

SIGILO BANCÁRIO E GOVERNANÇA GLOBAL: A INCORPORAÇÃO DO FATCA (*FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIANTE DO IMPACTO REGULATÓRIO INTERNACIONAL

BANK SECRECY AND GLOBAL GOVERNANCE: THE INCORPORATION OF FATCA (*FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*) INTO BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK AND ITS INTERNATIONAL REGULATORY IMPACT.

Carolina Reis Jatobá Coelho

Advogada da CAIXA. Mestre em Direito das Relações Internacionais - Centro Universitário de Brasília/DF. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo IDP-Instituto de Direito Público

RESUMO: O objetivo do artigo é confrontar a futura incorporação do FATCA ao ordenamento jurídico brasileiro em face da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de sigilo bancário. O FATCA é um conjunto de normas promulgadas em 18/03/2010, alterando-se o Código Tributário Norte-Americano, com produção de efeitos extraterritoriais em etapas que impõe às instituições financeiras estrangeiras obrigações pecuniárias e não-pecuniárias com exposição aos riscos e custos jurídicos e operacionais. Dentre os seus pontos mais polêmicos está o encaminhamento automático de dados pessoais e de movimentação bancária à autoridade fiscal norte-americana. Em caso de descumprimento, as sanções vão desde a retenção dos tributos nos próprios investimentos até o encerramento da conta bancária do titular. A despeito da assinatura de um acordo intergovernamental entre Brasil e os Estados Unidos da América (E.U.A.), a incorporação do instrumento poderá criar fatores de veto e problemáticas institucionais, pois a quebra de sigilo bancário pelo Fisco no Brasil não é tema pacificado. O Supremo Tribunal Federal (STF), corte constitucional competente para julgar a interpretação do sigilo bancário, posiciona-se pela prévia autorização judicial. Para as instituições financeiras, que são impelidas à participação no cenário global, a aderência ao FATCA torna-se imperiosa, em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional ao sigilo bancário, o que implica: i) pensar na inadequação da clássica lógica de incorporação de normas jurídicas em detrimento de um processo de interação da globalização econômica no qual se observa uma padronização dos ordenamentos jurídicos nacionais; ii) em uma hipótese de mutação constitucional informal por via dos influxos internacionais.

Palavras-chave: Globalização Financeira. Internacionalização do Direito. FATCA. Sigilo Bancário. Mutação Constitucional.

ABSTRACT: The aim of the paper is to confront the future incorporation of FATCA to the Brazilian legal framework in view of the jurisprudence of the Supreme Court on banking secrecy. FATCA is a set of standard rules promulgated on December 18th 2010, which amended the US Tax Code, producing extraterritorial effect in stages. The rule imposes on foreign financial institutions exposure and legal risks and operational costs. Automatic reporting of personal data and bank information to the US tax authority is the most controversial point. In case of noncompliance, the penalties range from withholding taxes on investments themselves to the closure of the holder's bank account. Despite an intergovernmental agreement between Brazil and the United States of America (USA), there

are some difficult factors and institutional problems because financial disclosure by tax authorities in Brazil is not a pacified theme. The Brazilian Supreme Court jurisprudence holds a position for prior judicial authorization. For financial institutions, which are impelled to participate in the global scenario, compliance with FATCA becomes imperative, parallel to the legal discussion of national treatment to banking secrecy, which involves: i) thinking about the inadequacy of classical logic of incorporation of legal norms rather than an interactive process of economic globalization in which one observes standardization of national legal systems; ii) informal constitutional mutation through international inflows.

Keywords: Financial Globalization. Internationalization of Law. FATCA. Banking secrecy. Constitutional mutation.

1 INTRODUÇÃO

The era of banking secrecy is over”¹

A declaração dos membros do G20² exarada no contexto de pós-crise econômica que foi caracterizada – dentre outros fatores – pela evasão fiscal e quebra de confiança no sistema financeiro, na forma como dita, parece até incontestável em qualquer contexto e para qualquer cidadão correntista do mundo.

O sigilo bancário é um direito ancião e corresponde a uma obrigação imposta por contrato, norma, prática costumeira ou por lei positivada infraconstitucionalmente ou constitucionalmente às instituições financeiras ou equiparadas de manter em segredo dados que lhes cheguem ao conhecimento como consequência de relações jurídicas vinculadas às suas atividades.

No Brasil, o direito ao sigilo bancário está conformado, de forma interpretativa por doutrina e jurisprudência, ora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição³. O inciso X protege a vida privada e intimidade da pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento.

¹ “A era do sigilo bancário acabou”. **G20. Leader’s Statement. Group Of Twenty. London Summit. G20 Action Plan For Recovery And Reform. Declaration on Strengthening 2 April 2009.** Disponível em <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20G20_040209.pdf> Acesso em 03.12.13.

² O Grupo dos Vinte reúne, desde 1999, os Ministros das Finanças e Presidentes dos Bancos Centrais das 19 maiores economias do mundo – incluindo o Brasil.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 out 2014. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

Não há, portanto, previsão constitucional expressa sobre o próprio sigilo bancário. Infraconstitucionalmente, ao contrário, o sigilo bancário apresenta não só proteção específica, mas encontra hipóteses de exceção na Lei Complementar nº 105/2001. Quanto ao afastamento para fins fiscais, há regulamentação infralegal específica no Decreto nº 3.724/2001, que foi recentemente alterado pelo Decreto nº 8.303, de 04 de setembro de 2014.

Mas será mesmo que o direito ao sigilo bancário está fadado a desaparecer, ainda que enquadrado – em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do brasileiro – como um direito de estatura constitucional vinculado aos direitos humanos de privacidade e intimidade?

Cinco anos após a declaração dada na Cúpula de Londres, não se pode dizer de forma peremptória que o direito ao sigilo bancário não existe mais, mas muitas iniciativas aparecem de forma global e simultânea na intenção de flexibilizá-lo em face de valores relacionados ao combate à lavagem de dinheiro, corrupção e evasão fiscal.

Pode-se apontar como uma dessas iniciativas legislativas o *FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act)*, um conjunto de normas norte-americanas de efeitos extraterritoriais em etapas que apresentam clara intenção de recuperar a economia norte-americana, arrasada com a *crise dos subprimes*, incrementando a arrecadação de tributos por parte de cidadãos residentes fora daquele território estatal.

A legislação referida inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondentes ao Capítulo 4) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986 (*Internal Revenue Code*), o que foi denominado, no Título V do *HIRE Act*⁴, de *FATCA*, normatização que estabeleceu obrigações com efeitos extraterritoriais, estabelecendo às instituições financeiras estrangeiras (*foreign financial institutions* ou *FFI*) procedimentos para a identificação, documentação e monitoramento de contas de pessoas consideradas norte-americanas⁵.

⁴ A raiz do F.A.T.C.A. é o *Hiring Incentives to Restore Employment Act - Hire Act* de 2010, um pacote de incentivos fiscais para empresas, bem como o estabelecimento de novas fontes de arrecadação fiscal, dentre elas o alcance de rendimentos de cidadãos situados fora do país. No entanto, se afirma que os antecedentes do FATCA são: i) em 2008, a instalação de uma CPI do Senado norte-americano para descobrir como clientes de instituições financeiras estrangeiras conseguiam manter contas fora dos Estados Unidos da América sem sonegar impostos estadunidenses e ii) em 2009, a imposição de multa no valor de US\$ 780 milhões (setecentos e oitenta milhões de dólares americanos) ao banco suíço *Union des Banques Suisses AG - UBS* que culminou em acordo fixado para que a instituição financeira cooperasse com as autoridades fiscais daquele país. Informações extraídas do evento: INFI/FEBRABAN. Summit F.A.T.C.A.. Novembro de 2014, São Paulo/SP. Disponível em: <www.infi.com.br/LOADSINFI/Summit_FATCA_IGA_28.11.14>. Acesso em: 08 jan 2015.

⁵ US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. **Congressional Bills. House Bill. 111th Congress.** Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em 10 dez 2013. Conforme a alínea b (Apresentação de Relatórios) da Seção 1471 (Retenção de Pagamentos às instituições financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira que mantenha um acordo em vigor, ou seja, *PFFI – Participating Foreign Financial Institutions*.

Dentre tantos pontos polêmicos⁶, destaca-se que a legislação estrangeira de efeitos extraterritoriais impõe às instituições financeiras e assemelhadas o encaminhamento de informações pessoais e financeiras de cidadãos norte-americanos à Receita Federal Norte-Americana (*Internal Revenue Service – IRS*), o que, em tese, poderia colidir frontalmente em restrições constitucionais, legais e jurisprudenciais de países que consideram o sigilo das operações bancárias em seu ordenamento jurídico doméstico, como é o caso do Brasil.

As informações requeridas referem-se a dados pessoais e também financeiros de cidadãos norte-americanos, tais como: nome, endereço, número de identificação fiscal, número, saldo e movimentação de contas bancárias detidas por⁷: i) *US Individuals/Persons* (Pessoas Físicas) cujo valor da conta bancária exceda U\$50.000,00 (cinquenta mil dólares) ou ii) *US Entities* (Pessoas Jurídicas) cujo saldo em conta bancária ultrapasse o valor de U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares).⁸

Destaca-se que o procedimento de reporte ocorrerá de forma eletrônica e automática, sem quaisquer autorizações judiciais ou administrativas ou até instauração de qualquer procedimento ou pedido. Esta perspectiva representa mais do que um passo adiante em comparação com modelos de intercâmbio de informações para fins fiscais, sempre firmados por intermédio de acordos ou tratados de cooperação com vinculação e respeito à legislação de cada país sobre o sigilo bancário. Manifesta-se em real desafio para conformação jurídica da proteção ao sigilo bancário na legislação nacional dos países, principalmente quando a lei ou a jurisprudência condicionam o acesso das informações bancárias pelo Fisco a algumas circunstâncias procedimentais, como a instauração de procedimento fiscal ou autorização judicial específica.

