

A DIRECTIVA DA FISCALIDADE DA POUPANÇA NO ÂMBITO DA UE
ALGUNS ASPECTOS¹

RESUMO

Analisa-se neste estudo o processo legislativo que, no âmbito da União Europeia, terminou com a aprovação e entrada em vigor, em 1 de Julho de 2005, da Directiva .n.º 2003/48/CE do Conselho, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, bem como a sua transposição para o direito interno português e algumas particularidades associadas à sua aplicação prática.

ABSTRACT

In this study, the legislative process which in the European Union ended with the approval and entry into force on 1st July 2005 of Council Directive n.º 2003/48/CE on the taxation of interest as savings income as well as its transposition into Portuguese internal law and some particularities regarding its practical application.

Sumário

1. Etapas do processo legislativo
2. A DIRECTIVA 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003
 - 2.1 Configuração jurídica da troca de informação
 - 2.1.1 Âmbito objectivo
 - 2.1.2 Âmbito subjectivo

¹ O presente estudo corresponde, em grande parte, à intervenção que tivemos no Seminário sobre a Directiva da Poupança, promovido pelo Instituto Superior de Formação Bancário, em 23-06-2005, por honroso convite que nos foi dirigido. A circunstância de, entretanto, termos participado em mais uma edição dos “Cursos de Verano”, da Universidad Complutense de Madrid, subordinado ao tema *Fiscalidad Internacional y Unión Europea*, realizado entre 11 e 15-07-2007, no qual o tema foi abordado, permitiu-nos, segundo cremos, melhorar significativamente o texto inicial. Sempre que tenhamos necessidade de referir, em nota, os apontamentos desse Curso, referir-nos-emos a CV-Ed. 2005 – RC, quando a base tiver sido a “charla” de RAFAEL CALVO, “*La Directiva del ahorro y la de intereses y cánones: objecto, definiciones, ambito de aplicación territorial y temporal*” e a CV-Ed. 2005-JAB, quando a base tiver sido a “ponencia” de JOSÉ ANTÓNIO BUSTOS BUIZA, “*Acuerdos de intercambio de información entre la Unión Europea y los Paraísos Fiscales*”.

- a) O agente pagador
- b) O beneficiário efectivo
- c) Identidade e residência do beneficiário efectivo
- 2.2 Relação entre a Directiva da Poupança e a Directiva da assistência mútua. O sigilo fiscal internacional
- 2.3 Aspectos temporais da Directiva
 - 2.3.1 Período transitório para a Áustria, Luxemburgo e Bélgica: o sistema de retenção por conta
 - 2.3.2 Condicionantes para a aplicação efectiva da Directiva. Fim do período transitório
 - 2.3.3 A “cláusula de anterioridade”
 - 2.3.4 Juros decorridos
- 3. A transposição para o ordenamento interno da Directiva da Poupança: o Decreto-Lei n.º 62/2005, de 11 de Março
 - 3.1 Agente pagador
 - 3.2 Rendimentos da poupança sob a forma de juros
 - 3.3 Beneficiário efectivo
 - 3.4 Obrigações de comunicação
 - 3.5 Isenção de retenção
 - 3.6 Regime transitório aplicável aos títulos de crédito negociáveis
 - 3.7 Modelo de tributação no Estado da residência do beneficiário efectivo (Portugal).
 - 3.8 Dever de comunicação do agente pagador e sigilo bancário

1. Etapas do processo legislativo

Contrariamente ao que sucede com a tributação indirecta², a harmonização da tributação directa e, em particular, da tributação dos rendimentos das pessoas singulares, nunca foi vista como um instrumento imprescindível e prioritário para a prossecução dos objectivos visados pela União Europeia³. A harmonização fiscal não está expressamente prevista nem nos objectivos da Comunidade enunciados no Preâmbulo, e no artigo 2.º do Tratado,

² Art. 93.º do Tratado.

³ EVA MARIA CORDERO GONZALEZ, *El Intercambio de Información sobre las Rentas del Capital Mobiliario* em la Unión Europea, *Cronica Tributaria* n.º 113-2004, pp. 29 e seguintes, que se seguiu em grande parte. Como em nota a autora assinala, a harmonização dos sistemas tributários dos Estados membros não constitui um fim em si mesmo da União Europeia. Trata-se de uma técnica instrumental a utilizar quando as divergências entre as normas dos Estados Membros ponham em perigo a prossecução dos objectivos comunitários ou distorções no funcionamento do mercado único, instrumento, por sua vez, primordial ao serviço de tais objectivos.

nem entre as actividades a desenvolver descritas no artigo 3.º. O projecto de Tratado da Constituição Europeia era igualmente omissivo sobre a harmonização comunitária em matéria de tributação directa. Nesta perspectiva, rege o chamado “princípio da subsidiariedade” introduzido pelo artigo 5.º do Tratado⁴ – o qual limita as competências comunitárias ao exigir que se justifique que o objectivo prosseguido não pode ser alcançado por outra via – pelo que não pressupõe, de resto, nenhuma novidade em matéria de harmonização⁵. Neste quadro, a acção comunitária em sede de harmonização da tributação directa é subsidiária e proporcionada a determinados fins: evitar distorções de concorrência; assegurar o respeito pelas liberdades de circulação de pessoas, mercadorias e capitais, pela liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços (o que constitui um travão a normas internas discriminatórias⁶); estabelecer um quadro de neutralidade fiscal (tendo como decorrência a eliminação integral da dupla tributação); e incrementar a troca de informação entre os diversos Estados membros⁷.

Da ausência de harmonização no domínio da tributação directa não deixam, no entanto, de resultar alguns problemas. A sobretributação que é suportada, em certos casos, pelos contribuintes que auferiram rendimentos ou realizem determinadas despesas no estrangeiro, tem sido qualificada com frequência pelo TJCE como contrária ao Tratado pelo seu carácter discriminatório ou restritivo sobre as liberdades fundamentais da de circulação e estabelecimento. Noutra perspectiva, a erosão da base tributável no Estado da residência, correspondente a rendimentos obtidos e não tributados, ou tributados em menor grau, no estrangeiro, gera efeitos perniciosos sobre o funcionamento do mercado único que as instituições comunitárias tentam, há muito, combater.

A Directiva 2003/48/CE, de 3 de Junho⁸, constituiu a resposta comunitária a uma situação que afectou negativamente os sistemas tributários dos diferentes Estados membros. A intervenção comunitária na regulação da fiscalidade dos rendimentos da poupança, ainda que limitada aos rendimentos da poupança sob a forma de juros auferidos por pessoas singulares, é justificada, assim, pelas distorções ao funcionamento do mercado único, instrumento fundamental ao serviço dos fins de progresso económico e social, próprios da União Europeia.

⁴ As disposições citadas como sendo do Tratado correspondem à versão compilada do Tratado que institui a Comunidade Europeia, publicada no JO n.º C 325, de 24.12.2002

⁵ RAMÓN FALCÓN Y TELLA, *El Derecho Fiscal Europeo*, in Manual de Fiscalidad Internacional, IEF/Escuela de Hacienda Pública, Madrid, 2.ª edição, 2004, pp. 1151.

⁶ O que vem conduzindo a sistemáticas posições jurisprudenciais do TJCE que, relevando de uma interpretação política dos Tratados, afirmam a prevalência de tais princípios perante normas internas, naquilo que já vem sendo designado por “ditadura da jurisprudência do TJCE” – sobre esta matéria ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ e JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO, *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Cadernos Fiscales, n.º 3, Edersa, Madrid, 2000

⁷ CV – Ed. 2005 - RC

⁸ JO n.º L 157, de 26.6.2003, pp. 38.

Não obstante a evidência da sua necessidade, a Directiva que aqui analisamos foi precedida de um longo processo de negociações, apresentação e retirada de propostas prévias, motivado pela dificuldade de encontrar uma solução unitária que convencesse cada um dos Estados membros e, em particular, aqueles que perspectivam o sigilo bancário como uma peça essencial do seu sistema financeiro. Ao longo do referido processo foram-se burilando distintas opções de harmonização, até se desembocar, finalmente, embora com algumas excepções, num modelo baseado na troca regular e automática de informação entre administrações fiscais, visando-se com isso o conhecimento, e conseqüentemente, a tributação efectiva, pelo Estado da residência em conformidade com a sua própria legislação⁹, dos juros que os seus residentes obtiveram noutros Estados membros. A eficácia da Directiva assenta, assim, num duplo pressuposto: obriga, por um lado, à troca periódica e automática de informação entre os Estados membros¹⁰ e, por outro, exige a harmonização prévia das possibilidades internas de obtenção da informação a comunicar, tendo em vista a eliminação das distorções apontadas. Tal solução constitui a mais ambiciosa de entre as que até agora foram colocadas, tanto desde o ponto de vista do respeito pelos princípios materiais de justiça tributária, como na perspectiva da carga administrativa que a sua execução implica. Chegou-se a ela após o fracasso de propostas prévias que não chegaram a alcançar a unanimidade necessária para serem aprovadas¹¹.

O ponto de partida é constituído pela Directiva 88/361/CEE, de 24 de Julho¹², sobre a liberalização dos movimentos de capitais. Previa-se, no n.º 5 do seu artigo 6.º, que a Comissão deveria apresentar ao Conselho, o mais tardar até 31 de Dezembro desse mesmo ano (1988), propostas destinadas a eliminar ou atenuar os riscos de evasão ou fraude fiscais, susceptível de ser provocada pela liberalização dos movimentos de capitais.

Tal desiderato veio a ser concretizado na Proposta de Directiva do Conselho relativa a um regime comum de retenção na fonte sobre os juros, apresentada em 10 de Fevereiro de 1989 pela Comissão [COM (89) 60 final/3]¹³,

⁹ FRANCISCO JOSÉ DELMAS GONZÁLEZ, *Comentarios al Reglamento de Obligaciones de Información respecto de Participaciones Preferentes y otros Instrumentos de Deuda y de determinadas Rentas Obtenidos por Personas Físicas Residentes en La Unión Europea*, Documentos, n.º 2/05, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 6.

¹⁰ Ver-se-ão posteriormente as especificidades relativas a Estados terceiros e a territórios dependentes. O que é certo é que a troca periódica e automática de informação também abrange, por partes dos restantes Estados membros, a Áustria, Bélgica e Luxemburgo, Estados para os quais, em derrogação do dever de informação, foi estabelecido um período transitório em que efectuarão uma retenção na fonte por conta do imposto que for devido no Estado membro da residência do titular.

¹¹ FRANCISCO JOSÉ DELMAS GONZÁLEZ, *Directiva sobre Fiscalidad del Ahorro – Estado del Debate*, Documentos, n.º 20/01, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp., um estudo exaustivo sobre os problemas relacionados com aspectos técnicos e políticos que se tornava superar após as Conclusões do Conselho ECOFIN de 26 e 27 de Novembro de 2001, na sequência das Conclusões do Conselho Europeu da Feira.

¹² JO n.º L 178, de 8.7.1988, pp. 5.

¹³ JO n.º C 141, de 7.6.89, pp. 5

cujo objectivo era, “considerando que a liberalização completa dos movimentos de capitais na Comunidade comporta riscos de distorções, de evasão e de fraude fiscal ligados à diversidade dos regimes nacionais respeitantes à fiscalidade da poupança e ao controlo da sua aplicação; que, em consequência, a aproximação desses regimes é necessária para assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado comum”, o de estabelecer na fonte uma retenção obrigatória e mínima de 15% sobre os juros transfronteiriços, “considerando que a aplicação de um sistema comum de retenção na fonte responde a esse objectivo ao mesmo tempo que permite assegurar uma tributação mínima dos juros pagos por um devedor residente de um Estado membro”, retenção essa que seria posteriormente deduzida no imposto pessoal do Estado da residência do seu titular (artigos 3.º e 4.º)¹⁴. Esta proposta teve vida efémera, devido à oposição de países como o Luxemburgo e o Reino Unido e à experiência vivida pela Alemanha após a introdução de uma retenção similar, mas âmbito exclusivamente interno, que teve de ser revogada em poucos meses para travar a fuga de capitais para o exterior¹⁵.

Depois de vários anos de “silêncio pesado” sobre a matéria, a Comissão apresentou, no âmbito do denominado “pacote fiscal” contra a concorrência fiscal prejudicial, em 4 de Junho de 1998, uma nova Proposta de Directiva sobre a Fiscalidade da Poupança, destinada a assegurar um nível mínimo de tributação efectiva dos rendimentos da poupança sob a forma de juros no interior da Comunidade [COM (1998) 295 final]¹⁶ com, entre outros, o fundamento de que “na ausência de uma coordenação dos regimes nacionais relativos à fiscalidade da poupança, nomeadamente no que diz respeito ao tratamento dos juros recebidos em cada Estado membro por não residentes, é actualmente possível que os residentes dos Estados membros escapem a qualquer forma de tributação sobre os juros em um Estado membro diferente daquele em que residem”¹⁷. Tratava-se do “terceiro pilar” do referido pacote, sendo os outros dois constituídos pelo Código de Conduta¹⁸ e pela Directiva relativa aos juros e *royalties* entre sociedades afiliadas¹⁹. A proposta aparece num contexto renovado das relações entre a

¹⁴ Medida que, não obstante, era de eficácia duvidosa no que respeitava à tributação efectiva no Estado da residência. Com efeito, ainda que a retenção fosse concebida como um pagamento por conta, parece óbvio que, em grande parte dos casos, se transformava em tributação definitiva (liberatória), pois não se previa troca de informação. O que conjuntamente se previu então foi a modificação da Directiva 77/799 (Assistência Mútua) para melhorar a transmissão de informação entre os Estados membros. EVA MARIA CORDERO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 36 e nota (22).

¹⁵ EVA MARIA CORDERO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 36/37.

¹⁶ JO n.º C, de 8.7.98, pp. 13

¹⁷ Considerando n.º (5).

¹⁸ Conclusões do Conselho ECOFIN de 1 de Dezembro de 1997 em matéria de política fiscal (98/C 2/01), cujo anexo 1 é constituído pelo Código de Conduta – JO n.º C, de 6.1.98, 2, pp. 1

¹⁹ A proposta de directiva – COM (1998) 67 final – foi publicada no JO n.º C de 22.4.98, pp. 9 e a directiva, denominada Directiva relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efectuados entre sociedades associadas de Estados membros diferentes – Directiva n.º 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de Junho – foi publicada no JO sob o n.º L 157, de 26.6.2003, pp. 49

Comissão e o Conselho em matéria de tributação directa, propiciado pela posição do Comissário Monti, consistente em rejeitar parte das pretensões harmonizadoras anteriores, respeitar os direitos soberanos dos Estados em matéria tributária à luz do princípio da subsidiariedade e convencê-los, ao mesmo tempo, da necessidade de incrementar a coordenação ao nível europeu em matéria tributária²⁰.

