

## NOTA

### **Comentário ao Projeto de diploma (“Proposta de Lei”), que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 de maio de 2018 (“DAC6”)**

#### *I – Comentário preliminar*

O presente comentário à Proposta de Lei em apreço pretende reiterar, em grande medida, as preocupações e sugestões anteriormente endereçadas pela APB, quer aquando da antecipação da iniciativa legislativa de transposição da DAC6, quer aquando do comentário ao Anteprojeto de transposição, cuja materialidade consideramos dever ser considerada na ponderação sobre as soluções finais a consagrar pelo legislador nacional.<sup>1</sup>

Conforme anteriormente notado, a eficácia do regime nacional de transposição da DAC6 depende, fundamentalmente, da consagração de soluções normativas promotoras de segurança jurídica, clareza e objetividade, evitando a consagração de regimes de difícil interpretação e aplicação prática, originadores de obrigações desproporcionais, indetermináveis ou mesmo impraticáveis para os intermediários, com inevitáveis **impactos negativos (i) na relação entre estes e os contribuintes relevantes, bem como (ii) ao nível da própria relação com a AT, com repercussões conexas (iii) ao nível da eficácia do mecanismo de troca automática de informações consagrado na DAC6.**

**Nesse contexto, a opção de inclusão de mecanismos internos, num diploma de transposição da DAC6, não nos parece adequada, justificando o resultado da aplicação do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, uma reflexão aprofundada (e autónoma), sobre os fatores que justificaram que este regime não tenha alcançado plenamente os objetivos que presidiram à sua criação, afigurando-se-nos este exercício prévio como indispensável à consagração de qualquer regime nacional inovador nesta matéria.**

---

<sup>1</sup> Vide a nossa comunicação de 10 de maio de 2019 - *Comentários da APB à Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/EU, no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar (“DAC6”), tendo em vista a futura transposição do diploma no ordenamento jurídico nacional.* (doravante citada, “**Comentários APB de 10 de maio de 2019**”) (**Anexo I**) e a nossa comunicação de 25 de setembro de 2019 - *Comentários ao Anteprojeto de Proposta de Lei (“Anteprojeto” ou “Proposta de Lei”), que cria a obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira (“AT”) de determinados mecanismos internos e transfronteiriços com relevância fiscal e procede à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva (UE) 2018/822, do Conselho, de 25 de maio de 2018 (“DAC6”)* (doravante citada, “**Comentários APB de 25 de setembro de 2019**”). (**Anexo II**)

Ainda que a atividade de conceção, promoção ou aconselhamento sobre mecanismos de planeamento fiscal, não integre, em condições normais, o elenco típico de atividades e serviços prestados pelos Bancos, não tendo os Bancos, por norma, conhecimento ou controlo da informação a comunicar à AT nos termos da DAC6, sempre importará **salvaguardar que as soluções a consagrar não comportam riscos jurídicos e operacionais adicionais para o setor bancário, setor já fortemente impactado pela necessidade de dar cumprimento a um extenso leque de obrigações de reporte de informação perante várias entidades, entre as quais, a AT.**

Atenta a estreita conexão de algumas das previsões normativas com o enquadramento relacional mantido entre Banco e Cliente, importa evitar a consagração de soluções legais que fomentem a incerteza jurídica relativamente aos **requisitos de atuação na qualidade de intermediário**, bem como ao nível do **critério legal de definição da responsabilidade pelo cumprimento de obrigações declarativas, perante a AT, relativamente a mecanismos a comunicar.**

## *II – Comentários específicos à Proposta de Lei*

### *II.1 – Opção de inclusão de mecanismos internos (artigo 7.º da Proposta de Lei)*

Considerando a manutenção da opção de inclusão de mecanismos com relevância meramente doméstica no âmbito de aplicação do diploma, reiteramos as reservas e questões anteriormente suscitadas<sup>2</sup>, notando, com especial preocupação, o evidente risco de **potencial perturbação da aplicação consistente da DA6 no nosso ordenamento**, bem como, e conseqüentemente, de efeitos negativos sobre o funcionamento do próprio mecanismo de troca automática de informações, subjacente à DAC6, incrementando a incerteza jurídica e os custos de contexto para todos os interessados.

