SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL
ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA
& ASSOCIADOS

Nº 26/16

ENTRE A TRANSPARÊNCIA FISCAL E A PRIVACIDADE DOS DADOS PESSOAIS: O SIGILO FISCAL

TAX & BUSINESS

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos foram desenvolvidos vários mecanismos idênticos, embora com âmbitos e procedimentos de aplicação distintos, como o Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), dos EUA, Common Reporting Standard (CRS), da OCDE e a Directiva relativa à troca automática de informações fiscais (DAC 2), da EU. Estas levantam várias questões no quadro da privacidade de dados: da sua recolha generalizada, passando pelos moldes e duração das sua retenção, bem como pelos fins para que tal informação é utilizada.

Espera-se que, no decurso dos próximos anos, surja uma contra-investida que conduza a um são equilíbrio entre as necessidades de luta contra a fraude e evasão fiscal e entre a privacidade dos dados.

A presente Informação destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta. Não deve servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Informação não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte contacto@rffadvogados.pt.

***

Esta Informação é enviada nos termos dos artigos 22.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, relativa ao envio de correio electrónico não solicitado. Caso pretenda ser removido da nossa base de dados e evitar futuras comunicações semelhantes, por favor envie um email com "Remover" para o endereço email newsletter@rffadvogados.com.

Best Lawyers - "Tax Lawyer of the Year" 2014
Legal 500 – Band 1 Tax "Portuguese Law Firm" 2013
International Tax Review –"Best European Newcomer" (shortlisted) 2013
Chambers & Partners – Band 1 "RFF Leading Individual " 2013
Who´s Who Legal – "RFF Corporate Tax Adviser of the Year" 2013
IBFD – Tax Correspondents Portugal, Angola and Mozambique

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

FATCA, CRS E A DAC 2

No panorama internacional têm vindo a ser desenvolvidos vários mecanismos de troca de informação entre Administrações fiscais. No que toca a contas bancárias e ao seu potencial uso para ocultação de património ou rendimentos, a mais recente encarnação destes mecanismos tem origem nos EUA, com a introdução do FATCA, em 2010.

O FATCA corresponde à génese do movimento por uma maior transparência e que se materializou no acesso a certos dados bancários e na troca de informações fiscais. O acrónimo FATCA alude à expressão *"fat cat",* que se celebrizou nos EUA no início do século XX e que estereotipava as pessoas de elevado património e rendimentos. Não obstante, aplica-se a todos os cidadãos estado-unidenses que residem fora dos EUA, independentemente dos seus rendimentos ou património.

Logo se seguiu, em 2014, o chamado *Common Reporting Standard* (CRS, de cariz mais global), e a Directiva 2014/107/UE do Conselho, de 9 de Dezembro de 2014, respeitante à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade (DAC 2). Assim, a recolha e a troca de informação neste âmbito tornou-se global.

O ÂMBITO DA TROCA DE INFORMAÇÕES SOBRE CONTAS BANCÁRIAS NO PLANO INTERNACIONAL

Sem prejuízo das devidas diferenças de pormenor e procedimentais, FATCA, CRS e a DAC 2 seguem um modelo idêntico. Estes compromissos internacionais visam a identificação, por parte de uma entidade financeira reportante, das pessoas que possam ser qualificadas como reportáveis. Isto é, visam pessoas residentes num dos Estados contratantes ou Estados membros, conquanto seja identificada uma conta desta pessoa num Estado diferente daquele em que reside.

Neste quadro, são impostas regras de diligência devida *(due dilligence)* às instituições financeiras reportantes, no sentido de se identificarem as contas, existentes e novas, de pessoas físicas ou legais (entidades). A identificação de contas pré-existentes é, essencialmente, feita através do apuramento, por parte da própria instituição financeira, de indícios presentes na documentação dos seus clientes (e.g. moradas ou telefones). Esta análise é feita independentemente do valor da conta, embora se preveja uma análise mais detalhada no que respeita a contas de valor mais elevado. Ao contrário do FACTA, no CRS e na DAC 2 não existem limiares mínimos expressos para contas de pessoas físicas (50.000 USD, no caso do FATCA) que permitam a exclusão, automática, do âmbito da necessidade de diligência devida. No que respeita a pessoas colectivas, fixa-se um limiar, mínimo, de 250.000 USD, para contas pré-existentes.

Assim, um cidadão português, residente em Portugal, sem contas no estrangeiro, não se encontraria abrangido por estas regras de reporte. Por outro lado, um cidadão francês a

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

residir em Portugal, por exemplo, que mantenha contas em França veria as suas contas bancárias francesas serem reportadas à Administração fiscal portuguesa. Simetricamente, uma pessoa a residir num Estado participante e que detenha uma conta em Portugal irá ver a sua conta bancária portuguesa ser reportada à Administração fiscal do seu país de residência.