Para tentar superar os inconvenientes que tinham impedido o consenso e a unanimidade exigida, a proposta de 1998 opta pelo denominado sistema da coexistência, conferindo aos Estados a possibilidade de optarem pela aplicação de um dos dois sistemas alternativos previstos na Directiva: o sistema de informação ou o sistema de retenção por conta no Estado do pagamento. Não obstante o objectivo expresso de garantir uma tributação mínima efectiva dos rendimentos da poupança dentro da Comunidade, também esta proposta foi objecto de posições de rejeição, ou mesmo de oposição frontal, por parte de alguns Estados membros, de tal modo que os prazos previstos na proposta de Directiva para a sua implantação foram largamente ultrapassados por falta de consenso entre os Estados quanto aos mecanismos a adoptar e a sua preferência ou o alcance dos mesmos em relação a determinados produtos financeiros. Em qualquer caso, no plano objectivo a Directiva abrangia os juros, na aceção do seu artigo 5.º, no plano subjectivo envolvia já a figura do agente pagador estabelecido no território de aplicação do tratado [nos termos da definição prevista no artigo 3.º b)] e as pessoas singulares enquanto exclusivas beneficiárias dos pagamentos e, no plano espacial, implicava que o beneficiário do pagamento tivesse a sua residência em Estado membro distinto daquele onde o agente que efectuava o pagamento se encontrasse estabelecido (artigos 1.º e 2.º)²¹.

É da discussão gerada em torno desta proposta que veio a surgir a proposta de Directiva do Conselho destinada a assegurar uma tributação efectiva dos rendimentos da poupança sob a forma de juros no interior da Comunidade, apresentada pela Comissão em 19 de Julho de 2001 [COM (2001) 400 final], reflectindo as linhas essenciais aprovadas pelo conselho ECOFIN de 26 e 27 de Novembro de 2000²². A proposta limita-se, em

²⁰ A relevância da pressão internacional sobre a tributação interna dos rendimentos de capitais foi várias vezes sublinhada pela Comissão, em documentos de que ressalta a tendência para transferir o peso da tributação para outras fontes de rendimento, como os rendimentos de trabalho, de menor mobilidade e susceptíveis de um controlo mais apertado – v.g., *Taxation in the European Union*, de 20 de Março de 1996, SEC (96) 487 final, *A Fiscalidade na União Europeia. Relatório sobre a evolução dos sistemas tributários*, de 22 de Outubro de 1996, COM (96) 546 final e a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 5 de Novembro de 1997, *Pacote de medidas para combater a concorrência fiscal prejudicial*, COM (97) 564 final.

²¹ FRANCISCO ALFREDO GARCIA PRATS, com grandes desenvolvimentos, *La Propuesta de Directiva de Imposición sobre el Ahorro: Algunos Apuntes*, Crónica Tributária, n.º 96 (2000) pp. 31-62.

²² Na sequência do acordo mínimo a que se chegou no Conselho Europeu da Feira, em 19 e 20 de Junho, como se colhe das “Conclusões da Presidência”: III – Questões Económicas, Financeiras e Monetárias, B. Pacote fiscal - 42. *O Conselho Europeu faz seu o relatório sobre o pacote fiscal apresentado pelo Conselho ECOFIN (cf. Anexo IV), as declarações para a acta do Conselho e o acordo sobre os seus princípios e directrizes. Apoiar ainda o calendário fixado, que prevê um*

princípio, aos pagamentos transfronteiriços realizados a pessoas singulares com residência fiscal noutra Estado membro da União Europeia, não sendo aplicável a residentes ditos “internos”, nem a residentes em terceiros países não pertencentes à União Europeia. Para os residentes “internos” mantêm-se aplicáveis as normas internas, enquanto para os residentes em países terceiros diferentes dos Estados membros da União Europeia se aplicarão as convenções bilaterais para evitar a dupla tributação e, na sua ausência, pelas normas de carácter interno para delimitar o tratamento tributário dos sujeitos passivos por obrigação real.

Na perspectiva da evolução dos objectivos prosseguidos pelas diversas propostas, podemos sublinhar os seguintes passos qualitativos:

- A proposta de 1989 pretendia garantir ingressos mínimos aos Tesouros de cada Estado membro, assegurando bases mínimas para acabar com a estratégia de desfiscalização, entretanto iniciada por todos os Estados membros, com vista a tornar atractiva a afluência de capitais externos;
- A proposta de 1998 visava assegurar uma tributação mínima, no espaço comunitário, dos rendimentos da poupança sob a forma de juros;
- A proposta de 2001 apontava para a garantia de uma tributação efectiva dos rendimentos da poupança sob a forma de juros dentro da Comunidade, apoiada num intercâmbio de informação automática de natureza electrónica entre as Administrações Tributárias.

2. A DIRECTIVA 2003/48/CE do Conselho, de 3 de Junho de 2003

2.1 Configuração jurídica da troca de informação

A Directiva da Poupança é, exclusivamente, um instrumento ao serviço das Administrações Fiscais dos Estados membros da União Europeia para evitar e combater a fraude e a evasão fiscal. Não cria qualquer novo imposto. Mas também não se destina a diminuir a carga fiscal de cada contribuinte. O seu objectivo confessado²³ é o de “obrigar” o contribuinte a declarar os rendimentos nela visados no seu País de residência (o que não constitui qualquer novidade, uma vez que os diferentes ordenamentos jurídicos internos já impunham essa obrigação aos seus residentes. Mas tratava-se de uma obrigação, em regra, sem efeitos práticos, nomeadamente pela prevalência em muitos Estados do segredo bancário e, também, pelas dificuldades na obtenção e troca de

desenvolvimento passo a passo até à concretização da troca de informações como base para a tributação dos rendimentos da poupança dos não residentes. O Conselho Europeu solicita ao Conselho ECOFIN que prossiga com determinação os seus trabalhos sobre todos os aspectos do pacote fiscal, por forma a alcançar pleno acordo quanto à aprovação das directivas e à implementação do conjunto do pacote fiscal no mais breve prazo e nunca depois de finais de 2002.

²³ Cf. artigo 1.º n.º 1.

informação entre as administrações fiscais que possibilitassem um efectivo controlo de tais rendimentos)²⁴. Assim, não é de estranhar que a norma comunitária imponha aos Estados membros, com as excepções referidas, por um período transitório, a obrigação de adaptarem a sua legislação interna ao novo sistema de troca automática e periódica de informação, ampliando, sendo caso disso, as possibilidades legais visando a sua obtenção²⁵.

2.1.1 Âmbito objectivo

A troca de informação, no âmbito da Directiva 2003/48/CE, tem por objecto exclusivo os juros, conceito próprio descrito no respectivo artigo 6.º. Curiosamente, trata-se de um conceito muito semelhante ao incluído nas diversas propostas de directiva e que podemos dizer que se aproxima, ainda que tendencialmente, ao conceito dos rendimentos que, no âmbito interno, derivam da cedência a terceiros de capitais próprios, ou seja “todas aquelas formas de retribuição, fixas ou variáveis, determinadas ou não a priori, nas quais existe, pelo menos como denominador comum, a devolução do capital cedido através de módulos independentes ou alheios ao resultado empresarial da pessoa singular ou colectiva que retribui a cessão do capital²⁶”. A noção tradicional de juro amplia-se, para nela se incluírem outros rendimentos derivados da poupança, pretendendo-se com isso abranger todas as modalidades de retribuição do capital nas quais a elisão ou a atenuação da tributação tenham sido eleitas como critério determinante para o seu investimento noutro Estado da União, possibilitando a sua tributação no Estado da residência sem, porém, se alterar a qualificação interna.

Ficam assim de fora do âmbito objectivo da Directiva outras possíveis formas de poupança cujo investimento num ou noutro Estado não se encontra tão condicionado pela fiscalidade que vão suportar, como é o caso dos dividendos e demais rendimentos auferidos pela participação em fundos próprios de quaisquer entidades. A doutrina indica como razões para esta exclusão as características do investimento neste tipo de valores, cuja rendibilidade depende directamente do lucro empresarial da entidade em que se participa, assumindo, com isso, o risco da empresa que se financia. As perspectivas do lucro empresarial (relevando de imprevisibilidade) constituem, em consequência, o critério decisivo da decisão de investimento diferentemente do que acontece com os juros, em que, existindo uma retribuição contratada e certa, o imposto a pagar adquire maior importância.

²⁴ CV-ED.2005-RC

²⁵ Cf. artigo 2.º n.º 2. Esta norma impõe aos Estados uma posição proactiva, visando eliminar os obstáculos internos, como por exemplo o sigilo bancário, à obtenção da informação.

²⁶ I. GARCIA-OVIES y B. SESMA SÁNCHEZ, *Fiscalidad de las rentas del capital mobiliario en España*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pág. 81, citado em nota (34) por EVA M. C. GONZÁLEX, op. Cit.

De harmonia com o conceito da Directiva, qualificam-se, em primeiro lugar, como juros os “pagos ou creditados em conta que se referem a créditos de qualquer natureza, acompanhados ou não de garantias hipotecárias ou de uma cláusula de participação nos lucros do devedor e, nomeadamente, os rendimentos de títulos públicos e de obrigações, incluindo os prémios e fracções inerentes a estes” [artigo 6.º n.º 1 al. a)]. Trata-se de uma definição de juros muito próxima da incorporada no n.º 3 do artigo 11.º da Convenção Modelo da OCDE. Abrange os rendimentos de capitais na modalidade conhecida como **rendimentos explícitos**. Como é sabido, este tipo de rendimentos distingue-se de outros rendimentos da aplicação de capitais pela garantia da sua retribuição, pela sua distinção do capital cedido, uma vez que não é necessária a transmissão do activo para a sua percepção, e pelo seu carácter, em regra, periódico²⁷. Neste quadro, e na medida em que não constituem uma retribuição do capital, mas uma indemnização pelos danos causados pelo incumprimento, são expressamente excluídos do conceito de juros os juros de mora pelo pagamento, em sentido análogo ao consagrado no artigo 5.º do Código do IRS.

Em segundo lugar, integram o conceito relevante “os juros vencidos ou capitalizados realizados na altura da cessão, do reembolso ou do resgate dos créditos” referidos anteriormente [artigo 6.º n.º 1 al. b)]. Trata-se de uma clara alusão aos rendimentos provenientes dos títulos emitidos a desconto (ou de cupão zero), obrigações emitidas abaixo do par e de títulos de crédito semelhantes, cujo montante é determinado pela diferença entre o preço pago no momento da sua aquisição e o valor do título quando se amortiza ou reembolsa²⁸. O teor do artigo é, não obstante, impreciso quanto à sua extensão a rendimentos obtidos pela transmissão antecipada do título antes da data do vencimento, sendo, porém, certo comparando as propostas anteriores, que se referiam unicamente ao aumento do valor do título no momento da sua amortização, a Directiva em vigor refere-se em termos mais amplos a cessão, reembolso ou resgate dos créditos. Como se sabe, a doutrina tende a incluir, do ponto de vista conceptual, os rendimentos obtidos na transmissão dos títulos de crédito na categoria das mais-valias, por ser necessária a transmissão do título e o rendimento acabar por ser determinado à margem das condições previamente fixadas, segundo as circunstâncias da negociação do título no mercado.

Parece dever ter-se como critério decisivo para a inclusão dos “juros decorridos” no âmbito objectivo da Directiva a sua qualificação interna, mais do que os fins visados pela norma comunitária. Com ele, pretende-se, em última análise, que a decisão de investir no estrangeiro tenha por base a rendibilidade e as características próprias do

²⁷ Não prejudica a qualificação global do rendimento como juros o facto de parte do rendimento de um título poder estar indexado aos lucros da entidade financiada – como sucedeu entre nós com os denominados títulos de participação – a menos que o investidor dos fundos objecto do empréstimo partilhe uma parte dos riscos assumidos pelo devedor - cf.

“*Observação sobre os artigos da Proposta de Directiva*”, artigo 6.º, COM(2001) 400 Final

²⁸ *Observação ...*, cit., artigo 6.º n.º 1 al. b).

produto escolhido e não a única finalidade de se obter uma poupança fiscal proporcionada pela descoordenação dos diversos sistemas tributários da União. Na parece, pois, que para este efeito exista fundamento para distinguir entre os rendimentos obtidos na amortização do título e os que se obtivessem com a alienação prévia do mesmo, pois a decisão de investimento tem por base em ambos os casos as condições de rendibilidade e prazo previamente acordadas, e não tanto em consideração a quaisquer circunstâncias relativas à negociação do título. De outro modo, para evitar a aplicação da Directiva, seria suficiente transmitir o título antes da data do vencimento, torneando-se, assim, a troca de informação e, em consequência, a tributação no Estado da residência ou, conforme o caso, a retenção na fonte. De assinalar, todavia, que sendo certo que na qualificação interna portuguesa os “juros decorridos” são qualificados como juros no sentido da Directiva, também é verdade que, sendo a remuneração dos títulos exclusivamente constituída por uma taxa de juro explícita, o mesmo ordenamento admite, na operação de alienação, a coexistência de “rendimentos de capitais” (a parte do rendimento que corresponda à taxa aplicada ao capital e tendo em conta o período decorrido) e de mais-valias (a parte que exceda o montante assim determinado), deste modo se distinguindo o rendimento derivado da cedência do capital em sentido estrito da variação de valor originada como consequência da negociação do título²⁹.

Por último, a Directiva alarga o conceito de juros aos rendimentos pagos aos seus participantes pelos organismos de investimento colectivo em valores mobiliários, autorizados nos termos da Directiva n.º 85/611/CEE, de 20 de Dezembro, pelos organismos de investimento colectivo estabelecidos fora do território em que o Tratado é aplicável nos termos do seu artigo 299.º e ainda os rendimentos pagos pelas entidades que tenham a possibilidade de optarem por serem tratadas como organismos de investimento colectivo em valores mobiliários, bem como da cessão, do reembolso ou do resgate, das unidades de participação naquelas entidades, nomeadamente quando se tenha optado pelo sistema de capitalização ou acumulação de rendimentos [artigo 6.º n.º 1 al. c) e d)]³⁰.

Esta será, porventura, a qualificação que maiores problemas práticos pode suscitar, porque o objectivo explícito da Directiva, à luz do princípio da neutralidade fiscal (possível) do investimento através dos organismos de

²⁹ Decorre tal distinção do disposto na primeira parte do n.º 5 do artigo 5.º, artigo 10.º n.º 4 al. a) e artigo 40.º n.º 3, todos do Código do IRS.