Conforme expressamente notado pelo legislador comunitário, no **Considerando (10) da DAC6**: *“Dado que o principal objetivo da presente diretiva relativamente à comunicação de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços potencialmente agressivos deverá ser o de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, é essencial não legislar a nível da União para além do necessário para alcançar os objetivos pretendidos. Por esta razão, será necessário limitar quaisquer regras comuns em matéria de comunicação às situações transfronteiriças, a saber, às*

---

<sup>2</sup> Vide Pontos II.1 e II.2 do documento “Comentários APB de 25 de setembro de 2019” (Anexo II).

*situações que envolvam mais do que um Estado-Membro ou um Estado-Membro e um país terceiro.* (sublinhados nossos)

Não obstante a objeção de princípio quanto à inclusão de mecanismos internos, notamos que, pese embora a enunciação preambular, notando que “*a integração do regime interno com o da Diretiva aconselhou a identificar criteriosamente quais as características-chave aplicáveis aos mecanismos internos*”, **a clarificação genérica operada nos termos do artigo 7.º da Proposta de Lei se nos afigura insuficiente**, merecendo este ponto, pelos motivos anteriormente notados, maior ponderação e densificação em sede legislativa e ao nível de orientações da própria Autoridade Tributária.

**Consideramos desajustada a opção de aplicação de um regime único em matéria de informações a comunicar (artigo 15.º da Proposta de Lei), independentemente de este ter por objeto mecanismos transfronteiriços (artigo 3.º da Proposta de Lei) ou internos (artigo 7.º da Proposta de Lei).**

**Entendemos que o legislador deveria isentar as entidades da obrigação de comunicação dos elementos de identificação do contribuinte relevante relativamente a mecanismos internos.**

**Igualmente, entendemos que o legislador deveria prever que as entidades estariam dispensadas de comunicar esquemas ou atuações sempre que os mesmos já tivessem sido objeto de divulgação, pela AT, nos termos da alínea d) do n.º 1 do Artigo 17.º da Proposta de Lei ou ao abrigo do regime previsto nos Artigos 15.º do Decreto-Lei n.º 29/2008 de 25 de fevereiro, evitando-se, por essa via, a imposição de um encargo injustificado às entidades e incongruente com a delimitação finalística consagrada no Artigo 17.º da Proposta de Lei.**

**A relevância das características-chave tipificadas no n.º 4 do artigo 5.º para efeitos de comunicação de mecanismos internos parece-nos também merecer reponderação, considerando o tipo de informação a reportar e os diversos elementos de conexão relevantes à face do Direito Tributário Internacional em matéria de tributação do rendimento.**

*II.2 – Conceito de intermediário (artigos 2.º, n.º 1, alínea e) e 9.º da Proposta de Lei)*

Conforme anteriormente notado pela APB<sup>3</sup>, a constituição da obrigação de comunicação de mecanismos à AT (Artigo 10.º da Proposta de Lei) pressupõe sempre que, relativamente a

---

<sup>3</sup> Vide **Ponto II.2** do documento “*Comentários APB de 25 de setembro de 2019*” (**Anexo II**) e **Ponto II.3** do documento “*Comentários APB de 10 de maio de 2019*”. (**Anexo I**)

determinada entidade, se possa considerar verificado um requisito legal prévio, a saber, a atuação daquela como intermediário, nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, alínea e) e 9.º da Proposta de Lei Proposta de Lei, envolvendo esta, necessariamente, a **possibilidade razoável de conhecer**<sup>4</sup> a existência e o enquadramento associado ao mecanismo a comunicar e, quando exigível, a existência objetiva de elementos suficientes para aferirem se o teste do benefício principal é ou não satisfeito.

Unicamente através da assunção da qualidade jurídica de intermediário poderá ser exigível às entidades, **sem necessidade de averiguação adicional**<sup>5</sup>, conhecerem, recolherem e comunicarem à AT, toda a informação e elementos exigidos nos termos do Artigo 15.º da Proposta de Lei.

Como nota final relativamente a este ponto, seria importante que o diploma de transposição contivesse uma definição de “participante”, que permitisse a sua clara distinção, entre outros, face ao conceito de “intermediário”.

### *II.3 – Cumprimento da obrigação de comunicação pelo intermediário (artigo 10.º da Proposta de Lei)*

Relativamente ao regime previsto no n.º 3 do artigo 10.º da Proposta de Lei, e atendendo ao prazo de **30 dias**, reiteramos as preocupações endereçadas nos termos do **Ponto II.2** da nossa anterior comunicação<sup>6</sup>, sendo relevante que o legislador nacional proceda a uma recalibragem da obrigação imposta.