Inspiração para adoção de norma semelhante pela União Europeia e pelos países-membros da OCDE, a proposta apresenta tendência de multiplicação via acordos bilaterais e a

⁶ Vale descrever que outro ponto polêmico é que a implementação da norma implica custos operacionais que deveriam recair sob a responsabilidade do órgão de arrecadação dos Estados Unidos da América (E.U.A.) originalmente, cuja competência tributária se afirma.

⁷ Na condição de participantes ou aderentes, as instituições financeiras estrangeiras assumirão obrigações de *due diligence* para identificar em sua base de clientes pessoas titulares de contas financeiras que sejam qualificadas como *US Person*, que, em geral serão indivíduos com nacionalidade norte-americana, nascidos nos E.U.A. ou com pais norte-americanos, pessoas com visto de permanência nos E.U.A. (*Green Card*). Quando tais pessoas detiverem mais de 10% de participação direta ou indireta no capital ou lucro de empresas brasileiras (estrangeiras fora dos E.U.A.), também serão consideradas *US Person* na modalidade pessoa jurídica independentemente de serem constituídas ou residentes fiscais no Brasil.

⁸ Para conferir os parâmetros gerais da norma: IRS. **Summary of Key FATCA Provisions**. Disponível em < <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Summary-of-Key-FATCA-Provisions>> Acesso em 17 ago 2014.

recentíssima assinatura de um acordo multilateral conduzido pela OCDE em 29/10/2014, o que demonstra que a afirmação epigrafada pode, sim, vir a se constituir como uma verdade em um futuro próximo, falando-se já em um regime internacional de troca de informações denominado informalmente de GATCA, uma espécie de FATCA global.

Ora, ao se considerar que a aderência é numerosa – mais de 80 (oitenta) jurisdições participantes⁹ – e que a maioria delas está tendente a assinar ou já assinou um acordo intergovernamental com efeitos de reciprocidade, mais ainda o perímetro da norma alarga-se, fazendo do mundo contemporâneo um lugar de constantes trocas de informações bancárias e, por que não dizer, quase sem resquício de direito de sigilo bancário.

Ao optar por não aderir ao FATCA, a instituição financeira ou assemelhada sofre, a partir de 2014, retenções na fonte de 30% (trinta por cento) sobre rendimentos de fontes dos Estados Unidos da América (E.U.A.); a partir de 2015, retenções de 30% (trinta por cento) sobre o valor principal da venda de participações societárias e renda fixa de fonte dos E.U.A.; e a partir de 2017, concomitante às demais, retenções de 0,01% (um centésimo por cento) a 30% (trinta por cento) do valor dos juros e do principal de aplicações financeiras efetuadas em outras instituições financeiras, brasileiras ou não, participantes do FATCA, quer as aplicações tenham ou não direta relação com os E.U.A.¹⁰.

Em poucas palavras, a recusa das instituições financeiras é possível em teoria, mas não na prática. As instituições que não cooperarem poderão ser excluídas do sistema financeiro internacional. O custo de não adesão é bastante alto – senão impraticável – já que a instituição financeira que não participar do FATCA, além de sofrer retenções na fonte de seus investimentos, poderá apresentar condições mais desfavoráveis para competir no mercado

⁹ Na página do Tesouro Norte-Americano, há uma lista das jurisdições já aderentes. Dentre os nomes que já assinaram acordos intergovernamentais (IGA – intergovernmental agreements) e merecem destaque estão: Ilhas Man, Ilhas Cayman, Malta e outros locais reconhecidos como paraísos fiscais. O Brasil está negociando um Acordo. US DEPARTMENT OF TREASURY. **Jurisdictions that have signed agreements. Jurisdictions that have reached agreements in substance and have consented to being included on this list (beginning on the date indicated in parenthesis)**. Disponível em <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>> . Acesso em 18 ago 2014.

¹⁰ Isso ocorre porque, na economia globalizada, os papéis ligados ao mercado financeiro encontram-se inevitavelmente entrelaçados, de modo que, em algum ponto da cadeia de movimentação bancária ou interbancária, o agente financeiro não aderente poderá prejudicar-se no relacionamento com os demais, evitando a manutenção de negócios recíprocos, já que os custos de transacionar com um não aderente acabará por impactar no aderente que se relaciona com ele, restando, pois, este último isolado no mercado. Para conferir os parâmetros gerais de retenção de tributos: IRS. **Notice 2014-33. Further Guidance on the Implementation of FATCA and Related Withholding Provisions**. Disponível em <<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-33.pdf>> Acesso em 03 dez 2014.

internacional, sofrendo restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do FATCA.

Impelidas à participação no cenário global, a aderência ao FATCA pelas instituições financeiras soa imperiosa, em paralelo à discussão jurídica acerca do tratamento nacional jurisprudencial ao sigilo bancário. Ocorre que, para adesão com segurança jurídica, as instituições financeiras precisariam de uma moldura normativa que lhes oferecessem o mínimo de proteção.

Ainda que se discuta que a jurisdição norte-americana circunscreve-se ao próprio território, ao contrário do que o apregoado por doutrinadores norte-americanos que ampliam aquela jurisdição fiscal para onde houver contribuintes daquele Estado, aplicando-se de forma irrestrita o princípio da universalidade, a adesão à legislação torna-se facultativa via formalização e internalização de instrumento internacional¹¹, o que de fato ocorreu no Brasil.

Em 23 de setembro de 2014, o Brasil, representado pelo Ministro da Fazenda Guido Mantega, e os E.U.A., representado pela embaixadora Liliana Ayalde, assinaram o Acordo de Cooperação Intergovernamental para a troca automática de informações tributárias. O Brasil já é signatário do Acordo para Intercâmbio de Informações Tributárias, assinado em março de 2007 e promulgado pelo Decreto no 8.003, de 15/05/13¹². O documento precisava ser ampliado para atender aos requisitos do FATCA. A troca de informações se fará respeitando a confidencialidade da informação por ambas as partes, ou seja, observando-se o sigilo fiscal.

Em um futuro próximo, as questões apresentadas pelo processo de incorporação da legislação FATCA ao ordenamento jurídico brasileiro serão discutidas e resolvidas, como: i) natureza jurídica do instrumento que internaliza as normas e sua validade e eficácia; ii) constitucionalidade formal e material das normas diante da interpretação da Corte Constitucional Brasileira (STF) sobre a proteção ao sigilo bancário; iii) alteração no sentido e alcance interpretativo da proteção ao sigilo bancário em todo o mundo e seu reflexo no Brasil.

¹¹ O acordo pode apresentar como polos da tratativa: ou órgãos fazendários de ambos os lados ou instituições financeiras estrangeiras e órgão fazendário norte-americano. Estão disponíveis dois modelos para adesão, conforme exista ou não tratado ou acordo internacional prevendo troca de informações para fins fiscais entre os países e considerando ou não as hipóteses de reciprocidade de obrigações para ambos os casos.

¹² BRASIL. **Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013**. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, firmado em Brasília, em 20 de março de 2007. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 30 out 2014.

Diante das questões, observa-se a inadequação da lenta e burocrática clássica lógica de incorporação de normas jurídicas – com processos de questionamento acerca do recebimento da legislação em território pátrio – em detrimento do processo de interação da globalização econômica, que cria um constante e intenso movimento de interferências recíprocas entre as racionalidades jurídicas nacionais e internacionais, permitindo-se observar certa padronização nos ordenamentos jurídicos, fruto da internacionalização do Direito e da necessidade de criar respostas semelhantes ou harmônicas em todo o mundo para problemas globais.

Fica claro também que a incorporação da norma implica na alteração da concepção e nos limites do direito ao sigilo bancário e que o impacto desta discussão internacional alcança interesses nacionais institucionais. A abertura do sigilo bancário independentemente da necessidade de requisição judicial sempre foi almejada pela Receita Federal do Brasil (RFB), que já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária em alguns casos¹³.

Quanto ao Ministério Público, este já obteve autorização legislativa¹⁴ para acessar, independentemente de autorização judicial, dados cadastrais de investigados, mais especificamente qualificação pessoal, filiação e endereço mantidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, mas o conteúdo das movimentações financeiras ainda lhe é oponível, conforme leitura jurisprudencial.

Portanto, soma-se aos planos formal e informal do cenário internacional a discussão nacional do tema, estando o sigilo bancário rodeado de pressões por todos os lados, o que inevitavelmente altera sua concepção constitucional, no sentido de proteção à vida privada e à intimidade.

¹³ A RFB já ostenta autorização restrita à existência de procedimento formalizado de fiscalização tributária: i) iniciado pelo Ministério Público Federal (existência ou indícios consistentes de crime fiscal); ii) no curso de despacho ou revisão aduaneiros; iii) em vigilância e repressão ao contrabando e descaminho, realizado em operação ostensiva; ou iv) relativo ao tratamento automático das declarações de IR (malhas finas).