³⁰ De acordo com a *Observação ... cit.*, “para efeitos desta directiva a expressão OICVM inclui todos os organismos de investimento colectivo que satisfaçam os requisitos gerais previstos na Directiva 85/611/CEE. A expressão “organismo de investimento colectivo estabelecido fora do território referido no artigo 7.º” inclui todos os organismos de investimento colectivo, independentemente da sua forma jurídica e da composição dos seus activos. Isto inclui organismos que, caso estivessem estabelecidos num Estado membro, seriam considerados OICVM na acepção da Directiva 85/611/CEE, mas também qualquer outro tipo de investimento colectivo (por exemplo, clubes de investidores)”

investimento colectivo em valores mobiliários, é o de tributar, dos rendimentos distribuídos por tais organismos, apenas aqueles que possam ser qualificados como juros³¹. De maneira que se os rendimentos distribuídos tiverem origem em activos representativos de créditos, serão qualificados como juros. Se, pelo contrário, derivam de acções ou de outras participações sociais, os rendimentos distribuídos ficarão excluídos do seu âmbito de aplicação. Este critério, que poderemos designar como “critério de afectação real”, será de difícil aplicação para os organismos que se rejam pelo sistema da acumulação de rendimentos. Por isso, e excepto se os Estados membros optarem pelo critério da “afectação real”, recorre-se nestes casos à composição maioritária do activo da entidade, em créditos ou em participações sociais, para determinar a natureza dos rendimentos distribuídos. Se mais de 40% dos seus activos forem representados por investimentos em créditos, a totalidade dos rendimentos distribuídos será qualificada como juro e ficarão sujeitos à aplicação da directiva. Se os investimentos em créditos não atingirem aquela percentagem, os rendimentos distribuídos excluem-se da aplicação da Directiva. Os autores já assinalaram que se concede aos organismos de capitalização um tratamento mais favorável do que o reservado aos organismos de distribuição periódica, pois estes, mesmo que tenham investido em créditos uma percentagem inferior a 40% (eventualmente superior a 15%) serão objecto de comunicação ao Estado da residência, relativamente aos rendimentos provenientes de juros. Prevê-se, não obstante, que a percentagem de 40% diminua para 25% em 2011.

A solução adoptada para os organismos de distribuição periódica apresenta, em qualquer caso, a dificuldade para o agente pagador de averiguar a origem dos rendimentos ou a composição do activo do fundo ou sociedade de investimento. Por isso, embora residualmente, a Directiva prevê que se o agente pagador desconhecer qual a percentagem do rendimento que corresponde a créditos ou qual é a composição do activo da entidade, qualifique a totalidade dos rendimentos pagos como juros, submetendo-os à disciplina da Directiva. Junta-se a isto a possibilidade de o Estados membros deixarem de trocar informação sobre os organismos estabelecidos no seu território cujo investimento em créditos não ultrapasse os 15%, qualquer que seja a forma de atribuição dos

³¹ *Observação ... cit, artigo 6.º al c): “Os rendimentos distribuídos pelos organismos e entidades referidos estão incluídos na definição de pagamento de juros desde que esses rendimentos provenham de pagamentos de juros, quer directamente, quer através de uma entidade referida no n.º 2 do artigo 4.º (abordagem dita da “transparência”). A referência ao pagamento de juros destina-se a abranger todos os tipos de pagamentos de juros referidos no artigo 6.º. Isto inclui quaisquer juros pagos a esses organismos ou entidades relativos a títulos de crédito que detenham, mas também quaisquer juros vencidos ou capitalizados realizados na altura da cessão, do reembolso ou do resgate desses títulos de crédito. Além disso, inclui ainda todos os rendimentos distribuídos a esses organismos ou entidades por outros organismos ou entidades semelhantes, desde que esses rendimentos provenham do pagamento de juros, bem como qualquer rendimento realizado pelos organismos ou entidades aquando da cessão, do reembolso ou do resgate de participações em organismos ou entidades semelhantes, se estes últimos tiverem investido mais de 40% dos seus activos em títulos de crédito. Sem a inclusão dessas participações, os organismos ou entidades acima referidos poderiam evitar a aplicação de uma directiva através da detenção indirecta, por intermédio de organismos ou entidades semelhantes, dos títulos de crédito”.*

rendimentos, por se tratar na sua maioria de fundos ou sociedades de investimento cujos activos são maioritariamente constituídos por acções e que só investem uma pequena percentagem do seu património com a finalidade de manterem alguma liquidez³².

Duas notas finais sobre a questão das percentagens. Relativamente aos limiares de investimento estabelecidos, parece dever entender-se que basta que os organismos os tenham atingido. Ou seja, não se exige uma média ou um período de inclusão. Por outro lado, tais percentagens serão determinadas, em princípio, em função da política de investimento tal como definida no regulamento do fundo ou no contrato social dos organismos ou entidades em causa. Frequentemente, o regulamento do fundo ou o contrato social de um organismo indicam qual a percentagem de instrumentos de dívida ou de acções que pode, ou deve, ser detida. Caso esse regulamento ou contrato não exista, ou a política dos organismos em matéria de investimento não esteja prevista, as percentagens serão determinadas em função da composição efectiva do activo. Incumbe aos Estados membros fixar as modalidades de aplicação desta disposição. Essas regras devem, nomeadamente, permitir evitar as situações de abuso quando a política de investimento efectiva de um organismo não corresponda à política de investimento definida no regulamento ou no contrato social³³.

A incidência objectiva da directiva delimita-se negativamente ao não abranger³⁴:

- Rendimentos derivados de seguros de poupança, reforma e *unit-linked*;
- Rendimentos derivados de produtos financeiros derivados que a lei interna não qualifique como geradores de juros (opções, futuros, swaps, etc.);
- Instrumentos de investimento colectivo em rendimento variável ou misto, de capitalização, cujos activos não excedam mais de 25% (40% até 31 de Dezembro de 2010) em títulos geradores de juros;
- Rendimentos derivados de dívida negociável emitida antes de 1 de Março de 2001 ou prorrogada antes de Março de 2002 (Eurobonds)³⁵;
- Qualquer produto que ofereça uma retribuição alternativa ao pagamento de juros.

³² É a denominada regra do *de minimis*. Se um Estado membro a adoptar relativamente aos OICVM estabelecidos no seu território, a sua decisão vinculará os outros Estados membros. Isto significa que nenhum desses outros Estados membros poderá exigir aos agentes pagadores estabelecidos no seu território a prestação de informações nem a aplicação de uma retenção na fonte sobre esses rendimentos (*Observação ... cit*, artigo 6.º n.º 6). Antecipa-se que Portugal optou pela regra do *de minimis*, pelo que a sua decisão vincula, relativamente a residentes em território português, todos os outros Estados membros, territórios dependentes ou associados e territórios terceiros, não lhes podendo exigir troca de informação ou retenção na fonte.

³³ Cf. *Observação ... cit*, artigo 6.º n.º 8.

³⁴ CV-Ed. 2005 - RC

³⁵ Com as explicitações mais adiante que se efectuarão, a propósito da transposição da Directiva da Poupança para o ordenamento jurídico interno.

2.1.2 Âmbito subjectivo

No sistema desenhado pela norma comunitária, é possível distinguir três sujeitos que, de uma forma ou de outra, intervêm ou são afectados pela troca de informação. Em primeiro lugar, os Estados membros, como sujeitos obrigados a remetê-la automaticamente ao resto dos Estados membros (e a países terceiros, nas condições que adiante melhor veremos), pelo menos uma vez por ano. Em segundo lugar, os agentes pagadores, sobre os quais recai a parte mais gravosa do funcionamento do sistema, porquanto devem compilar os dados relativos aos juros pagos, identificar os seus beneficiários e remetê-los à administração fiscal do Estado onde se encontram estabelecidos. E, por último, os beneficiários dos pagamentos de juros, como sujeitos passivos da informação. A estes dois últimos refere-se a Directiva para definir com precisão quem, de entre as diversas entidades que podem intervir no pagamento ou na cobrança de juros, se deve considerar “agente pagador” e “beneficiário efectivo”.

a) O agente pagador

Em contraste com as propostas anteriores, a definição de “agente pagador” contemplada no artigo 4.º da Directiva 2003/48/CE não tem por função atribuir ao Estado em que aquele se encontrar estabelecido a qualificação de país da fonte, com poder para sujeitar os juros a tributação em conformidade com o critério da sujeição real. A possível tributação de tais rendimentos na fonte e a conjugação do Estado com direito à tributação será determinada pelas normas de repartição de competência convencionadas entre os Estados membros no plano internacional. O conceito de agente pagador é exclusivamente relevante, de acordo com a finalidade da norma comunitária, para efeitos de identificar o beneficiário efectivo dos rendimentos e possibilitar, mediante a comunicação dos dados adequados, a sua tributação no Estado da sua residência.

Assim, de harmonia com o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva, entende-se por agente pagador qualquer operador económico que pague juros ou atribua o pagamento de juros em proveito imediato do beneficiário efectivo, independentemente de esse operador ser o devedor do crédito que gera os juros ou o operador encarregado pelo devedor ou pelo beneficiário efectivo de pagar ou atribuir o pagamento de juros³⁶. Posto que se trata de

³⁶ *Observação ... cit, artigo 4.º n.º 1: Por agente pagador entende-se qualquer operador económico que paga ou assegura o pagamento de juros em proveito imediato do beneficiário efectivo. Por operador económico, entende-se qualquer pessoa singular ou colectiva que paga juros no quadro da sua profissão ou actividade comercial. Considera-se que um operador económico “assegura o pagamento de juros” se for responsável pela cobrança dos juros em nome do beneficiário efectivo. Em termos de mercado, um operador deste tipo seria frequentemente referido como um “agente de*

identificar o destinatário final dos juros, enquanto beneficiário efectivo, o pagador define-se, por natureza como “o último intermediário em qualquer cadeia de intermediários”. Apenas numa situação (n.º 2 do artigo 4.º), com finalidade claramente preventiva, se contempla a concorrência de vários “agentes pagadores” com obrigações sucessivas de informação. Trata-se da hipótese em que, para a obtenção do rendimento por pessoas singulares não residentes se tenha interposto uma entidade residente, sem personalidade jurídica ou que, ainda que tenha personalidade jurídica, não se encontre submetida às normas gerais da tributação das empresas³⁷. Face ao nosso ordenamento jurídico tributário, poderemos incluir nesta hipótese as denominadas situações de contitularidade, de que é exemplo típico uma herança indivisa e foi exemplo, enquanto tal regime lhe esteve consignado no Estatuto dos Benefícios Fiscais, a figura dos “clubes de investidores”. Se tais clubes continuarem a existir, face à eliminação do regime de contitularidade que expressamente lhes era atribuído no antigo artigo 29.º do EBF, são actualmente sujeitos passivos de IRC, abrangidos, portanto, “pelas normas gerais de tributação das empresas”.

De acordo com EVA M. C. GONZÁLEZ³⁸, nestes casos, a qualificação de agente pagador é atribuída tanto ao operador económico paga os juros a essas entidades, como à própria entidade que os recebe e que terá de facultar

cobrança”. Esta definição tem por objectivo garantir a identificação de um único agente pagador em qualquer cadeia de intermediários. Caso os juros sejam pagos directamente ao beneficiário efectivo pelo devedor, este deve ser qualificado como agente pagador. Em contrapartida, se os juros forem pagos por vários intermediários encarregados do pagamento de juros ou da garantia do seu pagamento pelo devedor ou pelo beneficiário efectivo, por “agente pagador” entende-se apenas o último intermediário que paga juros directamente ou garante o seu pagamento em proveito imediato do beneficiário efectivo. No entanto, deve salientar-se que um banco ou qualquer outra entidade autorizada a receber depósitos não constitui um “agente pagador” no que se refere ao montante dos juros que credita na conta dos seus clientes, a menos que tenha sido esse banco ou entidade a pagar ou a assegurar o pagamento desses juros”.

³⁷ O que se justifica na *Observação ...* cit nos seguintes termos: “O n.º 2 alarga a definição de agente pagador. Qualquer entidade abrangida por esta disposição deve considerada agente pagador após a recepção dos juros e não após o seu pagamento ao beneficiário efectivo. Esta disposição destina-se a abranger uma categoria especial de entidades que podem não estar sujeitas a uma supervisão tão apertada por parte das autoridades fiscais. O objectivo da disposição consiste em garantir que essas entidades respeitam as obrigações que lhes incumbem na qualidade de agente pagador. Consequentemente, apenas se aplica a entidades estabelecidas num Estado membro. Para determinar se esta disposição se aplica a uma certa entidade, deve realizar-se uma série de testes sucessivos. Esses testes podem dar origem a sobreposições, sendo suficiente que a entidade não passe um dos testes. ... Para informar o Estado membro de estabelecimento da entidade de que uma entidade situada no seu território deve ser considerada como agente pagador após a recepção, o operador económico responsável pelo pagamento de juros deve comunicar ao Estado membro em que se encontra estabelecido o nome e endereço da entidade, bem como o montante total dos juros pagos a essa entidade. Essa informação será seguidamente comunicada ao Estado membro de estabelecimento da entidade ...”

³⁸ Op. cit., n.º 4.2.2. No entanto, a *Observação ..* cit., parece sufragar uma tese não coincidente, pois admite que “uma entidade que seja considerada como agente pagador em virtude desta disposição (n.º 2) e que não tenha recorrido à possibilidade prevista no n.º 3 (a de ser tratada como um OICVM, ainda que o não seja), não terá de desempenhar as tarefas previstas na directiva se posteriormente pagar ou assegurar o pagamento de juros em proveito imediato de um beneficiário efectivo. Esses pagamentos posteriores não estão abrangidos no âmbito de aplicação da directiva”. Há, porém, que reconhecer existir alguma contradição nesta interpretação. Se a entidade optar por ser tratada como um OICVM, cumprindo para o efeito as regras estabelecidas no seu Estado de residência, então será considerada “agente pagador” nos termos do n.º 1 do artigo 4.º e não nos termos do n.º 2. Qual é, então, a diferença, relativamente às

a informação à administração fiscal do seu Estado de estabelecimento mas apenas relativamente aos pagamentos efectuados a beneficiários efectivos, pessoas singulares não residentes, que a integram. Se tanto a entidade a quem os juros são atribuídos como os seus participantes forem não residentes, aplicar-se-ão as regras já descritas: a entidade residente comunica à administração fiscal a qual, por sua vez, informará o Estado da residência. Presume-se que este terá, na sua ordem interna, os instrumentos jurídicos precisos para conhecer as pessoas físicas que a integram e às quais vão ser pagos os rendimentos. E por esta via se produz uma extensão do âmbito subjectivo de aplicação da norma comunitária, no que respeita aos sujeitos passivos da informação, já não apenas singulares, mas também as entidades não residentes em regime de contitularidade não residentes. Atendendo a finalidade da norma, caberá questionar a conveniência de alargar este regime às sociedades em regime de transparência fiscal, nomeadamente, as sociedades civis não constituídas sob a forma comercial e às sociedades de simples administração de bens que, embora submetidas a IRC, têm um tratamento fiscal que pretende aproximar-se do que suportariam no seu imposto pessoal as pessoas físicas que a integram.

O sistema descrito apresenta, em qualquer caso, dificuldades importantes para os agentes pagadores na qualificação de uma entidade estrangeira como ente sem personalidade jurídica ou submetida a um regime de contitularidade, face à ausência de harmonização nesta matéria e às diferentes denominações que se utilizam nos diferentes Estados membros para as designar.

b) O beneficiário efectivo

Tal como se verificou para o conceito relevante de juros, a norma comunitária (artigo 2.º) recorre a uma série de critérios próprios para identificar o preceptor do rendimento que denomina “beneficiário efectivo”. Em primeiro lugar, **deverá tratar-se de uma pessoa singular** ou física³⁹. Os juros pagos a pessoas colectivas, ou jurídicas, não residentes encontram-se fora do âmbito de aplicação da Directiva, não sendo este o momento próprio para aprofundar as razões da opção do legislador comunitário nesta matéria, não obstante a crítica generalizada da doutrina, nomeadamente a espanhola, a esta opção. É que a simples interposição de uma sociedade no Estado

obrigações cometidas ao “agente pagador”, tanto mais que, se a opção não tiver sido efectuada, o Estado membro do estabelecimento apenas terá conhecimento de um montante global pago a título de juros, sem conhecer quem são os seus beneficiários efectivos, nomeadamente quando se trate de beneficiários efectivos não residentes. Se se considerar que os pagamentos efectuados por este “segundo agente pagador” não estão sujeitos ao dever de informação, então abre-se uma via relativamente fácil para iludir a aplicação da Directiva. Trata-se de matéria que, necessariamente, deverá ser objecto de clarificação administrativa.