---

<sup>4</sup> Conforme notado no documento OCDE.2018, “[...] standard of “reasonably be expected to know” must be determined by reference to the Service Provider’s actual knowledge based on readily available information and the degree of expertise and understanding required to provide the Relevant Services” (p. 16).

<sup>5</sup> Conforme notado no documento OCDE.2018, o dever de comunicação apenas pode ser imposto a entidades que tenham “[...] sufficient knowledge of the facts of the Arrangement and understanding of its legal treatment to be in a position to determine whether the Arrangement [...]. As regards the facts of the Arrangement, Service Providers must take into account anything that they actually know about the Arrangement as well as any information that is readily available (including, for instance, in the case of Financial Institutions, information on the customer file or collected in connection with AML/KYC or CRS obligations) [...] rules do not impose any additional due diligence or enquiry obligations. As regards the legal treatment of the Arrangement [...] the Service Provider is only required to have the level of expertise that would ordinarily be expected of someone providing the Relevant Services.” (p. 34)

<sup>6</sup> Vide **págs. 4 e 5** do documento “Comentários APB de 10 de maio de 2019” (**Anexo I**).

*II.4 – Dever legal ou contratual de sigilo e obrigações subsidiária de comunicação do intermediário (artigo 10.º, n.º 1 a 3, artigo 13.º, n.º 4 e 14.º da Proposta de Lei)*

Da leitura e interpretação conjugada das disposições constante do artigo 10.º, n.º 1 e 2 e do artigo 14.º da Proposta de Lei, parece resultar que o legislador nacional optou, no quadro normativo delimitado pelo n.º 5 do artigo 8.º-AB da DAC6, por uma **solução normativa ambivalente**, na medida em que, pese embora tenha expressamente consagrado um **princípio geral de prevalência do dever de comunicação de mecanismos à AT sobre o dever de sigilo que, legal ou contratualmente, estejam obrigados os intermediários** (artigo 14.º, n.º 1 da Proposta de Lei), não deixou de **permitir a invocação de sigilo pelo intermediário** e a consequente transmissão da obrigação de comunicação para o contribuinte relevante (artigo 13.º, n.º 1 e 2 da Proposta de Lei).

O regime previsto nos ns.º 5 a 7 do artigo 8.ºAB, da DAC6, permite que cada Estado Membro tome “[...] *as medidas necessárias para dispensar os intermediários da apresentação de informações sobre um mecanismo transfronteiriço a comunicar se a obrigação de apresentação de informações violar um dever de sigilo profissional legalmente protegido ao abrigo do direito nacional desse Estado-Membro [...]*” (sublinhado nosso), exigindo unicamente que os Estados Membros, ao preverem regimes de dispensa naqueles termos, adotem “[...] *medidas necessárias para exigir que esses intermediários notifiquem, sem demora, qualquer outro intermediário ou, na inexistência deste intermediário, o contribuinte relevante das suas obrigações de apresentação de informações [...]*”.

O **imperativo resultante da DAC6** é, unicamente, aquele, segundo o qual a opção legislativa do Estado Membro, no sentido da salvaguarda do dever de sigilo profissional, exige que o regime de transposição preveja uma **regra que exija que o intermediário dispensado notifique tempestivamente o contribuinte relevante, sobre as obrigações de comunicação que sobre ele passarão a incidir**. Esta é, pois, a única obrigação do intermediário ao qual seja reconhecido o **direito de legitimamente invocar o sigilo profissional** e que, por esse fundamento, passe a **gozar de uma dispensa definitiva do dever de comunicação**, não podendo a mesma ser **condicionada pelo eventual incumprimento das obrigações do contribuinte relevante perante as autoridades fiscais**.

Considerando a letra do n.º 1 do artigo 13.º da Proposta de Lei, atendendo ao disposto nos **artigo 78.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras** e ao acervo de informação a comunicar, elencado no artigo 15.º da Proposta de Lei, parece-nos, assim, **que**

deveria ser reponderada a solução proposta, assegurando, não só um regime coerente e alinhado com o previsto no n.º 5 do artigo 8.º-AB da DAC6, mas, igualmente, que o reconhecimento legal expresso da possibilidade de invocação de segredo profissional seja conciliado com o interesse da AT no recebimento de informação sobre mecanismos a comunicar, sem que dessa conciliação resulte uma denegação prática da tutela jurídica inerente à invocação do segredo profissional pelo intermediário.