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 12.850, 02.08.2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. O artigo Art. 3º determina que: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica. Quanto ao sigilo de dados, ele inexistente, uma vez que nos termos do Art. 15: “O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”

Embora exista uma moldura jurídica adjacente para tratar a questão, o tratamento jurisprudencial brasileiro acerca do sigilo bancário, mais especificamente o do STF, ainda é bastante conservador ou garantista, vinculando a abertura do sigilo à reserva judicial. Para elucidar esta premissa, cita-se o posicionamento pretoriano que vige atualmente pelo julgamento do RE 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário – ressalvada tão somente a competência extraordinária das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional – “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”.

Fica claro que a assinatura do Acordo Intergovernamental entre E.U.A. e Brasil, visando formalizar a adesão ao FATCA¹⁵ trará discussões acerca da alteração da concepção do sigilo bancário brasileiro, mais especificamente, nos termos da interpretação dada ao direito constitucional pelo STF.

2 ANÁLISE DO CENÁRIO NACIONAL: O PANORAMA DE PROTEÇÃO JURÍDICA AO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

No Brasil, o sigilo bancário foi amplamente discutido após 2001, com a edição da Lei Complementar nº 105, expondo-se posicionamentos polêmicos e polarizados acerca de sua constitucionalidade ou não, diante do alargamento das hipóteses legais de exceção. Muitos abordaram o tema posicionando-se a favor ou não de determinado interesse (da Fazenda, do indivíduo, das instituições financeiras etc.), construindo teses jurídicas para tal¹⁶.

Não é este o escopo deste estudo, que apresenta, nesta parte inicial, os fundamentos jurídicos que ampararam a proteção deste interesse tão antigo, mas que tem se esvaziado na conjuntura contemporânea, ainda que o direito esteja conformado internamente, em alguns países¹⁷, em um contexto de rígida garantia constitucional. O constante e recente

¹⁵ U.S. DEPARTMENT OF TREASURY. **Jurisdictions that have signed agreements**. Disponível em <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>>. Acesso em 30 set 2014.

¹⁶ Conferir: CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo Bancário e Fisco: liberdade ou igualdade?** Curitiba: Juruá, 2005. FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal à luz da LC nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001. ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e Direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

¹⁷ A tutela constitucional do sigilo bancário existe, por exemplo, na Alemanha, mas já há Diretiva específica da

‘renascimento’ do instituto, bem como o destaque que o retorna para o centro de discussões não constituem, contudo, um fenômeno brasileiro, apenas. Eles ocorrem em todo o mundo.¹⁸

Atualmente o tratamento nacional de proteção ao sigilo bancário – e suas discussões internas na doutrina e jurisprudência – tem sido confrontado com a condução do tema nos fóruns internacionais, sejam eles informais e/ou formais, e parece não haver como ser diferente. Portanto, àquela moldura institucional e legislativa interna da proteção ao sigilo soma-se a confluência de várias pressões sociais, internas e externas, nacionais e estrangeiras.

De forma complementar a essa observação do cenário internacional (sob os planos formal e informal de abordagem), é impossível ignorar o movimento interno – materializado por instituições e atores políticos – para que ocorra uma alteração na concepção jurisprudencial do sigilo bancário enquanto direito fundamental à privacidade e à intimidade assegurado na Constituição Federal. Neste sentido, a análise da estrutura jurídica doméstica de proteção ao sigilo bancário vincula-se à atuação de entes públicos, nos limites de sua esfera e de seus poderes e se justifica na posição do Poder Judiciário, com importância para a conformação do direito de sigilo bancário.

Observando-se retrospectivamente, identificam-se três fases históricas da obrigação de sigilo¹⁹, cuja origem remete às primeiras trocas comerciais e pode ser descrita como uma combinação de práticas profissionais e consuetudinárias, transformando-se em direito positivo

UE para harmonizar a legislação nacional. Embora o fundamento do sigilo seja infraconstitucional, um caso interessante é o caso suíço. De acordo com as tratativas daquele Estado com os E.U.A., o sigilo bancário deixa de existir quanto aos cidadãos norte-americanos. Disponível em < <http://www.swissinfo.ch/por/fatca-é-arma-letal-contra-o-sigilo-bancário/35953020>>. Acesso em 17 dez 2013. Os Bancos Suíços efeturam reformas após a erosão do sigilo bancário. Esta alteração implicou em uma reestruturação de seu sistema bancário. Anuncia-se que, com o duro processo de regulação de ativos ocultos, os bancos suíços terão que se reinventar. Compras se multiplicaram recentemente com a aquisição do *J. Safra Sarasin* pela filial do banco privado americano Morgan Stanley. Há rumores de que o Credit Suisse estaria interessado em comprar o *Julius Baer*. A *PWC – Price Water House Coopers* estimou que o número de bancos privados na Suíça pode cair em torno de 20% com o tempo. Compara-se a situação atual com a de um relojoeiro suíço nos anos 70 afetado pelo mercado de relógios asiáticos. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/bancos-suicos-tem-reformas-apos-a-erosao-do-sigilo-bancario>>. Acesso em 10 set 2014. O ex-Presidente do Banco Central Suíço *Philip Hildebrand* afirmou que “a Suíça como paraíso fiscal acabou. A Suíça e seu sistema bancário deverão assumir nos próximos 05 a 10 anos que, quando um cliente estrangeiro abre uma conta em um banco suíço, seu nome e os dados de sua conta sejam automaticamente transmitidos às autoridades fiscais de seu país.” Disponível em < <http://www.swissinfo.ch/por/su%C3%ADÇa-paga-conta-do-sigilo-bancário/33392140>>. Acesso em 10 set 2014.

¹⁸ HAGSTRÖN, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 28.

¹⁹ Para conferir o desenvolvimento histórico do instituto: COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. 2.Ed. Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001. HAGSTRÖN, Carlos Alberto. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

somente séculos mais tarde. Esta primeira fase guarda reminiscências de sacralidade, já que o registro de valores permaneciam em templos, guardados por autoridades religiosas.

O segundo momento histórico está relacionado com o movimento dos direitos humanos, que reconheceu este direito em documentos internacionais, e o incluiu no âmbito constitucional, somente o flexibilizando nos casos em que colide com outros valores igualmente amparados pela Constituição. A solução para o impasse seria obtida através da formulação de um juízo de concordância prática a ser estabelecido por uma avaliação adequada, em particular, de modo a identificar a "razão de prevalência específica" entre eles.

O terceiro e o último momento histórico é o atual, no qual se observa como consequência o desaparecimento do sigilo bancário para fins fiscais como um direito, apresentando-se como resultado direto da preocupação com questões globais, no contexto de cooperação no combate à lavagem de dinheiro, ao tráfico de drogas e, agora mais especificamente, à evasão fiscal.

A contradição inerente aos dois últimos momentos relatados acima dá a tônica deste trabalho, que objetiva investigar este período de transição, um cenário que pode ser descrito como um *blend* de ambos no Brasil, identificado pelo impacto da incorporação da legislação norte-americana em solo nacional e o tratamento jurisprudencial dado ao sigilo bancário no âmbito jurídico interno.

2.1 O tratamento legislativo do sigilo bancário na Lei Complementar nº 105/2001 e sua conformação jurisprudencial

A Lei Complementar nº 105²⁰ veio substituir o então artigo 38 da Lei do Sistema Financeiro Nacional, dispondo de forma concreta sobre as exceções da regra de sigilo bancário²¹. Até hoje a legislação rege de forma sistemática o tema e foi palco para ampla

²⁰ A referida Lei Complementar foi o resultado do Projeto de Lei Complementar nº 7, de 1995, do apresentado pelo Deputado Lúcio Alcântara e do Senador José Eduardo Dutra e do Projeto de Lei Complementar n 53, de 1997, de autoria do Senador Antonio Carlos Magalhães. Na Comissão de Assuntos Econômicos foram apresentados outras emendas e na forma de substitutivo do Senador Vilson Kleinübing finalmente foi submetido ao Senado Federal, onde recebeu o número 220, de 1998. HAGSTRÖN, Carlos Alberto. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 28.

²¹ Optou-se, neste trabalho, racionalmente por utilizar o termo sigilo bancário, em detrimento dos termos sigilo/secredo financeiro. A despeito do segredo e sigilo designarem questões semelhantes para o Direito, diz-se que o sigilo representa um dever de manutenção de um segredo, ou seja, o sigilo designa uma obrigação que recai sobre o segredo, objeto de proteção e um estado de fato protegido pelo direito. Neste sentido, é preferível referir-se ao sigilo em vez de segredo, pois este relaciona-se à obrigação formatada e não ao objeto dela. Quanto

discussão, fomentando-se o desenvolvimento de doutrina e legislação para o tema, fortalecendo-se o instituto.

A norma franqueou o acesso às informações bancárias a determinadas autoridades, cada qual com sua específica finalidade, diante de valores e interesses que mereceriam o afastamento do sigilo. Podem solicitar informações relativas à quebra de sigilo bancário: Banco Central do Brasil; Comissão de Valores Mobiliários; Poder Judiciário, Poder Legislativo Federal e RFB²².

No Estado Democrático de Direito, este poder-dever é a exteriorização de uma das principais prerrogativas que decorrem da supremacia do interesse público, motivo pelo qual não é reconhecido simplesmente como um poder, mas também como dever do Estado. Em verdade, trata-se de um poder concedido pelo legislador de forma restrita a um ator político nacional para viabilizar o cumprimento de um dever legal. Não podem, por isso, sujeitarem-se a um mero critério subjetivo do administrador para exercê-las em arbítrio, já que tais deveres decorrem de competências legalmente determinadas no regular exercício de sua função pública, sendo, por isso, inafastáveis seus limites.