³⁹ Devendo notar-se que, nos termos da Observação ... cit (artigo 2.º n.º 1) “*De forma a não impor encargos administrativos demasiado pesados aos agentes pagadores, a directiva aplica-se independentemente de os juros pagos constituírem rendimentos comerciais (ou empresariais – aditamento nosso) ou rendimentos de investimento privado da pessoa singular*”

da residência do indivíduo ou de um país terceiro não membro para o pagamento de juros, anula, como assinalou GARCIA PRATS “a eficácia do complexo emaranhado de medidas, sistemas e mecanismos previstos pela Directiva”⁴⁰. Em segundo lugar, para ser objecto de troca de informação, o beneficiário dos juros **há-de ter a sua residência estabelecida noutra Estado da União Europeia, distinto daquele de onde os rendimentos são provenientes**. Dado o carácter instrumental da Directiva a respeito da repartição dos poderes tributário vigente entre os Estados membros, omite-se toda e qualquer referência ao que deva entender-se por “residente” em outro Estado da União, com remissão implícita para os critérios estabelecidos na ordem interna ou, em caso de conflito, os critérios convencionados, existindo convenção de DTI. Em terceiro lugar, o sujeito afectado pela troca de informação deve ser o **beneficiário efectivo** dos rendimentos, no sentido assinalado pelo artigo 2.º da Directiva, presumindo-se, para facilidade de operacionalização do sistema, que o beneficiário do pagamento de juros é o beneficiário efectivo, a menos que demonstre que os não recebeu em proveito próprio. De modo que o intermediário que receba juros por conta de outrem, deverá poder comprovar essa sua situação de mero intermediário, identificando, por seu turno, o destinatário final dos rendimentos. Compete aos Estados membros estabelecer as normas procedimentais necessárias para que o agente pagador possa determinar correctamente a identificação do beneficiário, respeitando, no entanto, o quadro mínimo (comprovação da identidade e da residência) estabelecido no artigo 3.º da Directiva.

Pode-se ainda explicitar que o beneficiário não é considerado o beneficiário efectivo se agir como agente pagador de outra pessoa singular. Deve, neste caso, desempenhar ele próprio as tarefas que a Directiva impõe ao agente pagador. O beneficiário também não é considerado beneficiário efectivo se agir em nome de uma pessoa colectiva, de uma entidade com lucros tributados no quadro de disposições de direito comum relativas à tributação das sociedades, de um organismo de investimento colectivo em valores mobiliários (OICVM) na acepção da Directiva 85/611/CEE do Conselho, de uma entidade considerada agente pagador nos termos do n.º 2 do artigo 4.º ou por conta de outra pessoa singular agindo como mandatário, devendo, neste caso, comunicar ao agente pagador a identidade do beneficiário efectivo. Em tais situações, o beneficiário não é o beneficiário efectivo nem age como agente pagador na acepção da directiva dado que não paga juros a uma pessoa singular. Na verdade, trata-se de um agente “intermediário”.

c) Identidade e residência do beneficiário efectivo

⁴⁰ Citado por EVA GONZÁLEZ, op cit., n.º 4.2.1

O artigo 3.º da normativa comunitária estabelece o quadro mínimo para a determinação da identidade e da residência do beneficiário efectivo, podendo os Estados membros impor, embora de forma não pesada para os operadores económicos, obrigações mais estritas aos agentes pagadores estabelecidos no seu território.

É o n.º 2 do artigo 3.º que consagra as normas mínimas para a determinação da identidade do beneficiário efectivo. Distingue-se, para este efeito, entre as relações contratuais estabelecidas antes de 1 de Janeiro de 2004 e as estabelecidas em 1 de Janeiro de 2004 ou posteriormente a essa data. No primeiro caso, apenas se exige que o agente pagador saiba o nome e o endereço do beneficiário efectivo, determinando-os com recurso às informações de que já dispõe. No caso de instituições financeiras, a identificação do beneficiário efectivo deve ser efectuada no quadro das regras estabelecidas em conformidade com a Directiva 91/308/CEE⁴¹, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Para as relações contratuais estabelecidas a partir de 1 de Janeiro de 2004, a identidade consiste no nome, endereço e número de contribuinte ou outro número de identificação ou, na sua falta, na data e no local de nascimento do beneficiário efectivo. Aqueles elementos, com excepção naturalmente do número de contribuinte, serão confirmados por passaporte ou bilhete de identidade oficial do beneficiário efectivo. Só se admite outro documento comprovativo da residência, quando esta não conste do bilhete de identidade, do passaporte. Não constando o número de identificação fiscal do bilhete de identidade ou do passaporte ou, eventualmente, do certificado de residência fiscal, deverá, então, ser acrescida a data e o local de nascimento, determinados com base no passaporte ou bilhete de identidade.

No n.º 3 do artigo 3.º prescrevem-se os procedimentos mínimos de determinação da residência do beneficiário efectivo. Também aqui se distinguem dois períodos temporais. Para as relações contratuais estabelecidas antes de 1 de Janeiro de 2004, o agente pagador deve determinar a residência do beneficiário efectivo com base nas informações de que dispõe e, tratando-se de instituições financeiras, no quadro estabelecido pela já referida Directiva 91/308/CEE. Para as relações contratuais, ou para as transacções efectuadas na falta de relações contratuais, a partir de 1 de Janeiro de 2004, o agente pagador deve determinar a residência do beneficiário efectivo com base no endereço mencionado no seu passaporte ou bilhete de identidade oficial ou, se necessário, em qualquer documento outro documento comprovativo apresentado pelo beneficiário efectivo. Se no passaporte ou no bilhete de identidade constar uma residência e o beneficiário declarar residir num Estado terceiro, terá de apresentar um certificado de residência fiscal emitido pela autoridade competente desse Estado. Na falta de apresentação do certificado, considera-se que a residência do beneficiário efectivo se situa no Estado membro que emitiu o passaporte ou qualquer outro documento de identidade oficial.

⁴¹ JO L 166 de 28.6.1991, pp.77.

2.2 Relação entre a Directiva da Poupança e a Directiva da assistência mútua. O sigilo fiscal internacional

A aprovação da Directiva 2003/48/CE, de 3 de Junho, tem lugar num quadro jurídico integrado por diversas normas que já possibilitavam a troca de informação entre os Estados membros. Referimo-nos, nomeadamente, à Directiva 77/799/CEE⁴², de 12 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados membros, actualmente apenas no domínio dos impostos directos e de certos impostos indirectos⁴³ e às convenções de dupla tributação internacional. A relação da nova disposição com o sistema jurídico pré-existente varia segundo a origem comunitária ou internacional da norma de que se trate.

A relação entre a Directiva da Assistência Mútua e a Directiva da Poupança é, claramente, uma relação de generalidade – especialidade. As disposições sobre a fiscalidade da poupança actuam como lei especial, estabelecendo um regime específico de troca de informação automática de dados sobre este tipo de rendimentos. E, portanto, não pode aplicar-se, no âmbito da directiva da poupança, a exoneração do dever de troca de informação previsto na Directiva da Assistência Mútua para aqueles casos em que, por insuficiência de poderes internos, não era possível obter os dados requeridos ou em que a troca de informação pode ser denegada por inexistência de reciprocidade⁴⁴. A Directiva da Poupança impõe aos Estados membros a obrigação de adaptarem o seu quadro interno para tornar possível e efectiva a troca de informação periódica sobre os rendimentos de capitais afectados pela norma comunitária, eliminando, se for necessário, as disposições relativas ao segredo bancário.

Todavia, sobre a informação trocada, aplicar-se-ão as regras sobre o denominado sigilo fiscal estabelecidas na Directiva sobre assistência mútua. A relevância deste conceito para a transferência internacional de informação pode analisar-se sob duas perspectivas distintas. A comunicação de dados fiscais a outra administração fiscal supõe, por um lado, uma violação do sigilo fiscal interno, tanto na sua vertente subjectiva, na medida em que a informação é revelada a pessoas terceiras não implicadas nos procedimentos administrativos de aplicação dos impostos, como na sua vertente objectiva, uma vez que a informação será utilizada com uma finalidade diferente

⁴² JO L 336 de 27.12.1977, pp. 15 e modificações posteriores.

⁴³ Modificação introduzida pela Directiva 2003/93/CE, do Conselho, no duplo sentido de incluir no âmbito da colaboração entre as administrações fiscais a tributação sobre consumos específicos e sobre prémios de seguros e excluir do referido âmbito o IVA, cuja cooperação passou a ser uniformizada pelo Regulamento (CE) 1798/2003/CE, do Conselho.

⁴⁴ Como decorre, respectivamente, do artigo 8.º n.º 1 e do artigo 8.º n.º 2 da Directiva. Para que não houvesse qualquer dúvida, o n.º 3 do artigo 9.º da Directiva da Poupança afasta expressamente a aplicação do artigo 8.º da Directiva da Assistência Mútua, conquanto a mande aplicar, no resto, e salvo as derrogações previstas, à troca automática de informações que é a base do modelo aprovado.

da aplicação do sistema tributário interno. Não dispomos, internamente, de uma norma que defina o que deve entender-se por “sigilo fiscal”. Apenas no artigo 64.º da Lei Geral Tributária, sob a epígrafe de confidencialidade, se dispõe que “os funcionários da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou de qualquer outro dever de segredo legalmente regulado”. Pressuposto deste dever de confidencialidade entendemos pode ser, segundo se nos afigura, apenas um. O de que, a exemplo do que se dispõe no n.º 1 do artigo 95.º da actual Ley General Tributaria espanhola, “os dados, informações ou antecedentes obtidos pela administração tributária no desempenho das suas funções têm carácter reservado e só podem ser utilizados para a efectiva aplicação dos impostos ou recursos cuja gestão seja da sua competência e para a imposição de sanções procedentes, sem que possam ser cedidos ou comunicados a terceiros”, com as excepções que a seguir estão previstas. Ora, a violação do dever de confidencialidade a que os funcionários da administração tributária estão obrigados, parece neste caso legitimada pelo disposto na alínea c) do n.º 2 do mencionado artigo 64.º, no qual se prevê que o dever de sigilo cessa em caso de “assistência mútua e cooperação da administração tributária com as administrações tributárias de outros países resultante de convenções internacionais a que o Estado português esteja vinculado, sempre que estiver prevista reciprocidade”. Não obstante, esta última parte da norma pode levar, literalmente, à limitação do âmbito da cessação do dever de sigilo. De facto, no âmbito comunitário, a troca de informação converte-se numa necessidade imposta pela construção do mercado único e deveria, portanto, apoiar-se nos princípios e normas do direito primário, impondo-se que a lei interna não possa ser impeditiva, seja a que título for, dessa troca de informação, respeitadas que sejam, ainda, as suas finalidades estritamente fiscais – o que aliás decorre do artigo 7.º da Directiva da Assistência Mútua que proíbe a comunicação de dados recebidos de outro Estado a pessoas distintas daquelas que participem directamente nos procedimentos de gestão, inspecção ou revisão do imposto, bem como no procedimento sancionatório administrativo. Entendemos, pois, que seria de todo conveniente uma alteração à al. c) do n.º 2 do artigo 64.º da LGT no sentido de explicitamente isentar do dever de sigilo a troca automática de informação prevista na Directiva da Poupança, modalidade que só com *granu salis* é possível rever-se no actual articulado.

O que nos remete para a vertente internacional do sigilo fiscal, que na Directiva 77/799/CE é referida ao conjunto de normas que regem o uso e a conservação da informação proporcionada por outro estado membro. A inter-relação entre os aspectos interno e internacional do sigilo fiscal é inevitável, pois a quebra do primeiro é justificada pela existência do segundo, nomeadamente, e sem qualquer sombra de dúvida, quando existe reciprocidade. Só no caso de acordo entre os Estados implicados e sempre que a legislação interna de ambos o autorize, será possível ampliar a margem do sigilo prevista na norma comunitária e utilizar os dados obtidos para outros fins, como, por exemplo, a averiguação de crimes não fiscais, a protecção de menores ou de incapazes, etc. O que tudo significa que os dados obtidos e trocados no âmbito da assistência mútua devem ser objecto de

tratamento específico e de cautelas procedimentais necessárias à identificação da sua origem e respeitar os limites da sua utilização. Ora, na medida em que a Directiva 2003/48/CE prevê a troca periódica e automática de informação, as normas sobre o sigilo fiscal previstas na directiva da assistência mútua parecem inadequadas, se o que se pretende é um intercâmbio fluido de informação fiscal no seio da União Europeia. A manutenção de arquivos ou ficheiros separados para cada Estado e tipo de informação, com condições diversas quanto ao seu uso posterior, parece insustentável perante a tendência do incremento da troca de informação entre todos os Estados membros. Perante esta circunstância, tudo aponta para uma futura modificação das regras sobre o sigilo fiscal comunitário que possibilite o tratamento da informação de acordo com a regulamentação interna do Estado membro que a recebe. O que não será difícil, se se pensar que está harmonizado, ao nível comunitário, o tratamento de dados pessoais, a partir da base constituída pela Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995⁴⁵.

A relação da Directiva 2003/48/CE com as convenções de dupla tributação celebrados entre os Estados membros que incorporem, como é habitual, uma cláusula de troca de informação, não difere, por outro lado, da que existe entre tais normas e a Directiva comunitária sobre assistência mútua. Ainda que geralmente se afirme a supremacia das Directivas comunitárias sobre as disposições vertidas em tratados internacionais, no âmbito particular da assistência mútua, a Directiva 77/799/CE permite a aplicação de outras normas, entre elas as normas convencionais, que visem um intercâmbio de maior alcance do que o contemplado nas suas próprias disposições. Esta situação não se verifica no caso da Directiva da Poupança, que estabelece uma troca periódica e automática de dados mais ampla do que a prevista nas Convenções. O eventual conflito entre ambas as normas, mais do que na extensão e no objecto da troca de informação, poderia verificar-se relativamente ao tratamento da informação trocada, porque quer a Directiva da assistência mútua, quer as convenções, contêm regras similares, ainda que não idênticas, sobre o sigilo fiscal internacional. Não obstante, vem-se entendendo que a primazia do Direito comunitário exige a aplicação prioritária das normas da Directiva.

