobertas pelo dever legal ou contratual de sigilo, a obrigação de comunicação à Autoridade Tributária de todas as informações relativas a qualquer um dos mecanismos nos artigos 3.º e 7.º recai sobre o “contribuinte relevante”.

Para o efeito, deve o intermediário, no prazo de 5 dias, notificar o “contribuinte relevante” para cumprir a obrigação de comunicação.

Cumprido este dever pelo “contribuinte relevante”, este informa o “intermediário” de tal facto, apresentando-lhe o comprovativo de submissão da declaração perante a Autoridade Tributária.

Caso o “intermediário” não tenha sido informado pelo “contribuinte relevante” do cumprimento do dever de comunicação à Autoridade Tributária, deve, ele próprio, cumprir esse dever, no prazo de 10 dias, nos termos do n.º 4 do artigo 13.º.

Assim, estabelece o artigo 14.º que a obrigação declarativa se sobrepõe ao sigilo profissional.

Por este motivo, este preceito tem sido alvo de muita especulação já que a Directiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de Maio de 2018, prevê, exactamente, que cada Estado-Membro possa *“tomar as medidas necessárias para dispensar os intermediários da apresentação de informações sobre um mecanismo transfronteiriço a comunicar se a obrigação de apresentação de informações violar um dever de sigilo profissional legalmente protegido ao abrigo do direito nacional desse Estado-Membro”*.

A Directiva estabelece, até, uma alternativa para as situações em que exista dever de sigilo, referindo que *“cada Estado-Membro toma as medidas necessárias para exigir que esses intermediários notifiquem, sem demora, qualquer outro intermediário ou, na inexistência deste intermediário, o contribuinte relevante das suas obrigações de apresentação de informações”*.

Não parece ser, no entanto, o que estabelece o diploma interno que transpõe a directiva razão por que as críticas feitas à violação do dever de sigilo provêm, também, da própria Ordem dos Advogados, já que o segredo profissional é um dos princípios basilares do exercício da profissão.

Não obstante, a falta de comunicação de determinado mecanismo à Autoridade Tributária ou a comunicação fora de prazo consubstancia uma contraordenação punível com coima de € 2.000,00 a € 80.000,00, sendo aplicado o Regime Geral das Infracções Tributárias.

Ora, como já foi defendido pelo Dr. Carlos Pinto de Abreu, “nos termos do art. 87.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, «o advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente a factos referentes a assuntos profissionais conhecidos, exclusivamente, por revelação do cliente ou revelados por ordem deste».

E, por isso, só é e só deve ser legalmente admitida a quebra/dispensa de segredo profissional em duas situações: por decisão de Tribunal Superior (quebra de sigilo) ou por autorização do Presidente do Conselho Regional da Ordem dos Advogados (dispensa de sigilo) tal como dispõem os arts. 87.º, n.º 4 da Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, e 135º nº 3 do C.P.P.

Contudo tal acto de dispensa de sigilo só pode ser tomado quando “absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado” e tal situação de quebra de sigilo tem que se mostrar, em concreto, “justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente ao princípio da prevalência do interesse preponderante”. Ainda que dispensado o segredo ou decidida a quebra de sigilo pode o advogado legitimamente guardar segredo sobre o que lhe foi confiado.

Não pode é colher o entendimento segundo o qual deverá ser sempre prevalecente o interesse pessoal ou da investigação, ainda que de natureza fundamental, na medida em que o exercício do patrocínio e a defesa das imunidades do advogado são, também, direitos e interesses constitucionalmente garantidos e, mais, se violados, podem colocar em causa também, e irremediavelmente, direitos e interesses individuais e da mesmíssima natureza, igualmente legal e constitucionalmente protegidos, designadamente os direitos à palavra e à intimidade da vida privada e os direitos à defesa de terceiros.

A defesa da manutenção do sigilo profissional, até que seja dele o advogado dispensado ou legitimamente ordenada a sua quebra, além de constitucionalmente consagrada nos arts. 20º, 26º, nº 1, e 208.º da C.R.P., no sentido de que a lei assegura aos

cidadãos os direitos à palavra e à intimidade da sua vida privada e à informação e à consulta jurídicas e, em consequência, aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato, onde se inclui necessariamente o segredo profissional, o qual é, essencialmente, o corolário da prossecução de um interesse público característico de uma sociedade livre e democrática e de uma multiplicidade de interesses privados que não podem ficar à mercê do critério normativo, pessoal ou institucional que não siga as regras de procedimento para a sua libertação.

É este o entendimento imposto pelos art.s 87.º, n.ºs 1 e 4, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei 15/2005, de 26 de Janeiro, pelo art. 135º nº 3 do C.P.P, pelo art. 114.º, n.º3, al. b) da L.O.F.T.J, pelos arts. 20º, n.º 2, 26º nº 1 e 208.º da C.R.P. e pelo terceiro parágrafo do art. 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Admitir, pois, o depoimento ou a denúncia, sem a prévia decisão de dispensa ou de quebra de sigilo consubstanciaria violação dos supracitados preceitos legais e constituiria prova inadmissível.”

Não deveria pois estabelecer-se qualquer obrigação ou dever legal de participação por parte dos advogados, mas tão só por parte dos “contribuintes relevantes”.

Finalmente, a Lei estabelece ainda um regime transitório aplicável aos mecanismos cujo primeiro passo da sua aplicação tenha ocorrido entre 25 de Junho de 2018 e 30 de Junho de 2020, determinando que os referidos mecanismos deverão ser comunicados à Autoridade Tributária até 31 de Agosto de 2020.

Já nos casos em que exista dever de sigilo, o “intermediário” deve notificar o “contribuinte relevante” no prazo de 10 dias a contar da entrada em vigor da Lei, devendo o “contribuinte relevante” cumprir a obrigação de comunicação no prazo de 30 dias a contar da referida notificação. Caso o “contribuinte relevante” não cumpra o dever de comunicação, o “intermediário” deve proceder à comunicação à Autoridade Tributária até 31 de Agosto de 2020.

Inês Pereira de Melo

Esta apresentação informativa é geral e abstrata, não substitui o adequado aconselhamento profissional para cada caso em concreto, não devendo, por isso, servir de base suficiente para qualquer tomada de decisão específica. Para qualquer esclarecimento sobre o assunto, contacte-nos.