Relativamente aos poderes conferidos pela RFB, no entanto, é que o tema se faz mais polêmico. Com o advento da Lei Complementar nº 105/01 e a consequente revogação do artigo 38 da Lei nº 4.595/64, substituiu-se a previsão de exceção oponível à RFB no parágrafo 5º, que disciplinava que os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados poderiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando

à denominação sigilo bancário ou financeiro, fica claro que o termo “financeiro” abrange maior significação e abrangência, de observância obrigatória por outros agentes do mercado, como por exemplo, fundos de investimento e companhias de securitização, dentre outros. A despeito disso, esta pesquisa referir-se-á ao sigilo bancário porque este termo é mais comum e utilizado largamente em vários Estados, como é o caso dos E.U.A. que se referem ao *Banking Secrecy* e não ao *Financial Secrecy*.

²² As situações do Ministério Público não serão objeto deste trabalho de forma específica, porque decorrem, em verdade de uma interpretação de que a Lei Complementar nº 75/93 havia conferido àquele órgão a possibilidade de quebra como mera decorrência do seu poder investigatório, poder este já amplamente reconhecido pela jurisprudência do STF. Cf.: BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 05 set 2014. “ (...) CAPÍTULO II - Dos Instrumentos de Atuação. Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: (...) XVIII – representar; a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins. Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) § 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.” O STF vincula a necessidade de autorização judicial para quebra de sigilo bancário pelo MPF.

houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente, pelo art. 6º da lei complementar.

O artigo 6º praticamente manteve os critérios autorizadores para acesso do Fisco às informações financeiras: i) existência de processo e ii) imprescindibilidade da medida (quando tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente) e estendeu a exceção para os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e autoridades. O processo a que faz referência o artigo é o processo administrativo ou o procedimento fiscal em curso.

A despeito disso, advogam alguns que, pela interpretação do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, não haveria necessidade de intervenção do Poder Judiciário, bastando, pois, que a Administração Pública considere indispensável as informações para requerê-las, obrigando a quem estiver de posse destas a fornecê-las.

Para os demais, o ponto polêmico reside na interpretação do termo “administrativo” constante do final do art. 6º, caput, da referida Lei Complementar. Em razão disso, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas a fim de substituir o entendimento de que o processo referido na lei é o processo judicial e não qualquer outro.

Na história jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, interpretava-se que os dados obtidos pela RFB com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº—105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de créditos tributários, também não estavam legitimados.

Além disso, quando o propósito do encaminhamento de dados bancários às autoridades fiscais mediante requisição direta às instituições financeiras ultrapassa a competência arrecadatória da RFB e implica em instruir processo penal destinado a investigar crimes contra a ordem tributária, o Superior Tribunal preserva o garantismo, submetendo o pleito à imprescindível avaliação do magistrado competente, que motiva concretamente a decisão na busca da prevalência do melhor interesse a ser resguardado no caso concreto²³.

²³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br> .Acesso em: 20.08.2014. A este respeito, pode-se citar os seguintes precedentes: HC 237.057-RJ, Sexta Turma, DJe 27/2/2013; REsp 1.201.442-RJ, Sexta Turma, DJe 22/8/2013; AgRg no REsp 1.402.649-BA, Sexta Turma, DJe 18/11/2013. RHC 41.532-PR, dentre outros.

Quanto à excepcionalização do sigilo para fins fiscais no STF, cabe ressaltar que a temática não é pacífica. Embora o tratamento de qualquer direito fundamental – principalmente liberdades pessoais – comporte exceções fundamentadas no interesse público, geralmente previstos expressamente em lei ordinária que lhe conforma o sentido, a linha recente de entendimento do STF acena para a impossibilidade de o Fisco obter informações bancárias sigilosas, nos termos dos Recursos Extraordinários nº 387.604 e nº 389.808, sem prévia autorização judicial²⁴, isso porque entende que o órgão jurisdicional é o único apto e legítimo a ponderar os interesses privados e públicos no caso concreto. Ainda, nos autos do Recurso Extraordinário 601.314, a Corte afetou o tema à repercussão geral em 2009, mas ainda não houve julgamento.

Nos termos da decisão do Recurso Extraordinário 389.808, fulcrada no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações. A exceção é a quebra do sigilo, que deve ser submetida ao crivo de órgão denominado pelo Relator de “equidistante”, o Poder Judiciário”. E, mesmo assim, a quebra pode ocorrer apenas para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal, motivo pelo qual “conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à RFB – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.

A maioria foi apertada e a divergência aberta pelo Ministro Dias Toffoli foi acompanhada dos ministros Cármen Lúcia, Ayres Britto (aposentado), Ellen Gracie (aposentada). Quanto à exceção constitucional da regra de tutela de privacidade, menciona-se o artigo 145, que confere faculdade de acesso à administração tributária, que poderia identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte nos termos da lei, desde que sejam respeitados os direitos individuais.

Como o texto constitucional utiliza-se da expressão ‘nos termos da lei’, o acesso ficaria restrito às hipóteses previstas lei, à inteligência de que esta seria uma norma de eficácia

²⁴ No RE 389.808/PR, o relator, Min. Marco Aurélio, afirma: “a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) (CF, art. 58, § 3o), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”. Já no RE 387.604 confirma a decisão, declarando que a mitigação do direito dar-se-á exclusivamente por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, motivado pela necessidade de de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).

contida ou restringível, ou seja, a despeito de sua eficácia plena, admite-se sua restrição legislativa.

Este posicionamento jurídico foi confirmado pelo Recurso Extraordinário nº 21.978, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, no qual se reconheceu que, a despeito da disposição constitucional garantidora do direito, as exceções teriam morada na legislação infraconstitucional. Confira-se: “No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional”.

Cabe salientar que, no histórico jurisprudencial da Corte, havia uma previsão de ponderação de valores necessária. No Agravo Regimental no Inquérito (AGINQ) n 895/DF, a maioria dos ministros fundamenta seu voto pela não absolutividade do direito ao sigilo bancário. Fala-se já no contexto de ponderação de valores, diante da expansão dos “espaços de conflito de liberdades públicas”²⁵ e prevalência dos interesses públicos envolvidos na quebra de sigilo.

Ainda com fundamento na ausência de absolutividade da proteção ao sigilo bancário, nos autos do RE nº 219.780/PE, o STF autorizou sua quebra, diante da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, bem como confirmou que, uma vez cumpridas as exigências do devido processo administrativo previstas o artigo 7º, I, do Decreto 70.235/72 e no artigo 142 do CTN, a excepcionalização é possível. Ainda, alegou-se que as informações continuam resguardadas pelo sigilo fiscal, sem divulgação a terceiro, o que esvazia a assertiva que informa haver corrompimento da comunicação entre banco e cliente. Ademais, fora dito que o artigo 145 da Constituição Federal permitia que as prerrogativas do Fisco fossem exercidas em respeito aos direitos individuais e nos termos da lei²⁶.

Das decisões do STF tomadas até então, ficam patentes os seguintes posicionamentos: i) o sigilo bancário é direito não absoluto; ii) o sigilo bancário tem assento constitucional na interpretação do conceito da proteção da intimidade prevista no inciso X ou inciso XII do artigo 5º da Constituição; iii) a matéria não está adstrita à reserva jurisdicional, pois o sigilo

²⁵ STF. Pet nº 577 QO/DF. QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO. Relator: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 25/03/1992. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 23/04/1993, p. 06918. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86437> >. Acesso em 17 ago 2014.

²⁶ RE nº 219.780/PE. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Carlos Velloso. DJ 10/09/1999. p. 23. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248682> > Acesso em 17.08.2014.

bancário pode ser flexibilizado por Comissão Parlamentar de Inquérito que detenha os mesmos poderes judiciais; iv) a decisão requer base empírica na qual se constate a necessidade da medida (juízo de proporcionalidade) e existência de indícios relevantes; v) o STF limita o *fishing expedition*, ou seja, a devassa indiscriminada da intimidade financeira, não podendo ser manipulada pelos agentes.

Após a aprovação da LC nº 105/2001, sua constitucionalidade foi questionada no STF, mais especificamente pelas ADI 2386 (apensa à ADI 2390 e 2386) e ADI 2389 (apensa à ADI 2406), e, mais recentemente ADI 4010, nas quais questionam-se os art. 1º, § 4º, inciso I, o art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, e o art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 105/01, e o Decreto nº 3.724/01, relativos à quebra do sigilo das operações de instituições financeiras pelo Fisco, com fundamento nos incisos X e XII da Constituição, bem como o devido processo legal na sua concepção substantiva.

No entanto, a despeito de ainda não estar resolvida a questão, o posicionamento pretoriano que vige atualmente destaca-se pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, no qual o relator, Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, determina que a decretação da quebra do sigilo bancário – ressalvada tão somente a competência extraordinária das CPIs prevista no art. 58, § 3º da Carta Constitucional – “pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer, seja à administração tributária, seja ao Ministério Público, seja, ainda, à Polícia Judiciária, as informações que lhe tenham sido solicitadas”.