2.3 Aspectos temporais da Directiva

2.3.1 Período transitório para a Áustria, Luxemburgo e Bélgica: o sistema de retenção por conta

⁴⁵ Não parecendo despidendo dever considerar-se nessa modificação a perspectiva do sujeito passivo da informação, definindo-se as suas garantias em tal domínio, desde as modalidades da sua participação, ao valor probatório da informação trocada, passando pelo controlo jurisdicional da troca de informação

A aprovação da directiva da poupança só foi possível mediante a cedência, por parte dos restantes Estados membros, na manutenção de um período transitório, durante o qual a Bélgica, o Luxemburgo e a Áustria ficam dispensados do dever de trocar informação com os outros Estados membros. Destina-se tal período a que aqueles estados modifiquem o seu ordenamento interno e eliminem o sigilo bancário, mas, sobretudo, ele foi tolerado com o propósito de preservar a sua competitividade na atracção de capitais frente a outros Estados europeus que também mantêm o sigilo bancário e não estão vinculados ao dever de troca de informação (Suíça, Liechtenstein, etc.). O período transitório terminará, precisamente, como adiante se assinalará, quando e se os referidos Estados assumirem a obrigação de trocar informação a pedido⁴⁶.

Durante o período transitório, a Áustria, a Bélgica e o Luxemburgo participam, do ponto de vista passivo, no sistema desenhado pela norma comunitária, com a obrigação, por parte do resto dos Estados membros, de lhes proporcionarem informação sobre juros pagos aos seus residentes. Em troca, aqueles hão-de reter uma percentagem dos juros pagos ao não residentes nos seus territórios, com a seguinte evolução: 15% durante os três primeiros anos; 20% no triénio seguinte; e 35% no resto do período. A receita assim obtida será dividida entre o Estado cobrador (25%) e o Estado da residência (75%). Esta retenção não tem qualquer conexão com uma eventual retenção ditada pelas leis internas dos referidos Estados (com a qual se poderá unicamente relacionar o problema da dupla tributação jurídica internacional) que não sofrem qualquer alteração ou limitação com esta directiva. Ao contrário, é uma verdadeira retenção com natureza de pagamento por conta do imposto devido no Estado da residência. De resto, na transposição da Directiva da poupança para o nosso ordenamento, foi alterado o artigo 78.º do Código do IRS para prever a dedução à colecta, sem qualquer limitação, incluindo o direito ao reembolso, da importância retida neste âmbito.

Relacionados com esta retenção podem suscitar-se duas questões. A primeira resulta do facto de o Estado que efectua a retenção transferir receitas para o território da residência sem identificar o sujeito que as suportou. Isto pode transformar a retenção por conta numa retenção definitiva. Mas se o titular dos rendimentos cumprir a lei interna e declarar esses rendimentos, o que expressamente está salvaguardado no n.º 4 do artigo 11.º da Directiva, terá, porventura, alguma dificuldade em comprovar, perante a sua administração fiscal, a retenção sofrida no Estado da fonte, nomeadamente se este não identificar nominalmente, perante a sua administração fiscal, o sujeito passivo (o que, de resto, nem sequer está previsto na Directiva)⁴⁷. Naturalmente, nos casos de declaração

⁴⁶ Neste sentido, o “período transitório”, sendo *certus an*, é *incertus quando*! Tender-se-á, provavelmente, para a definitividade da transitoriedade, tanto mais que a retenção na fonte, que continuará a verificar-se nestes casos, deverá já situar-se no nível máximo dos 35%.

⁴⁷ Assim, nestas situações, julgamos que a melhor prática é a de o sujeito passivo accionar o mecanismo previsto no artigo 13.º da Directiva, solicitando à administração tributária do seu Estado de residência uma isenção de retenção, que

dos rendimentos, estará também salvaguardada a eliminação da dupla tributação jurídica internacional, seja por via de norma convencional, seja por via da medida unilateral existente no Código do IRS. Haverá, pois, quanto a esta matéria, segundo nos parece, que afinar alguns mecanismos.

A segunda questão resolve, de forma indirecta, o problema antes suscitado. Se o residente num Estado membro recebe juros de um Estado que pratica a retenção na fonte, pode, nos termos previstos no artigo 13.º da Directiva, evitar a retenção quer autorizando o agente pagador a comunicar informação, nos termos gerais, sobre a totalidade dos juros que por ele lhe são pagos, quer apresentando ao agente pagador um certificado de isenção de retenção emitido pelas autoridades fiscais do Estado da residência nos termos previstos na norma comunitário. Ambos os casos pressupõem, naturalmente, que o beneficiário dos juros os declare no seu Estado de residência e, eventualmente, que a administração fiscal desse mesmo Estado possa solicitar à sua congénere do Estado da fonte informação que lhe permita controlar a veracidade dos elementos declarados.

2.3.2 Condicionantes para a aplicação efectiva da Directiva. Fim do período transitório

Tendo tido a sua entrada em vigor prevista para 1 de Janeiro de 2005, com a Decisão do Conselho de 19 de Julho de 2004 (2004/587/CE) foi aquela alterada para 1 de Julho de 2005. O Conselho Informal ECOFIN dos dias 6 e 7 de Junho, que tinha o assunto em agenda (MEMO 05/193), confirmou a referida data. E em 24 de Junho de 2005, o Secretariado do Conselho de Ministros da União Europeia emitiu uma Nota Informativa, na qual deu “luz verde” à aplicação da directiva a partir de 1 de Julho de 2005, sustentado na informação recebida das 40 partes contratantes (25 Estados membros, 10 territórios associados e dependentes e 5 países terceiros) de que haviam concluído entre si os acordos previstos no artigo 17.º n.º 2 da Directiva.

É que a aplicação da Directiva a partir de 1 de Julho de 2005 estava condicionada, nos termos do seu artigo 17.º, à celebração de acordos prévios entre a União Europeia e outros territórios tradicionalmente qualificados como paraísos fiscais (Suíça, Liechtenstein, São Marino, Mónaco, Andorra) tendo em vista a implantação, nos seus territórios, de medidas equivalentes à previstas na Directiva. Tais acordos foram já celebrados e estão publicados⁴⁸. Todos adoptam a retenção na fonte, ao mesmo tempo que permitem a utilização de um certificado

apresentará ao agente pagador. Neste caso, o agente pagador fica automaticamente desonerado de efectuar a retenção e obrigado a efectuar troca de informação.

⁴⁸ Principado de Andorra: JO L 359, de 4.12.2004, pp. 33; Principado do Liechtenstein, JO L 379, de 24.12.2004, pp. 84; República de São Marino, JO L 381, de 28.12.2004, pp. 33; Confederação Suíça, JO L 385, de 29.12.2004, pp. 30; Principado do Mónaco, JO L 19, de 21.1.2005, pp. 55.

de “isenção de retenção”, com a conseqüente troca automática de informação nestes casos. No mais, com pequenas nuances em função do Acordo respectivo, apenas está prevista a possibilidade de troca de informação sobre condutas que constituam fraude fiscal ao abrigo do direito do Estado requerido ou infracções equivalentes, que se consideram ser apenas as infracções da mesma gravidade que a fraude fiscal, ao abrigo do direito do Estado requerido, e tendo exclusivamente por objecto os rendimentos abrangidos pela Directiva da Poupança. Quando acordado, no que toca à prescrição, valerão as regras do Estado requerente. Por outro lado, não exigem qualquer troca automática de informação em relação a juros pagos a residentes nos seus territórios.

Relativamente à Suíça, e tendo em conta o seu poder negocial, a União Europeia⁴⁹ teve de aceitar (ver artigo 15.º do Acordo), entre outras “reivindicações”⁵⁰ que a directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990⁵¹, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados membros diferentes, modificada pela Directiva 2003/123/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003⁵² e a Directiva 2003/49/CE, de 3 de Junho de 2003⁵³, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados membros diferentes passassem a ser aplicada às sociedades residentes na Suíça, embora se mantenham os períodos transitórios nelas fixados⁵⁴. Em termos práticos e no que se refere a estas Directivas, a Suíça passa a ser “Estado membro” da União Europeia!

Problema distinto se coloca em relação aos acordos com os territórios dependentes, que ainda não estão publicados, não sendo, assim, possível, identificar por que sistema optam⁵⁵. Parece, no entanto, possível adiantar

⁴⁹ Com excepção da Espanha – e por aqui se vê como as autoridades fiscais espanholas são muito “profissionais” no âmbito da tributação dos seus residentes. De facto, como se colhe do disposto no n.º 3 do artigo 18.º do Acordo, A Espanha só aceitou aplicar o artigo 15.º à Suíça a partir do momento em que ambos os Estados tivessem assinado um acordo bilateral sobre troca de informações mediante pedido em processos administrativos, cíveis ou penais de fraude fiscal, tal como definida no direito do Estado requerido, ou referentes a infracções equivalentes, relativamente a elementos do rendimento não sujeitos ao Acordo (juros), mas abrangidos por uma convenção entre a Espanha e a Suíça sobre eliminação da dupla tributação do rendimento e do capital. Assim, por esta via, a Espanha logrou conseguir o que não havia conseguido na Convenção de dupla tributação com a Suíça: incluir uma cláusula de troca de informação! Segundo elementos fornecidos em CV-Ed. 2005, o acordo já está celebrado, aguardando-se apenas a sua tramitação formal para que entre em vigor.

⁵⁰ V. g. a inclusão da Suíça no Espaço Schengen.

⁵¹ JO L 225, de 20.8.1990, pp. 6

⁵² JO L 007, de 13.1.2004, pp. 41

⁵³ JO L 157, de 26.6.2003, pp. 49

⁵⁴ O que, em relação a Portugal, significa que durante os primeiros quatro anos poderá aplicar a retenção de 10% e durante os quatro anos subsequentes a retenção de 5%.

⁵⁵ Questionar-se-á, porventura a razão pela qual nuns casos os acordos foram celebrados pela União Europeia (acordos multilaterais) e no caso dos territórios associados e dependentes houve que se proceder a negociações bilaterais (25 EM a negociarem, cada um, com cada um desses territórios). A justificação reside na inexistência de alteridade entre a União Europeia e tais territórios, uma vez que eles, de algum modo, a integram. Assim, a solução só podia ser a da negociação bilateral. Por outro lado, tem-se questionado a posição de Gibraltar. Gibraltar, do ponto de vista jurídico constitucional,

que Guernsey, Jersey, Ilhas Virgens Britânicas, Ilha de Man, Ilhas Turcas e Caicos e Antilhas Holandesas optam por retenção na fonte e que Anguilha, Cayman, Monserrate e Aruba optam por troca automática de informação⁵⁶.

Por último, importa referir uma aparente contradição entre o considerando n.º 24 da Directiva e o seu artigo 17.º, pois enquanto naquele se incluem os Estados Unidos da América no conjunto de Estados com os quais seria necessário celebrar acordo prévio para que a Directiva pudesse entrar em vigor, no artigo 17.º os Estados Unidos da América estão omitidos. Chega-se, assim, à conclusão, face ao disposto no artigo 10.º, de que é para efeitos de fim do período de transição que conta o acordo com os Estados Unidos da América. Ou seja, o fim do período transitório, que implicará para os Estados não membros a troca de informação a pedido (em substituição da retenção) nos termos previstos no Acordo modelo da OCDE sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal, publicado em 18 de Abril de 2002, ocorrerá no fim do primeiro ano fiscal completo a seguir àquele da data que ocorrer em último lugar: o acordo com os Estados actualmente previstos no artigo 17.º ou o Acordo com os Estados Unidos da América. O fim do período transitório, a ocorrer, implicará, para a Áustria, a Bélgica e o Luxemburgo a “entrada plena” no sistema da troca periódica e automática de informações sobre juros pagos a beneficiários efectivos, com o correspondente abandono do sistema de retenção na fonte.

2.3.3 A “cláusula de anterioridade”

O artigo 15.º da Directiva estabeleceu um complexo regime transitório para os títulos de dívida negociáveis cuja emissão inicial tenha sido anterior a 31 de Março, ao abrigo da denominada “cláusula de anterioridade”. Justificando a adopção de tal regime, a Observação Sobre os Artigos da Proposta de Directiva sublinha os seguintes aspectos. Constata, em primeiro lugar, que a maior parte das emissões em curso de obrigações nacionais e internacionais contêm cláusulas ditas de “totalidade” e de “reembolso antecipado”, obrigando-se, o

não é um território dependente ou associado: é parte integrante do território do Reino Unido. Assim, Gibraltar está integralmente obrigado (como a Zona Franca da Madeira) pela Directiva da Poupança, nos mesmos termos em que o Reino Unido se vinculou, ou seja, está obrigado a trocar automaticamente informação. Como “retaliação”, as autoridades de Gibraltar terão anunciado que “não trocariam informação com o Reino Unido”, num apelo aos residentes na Grã-bretanha para fazerem as suas aplicações em Gibraltar! – CV-Ed. 2005 – JAB.

⁵⁶ Informação colhida em CV-Ed. 2005 – JAB. No entanto, a proposta de Orçamento Rectificativo contemplava uma alteração ao DL 62/2005, em que se previa a aplicabilidade de todas as obrigações da Directiva da Poupança, incluindo naturalmente a troca automática de informação, a estes territórios dependentes e associados. Impõe-se, pois, algum cuidado na análise concreta de cada situação, a qual só poderá em rigor efectuar-se quando forem publicados os acordos.

emitente, pela primeira, a compensar o investidor por qualquer imposto retido pelo seu Estado de estabelecimento e, pela segunda, e permitindo-lhe a segunda reembolsar a emissão ao seu valor nominal. Em segundo lugar, admite o risco de que, aplicando-se desde logo a retenção na fonte prevista no artigo 11.º, poderia desencadear-se um movimento de aplicação destas cláusulas, especialmente naqueles casos em que o agente pagador do devedor pague os juros directamente a um beneficiário efectivo. E, conseqüentemente, prevê que tal possa causar perturbação nos mercados, o que não seria desejável.

É neste contexto que se prevê, como regra geral, a não aplicação da directiva, durante o período transitório, aos títulos de dívida negociáveis já existentes, desconsiderando-se, durante esse período, a sua qualidade de títulos de crédito e, conseqüentemente, retirando-se do âmbito de aplicação da directiva o respectivo rendimento, independentemente de quem os detenha. Mas também não se considerando tais títulos para efeitos da percentagem constante da alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º, aspecto este que não é despreciando e deve naturalmente ser tido em conta pelos OICVM.

De forma a evitar distorções de concorrência entre agentes pagadores, a cláusula de anterioridade aplica-se quer os agentes pagadores estejam estabelecidos em Estados membros que apliquem retenção na fonte, quer em Estados membros que pratiquem troca de informações. E, em termos práticos, este regime aplica-se a todos os títulos de dívida negociáveis, quer tenham, quer não tenha, cláusulas de totalidade ou de reembolso antecipado, incluindo-se no conceito de “títulos de dívida negociáveis” todos os tipos de dívida que possam ser negociados livremente no mercado secundário ou que possam ser transferidos pelo seu detentor sem acordo prévio do emitente. Isto inclui todas as obrigações nacionais e internacionais, mas também outros tipos de títulos de dívida negociáveis, tais como o papel comercial Euro, os títulos a médio prazo e os “bons de caisse”⁵⁷.