Entendemos que o regime geral consagrado no n.º 5 do artigo 8.º-AB da DAC6 constitui uma solução suficientemente equilibrada, na parte em que permite ao legislador nacional conciliar a preservação das regras (e dos valores jurídicos) ínsitos aos regimes de sigilo profissional aplicáveis na sua jurisdição, sem deixar de acautelar a necessidade de assegurar – ao nível das relações entre intermediário e contribuinte relevante – o cumprimento da obrigação de comunicação perante a autoridade tributária.

Parece-nos que a solução consagrada no n.º 5 do artigo 8.º-AB da DAC6 – contrariamente à proposta pelo legislador nacional – permite uma conjugação harmoniosa e equitativa da prossecução dos dois desideratos dignos de tutela jurídica a este nível: preservação do equilíbrio normativo ínsito à atuação do intermediário em escrupuloso respeito do seu dever legal de sigilo profissional, por um lado, e salvaguarda da possibilidade efetiva do contribuinte relevante tomar conhecimento de todos os elementos necessários ao cumprimento da sua obrigação de comunicação de informação à autoridade tributária, nos termos da DAC6, por outro.

Conforme notado no *Considerando (8)* da DAC6, “[...] Convém não ignorar que, em certos casos, não seria exequível impor a obrigação de comunicação a um intermediário devido a um dever de sigilo legalmente protegido [...]. Será, pois, essencial que, nessas circunstâncias, as autoridades fiscais não percam a oportunidade de receber informações sobre mecanismos fiscais potencialmente relacionados com o planeamento fiscal agressivo. Por conseguinte, nesses casos, será necessário transferir a obrigação de comunicação para o contribuinte que beneficia do mecanismo.” (sublinhados nossos)

O regime apresentado na Proposta de Lei, na parte em que aponta para a coexistência normativa do (i) reconhecimento da possibilidade de invocação do sigilo pelo intermediário, originador da transferência automática da obrigação de comunicação para o contribuinte relevante (artigo 10.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1, ambos da Proposta de Lei) e, simultaneamente, (ii) de uma obrigação subsidiária de comunicação, a cargo do intermediário, em caso de omissão de

informação por parte do contribuinte relevante (artigo 13.º, n.º 4 da Proposta de Lei), **não se nos apresenta como consentâneo com a preservação e efetividade do equilíbrio normativo advindo do regime da DAC6 em matéria de transferência da obrigação de comunicação para o contribuinte relevante.**

A opção do legislador nacional, nos termos dos ns.º 2 e 3 do artigo 10 e do n.º 4 do artigo 13.º, ambos da Proposta de Lei, na medida em que cria uma obrigação subsidiária (eventual) a cargo do intermediário que invoque o sigilo profissional, parece-nos contrariar o espírito e a teleologia ínsita ao quadro normativo da DAC6, criando uma **obrigação desproporcional para o intermediário financeiro, originadora de potenciais conflitos e dificuldades relacionais entre intermediários e os seus Clientes, circunstância que, em nada, favorecerá a eficácia e estabilidade aplicativa do regime de comunicação de informação subjacente à DAC6.**

Consideramos, pelo *supra* referido, que **o legislador deveria reformular a obrigação prevista no n.º 4 do artigo 13.º da Proposta, de forma a que** resulte claramente da letra da lei que **a dispensa do intermediário financeiro e a comunicação da informação relevante, por este, ao contribuinte relevante (artigo 13.º da Proposta de Lei), torna o contribuinte relevante como único responsável pelo cumprimento da obrigação de comunicação perante a AT.**

Sem prejuízo das considerações supra efetuadas, e caso se entenda não acolher o aqui sustentado entendimento, consideramos, ainda assim, que sempre seriam de equacionar outras soluções, nomeadamente, a que passe pela simples previsão de um dever de informação à AT, por parte do intermediário, relativamente à mera existência de uma notificação por si enviada a determinado contribuinte relevante, identificando-o (o que – parece-nos - permitiria que a AT tivesse ao seu dispor toda a informação relevante para verificar e garantir que o contribuinte relevante dava cumprimento ao ser dever de comunicação, dispensando o intermediário de obrigações e riscos desproporcionados, injustificados e não subsumíveis ao quadro normativo da DAC6).