A virada de jurisprudência conduzida pelo voto do ministro-relator altera de forma significativa a interpretação que vinha sendo adotada pelo STF, enquadrando o respectivo sigilo exclusivamente no dispositivo constitucional do inciso XII do artigo 5º, configurando-o como direito fundamental ao sigilo de dados e correspondência, que é afastável tão-somente nas hipóteses de autorização expressa emanada pelo Poder Judiciário e, mesmo assim, com a finalidade única de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ocorre que ao estabelecer que a quebra vincula-se sempre à existência de ordem judicial, o voto ignora não só a redação do próprio dispositivo constitucional que, em sua parte final ressalva a quebra, condicionando-a à existência de lei nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal – motivo pelo qual as informações seriam abertas ou à Polícia ou ao Ministério Público ou até mesmo à Fazenda em hipóteses de comprovada sonegação fiscal –, mas também faz pouco-caso dos já existentes dispositivos infralegais que

autorizam o acesso da Fazenda aos dados de movimentação bancária, ou até mesmo do artigo 145 constitucional.

Fundamentando seu voto no princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o relator argumenta que as relações internacionais devem guiar-se pela prevalência dos direitos humanos nos termos do artigo 4º, inciso II e enquadra a proteção do sigilo bancário no inciso XII do artigo 5º, diferentemente do que o STF já havia admitido como principal fundamento jurídico, diante do enquadramento no inciso X do artigo 5º. O Ministro Relator retoma alguns dos últimos julgados da Corte – alguns deles sem relação com a quebra do sigilo para fins fiscais, mas sim relativos ao acesso pela CPI; pelo TCU e por órgãos de controle em geral.

No recurso extraordinário mencionado, três pilares interpretativos são desenvolvidos para se chegar à conclusão de que a RFB não estaria apta a quebrar o sigilo bancário. O primeiro é o que foi denominado pelo relator como “rigidez da Constituição”, no sentido de que ato normativo deve respeitar o que nela se insere. O segundo trata do “primado do Judiciário”, não se podendo transferir a atuação de órgão reservada exclusivamente por disposição constitucional. O terceiro argumento é a “prerrogativa de foro”, sob o qual, partindo-se da premissa de que o cidadão só pode ter o sigilo afastado ante a atuação do órgão competente, e considerando que o correntista detenha, por exemplo, prerrogativa de ser julgado criminalmente pelo STF, só a Corte poderia afastar seu sigilo, o que implica em considerar que qualquer tentativa de restrição do patrimônio pela RFB, ainda que com objetivos arrecadatários, seria caracterizada como coação política na cobrança de tributos, indo de encontro a alguns dos verbetes da Corte.

Por fim, em conclusão, a ordem de segurança é deferida para conferir à legislação de regência – Lei nº 9.311/96; Lei Complementar nº 105 e Decreto nº 3.724/01 – uma interpretação conforme a Constituição para somente autorizar o afastamento do sigilo bancário do cidadão mediante ordem expressamente emanada do Poder Judiciário.

O auge da argumentação é alcançado pela citação do caso Francenildo, referente à Petição nº 3.898, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se afirmou que nem mesmo o Ministro da Fazenda, maior autoridade na esfera fiscal, poderia obter acesso a dados bancários de cidadão determinado, motivo pelo qual não se poderia cogitar o acesso de órgão subordinado ao determinado Ministério, a RFB.

A divergência foi inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, que se manifestou semelhantemente ao que fez por ocasião nos termos da Ação Cautelar nº 33, na qual afirmou que os incisos X e XII devem ser lidos à luz do artigo 145, parágrafo 1º, o qual permite à Administração Tributária identificar, respeitados os direitos e garantias individuais, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Para ele, as garantias e direitos individuais estariam preservados diante da previsão de criminalização das condutas de quebra ilegais, o que protege eventual violação do direito.

Ademais, argumentou que a RFB já dispõe regularmente do acesso a informações sobre quase a totalidade de nosso patrimônio, em razão das informações que lhe são apresentadas anualmente quando da declaração de bens e direitos para fins de cálculo do Imposto sobre a Renda. Portanto, como a “Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como é que ela não pode ter acesso ao conjunto menor?”. E o parágrafo 1º do artigo 145 muito sabiamente ressaltou o respeito aos direitos individuais, sendo lícita a identificação conforme os artigos 10 e 11 da Lei Complementar nº 105/2001, que assegura a responsabilização penal do agente fazendário que violar o sigilo bancário.

Em complemento a este entendimento, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha esclareceu não haver quebra de privacidade, considerando que somente há uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal, ficando o órgão fazendário responsável pela preservação daqueles dados. Com o voto divergente, totalizando 4 votos, também votaram o Ministro Carlos Ayres Britto e a Ministra Ellen Gracie, que havia pedido vista, mas depois voltou atrás e votou exatamente como na Ação Cautelar n 33, pelo improvimento do recurso extraordinário.

O Ministro Carlos Ayres Britto, confirma que o pretendido pela Constituição é evitar a interceptação clandestina ou desautorizada de comunicações, ou seja, a intromissão em “conversa alheia”, o vazamento de dados, a divulgação deles, pelo que decorre da interpretação dos incisos X e XII do artigo 5º-da Constituição, que dizem respeito às relações de privacidade (referente à relação com terceiros e não referente à intimidade, consigo próprio) e preservação de dados, não quanto ao acesso, mas sim quanto à transferência deles, o que implica em cláusula de confidencialidade, cuja eventual quebra indica o cometimento de tipo penal. Segundo ele, a preservação de dados incidirá no futuro somente sobre “o ser” e não “o ter”, como lógica natural de “uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia”.

Votaram com o Relator os Ministros Ricardo Lewandowski; Gilmar Mendes; Celso de Mello e Cezar Peluso. O Ministro Gilmar Mendes analisa a questão na perspectiva do princípio da eficiência e discute as consequências e custos inerentes ao órgão sobre o qual recairia a abertura do sigilo, diretamente o órgão fazendário ou o Poder Judiciário, assinalando que se “paga um preço por viver em um Estado de Direito ou numa democracia que é a observância de regras mais onerosas”, manifestando-se no sentido de que está presente a necessidade da reserva de jurisdição.

O Ministro Celso de Mello posiciona-se no sentido de não admitir o arbítrio estatal contra o estatuto constitucional das liberdades públicas, que protege a intimidade financeira das pessoas, na acepção do círculo de proteção em torno da prerrogativa de liberdade pessoal, e embora não ceda à absolutividade, deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, a quem o ordenamento jurídico estabeleceu cláusula de salvaguarda para fins de ponderação dos valores, diante de um critério de preponderância razoável, caso não exista um meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos.

Assim, por apertada maioria, houve uma virada jurisprudencial acerca do assunto, uma vez que já fora possível para a Corte, em um passado próximo, excepcionalizar o acesso do sigilo bancário conforme expressamente previsto na legislação infraconstitucional, desde que houvesse observância de instrução procedimental, respeitando-se o *due process of law* existente na instrução procedimental conduzida pela RFB.

Já o Recurso Extraordinário nº 387.604 culminou em decisão monocrática de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, confirma a decisão, declarando que a mitigação do direito dar-se-á exclusivamente por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, motivado pela necessidade de se resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz).

Vê-se, portanto, que a posição do STF sobre o sigilo bancário atualmente – pelo fortalecimento dos argumentos quanto à ponderação de valores – é ainda mais conservadora do que no pretérito foi, só podendo ser quebrado mediante outro direito albergado na Carta Maior, mediante um juízo de concordância prática, identificando-se um em outro interesse também de índole constitucional uma relação específica de prevalência, não se podendo, para tal, a mera arrecadação tributária, ainda que mediante procedimento fiscal legitimamente instaurado, como já fora admitido anteriormente.

No mais, entende-se que esta posição atual do STF vem contextualizada em um período histórico no qual aquela Corte se entende na posição ativista de defesa de direitos e garantias fundamentais, utilizando-se de uma hermenêutica constitucionalista garantista.

Resta aguardar o posicionamento futuro do STF diante da futura nova composição da Corte, que em breve será remodelada em relação aos julgadores acima²⁷. Dos que já expressaram seu voto pela tese acima, tem-se Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se conhece a posição dos seguintes Ministros como membros do STF: Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki. O ministro Joaquim Barbosa aposentou-se.

Em seu mandato, a presidente Dilma Rousseff terá de escolher pelo menos mais cinco nomes para as vagas de Celso de Mello, que deve se aposentar em 2015; Marco Aurélio Mello e Teori Zavascki, que completam 70 anos em 2016; e Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que deverão se aposentar compulsoriamente em 2018.

2.2 Análise do cenário internacional: o FATCA como regulação pós-crise e modelos de trocas de informações para fins tributários

É comum defender-se que as sinergias e tensões entre as esferas jurídica e econômica poderiam justificar as alterações nas concepções jurídicas de alguns direitos individuais no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, caracterizando as interferências da Economia no Direito. A flexibilização de direitos individuais também pode ser considerada um mero sintoma da sociedade de risco²⁸.

A sociedade de risco substitui a modernidade industrial e é caracterizada pela dinamicidade de numerosos fatores – tecnológicos, científicos, econômicos –, expondo-se constantemente a crises que tomam proporções globais com efeitos nas esferas econômica, financeira, política e ambiental, entre outras, de abrangência local, regional ou global.

²⁷ Vê-se que, no julgamento, alguns ministros não votaram. Além disso, de 2011 até o presente momento, houve algumas substituições que poderão mudar os cenários apontados: Luiz Fux, precedido por Eros Grau, Rosa Weber, precedida de Ellen Gracie, Teori Zavascki, precedido de Cezar Peluso e Luis Roberto Barroso, precedido de Carlos Ayres Britto. Ainda há a vaga do Ministro Joaquim Barbosa que formalizou o pedido de aposentadoria, mas ainda não foi substituído.