No entanto, este regime é condicionado. Assim, o regime só se aplica, em princípio, durante o período transitório e aos títulos cuja emissão inicial tenha sido anterior a 1 de Março de 2001 ou cujos prospectos tenham sido visados antes dessa data. Adicionalmente, são estabelecidas as seguintes regras: (i) se a partir de 1 de Março de 2002 tiver sido realizada uma nova emissão de um dos títulos abrangidos, por uma autoridade pública ou entidade afim, actuando na qualidade de autoridade pública, ou cuja função seja reconhecida como tal num tratado internacional, todas as emissões desse título, ou seja, tanto a emissão inicial, como as emissões subsequentes, passam a considerar-se títulos de crédito na acepção do n.º 1 do artigo 6.º e, por consequência, passam a estar

⁵⁷ Não é demais lembrar que o regime transitório que se está a descrever não tem qualquer interferência com o regime de tributação dos rendimentos destes títulos de dívida negociáveis ao nível interno, numa dupla perspectiva: retenção por força de normas internas (tributação real) e declaração no país de residência do titular (tributação pessoal), o que, aliás, está expressamente previsto no n.º 2 do artigo 15.º da Directiva.

abrangidas pela Directiva; (ii) se a partir de 1 de Março de 2002 tiver sido realizada uma nova emissão de um dos títulos abrangidos por qualquer outra entidade emitente, apenas as emissões subsequentes passam a considerar-se títulos de crédito na acepção do n.º 1 do artigo 6.º e, por consequência, passam a estar abrangidas pela Directiva.

Se o período transitório se prolongar para além de 31 de Dezembro de 2010, o regime só continua a aplicar-se aos títulos de dívida negociáveis que incluam cláusulas de “totalidade” ou de reembolso antecipado e nos casos em que o agente pagador, estabelecido num Estado membro que aplique retenção na fonte, pague juros ou atribua o pagamento de juros a um beneficiário efectivo residente noutro Estado membro. Este diferimento na aplicação do regime foi igualmente prevenido em todos os acordos celebrados pela União Europeia com os cinco Estados terceiros.

2.3.4 Juros decorridos

O Conselho da União Europeia, através de Nota de 31 de Maio de 2005 (9536/05), esclareceu que a Directiva se aplica a todos os pagamentos de juros, na acepção do artigo 6.º, efectuados depois da sua entrada em vigor (1 de Julho de 2005), excluindo a proporção dos juros decorridos até essa data.

3. A transposição para o ordenamento interno da Directiva da Poupança: o Decreto-Lei n.º 62/2005, de 11 de Março

Como não raro entre nós acontece, a Directiva da poupança foi transposta para o ordenamento interno com mais de um ano de atraso. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º, os Estados membros deveriam ter aprovado e publicado, antes de 1 de Janeiro de 2004, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à referida directiva. A transposição legislativa ocorreu com o Decreto-Lei n.º 62/2005, de 11 de Março. Disposições regulamentares, nomeadamente as relativas à aprovação dos modelos necessários ao cumprimento dos deveres declarativos previstos no DL 62/2005, vieram a ser publicadas pela Portaria n.º 563-A/2005, de 28 de Junho⁵⁸. E é de supor que, no plano interno, nem todos os obstáculos legais à efectiva aplicação da directiva tenham, na verdade, sido já removidos.

⁵⁸ Relativamente a esta Portaria parece impor-se a observação de que o seu n.º 7 se deve ter por prejudicado no que toca à troca automática de informação, face à Lei do Orçamento Rectificativo para 2005, desde logo em relação a Andorra, Liechtenstein, Mónaco, S. Marino e Suíça. Quanto aos territórios dependentes ou associados, deve aguardar-se

Cumpra agora, de modo sintético, passar em revista as soluções por que o legislador nacional optou na transposição da Directiva para o ordenamento interno, sublinhando eventuais especificidades em relação à matriz constituída pela Directa, que, como se sabe e já aqui foi referido, é um instrumento de harmonização e não um instrumento de uniformização.

3.1 Agente pagador

Em relação ao agente pagador, os artigos 2.º e 3.º parece não se afastarem do conceito que resulta da directiva. Com efeito, o agente pagador é definido no n.º 1 do artigo 2.º como sendo “qualquer operador económico residente ou estabelecido em território português que, no exercício da sua actividade, paga ou atribui rendimentos da poupança, sob a forma de juros, tal como estão legalmente definidos, em proveito imediato do beneficiário efectivo (recorde-se a afirmação feita atrás segundo a qual o “agente pagador era o último dos intermediários numa cadeia de intermediários”), independentemente de esse operador ser o devedor daqueles rendimentos ou o operador mandatado, pelo devedor ou pelo beneficiário efectivo, para pagar ou atribui o pagamento de tais rendimentos”. E no n.º 2, de forma exemplificativa, enumeram-se as entidades que se consideram agentes pagadores, aí relevando as próprias pessoas singulares, residentes em território português, quando ajam no exercício de uma actividade empresarial ou profissional.

Relativamente a entidades desprovidas de personalidade jurídica não abrangidas na enumeração exemplificativa do n.º 2 do artigo 2.º, a solução nacional segue a propugnada pela directiva. Ou seja, parece resultar do artigo 3.º a seguinte solução: são igualmente consideradas agentes pagadores, quando recebam juros em proveito dos beneficiários efectivos; poderão, no entanto, optar por efectuar a comunicação apenas quando os rendimentos forem efectivamente colocados à disposição dos beneficiários efectivos; esta opção implica, porém, que apresentem um certificado de modelo oficial ao operador económico que lhes pague ou atribua rendimentos da poupança sob a forma de juros, ou seja, um certificado de “agente pagador como “OICVM”, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 4.º da Directiva.

A questão, já antes afluída na análise da directiva, que se levanta é a de saber como podem os operadores económicos residentes conhecer a natureza destas entidades quando não residentes em território português,

a publicação dos acordos bilaterais celebrados com o Governo Português, para se poder então saber com segurança quais são aqueles territórios em relação aos quais devem ser cumpridas as obrigações correspondentes troca automática de informação.

dada a diversidade por que são designadas nos diferentes ordenamentos tributários. Como mero exemplo, dir-se-á que este regime será aplicável às entidades espanholas que, nos termos do artigo 6.º do Código do Imposto sobre as Sociedades, estejam submetidas ao regime de atribuição de rendimentos e que são, entre outras, as sociedades civis, com ou sem personalidade jurídica, as heranças jacentes e as comunidades de bens. É que, nestes casos, o operador económico que efectua o pagamento de juros a estas entidades não está, em qualquer norma, dispensado de efectuar a comunicação. Certamente que este será um aspecto que, no futuro, poderá ter desenvolvimentos.

Sem de forma nenhuma pretender a perfeição de todas as soluções legislativas, não posso, no entanto, deixar de referir que, em Espanha, a transposição da Directiva foi, neste particular aspecto, mais objectiva, pois refere expressamente quem está obrigado a prestar informação, nos seguintes termos⁵⁹:

- Pela atribuição de juros, ou de qualquer outra remuneração contratada, de contas em instituições financeiras, a entidade financeira que os pague;
- Pelo pagamento de cupões de activos financeiros, assim como na amortização ou reembolso, substituição ou conversão daqueles, a entidade emitente dos valores. Não obstante, no caso de se contratar com uma entidade financeira a materialização das operações anteriores, a obrigação deverá ser cumprida pela referida entidade financeira;
- Nos rendimentos obtidos na transmissão de activos financeiros, a entidade financeira que actue por conta do transmitente;
- Tratando-se de Dívida Pública, a entidade gestora do Mercado de Dívida Pública que intervenha na operação;
- Na distribuição de resultados de instituições de investimento colectivo, a sociedade gestora ou a sociedade de investimento. No caso de instituições de investimento colectivo domiciliadas no estrangeiro, a entidade comercializadora ou o intermediário indicado para a comercialização;
- Na transmissão ou reembolso de acções ou participações de instituições de investimento colectivo, a sociedade gestora ou a sociedade de investimento, ou, se for o caso, o intermediário financeiro que exerça mediação na transmissão. Quando se trate de instituições de investimento colectivo domiciliadas no estrangeiro, a entidade comercializadora ou o intermediário indicado para a comercialização.

⁵⁹ *Real Decreto 1778/2004, por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea (B.O.E. 07-08-200)*

3.2 Rendimentos da poupança sob a forma de juros

O legislador interno optou, no plano objectivo, por enumerar, taxativamente, seguindo o disposto na lei interna, nomeadamente no n.º 2 do artigo 5.º do Código do IRS, os rendimentos que considera juros para efeitos de aplicação da troca de informação.

Esta opção tem a vantagem de, objectivamente, se saber o que está abrangido pelo dever de comunicação. Porém, porque a “transcrição” do normativo do artigo 5.º do Código do IRS relativo a juros omitiu a expressão “ou outras formas de remuneração” constantes de algumas das alíneas transcritas, permite estabelecer uma fundada dúvida sobre o exacto sentido e alcance desta omissão. Bastará, para o efeito, lembrar o caso ocorrido aqui há uns anos atrás e que ficou conhecido pelo “caso dos ienes”. O pretense “ganho cambial” que, em óbvia desqualificação do juro, constituía claramente uma forma de remuneração do depósito, estará, na actual redacção do artigo 4.º do DL 62/2005, abrangido pelo conceito de juros? Literalmente tendemos a considerar que não, nomeadamente porque não foram incluídas no conceito de juro as remunerações de depósitos à ordem ou a prazo constituídas pelos ganhos, seja qual for a designação que as partes lhe atribuam, resultantes de contratos celebrados por instituições de crédito que titulam um depósito em numerário, a sua absoluta ou relativa indisponibilidade durante o prazo contratual e a garantia de rentabilidade assegurada, independentemente de esta se reportar ao câmbio da moeda, como veio a ser clarificado no actual n.º 4 do artigo 5.º do CIRS. Numa perspectiva teleológica, e atento tudo quanto referidos nas duas primeiras partes deste trabalho, repugna-nos que este tipo de “remuneração” não seja equivalente a juro para efeitos de aplicação da directiva.

No que respeita aos juros pagos por fundos de investimento são observados os parâmetros da directiva, na sua dupla vertente: relativamente aos fundos de distribuição periódica, aplicar-se-á o dever de comunicação sempre que os correspondentes activos geradores de juros sejam superiores a 15%; relativamente aos rendimentos obtidos na cessão, reembolso ou resgate das unidades de participação, quando os activos geradores de juros forem superiores a 40%, sendo que esta percentagem passará a 25% a partir de 1 de Janeiro de 2011.

Para além das exclusões que o próprio artigo 4.º estabelece e que não necessitam de ser aqui referidas, lembre-se que as aplicações em operações de capitalização e em seguros de vida também não estão abrangidas pela Directiva. A única dúvida que se poderia colocar respeitaria às operações de capitalização ao portador, dada a sua semelhança material com títulos de crédito negociáveis. Fazendo, porém, prevalecer a enumeração taxativa por que o legislador interno optou, tendemos a considerar que não, uma vez que nessa enumeração não consta qualquer referência a instrumentos, títulos ou valores referidos no n.º 3 do artigo 5.º do Código do IRS.

3.3 Beneficiário efectivo

Caracterizámos anteriormente, à luz da norma comunitária, o conceito de beneficiário efectivo, afigurando-se-nos que na sua transposição para o ordenamento interno não existem diferenças, sublinhando apenas as cautelas que resultam dos n.ºs 3 e 4 quanto à responsabilidade do agente pagador pela identificação do beneficiário efectivo, em caso de aparentes interposições.

O artigo 6.º reporta-se à identificação do beneficiário efectivo, estabelecendo um regime dual: para as relações contratuais estabelecidas antes de 1 de Janeiro de 2004, bastam o nome e endereço; para as relações contratuais estabelecidas a partir de 1 de Janeiro de 2004, ou não existindo, formalmente, relações contratuais, então acresce a necessidade de o nome e endereço serem confirmados pela exibição de passaporte, de bilhete de identidade ou, não constando o endereço destes documentos, será este determinado com base em qualquer documento comprovativo apresentado pelo beneficiário efectivo, e, bem assim, a inclusão do número de identificação fiscal, atribuído pelo Estado da residência, caso exista, devendo, quando não exista número de identificação fiscal, a identificação do beneficiário efectivo ser completada pela data e local de nascimento.

Recorde-se, a propósito do número de identificação fiscal, que todos os titulares de juros obtidos em território português são obrigados a ter NIF português, obtido mediante o procedimento emergente da alteração ao n.º 5 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 81/2003, de 23 de Abril (é o substituto tributário que tem a obrigação de obter o NIF). Não obstante, segundo informalmente pudemos confirmar, tal número de identificação fiscal tem meros efeitos de controlo (é um número fiscal “menor”), não podendo ser utilizado para quaisquer outras finalidades que não aquelas para que o substituto tributário (em regra a entidade devedora dos rendimentos ou a entidade depositária ou registadora dos valores mobiliários), obrigatoriamente, o obteve. Considerando que as declarações mod. 35 e 36, aprovadas pela Portaria n.º 563-A/2005, de 28 de Junho, exigem a indicação do “número de identificação fiscal português”, deveria ser esclarecido, o mais rapidamente possível, se o número de identificação fiscal obtido pelo substituto serve para este efeito ou se, não servindo, qual o procedimento que deve ser adoptado: se o agente pagador obtém outro número fiscal “menor” ou se o beneficiário efectivo passa a ser obrigado (o que não é correcto, pois a lei do número de contribuinte impõe, desde 1979, que todos os que obtiverem rendimentos em território português devem ser titulares de um número de identificação fiscal) a obter um número de identificação fiscal de “valor pleno”.

A residência do beneficiário efectivo considera-se estabelecida no país em que o mesmo tem o seu domicílio permanente, o que é confirmado, para as relações contratuais estabelecidas antes de 1 de Janeiro de 2004, através das informações que o agente pagador tenha obtido em aplicação da legislação sobre branqueamento de capitais e, para as relações contratuais posteriores, ou na sua ausência, através de passaporte ou bilhete de identidade. Se os beneficiários efectivos se apresentarem como cidadãos de um país e declararem ser residentes noutra, então a residência deverá ser comprovada mediante apresentação de um certificado de residência fiscal emitido pelas autoridades competentes do país da residência. Na falta deste certificado, presumir-se-á que o beneficiário efectivo é residente do País que constar do passaporte ou do bilhete de identidade.

3.4 Obrigações de comunicação

São os artigos 8.º e 9.º do DL 62/2005 que impõem as obrigações de comunicação e o respectivo conteúdo.

Para o efeito foram criados os modelos 35 e 36, aprovados pela Portaria n.º 563-A/2005, de 28 de Junho, de apresentação obrigatória mediante transmissão electrónica de dados até ao final de Fevereiro do ano seguinte ao do pagamento ou da atribuição dos rendimentos⁶⁰, sendo o seguinte o seu âmbito subjectivo:

- O mod. 35 será apresentado sempre que sejam pagos ou atribuídos rendimentos da poupança sob a forma de juros a pessoas singulares não residentes;
- O mod. 36 será apresentado sempre que sejam pagos ou atribuídos rendimentos da poupança sob a forma de juros a pessoas singulares que não sejam os beneficiários efectivos, desde que comprovem que actuam por conta de uma das entidades referidas no artigo 3.º ou no artigo 9.º e desde que revelem o nome e o endereço dessa entidade.