Ainda sem prejuízo das considerações supra efetuadas, entendemos que **prazo proposto para o intermediário notificar o contribuinte relevante para cumprimento da obrigação de comunicação – “5 dias seguidos, contados nos termos do n.º 1 do artigo 10.º”** (cfr. Artigo 13, n.º 2 da Proposta de Lei) – **afigura-se manifestamente reduzido, pelo que deveria ser concedido um prazo superior para aquele efeito, atendendo à relevância e à materialidade do procedimento requerido ao intermediário.**

*II.5 – Informações a comunicar (Artigo 15.º da Proposta de Lei)*

Atendendo ao **n.º 2 do Artigo 15.º da Proposta de Lei**, e em harmonia o critério material fixado no **n.º 2 e 3 do Artigo 9.º da Proposta de Lei**, reiteramos as considerações anteriormente transmitidas no **Ponto II.5** dos anteriores comentários transmitidos pela APB em antecipação do diploma de transposição da DAC6<sup>7</sup>.

Consideramos dever ser expressamente reconhecido aos intermediários o direito de, legítima e fundamentadamente, **invocarem a impossibilidade de comunicar determinados elementos elencados no Artigo 15.º da Proposta de Lei**, quando não lhes seja possível ou exequível obter essa mesma informação, devendo esse direito ser igualmente (e com redobrada justificação, parece-nos) consagrado relativamente a mecanismos internos, atendendo a que não são aplicáveis a estes as exigências decorrentes do regime de troca automática de informações nos termos do Artigo 16.º da Proposta de Lei.

Ademais, a comunicação da **informação referida na alínea h) do n.º 1 do Artigo 15.º da Proposta de Lei**, deveria ser unicamente exigida na medida da **possibilidade efetiva de conhecimento do intermediário**, atuando de acordo com os seus melhores esforços.

*II.6 – Mecanismos a comunicar já disponíveis (Artigo 19.º da Proposta de Lei)*

Relativamente ao Artigo 19.º da Proposta de Lei, reiteramos os comentários que havíamos transmitido no **Ponto II.1** dos anteriores Comentários da APB<sup>8</sup>, a propósito do regime consagrado no n.º 12 do Artigo 8.º-AB da DAC6.

Relevaria, em particular, que o legislador nacional, previsse expressamente que a **contagem do prazo de 30 dias** apenas se deveria iniciar no momento em que fosse **objetivamente exigível, à entidade que atue como intermediário, conhecer, com um mínimo e certeza jurídica, a existência de um mecanismo**.

---

<sup>7</sup> Vide **pág. 11** do documento “Comentários APB de 10 de maio de 2019”. (Anexo I)

<sup>8</sup> Vide **págs. 3 e 4** dos Comentários APB de 10 de maio de 2019.



### *II.7 - Regulamentação e orientações (Artigo 20.º da Proposta de Lei)*

Os Bancos confrontam-se atualmente com um conjunto muito significativo de obrigações declarativas e de comunicação de informação perante a AT, sendo a carga administrativa, o custo operacional e o risco de *compliance* associado ao cumprimento desses deveres, tanto mais elevado, quanto maiores forem os riscos de interpretação inconsistente, divergente ou incongruente do regime legal aplicável.

Pelo *supra* notado, reiteramos a sugestão anteriormente endereçada, no sentido da emissão de regulamentação ou orientações adicionais, que permitam assegurar maior certeza jurídica ao nível da interpretação e aplicação do regime legal em apreço.<sup>9</sup>

### *III – Comentários ao elenco de Características-Chave (Artigo 5.º da Proposta de Lei)*

#### *III.1 – Comentário preliminar*

Relativamente ao elenco de características-chave constante do Artigo 5.º da Proposta de Lei, reiteramos o exposto no **Ponto III.1** dos anteriores comentários da APB ao Anexo IV da DAC6<sup>10</sup>.