²⁸ O conceito de sociedade de risco é desenvolvido por Ulrich Beck que identifica uma ruptura no interior da modernidade, reconfigurando seu conceito.

Nesse contexto, o elemento constituinte é a incerteza que é assumida por todos. Esse movimento gera uma solidariedade entre países, instituições e indivíduos nascida do contexto de perigo comum a que estão submetidos, criando respostas que seriam inconcebíveis em outros contextos históricos²⁹.

Não é, entretanto, a abordagem da sociedade de risco ou o inter-relacionamento de sistemas sociais que interessa à contextualização do tema proposto. Não há dúvidas de que as incertezas advindas da sociedade de risco ou a tensão e sinergia entre Direito e Economia alteram as estruturas jurídicas de forma constante e em longo prazo.

Na crise, a alteração normativa funciona nos moldes de uma resposta mais imediata. A superveniência de crises evoca a necessidade de rápida superação dos obstáculos postos, além de permitir uma reflexão sobre seus motivos ensejadores, com consequente delineamento de providências repressivas, mas sobretudo preventivas, tendo o Direito o papel de legitimar ambas as ações³⁰.

Assim, verifica-se uma nova função do Direito – enquanto fato social e ciência – na resposta à crise, já que ele tradicionalmente não está apto a lidar com a dinamicidade contemporânea na forma esperada para superá-la ou evitá-la.³¹ Fica claro que diante de novos paradigmas, intenciona-se legitimar uma série de medidas que provavelmente não seriam aprovadas em um contexto geopolítico anterior, como é exemplo a restrição de garantias individuais – materiais ou processuais – e a criação de normas com efeitos extraterritoriais para atingir indivíduos de outras nacionalidades e preservar o escopo de segurança mundial³².

Na crise, nem mesmo diante da flexibilização e da alteração de alguns institutos jurídicos, o Direito – com seus mecanismos formais e pouco céleres – consegue dar respostas

²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo, Editora 34, 2010.

³⁰ Cf. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf> . Acesso em 05 dez 2013.

³¹ A este respeito, pode-se citar a título de exemplo, que os atentados terroristas de 11 de setembro configuraram um suporte de segurança não antes conhecido pela Organização das Nações Unidas e mesmo de algum Estado Nacional.

³² Cf. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito: Direito Internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Teoria_do_Direito_Internacional_files/Internacionalizacao_do_direito_PDF_final%20%281%29.pdf> . Acesso em 05.12. 2013.

suficientemente eficientes, seja frente à necessária preservação do *status quo* anterior à crise, ao seu posterior enfrentamento ou à minimização de seus efeitos para o futuro.

A autossuficiência dos sistemas em geral é desafiada na crise, que coloca em xeque as prioridades então estabelecidas, exigindo-se estratégias inéditas e novas formas de ação, inclusive do Direito. Discute-se, de forma cooperativa entre os países, quais deveriam ser as atuações conjuntas em curto, médio e longo prazo. Com base nesse contexto, exige-se uma ampla reformulação dos conceitos, das categorias, das regras e dos procedimentos jurídicos, com consideráveis e justificáveis alterações jurídicas.³³

Quando se analisa a crise financeira de 2008³⁴, já se afirma que os paradigmas do Consenso de Washington³⁵ foram substituídos pelo Consenso de Londres. Isso significa, grosso modo, que a liderança mundial antes restrita ao G7 ou G8 remodela-se para um grupo maior, com mais heterogeneidade e compartilhamento do poder entre países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. É óbvio que é uma configuração de países mais e menos influentes. No entanto, a inclusão dos países emergentes nas pautas de discussão mundial já é um avanço considerável.

O encontro marcou o anúncio do ‘fim do sigilo bancário’ e talvez até dos ‘paraísos fiscais’, justificado na premissa de que se deveria fomentar uma nova higidez do sistema por meio de instrumentos legais que possam ser utilizados de forma eficiente para reconstruir as fragilidades da antiga arquitetura funcional, com impacto em demandas domésticas e globais.

Como consequência inexorável à crise, o Direito deve ser remodelado. Questionam-se procedimentos normativos e padrões fundamentados na teoria jurídica clássica. Consta-se que eles são insuficientes para sujeitar e atingir atores de forma homogênea, particularmente no caso de os Estados Nacionais alcançarem a regulação do sistema interno coincidente

³³ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-34.

³⁴ Não é o foco deste trabalho a discussão acerca dos fatores que desencadearam a ocorrência da crise. No entanto, FARIA (FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.21-22) defende que se somaram fatores novos e antigos que justificariam a crise. Os primeiros, inéditos e específicos, os segundos, problemas já suficientemente conhecidos nos registros de turbulências bancárias desde a Grande Depressão. Dentre os primeiros, enumera: “o crescimento descontrolado de derivativos, multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, opacidade de novos tipos de operações e fundos de investimento, níveis elevados e não controlados de alavancagem, conflitos de interesses de agências de classificação de risco, políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição do risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou nenhuma regulamentação”.

³⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues. **Globalização e Novo Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 158.

apenas com seu espaço territorial. Nesse sentido, existe unificação legislativa e internacionalização do Direito com intenção de moldar sistemas jurídicos uniformes e mais controlados.

É no cenário de pós-crise, de organização jurídica em redes e na intenção cooperativa que se encontra as origens³⁶ do FATCA. A criação da norma deu-se em 2010, ano ápice dos efeitos da crise econômica, e em meio a outras propostas já existentes que também foram recrudescidas³⁷. Em 18 de março do mesmo ano foi sancionado pelo Presidente dos E.U.A. o ato denominado “Incentivos de Contratação para Recuperar o Emprego (Ato HIRE)” (*Hiring Incentives to Restore Employment*, ou *HIRE Act*³⁸). Trata-se de um pacote de políticas destinadas a fazer face à recessão econômica de 2008, ao gerar incentivos fiscais para o setor privado, bem como prever melhor planejamento e monitoramento da arrecadação já existente.

Por ocasião da assinatura, o Presidente Norte-Americano *Barack Obama* destacou que governos não resolveriam os problemas econômicos decorrentes da recessão sozinhos, mas

³⁶ Para a pesquisa, interessa analisar a norma a partir de sua edição. No entanto, vale ressaltar que a proposta de combate à evasão de divisas é um tema antigo, principalmente na cabeça das autoridades norte-americanas, por exemplo, em carta do Presidente Franklin Roosevelt, datada de 1937, na qual ele alerta ao então Secretário da Receita Norte-Americana, *Henry Morgenthau*, sobre os riscos de contas offshore não tributáveis. Vários instrumentos precederam a norma, destacando-se, desde 2007: *John Doe Summons* (intimações *John Doe*, destinadas a descobrir informações sobre contas fantasmas); intercâmbio de informações em conformidade com os tratados fiscais; o encaminhamento de informação voluntária por parte de instituições financeiras realizado pelo denominado QI *Qualified Intermediary* – Intermediário Qualificado. No entanto, embora paralelas, nenhuma delas apresenta os mesmos efeitos da legislação que ora se estuda, dos quais destacam-se: informação automática por meio de reportes e realização de due diligence por instituições financeiras. Para conhecer tais instrumentos, conferir: NESSLER, Richard A. **United States: IRS Issues John Doe Summons For Hidden Accounts.** Disponível em <<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/307668/tax+authorities/IRS+Issues+John+Doe+Summons+For+Hidden+Accounts>>. Acesso em 18 ago 2014.

³⁷ BAKER, Mary Burke. **The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback.** *Benefits Law Journal*. Spring 2012, Vol. 25 Issue 1, p 5. Conforme o autor, na mesma época houve um recrudescimento de outra proposta precedente e semelhante ao FATCA Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR) é um relatório que mapeia contas estrangeiras em todo o mundo e que está em vigor desde 1972, com o escopo de identificar e combater crimes financeiros. O Secretário da RFB em 1970, Sr. *Eugene T. Rossides* descreveu alguns objetivos do Relatório, dentre eles: “construir um sistema de combate ao crime organizado e crimes de colarinho branco para dissuadir e impedir a utilização de contas bancárias secretas no exterior utilizadas para fraude fiscal e uma grande variedade de atividades financeiras criminalmente relacionadas.” Em 2010, o Relatório Final do Grupo de Trabalho *Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)* resgatou sem rodeios a ideia propugnada por *Rossides*: “*Follow the Money*” (Siga o Dinheiro). Na verdade, o sistema é muito semelhante, mas a pedra angular do FATCA é contar com o auxílio de terceiros, mais especificamente instituições financeiras.

³⁸ US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. **Congressional Bills. House Bill. 111Th CONGRESS.** Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em 10 dez 2013.

que, para reaquecer a economia, precisariam do setor privado, que além de criar empregos, deveria gerar renda de impostos³⁹.