A informação constante destes modelos é transmitida automaticamente às autoridades fiscais dos países das respectivas residências, nos termos do artigo 10.º do DL 62/2005, incluindo naturalmente a Áustria, a Bélgica e o Luxemburgo. Nos termos da alteração a este diploma constante da Lei do Orçamento Rectificativo para 2005, esta mesma obrigação deve ser cumprida para com as administrações fiscais dos territórios terceiros ou dependentes ali elencados: Anguila, Antilhas Holandesas, Aruba; Ilhas Caimão; Guernsey; Jersey; Ilha de Man;; Monserrate; Ilhas Turcas e Caicos; Ilhas Virgens Britânicas, com as cautelas antes referidas (cf. supra n.º 2.3.2).

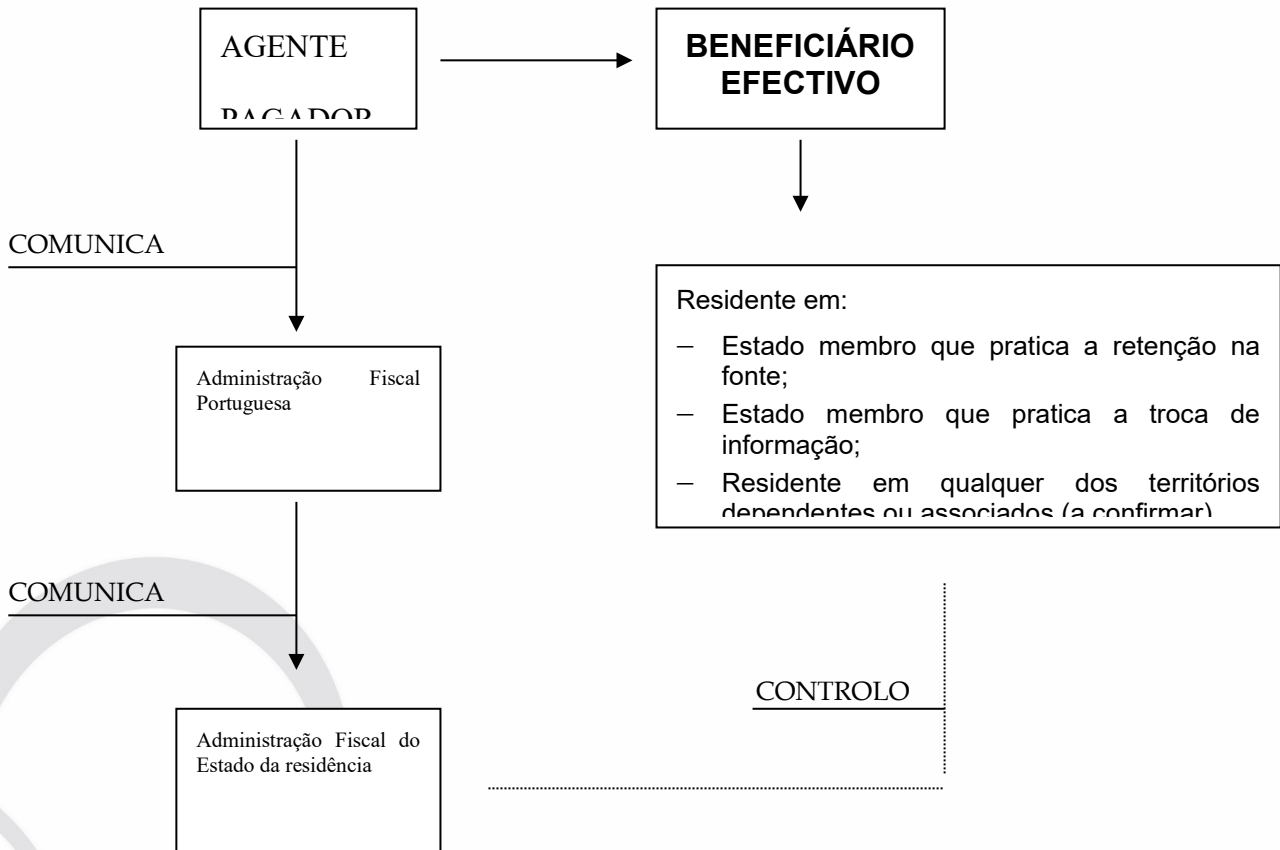
⁶⁰ O que resulta dos n.ºs 2 e 3 da referida Portaria.

Face ao que se encontra legislado, é possível estabelecer os alguns esquemas básicos relativos à troca de informação:

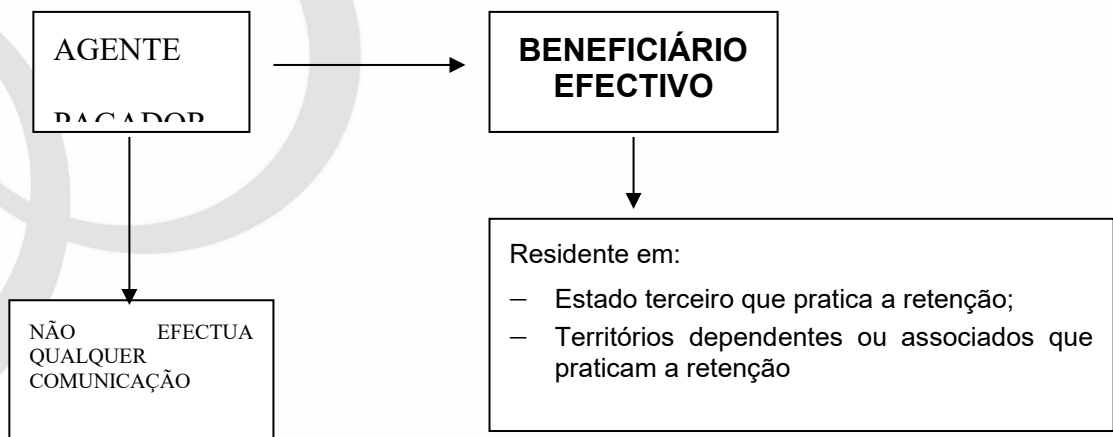


AGENTE PAGADOR DOMICILIADO EM TERRITÓRIO PORTUGUÊS E BENEFICIÁRIO EFECTIVO RESIDENTE FORA DO TERRITÓRIO PORTUGUÊS

I)

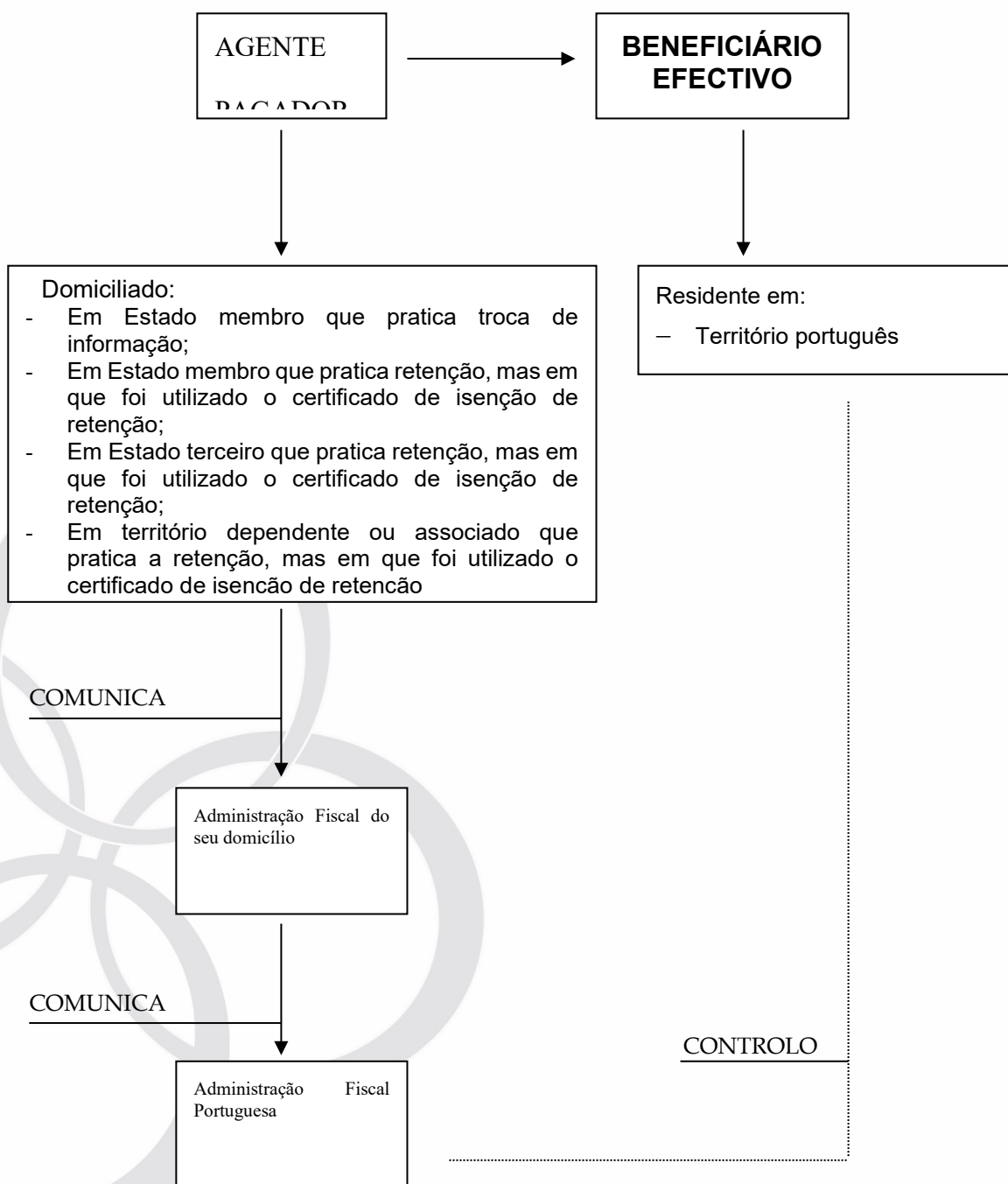


II)

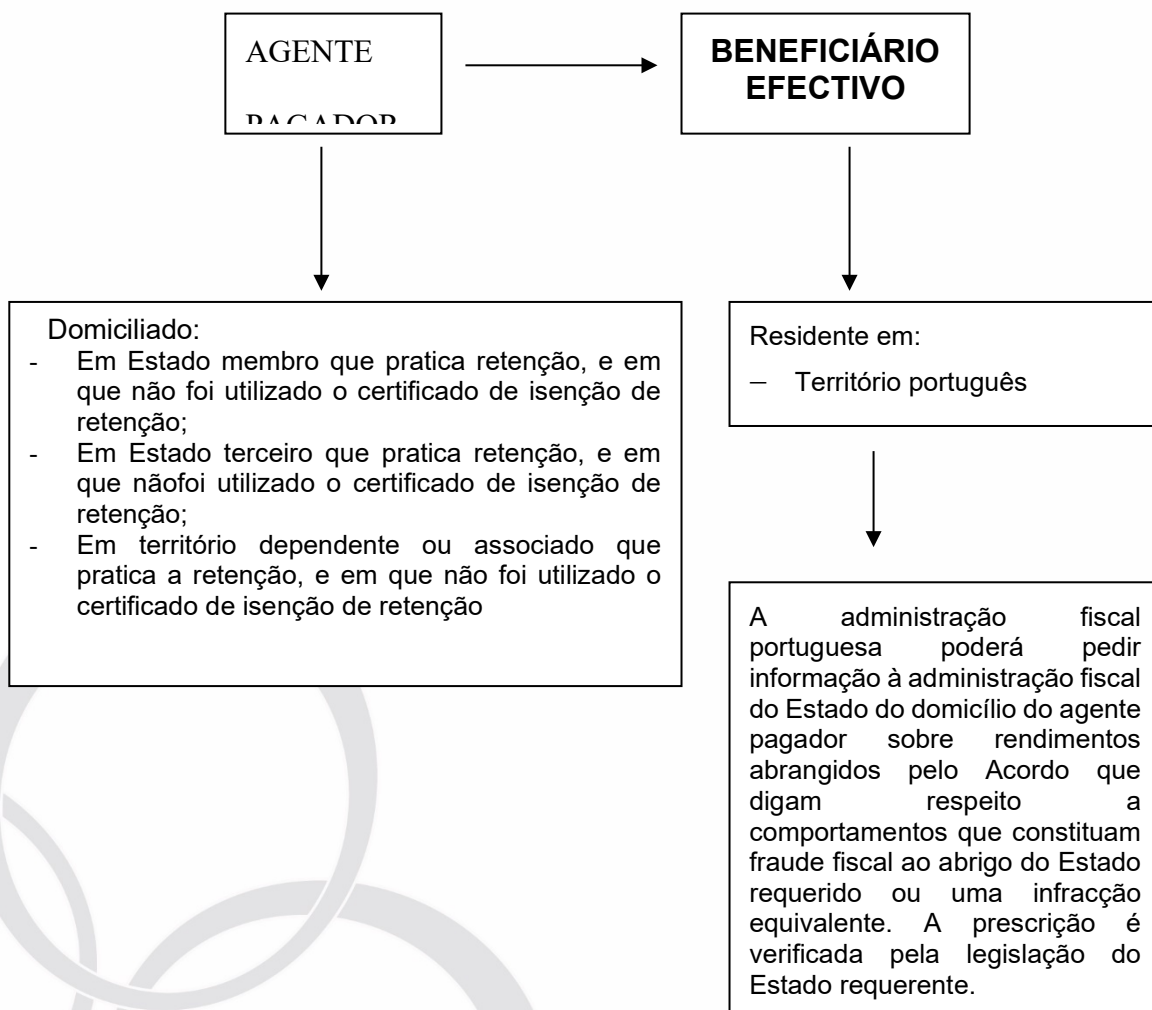


AGENTE PAGADOR DOMICILIADO FORA DO TERRITÓRIO PORTUGUÊS E BENEFICIÁRIO EFECTIVO RESIDENTE NO TERRITÓRIO PORTUGUÊS

I)



II)