No que respeita às **características-chave elencadas no n.º 1, n.º 2 e nas subalíneas iii) e iv) da alínea a) do n.º 3 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, reiteramos as considerações anteriormente transmitidas pela APB nos termos do **Ponto II.4** do nosso anterior contributo, em antecipação do diploma nacional de transposição da DAC6.<sup>11</sup>

Reiteramos, igualmente, para todos os mecanismos elencados no Artigo 5.º da Proposta de Lei, que dispensem a verificação do teste do benefício principal, as considerações anteriormente transmitidas pela APB no termos do **Ponto III.2** da nossa comunicação.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Em linha com a iniciativa “Orientações interpretativas em matéria de revelação de esquemas de planeamento fiscal para prevenção e combate a actuações abusivas e evasivas (Decreto-Lei n.º29/2008, de 25 de Fevereiro, e Portaria n.º 364-A/2008, de 14 de Maio)”. (<https://dre.pt/application/dir/pdf2s/2008/05/101000000/2344023444.pdf>)

<sup>10</sup> Vide **págs. 14 e ss** do documento “Comentários APB de 10 de maio de 2019” (**Anexo I**)

<sup>11</sup> Vide **págs. 9-11** do documento “Comentários da APB de 10 de maio de 2019”. (**Anexo I**)

<sup>12</sup> Vide **págs. 15-16** do documento “Comentários da APB de 10 de maio de 2019”. (**Anexo I**)

*III.2 - Características-Chave genéricas relacionadas com o teste do benefício principal  
(Artigo 5.º, n.º 1 da Proposta de Lei)*

Relativamente às características-chaves previstas nas **alíneas a), b) e c) do n.º 1 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, reiteramos o entendimento anteriormente transmitido, nos termos do **Ponto III.3** dos nossos anteriores comentários.<sup>13</sup>

Igualmente, e atento o requisito legal expresso da exigência de relevância do objetivo de obtenção vantagem fiscal (“*pode proporcionar vantagem fiscal*” ou “*vantagem fiscal pretendida*”) – cfr. **alíneas a) e b) do n.º 1 do Artigo 5.º da Proposta de Lei** – importaria sublinhar que a obrigação de comunicação à AT não deveria aplicar-se quando o mecanismo, possibilitando a obtenção de vantagens fiscais, prosseguisse finalidades e efeitos económicos, financeiros ou comerciais - autonomizáveis de eventuais vantagens fiscais.

Igualmente, deveria ser clarificado o **conceito de vantagem fiscal**, de molde a que o mesmo **não incluisse**, por exemplo:

**(a)** Vantagem fiscal que resulte automaticamente do recurso a **estruturas usualmente utilizadas numa jurisdição com tributação reduzida ou com isenção de tributação**, nomeadamente por beneficiar de um regime doméstico que assegure a neutralidade fiscal (por exemplo, operações de *debt repackaging* ou securitização);

**(b)** A **vantagem resultante de um benefício fiscal esperado ou previsto ao abrigo da legislação nacional**, como é o caso, por exemplo, dos benefícios fiscais associados ao regime dos Residentes Não Habituais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 249/2009, de 23 de setembro, e ao regime aplicável aos Ex-residentes, consagrado no novo Artigo 12.º-A do CIRS, aprovado pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro (LEO 2019);<sup>14</sup>

**(c)** A vantagem decorrente de situações que, tendo âmbito transfronteiriço, não tenham efetivos elementos de conexão relevantes com qualquer Estado-Membro, assegurando, por exemplo, que o diploma **não será aplicável a situações que envolvam sucursais fora da**

---

<sup>13</sup> Vide **pág. 16** do documento “Comentários da APB de 10 de maio de 2019”. (**Anexo I**)

<sup>14</sup> Deverá clarificar-se, por exemplo, que os produtos bancários de crédito ao consumo, que possam gerar benefícios fiscais na esfera de não residentes, através da simples aplicação da legislação nacional, não integrarão o âmbito de aplicação do diploma.

**União Europeia, de entidades residentes na União, nos casos em que o rendimento da sucursal, não é suscetível de ser tributado na União Europeia;**<sup>15</sup>

Reiteramos, igualmente, a posição anteriormente transmitida quanto ao critério normativo mais adequado para situações de dúvida, objetiva, sobre a aplicabilidade da obrigação de comunicação de mecanismos que exijam a satisfação do teste do benefício principal<sup>16</sup>.