Focada na necessidade de aquecimento econômico propulsionado pelo setor privado, a legislação prevê mecanismos que possibilitariam maior arrecadação de tributos pelo Estado Norte-Americano, evitando a omissão de receitas relativas a ativos estrangeiros⁴⁰. Neste sentido, a legislação inseriu um capítulo inteiro (seções 1471 a 1474, correspondentes ao Capítulo 4) ao Código Tributário Norte-Americano de 1986, o que foi denominado, no Título V do *Hire Act*⁴¹, de *FATCA*, normatização que estabeleceu obrigações com efeitos extraterritoriais, estabelecendo às instituições financeiras estrangeiras (*foreign financial institutions* ou *FFI*) procedimentos para a identificação, documentação e monitoramento de contas de pessoas consideradas norte-americanas⁴²

De forma paradoxal, no cenário de crise mundial, observa-se que, enquanto outros mecanismos falham, os negócios – e aí acrescenta-se o comércio e a movimentação financeira – parecem conduzir a uma força suficiente para unificar e harmonizar as questões do Estado, considerando-se mais efetivo do que muitos exércitos.⁴³

No contexto de mundo globalizado, mais econômico do que político, os Estados não podem negar que perdem sua posição com maior velocidade e devem equilibrar níveis adequados de liberdade e controle, flexibilidade e planejamento para tentar reverter suas

³⁹ THE WHITE HOUSE. Office of The Press Secretary. Disponível em <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-signing-hire-act>>. Acesso em 10 dez 13. O discurso não faz qualquer referência à alterações legislativas no Código Tributário, nem destaca a importância de procedimentos de reporte de informações pessoais e bancárias para o incremento do volume de arrecadação tributária nem sequer menciona a obrigatoriedade de observância por parte de instituições financeiras estrangeiras que se localizem fora do território norte-americano.

⁴⁰ HATTEN-BOYD, Laurie. **FATCA: Will This Penal Withholding Regime Have Its Intended Effect?** International Tax Journal. Jul 2010, Vol. 36 Issue 4, p 3. Segundo a autora “A Comissão Mista de Tributação estimou que as disposições do FATCA vão impedir as pessoas de sonegar US\$ 8,7 bilhões em impostos dos E.U.A., durante os próximos 10 anos.”

⁴¹ O referido Título V é denominado OFFSET PROVISIONS, que, em tradução livre da autora, significa “disposições fora do lugar” ou “outras disposições da lei” ou “disposições deslocadas”, sem vínculo com sua essência principal da lei, o que corrobora a tese de que a alteração foi discreta exatamente porque poderia ser polêmica.

⁴² US GOVERNMENT PRINTING OFFICE. **Congressional Bills. House Bill. 111Th** Congress. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em 10 dez 2013. Conforme a alínea b (Apresentação de Relatórios) da Seção 1471 (Retenção de Pagamentos às instituições financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira que mantenha um acordo em vigor, ou seja, PFFI – Participating Foreign Financial Institutions.

⁴³ CASELLA, Paulo Borba. **Pax Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration.** (coord) In Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, p. 86-87

perdas de controle e gestão. A despeito das regras jurídicas nacionais, o mundo urge por regulações em vários campos. Forma-se, em face disso, “*world wide frameworks*”, nas palavras de Casella.⁴⁴

Foi esta a justificativa dos governos dos E.U.A., França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido para publicar uma Declaração Conjunta⁴⁵ que prevê a adoção de uma abordagem comum para a aplicação do FATCA por intermédio de sistemas automáticos de troca de informações. O documento prevê que os E.U.A. têm intenção de anuir com a reciprocidade aos países, colaborando com a coleta e o intercâmbio automáticos de informações sobre contas mantidas em instituições financeiras dos E.U.A. por residentes de cada um dos países signatários da declaração, o que fortalece a ideia de que haveria um regime FATCA internacional.

2.3 Os Modelos de Trocas de Informações – FATCA, OCDE e UE

A cooperação internacional entre Estados para fins fiscais não é nova. Há um arsenal de acordos internacionais negociados para tutelar um sistema de intercâmbio de informações, desde que a colaboração não contrarie os limites soberanos do território nacional.

No entanto, a despeito da previsão de cláusulas referentes às trocas de informações para fins tributários já figurarem em dezenas de convenções destinadas a evitar a dupla tributação de renda – muitas delas existentes há mais de 30 anos – havia um descompasso entre a realidade e o conteúdo jurídico acordado entre os Estados⁴⁶, bem como há relevantes diferenças entre a antiga e a fiscalização contemporânea no que diz respeito a essa matéria.⁴⁷

⁴⁴ CASELLA, Paulo Borba. Pax **Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration**. (coord) In Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, p. 86-87

⁴⁵ US DEPARTMENT OF TREASURY. **Model Intergovernmental Agreement to Improve Tax Compliance and implement FATCA**. Disponível em < <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Communique-Model-Agreement-to-Implement-FATCA-7-25-2012.pdf> > Acesso em 03 dez 2014. Dentre os considerandos, leia-se: “For many years France, Germany, Italy, Spain, the United Kingdom and the United States have been partners in countering offshore tax evasion and improving international tax compliance so that all citizens pay their fair share of taxes due under the law”

⁴⁶ OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. In Revista da PGFN. Ano I. N. III, 2012. Disponível em < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn> > Acesso em 13 ago 2014. Segundo o autor, “a troca de informações em matéria tributária já estava presente no Modelo de Convenção da OCDE de 1963. Todavia, somente após o relatório da OCDE de 1998 é que essa prática ganhou maior notoriedade e espaço nas discussões tributárias. Ademais, em virtude da crescente pressão da OCDE e do G20 para aumentar e/ou evitar a perda de arrecadação tributária dos países desenvolvidos, essa matéria foi objeto de acordos específicos firmados entre os países, também denominados de Acordos de Troca de Informações em Matéria Tributária”.

⁴⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Troca internacional de informações fiscais**. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao**

Nesta subseção, intenciona-se apontar quais são estas diferenças e o que muda com o novo padrão de trocas de informações inspirado no FATCA, para fins de funcionamento do sistema: i) utilização de instituições financeiras como intermediárias essenciais e ii) encaminhamento automático de informações, sem previsão de autorização de qualquer autoridade judicial ou administrativa local.

Um alerta deve ser feito, no entanto. O dever de cooperar, oriundo de fontes costumeiras no Direito Internacional, ainda é visto sobre o prisma do voluntarismo, no qual o Estado só molda um comportamento de cooperação nos termos dos tratados firmados. É assim que ocorre no plano dos Acordos de Cooperação para Fins Penais ou Tributários, condicionados ao amparo de inexorável promessa de reciprocidade⁴⁸

Os pleitos são encaminhados para uma autoridade central, que intermediará as remessas às respectivas autoridades nacionais, utilizando-se muitas vezes da judicialização, caso tenha que se limitar algum direito fundamental, como o sigilo de correspondência, de dados, bancário, de recuperação de ativos, entre outros.⁴⁹ Não se trata, portanto, de um sistema no qual haja uma autoridade central intermediando pedidos formalizados e, se necessário, judicializados.

Não é exatamente o mesmo modelo tratado sob o ponto de vista da cooperação judiciária para recuperação de bens e ativos. Até porque neste modelo, há órgãos judiciários de ambos os lados e um intermediador entre elas, na figura de uma “autoridade central que examina os pedidos e exerce sobre eles um juízo de admissibilidade. Diferentemente, como já se afirmou, as trocas de informações serão padronizadas de forma automática e sem um prévio processo ou procedimento anterior.

O enfoque deste estudo é diferente, portanto, já que, embora o Acordo que implementará o FATCA reconheça as dificuldades operacionais e jurídicas da tratativa, incluindo-se os riscos expostos às instituições financeiras e previsão da figura do *Limited*

Jurista José Carlos Moreira Alves. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 153-165. O autor identifica alguns critérios diferenciais entre os métodos e objetos da fiscalização antiga e a contemporânea (objeto da informação, de quem obter a informação, momento da obtenção da informação, foco da informação, quem busca a informação, como obter as informações complexidade, sujeito da informação, complexidade e onde está a informação, direito do contribuinte, direitos fundamentais etc.)

⁴⁸ CASELLA, Paulo Borba e SANCHEZ, R. E. (coords). **Cooperação judiciária internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Processuais na Cooperação Internacional em matéria penal.** In BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA; José Roberto Franco da. (coord.) **O Direito Internacional no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel.** São Paulo: Ltr, 1998, p. 834.

*Foreign Financial Institution (Limited FFI)*⁵⁰, as regras de sigilo terão que ser adaptadas internamente para adesão completa e sem riscos de questionamentos futuros. E isso ocorre de forma padronizada na maioria dos países, pela adesão a modelos que constituem verdadeiros regimes de trocas de informações tributárias.

Este enfoque é o da governança global ou governação, que considera a interdependência mútua dos Estados nacionais com estreita aproximação entre os governos na tomada de decisões ao nível das relações internacionais e do direito internacional. No plano desta interdependência se manifestava também a tomada de decisões para inúmeros problemas sociais e econômicos.⁵¹

O termo governança global não é unívoco. Também não há determinação deste contexto a ser expressamente discriminado em convenção ou tratado que reflita uma definição inequívoca, comum e universalmente aceita do termo governança. Existem dois motivos para isso: o primeiro é a origem extrajurídica do conceito de governança, decorrente de um cenário corporativo que foi transposto para o discurso jurídico; o segundo fator é ligado à origem extraestatal do conceito jurídico de governança⁵².

Diferentemente de conceitos como Estado de Direito e princípio da legitimidade democrática, o conceito de governança não foi desenhado a partir da teoria geral do Estado para ser transposto com grau de sucesso para a esfera internacional. Ao contrário, a utilização e adesão ao termo partiu de atores, tendo-se, por exemplo, as instituições financeiras internacionais, as organizações de integração econômica e outras, que subsumiram o conceito sem absorver sua natureza.