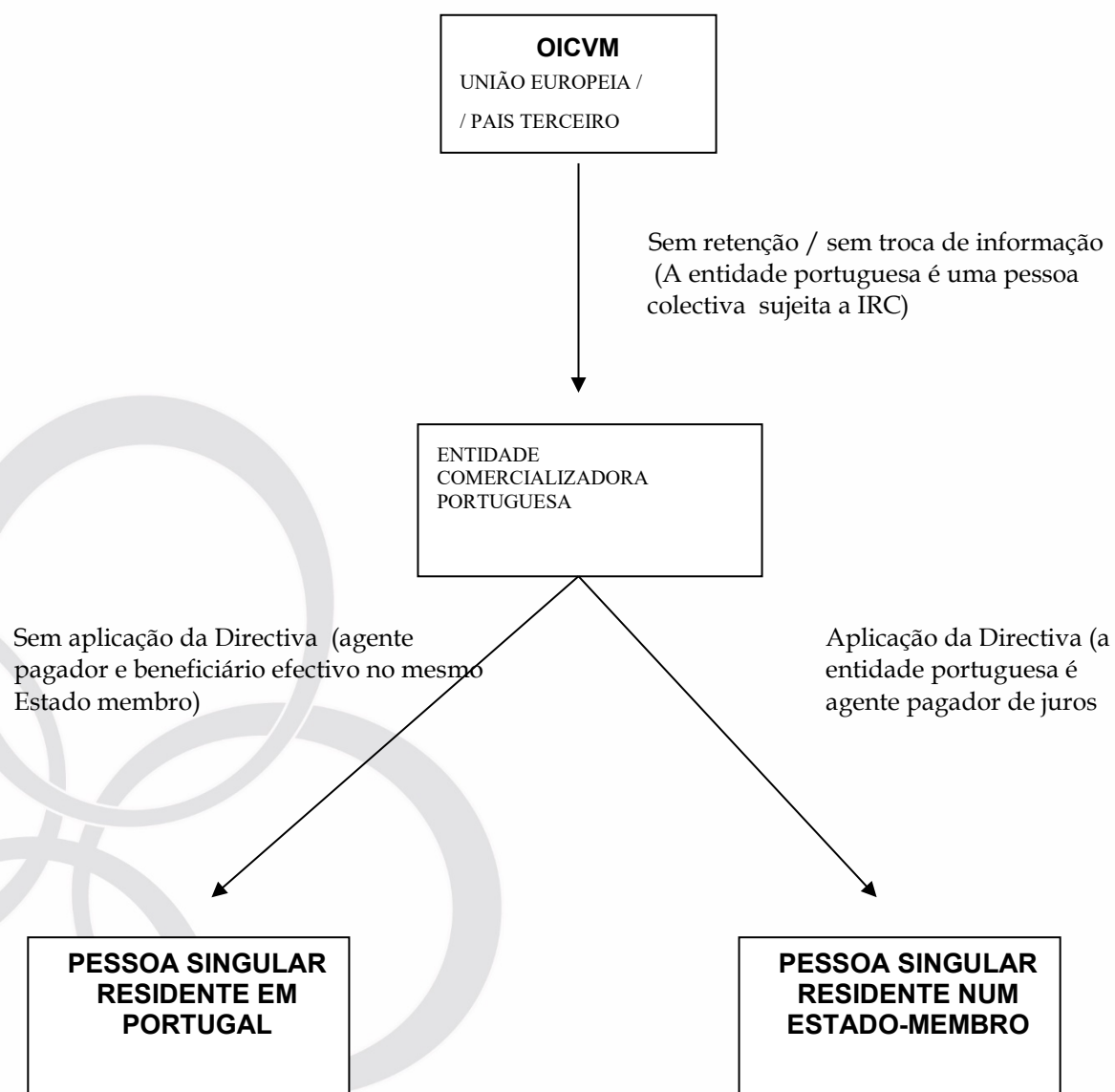


O CASO DAS SUCURSAIS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DOMICILIADAS EM TERRITÓRIO PORTUGUÊS

Entendemos que, na lógica do modelo adoptado, em que prevalece, para efeitos de aplicação da Directiva, o domicílio do agente pagador, se este for uma sucursal de uma instituição financeira domiciliada em território português as obrigações de troca de informação ou de retenção cabem a essas sucursais, consoante o regime adoptado pelo país em que se situa o respectivo estabelecimento estável. À luz do mesmo princípio, e não vemos

como outro possa ser aplicado, se a sucursal se localizar em Estado, território ou região não abrangidos pelo perímetro territorial de aplicação da directiva, não estão vinculados à disciplina por esta imposta, nem a sede se lhes pode substituir para tal efeito.

SITUAÇÃO PLURILocalizada⁶¹



⁶¹ Esquema colhido em CV-Ed. 2005 - RC

3.5 Isenção de retenção

As pessoas singulares residentes em território português que obtenham rendimentos em algum dos Estados, países ou territórios que tenham optado pelo modelo da retenção na fonte, podem obviar a essa retenção obtendo, junto das autoridades fiscais portuguesas, um certificado de isenção e apresentado esse certificado ao agente pagador dos respectivos rendimentos. É o que decorre do disposto no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 62/2005, devendo o referido certificado ser emitido no prazo máximo de dois meses após o seu requerimento, sendo válido pelo período de 1 ano. Para este efeito, a Portaria n.º 563-A/2005, de 28 de Junho, aprovou o formulário modelo 04-DP – Pedido de certificado para isenção de retenção e o formulário mod. 05-DP – Certificado para isenção de retenção.

Face ao modelo destinado a efectuar o requerimento, para além da identificação do beneficiário efectivo, do agente pagador e do representante, deverão igualmente ser identificados os investimentos que dão origem ao pagamento ou à atribuição de rendimentos sobre os quais não deve ser efectuada a retenção do imposto.

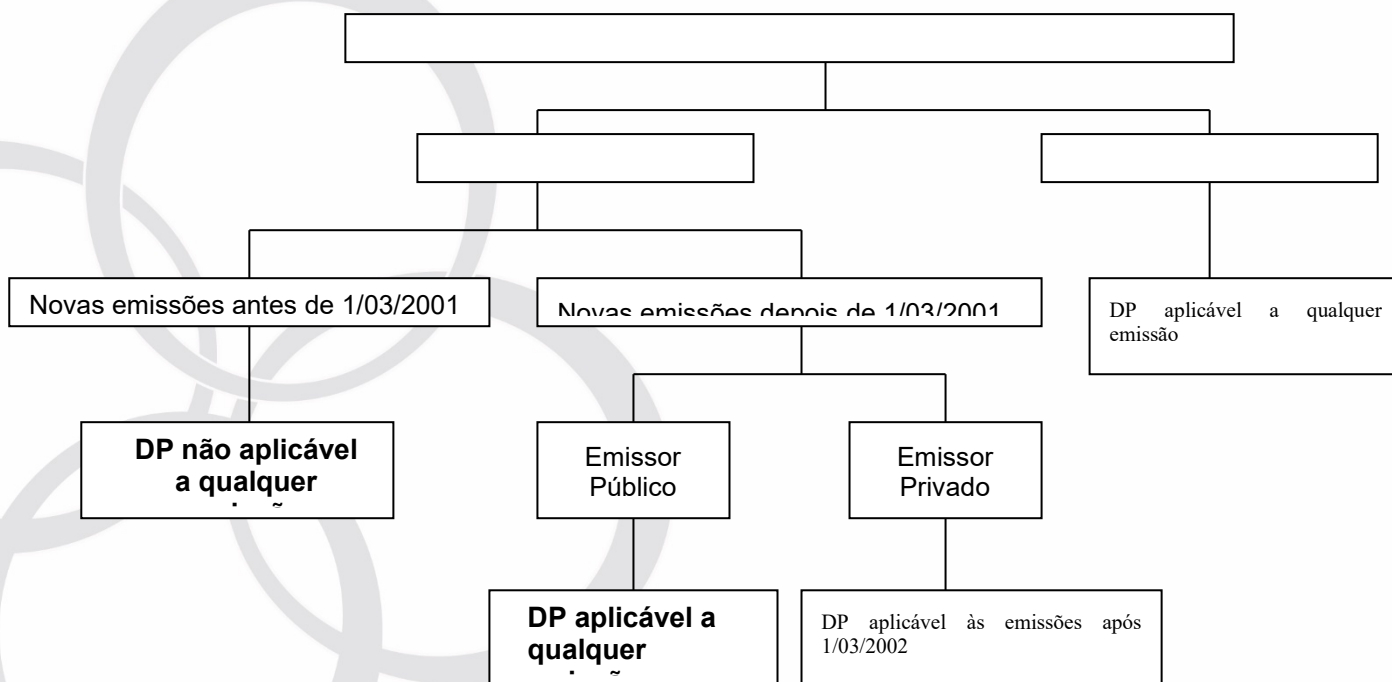
Como é evidente, este pedido de isenção habilita a administração fiscal portuguesa com elementos que permitem controlar, posteriormente, se foram ou não declarados rendimentos provenientes dos investimentos pré-identificados. A questão que se coloca é a de saber que tipo de cooperação pode ser pedida às autoridades fiscais dos Estados, países ou territórios de origem desses rendimentos, tendo em vista a respectiva comprovação. E aqui importa sublinhar que podem ser necessários dois tipos de comprovação: um, para aplicação da eliminação da dupla tributação jurídica internacional, que cabe sempre ao Estado da fonte, que pode não ser o Estado da localização do agente pagador; e a comprovação dos rendimentos efectivamente auferidos, emitido pelo agente pagador e que, em princípio, não carecerá de confirmação da administração fiscal correspondente. Face aos acordos já assinados e publicados, nos casos de utilização do certificado de isenção o agente pagador fica obrigado a proceder a troca de informação (o que nos acordos se denomina “divulgação voluntária de informação”).

3.6 Regime transitório aplicável aos títulos de crédito negociáveis

É no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 62/2005 que encontramos toda a regulamentação relativa ao regime excepcional estabelecido, quer para os juros de cupão, quer para os juros decorridos, de títulos de crédito negociáveis cuja emissão inicial seja anterior a 1 de Março de 2001 ou cujos prospectos tenham sido visados antes dessa data. E a solução interna em nada difere da estabelecida na norma comunitária. Assim:

- Relativamente aos já mencionados, consagra-se o princípio da inaplicabilidade pura e simples da Directiva, ou seja, não haverá, relativamente aos correspondentes rendimentos, nem troca de informação, nem retenção;
- Se, porém, se tiverem realizado novas emissões dos títulos antes mencionados, a partir de 1 de Março de 2002, é estabelecido um regime dual:
 - o Tratando-se de títulos emitidos por entidade pública, a DP passa a aplicar-se a todos os títulos, incluindo os da primeira emissão (aquilo que podemos denominar como efeito contaminação);
 - o Tratando-se de títulos emitidos por entidades privadas, a DP apenas é aplicável às emissões realizadas após 1 de Março de 2002 (aquilo que podemos denominar por efeito estanquicidade).

Este regime vigorará até ao final do período transitório, nos termos que foram enunciados. Em esquema⁶²:



⁶² Colhido em LUÍS MAGALHÃES, KPMG, apresentação sobre o Impacto da Directiva da Poupança na actividade Financeira, Seminário “A Fiscalidade e A Directiva da Poupança, uma mudança de âmbito Europeu”, IFB, 23-06-2005

3.7 Modelo de tributação no Estado da residência do beneficiário efectivo (Portugal).

Para as pessoas singulares residentes em território português que obtenham ou a quem sejam atribuídos rendimentos da poupança sob a forma de juros fora do território português, existe uma obrigação genérica de tributação por englobamento, emergente do princípio da universalidade consagrado no artigo 15.º do Código do IRS. Não se trata, portanto, de uma decorrência da entrada em vigor da Directiva da poupança.

Esta forma de tributação (por englobamento) foi mitigada pela disposição da alínea b) do n.º 2 do artigo 101.º do Código do IRS que, tratando-se de juros, permite que, estando o agente pagador (por conta do devedor) ou cobrador (por conta do credor) localizado em território português, lhe aplique, para efeitos de tributação liberatória, a taxa de retenção interna que seria aplicável se os mesmos rendimentos fossem obtidos em território português. Tal retenção não prejudica, como é óbvio, a opção pelo englobamento, nos termos actualmente previstos no n.º 5 do artigo 22.º do Código do IRS.

Isto significa, quanto a nós, que a pessoa singular residente em território português que obtenha este tipo de rendimentos no perímetro territorial de aplicação da directiva da poupança, pode sempre obviar ao englobamento desde que providencie receber tais rendimentos por uma entidade, nomeadamente instituição financeira, localizada em território português, cabendo-lhe igualmente providenciar, para este efeito, relativamente a rendimentos obtidos em Estados, países ou territórios que apliquem a retenção na fonte, pela obtenção de um certificado de isenção de retenção.

Caso o titular opte, ou seja obrigado a optar, pelo englobamento, tanto a retenção interna, como a retenção efectuada pelo agente pagador na acepção da directiva da poupança, constituem retenções com natureza de pagamento por conta do IRS devido a final, sem qualquer limitação, incluindo no tocante ao direito a um eventual reembolso (o que, como se sabe, não sucede com o crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional).

3.8 Dever de comunicação do agente pagador e sigilo bancário

Sabe-se que existem dúvidas sobre se o regime decorrente dos artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 62/2005 não colide com o regime do sigilo bancário entre nós instituído. O quadro jurídico de derrogação do sigilo bancário com finalidades fiscais consta da Lei Geral Tributária e, de facto, nas normas pertinentes parece difícil encaixar as novas obrigações: no artigo 63.º apenas se inserem deveres de informação no âmbito de um procedimento de inspecção tributária, como parece claro resultar do disposto no seu n.º 7; o artigo 63.º-A, ainda não regulamentado, parece subentender que existem já “rendimentos sujeitos a algum dos regimes de comunicação para efeitos fiscais já previstos na lei”. Poderíamos ser tentados a incluir aqui esta nova obrigação de comunicação, mas não nos parece suficientemente fundamentada essa pretensão. É que não conhecemos situações comparáveis em que já existam obrigações de comunicação relativas a rendimentos obtidos em território português, excepto quando, face à lei interna, haja aplicação de qualquer benefício fiscal ou redução de taxa nomeadamente por aplicação de convenção de dti. Isto se considerarmos que o artigo 119.º do Código do IRS é oponível ao sigilo bancário⁶³. Neste aspecto, o artigo 63.º-A poderia, sem dúvida, ser muito mais explícito e eliminar muitas das dúvidas que a este propósito se podem colocar. Por outro lado, também não podemos incluir a situação de que nos vimos ocupando no âmbito das hipóteses consideradas no artigo 63.º-A da LGT.

Ou seja, segundo entendo, temos neste momento um regime de derrogação condicionada do sigilo bancário para efeitos fiscais, prevalecendo este sempre que se não verifiquem as condições legais que permitem o seu afastamento. E, assim sendo, tememos que, de forma imprudente, o legislador não tenha ainda concretizado os compromissos que implicitamente assumiu quando Portugal aceitou, no âmbito da Directiva da poupança, o sistema de troca automática de informação e que consistiam, neste domínio, na remoção de todos os obstáculos, incluindo os relativos ao sigilo bancário, que internamente poderiam dificultar ou mesmo impossibilitar a aplicação daquele sistema.

No âmbito do Orçamento Rectificativo para 2005, foram desfeitas todas as dúvidas que a este propósito pudessem subsistir, mediante a introdução de uma norma, ao nível do próprio Decreto-Lei n.º 62/2005, que afirma expressamente, como o artigo 79.º n.º 2 al. e) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras impõe, a prevalência dos deveres de comunicação impostos pela directiva da poupança sobre qualquer tipo de sigilo.

⁶³ O que nos oferece fundadas dúvidas. De facto, nele não se prevê expressamente que se sobrepõe ao sigilo bancário e essa previsão expressa parece ser uma decorrência do disposto na al. e) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF. A única norma de natureza fiscal que conhecemos e que não temos dúvidas ser oponível ao sigilo bancário é o n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 88/94, de 2 de Abril (regime da dívida pública detida por não residentes) onde se dispõe que “As instituições depositárias ficam obrigadas, com expressa derrogação de qualquer norma em contrário, ...”, enumerando-se a seguir um conjunto de diversificados deveres de natureza fiscal.

Manuel Faustino