Por conseguinte, em questão está, no âmbito dos desenvolvimentos internacionais, a eventual ocultação de rendimentos ou património em contas situadas em países diferentes do país de residência do contribuinte.

DA PRIVACIDADE DOS DADOS PESSOAIS

Contra este movimento têm sido contrapostas reservas relativas à privacidade e à segurança do tratamento de dados. Rigorosamente, as reservas, tais como as entretanto apresentadas pela Comissão Nacional de Protecção de Dados, não devem abarcar, apenas, as contas portuguesas de pessoas a residir em Portugal, mas, também, as contas portuguesas de pessoas a residir noutros Estados. Em relação aos segundos encontra-se subjacente um raciocínio de presunção generalizada (de risco) de fraude e evasão fiscal pelo simples facto dessas pessoas deterem contas num país diferente daquele em que reside.

No plano já estritamente interno, esta presunção ainda se afigura mais agressiva no âmbito estritamente nacional. Poderá falar-se de ocultação de contas bancárias em Portugal, seja de que valores forem, de residentes em Portugal com a mesma preocupação que se fala da não comunicação de contas bancárias no estrangeiro?

As questões de privacidade não se limitam, pois, à comunicação de saldos de contas. Com a introdução da Factura da Sorte, da e-Factura e da necessidade de pedir factura para a obtenção de deduções em sede de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) surgem também dúvidas, quiçá mais severas, em função da recolha e manutenção de informação sobre os gastos e modos de vida dos contribuintes.

As objecções, no contexto da privacidade de dados, são mais profundas e latas e, no plano da troca automática de informações, têm sido reiteradas por organismos independentes internacionais, como o Article 29 Data Protection Working Party, designadamente no quadro da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

As reservas e os cuidados necessários na recolha e troca de informações passam, pois, pela:

i. Definição clara da base legal;
ii. Delimitação clara do objectivo (e.g. evasão fiscal);
iii. Análise da necessidade e proporcionalidade da informação recolhida e da forma e duração de retenção de tais dados;
iv. Transparência e justo processamento dos dados dos sujeitos;

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt

v. Estabelecimento de *data controllers*, isto é, pessoas responsáveis pelo cumprimento das exigências de cuidado e diligência relacionadas com a privacidade de dados, bem como por assegurar que os dados subsequentemente transferidos pelo outro Estado não são transferidos para um terceiro Estado incapaz de assegurar padrões satisfatórios de privacidade de dados;
vi. Regulação e estabelecimento de sistemas de resposta à eventual quebra de confidencialidade dos dados;
vii. Elaboração de estudo de impacte na privacidade dos sujeitos visados;
viii. Determinação dos fins adicionais, necessariamente limitados, para os quais as informações podem ser utilizadas e a forma como tal se poderá processar (e.g. processo crime); e
ix. Consideração expressa do poder e competência da autoridade competente para a protecção de dados.

Neste quadro, as entidades nacionais independentes com competência na área de protecção de dados têm vindo a sair fortalecidas em resultado de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, tais como a do caso *Digital Rights Ireland* ou do caso *Schrems*. O seu papel, bem como o dos tribunais nacionais e europeus, nos próximos anos, será preponderante para a delimitação dos poderes das Administrações fiscais e o efectivo respeito pela privacidade e segurança de dados.

CONCLUSÃO

Parece-nos que à forte investida internacional no sentido da salutar transparência fiscal irá corresponder, nos próximos anos, uma contra investida no âmbito da privacidade e de segurança de dados, que conduza a um são equilíbrio entre as necessidades de luta contra a fraude e evasão fiscal e a privacidade dos dados. Importa não ficar limitado a meras declarações formais de cumprimento de princípios e normas relacionadas com a privacidade dados, e introduzir mecanismos de controlo capazes e eficazes, que garantam, também, transparência no tratamento de dados fiscais e no respeito pela privacidade de dados.

A própria forma como a Administração tributária efectua o tratamento e a segurança dos dados pessoais dos contribuintes deveria ser submetida, periodicamente, a uma auditoria externa independente. A transparência fiscal deve, pois, ser recíproca.

Certo é que a pressão contra a fraude e a evasão fiscal, materializada na troca de informações e na maior transparência, outrora circunscrita aos denominados paraísos fiscais, chega, agora, *onshore*.

Lisboa, 24 de Agosto de 2016

Rogério M. Fernandes Ferreira
Jorge Lopes de Sousa
José Pinto Santos

www.rffadvogados.pt
Praça Marquês de Pombal, 16 – 5º (Recepção)/6º
1250-163 Lisboa • Portugal
T: +351 215 915 220 • F: +351 215 915 244
contacto@rffadvogados.pt