### *III.3 – Características-Chave específicas relacionadas com o teste do benefício principal (Artigo 5.º, n.º 2 da Proposta de Lei)*

Relativamente às **características-chave previstas no n.º 2 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, e em linha com os comentários já transmitidos, notamos que, por norma, a intervenção dos Bancos não será uma intervenção ativa na conceção, promoção, disponibilização ou implementação de mecanismos, não estando materialmente relacionada com nenhuma dessas atividades, nem implicando a prestação de qualquer ajuda, assistência ou aconselhamento em matéria fiscal.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Deveriam ser emitidas orientações técnicas, clarificando que o âmbito normativo do conceito de “vantagem fiscal” apenas se refere a vantagens fiscais diretas para o contribuinte relevante com sede no espaço Europeu, resultantes de mecanismos, independentemente da localização destes últimos. Ou seja, se um contribuinte sediado no espaço Europeu obtém vantagem fiscal através de mecanismo que integre uma das características-chave elencadas na DAC6, esse mecanismo deverá ser comunicado à AT (i.e. existe um nexo que liga a vantagem fiscal à base tributária de um Estado Membro). Contrariamente, por exemplo, se determinado intermediário tem um cliente não sediado no espaço Europeu e esse cliente obtém uma vantagem fiscal numa jurisdição não inserida no espaço Europeu (país terceiro), esta situação não deverá originar reporte de informação à AT, atendendo a que não subsiste qualquer nexo relevante (residência ou fonte) que relacione a vantagem fiscal e o espaço Europeu (inexiste elemento de conexão territorial relevante que ligue a vantagem fiscal com a erosão da base tributária pretendida captar pela DAC6).

Igualmente, consideramos que, em sede de orientações técnicas, deveria ser clarificado que estão excluídas, do âmbito subjetivo do diploma, as sucursais sediadas fora do espaço europeu (sendo a sede da “casa-Mãe” sediada no espaço europeu) e que possam estar envolvidas em mecanismos transfronteiriços na aceção do diploma. Ademais, julgamos conveniente que se emitam orientações técnicas esclarecendo que, sempre que a sucursal com sede no espaço europeu seja participante relativamente a mecanismo transfronteiriço, a mesma deva cumprir com as obrigações de comunicação unicamente junto da Autoridade Competente na jurisdição da sua sede, sem que lhe seja exigível cumprir com dever de comunicação junto da Autoridade Competente da jurisdição da sede da sua “casa-Mãe”.

<sup>16</sup> Vide **págs. 10 e 11** do documento “Comentários da APB de 10 de maio de 2019”. (Anexo I)

<sup>17</sup> Pense-se, a título de exemplo, na intervenção do Banco em operações de fusão, aquisição ou reestruturação de empresas, ou mesmo em operações de titularização, em que a intervenção do Banco se cinge à prestação de serviços e operações de natureza puramente bancária, assente num envolvimento e atuação puramente financeira, num quadro de atuação e conhecimento que não lhe permitirá possuir, conhecer ou controlar, informação relevante sobre o enquadramento fiscal da operação globalmente considerada, nem sobre as intenções concretas do Cliente em matéria planeamento fiscal, não lhe podendo ser exigido que empreenda diligência adicional ou investigação autónoma, tendo em vista obter essa mesma informação.

*III.4 - Características-Chave específicas relacionadas com operações transfronteiriças  
(Artigo 9.º, n.º 3 da Proposta de Lei)*

Relativamente às características-chave previstas no **n.º 3 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, reiteramos o entendimento anteriormente transmitido, nos termos do no **Ponto III.4** dos nossos anteriores comentários em antecipação ao diploma nacional de transposição da DAC6.<sup>18</sup>

Sugere-se ainda a eliminação do artigo 5.º, n.º3, alínea a) subalínea iv), na medida em que esta, nada acrescentando face à subalínea anterior, tem ínsita uma ideia de comparação entre regimes fiscais, manifestamente difícil ou extremamente onerosa em termos de aplicação.

Notamos, igualmente, o risco de, relativamente às características-chave como as elencadas nas **alíneas b), c) e d) do n.º 3 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, as mesmas poderem originar **comunicação de volumes massificados de transações ou de informação**, pelo que deveria ser facultada **clarificação e orientação interpretativa adicional**.<sup>19</sup>

*III.5 - Características-Chave específicas relacionadas com obrigações legais de informação sobre contas financeiras ou de identificação de beneficiários efetivos (Artigo 5.º, n.º 4 da Proposta de Lei)*

Relativamente às características-chave previstas no **n.º 4 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, reiteramos os comentários anteriormente transmitidos , nos termos do no **Ponto III.5** dos nossos anteriores comentários em antecipação ao diploma nacional de transposição da DAC6.<sup>20</sup>

Consideramos que o legislador deveria clarificar que as característica-chave elencadas **nos § i) a iv) da alínea a) do n.º 4 do Artigo 5.º da Proposta de Lei** visa captar, não toda e qualquer movimentação de contas de uma *jurisdição reportante* para uma *jurisdição não reportante*, mas,

---

<sup>18</sup> Vide **pág. 17-18** do documento “Comentários da APB de 10 de maio de 2019”. (**Anexo I**)

<sup>19</sup> Relativamente à característica-chave da **alínea c) do n.º 3 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, correspondente ao **Hallmark C3** da DAC6, deveria ser emitida orientação técnica clarificando que a simples aplicação de Acordos de Dupla Tributação não será abrangida pelo diploma, devendo ser igualmente confirmado que as cláusulas de crédito fictício (“*tax sparring credits*”) e de crédito presumido (“*tax matching credits*”), estabelecidas nos termos naqueles acordos, não serão subsumíveis à referida norma, não criando qualquer dever de comunicação.

<sup>20</sup> Vide **pág. 18-19** do documento “Comentários da APB de 10 de maio de 2019”. (**Anexo I**)

unicamente, as movimentações que, originando aquele efeito, tenham por objetivo primordial contornar ou bloquear a aplicação de regras europeias em matéria de troca automática de informação relativas a contas financeiras.

Reiteramos, neste âmbito, que o legislador nacional deveria prever, expressamente, que estariam excluídos do âmbito normativo das características-chave elencadas no **n.º 4 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, os **Planos Poupança-Reforma (PPR)** que, nos termos da Portaria 302.º-B/2016 de 2 de dezembro, estavam incluídos na “*Lista de contas excluídas*”, enquanto “*contas financeiras excluídas*” e que, apenas por efeito da alteração legislativa operada pela Portaria n.º 282/2018 de 19 de outubro, passaram a não beneficiar daquela exclusão legal (passando, conseqüentemente, a estar abrangidas pelos deveres de troca obrigatória e automática de informações).

Assim, deveria o **legislador nacional consagrar expressamente que o n.º 4 do Artigo 5.º da Proposta de Lei não será aplicável à prestação de serviços conexos com a tomada de decisões de investimento ou reinvestimento em PPR, quando os mesmos tenham sido prestados em momento anterior a 19 de outubro de 2018.**

Por último, no que respeita às características-chave elencadas no **§ v) e vi) da alínea a) e na alínea b) do n.º 4 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, e atendendo a que as instituições financeiras nacionais estão obrigadas a cumprir com exigentes obrigações de diligência em matéria da aferição da qualidade de beneficiário efetivo e da compreensão da estrutura de propriedade e controlo<sup>21</sup> - em linha com as recomendações do *FATF/GAFI* -, consideramos adequado que o legislador nacional deveria prever, expressamente, que aquelas entidades estejam automaticamente eximidas do dever de comunicar à AT quaisquer mecanismos com fundamento na verificação das referidas característica-chave.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Cfr. Artigo 29.º a 34.º da Lei 83/2017 de 18.08.2017 e Artigo 22.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018.

<sup>22</sup> Neste sentido, vide *OCDE.2018* “[...] must take into account anything that they actually know about the Arrangement as well as any information that is readily available (including, for instance, in the case of Financial Institutions, information on the customer file or collected in connection with AML/KYC or CRS obligations). These model rules do not impose any additional due diligence or enquiry obligations.” (p. 34).

*III.6 - Características-Chave específicas relacionadas com preços de transferência (Artigo 5.º, n.º 5 da Proposta de Lei)*

Relativamente às características-chave previstas nas **alíneas b) e c) do n.º 5 do Artigo 5.º da Proposta de Lei**, reiteramos os comentários anteriormente transmitidos, nos termos do no **Ponto III.6** do nosso contributo de 10 de maio de 2019.

*III.7 – Sugestões pontuais de redação*

*Sugere-se adicionalmente que:*

- No artigo 2.º, n.º 1, alínea e), se substituam as expressões «procedimento administrativo tributário» e «processo de impugnação tributária» por «procedimento tributário» e «processo tributário», respetivamente;
- No artigo 2.º, n.º1, alínea c), se acrescente “com ou sem personalidade jurídica...” .