Não é particularmente surpreendente que as definições de boa governança possam variar de acordo com os objetivos perseguidos por quem os aplica, utilizando-se de instrumentos conceituais que não guardam fundamento em definições acadêmicas ou jurídicas formais, como são as fontes de direito internacional, a exemplo dos tratados e dos costumes. Para fins deste trabalho, o significado de boa governança ou governação reúne um conjunto de características que delimitam uma forma de administração internacional sem um governo instituído democraticamente, caracterizando-se pela adoção de um modelo político/jurídico

⁵⁰ É uma espécie de prazo de carência para que haja conformidade quanto ao sigilo bancário.

⁵¹ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.

⁵² BODEAU- LIVINEC, Pierre. *Le droit administratif global et l'organisation de la bonne gouvernance*. Disponível em < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00707425> > Acesso em 07 ago 2015.

único, baseado no fenômeno da internacionalização. Ocorre que este conceito genérico parte de um pressuposto, enfatizado e criticado por vários autores, de que venha a existir tal democracia global, o que é pouco provável⁵³.

Há duas referências interessantes sobre o acrônimo FATCA, que, de forma irônica acabam traduzindo as realidades e intenções que estão por trás dos objetivos legislativos da norma. Uma delas é a piada norte-americana que se tem referido ao acrônimo como *FAT CAT*⁵⁴, referindo-se aos cidadãos norte-americanos que sonegam tributos ao desterritorializar sua fonte de renda para outros países e a outra é o GATCA, referindo-se ao Global FATCA⁵⁵, a tendência mundial de copiar o modelo, visando, de fato, acabar com o sigilo bancário como direito quando este colidir frontalmente com questões fiscais.

As duas referências juntas dão a tônica do movimento internacional pela flexibilização do sigilo bancário sem a anuência do Poder Judiciário local: evitar a evasão fiscal criando um modelo global para alargar os perímetros da fiscalização e arrecadação de tributos.

Para conformar os requisitos de comunicação sob as regras do FATCA, especialmente onde as instituições financeiras estrangeiras estejam vinculadas a jurisdições nas quais as leis existentes proíbem esse tipo de reporte, o Tesouro Norte-Americano tem desenvolvido acordos intergovernamentais que dependem de cooperação governamental para facilitar o intercâmbio de informações FATCA.

Esta abordagem não só aborda impedimentos legais que existem em alguns países estrangeiros, mas também reduz a carga sobre as instituições financeiras e agiliza o processo de comunicação. A abordagem tem sido elogiada pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), pelo G8 e por muitos outros dentro da comunidade global que consideram efetivamente o FATCA como base para um padrão internacional de troca automática de informação fiscal⁵⁶.

⁵³ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.

⁵⁴ A referência ao FAT CAT é comum em textos jornalísticos. Conferir: FORBES. Disponível em <http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2014/07/10/not-just-fat-cats-hopping-through-FATCA-hoops/?&_suid=1407936347308022832659841515124>. Acesso em 11 ago 2014.

⁵⁵ FEBRABAN. **FATCA será copiado por outras nações, diz especialista**. Disponível em <http://www.febraban.org.br/Noticias1.asp?id_texto=1610&id_pagina=154&palavra=>>. Acesso em 10 ago 2014.

⁵⁶ IRS. **FAQ General**. Disponível em: <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Frequently-Asked-Questions-FAQs-FATCA--Compliance-Legal>. Acesso em 30 abr 2014.

Em uma outra perspectiva, a OCDE, muito além de suas funções enquanto organização internacional, funciona como centro de uma rede transnacional, hipótese que será verificada adiante.

2.3.1 Modelo OCDE – O afastamento da anuência de qualquer autoridade para envio das informações: ponto em comum com o FATCA

A convenção que criou a organização internacional OCDE estabeleceu no artigo 5º que, na intenção de atingir seus objetivos, ela poderá: tomar decisões que, salvo disposição em contrário, serão consideradas obrigatórias para todos os membros; fazer recomendações aos membros e celebrar acordos com os membros, não-membros e organizações internacionais. Nos termos da convenção, o secretariado da OCDE reúne e analisa dados, lidera estudos e, após manifestação das comissões – geralmente técnicas – discute a política a ser aplicada. Ao tomar decisões, o conselho gera recomendações que os governos membros devem implementar.

Entretanto, o trabalho da OCDE não se baseia somente no monitoramento contínuo dos acontecimentos nos países-membros, mas também expande sua atuação para fora da área da OCDE. Embora o Brasil não seja membro da organização⁵⁷, que conta com 34 países atualmente, suas recomendações, em uma economia globalizada, tendem a ser observadas, principalmente por países que pertencem a fóruns conexos, como o G20, grupo do qual o Brasil é membro, ou o G8, por exemplo.

Esta é uma evidência de que as orientações da organização internacional, embora não sejam mandatórias na abordagem do *hard law*, o são na abordagem *soft law*. Portanto, embora o Brasil não seja efetivamente um membro, tem assento em grupos de trabalho e figura como signatário de algumas convenções, destacando-se a Convenção Modelo sobre bitributação e assento no Fórum Global para assuntos fiscais, na condição de membro do G20⁵⁸.

⁵⁷ Os membros atuais são: Alemanha, Austrália, Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; Dinamarca; Estônia, Espanha; Estados Unidos; Finlândia, França; Grécia; Islândia; Irlanda; Itália; Luxemburgo; Holanda; Noruega; Portugal; Suécia; Suíça; Turquia; Reino Unido; Japão; Nova Zelândia; México; República Tcheca; Hungria; Polônia; Coreia do Sul; Eslováquia; Israel e Eslovênia. A União Europeia também participa da O.I. O Brasil ainda não é membro da organização, apesar de ser membro do G20.

⁵⁸ OCDE PROMOTING TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX PURPOSES. A **Background Information Brief** 19 January 2010. p. 3. Disponível em < <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf> >. Acesso em 14 ago 2014.

A preocupação com a transparência fiscal e o sigilo bancário começou a ser tratada com alguma atenção pela OCDE na década de 90 com um conjunto de estudos setoriais e inquéritos aos países-membros. A questão enquadrava-se, então, no combate à corrupção encabeçado pelo Comitê de Assuntos Fiscais.

Os trabalhos do grupo foram alargando-se para incluir temas como o combate à lavagem de dinheiro, o que desembocou em esforços em todo o mundo visando implementar diligências no sentido de identificação de clientes bancários e a consequente tipificação de crimes fiscais pelo descumprimento de deveres de registro, declaração e inclusão de informação falsa junto às instituições financeiras⁵⁹.

Em 1996, a OCDE procedeu estudos visando compreender o fenômeno da concorrência tributária prejudicial e suas distorções. O Comitê de Assuntos Fiscais elaborou um relatório denominado *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (Concorrência Tributária Prejudicial: uma questão mundial emergente)⁶⁰ e o Conselho da OCDE o aprovou de forma a recomendar aos estados que tomassem ações de combate no que diz respeito ao tema. Dentre as recomendações constantes do Relatório, destaca-se a intensificação da cooperação internacional, que deveria envolver não só estados-membros da OCDE, mas também os não-membros⁶¹, visando desenvolver um diálogo mundial, motivo pelo qual foi instalado o Fórum Sobre as Práticas Tributárias Prejudiciais.⁶²

Nos anos 2000, tais ações ficaram ainda mais concentradas, o que se comprova diante de relatórios endereçados ao G8 que apontam que, para o problema mundial de evasão fiscal, só se poderia endereçar uma solução global. A partir da declaração dos membros do G20, decretando a morte do sigilo bancário em meio à crise econômica, a OCDE afirmou que as

⁵⁹ GUIMARÃES, Vasco Branco. **O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da OCDE** In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 139-151.

⁶⁰ OCDE. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>. Acesso em 11 ago 2014. O relatório faz menção à regras de sigilo, apontando que o benefício a tal proteção jurídica evita a efetividade da troca de informações para fins fiscais. *In verbis*: “Tax havens typically have in place laws or administrative practices under which businesses and individuals can benefit from strict secrecy rules and other protections against scrutiny by tax authorities thereby preventing the effective exchange of information on taxpayers benefiting from the low tax jurisdiction.”

⁶¹ BORGES, Antônio de Moura Borges. **Considerações sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial**. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32834-40734-1-PB.pdf>>. Acesso em 13.08.2014.

⁶² OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto**. In Revista da PGFN. Ano I. N. III, 2012. Disponível em < <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii> 2012/K%2019%20a%20troca%20de%20informacoes.pdf

questões tributárias estariam no cerne dos contratos sociais dos Estados, destacando-se a transparência na troca de informações fiscais de forma automática, no âmbito da União Europeia e do G20.

Para tal, ainda em 2009, criou-se um quadro jurídico, desenvolveu-se normas técnicas e estabeleceu-se um plano de ação em quatro eixos: i) esforço para que se consiga a concordância de todos os países do mundo em atender ao padrão de troca de informações para fins fiscais, incluindo informações sobre movimentação bancária; ii) nova estruturação do Fórum Global de Troca de Informações e Transparência para fins fiscais, incluindo a possibilidade de avaliação de pares para monitorar a implementação de ações no cenário doméstico; iii) adesão de mais de 120 jurisdições à troca de informações fiscais a pedido, com fundamento em 110 acordos bilaterais assinados⁶³; iv) abertura aos demais países para a adesão à Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, endereçada inicialmente para o Conselho da Europa e membros da OCDE⁶⁴.

Até então, dois dispositivos fundamentavam juridicamente a troca de informações para fins fiscais: o artigo 26 da Convenção Modelo sobre Bitributação da OCDE⁶⁵ e o artigo 6 de modelos de Tratados Bilaterais sobre Bitributação⁶⁶. Em ambos, a troca automática de informações era somente uma das possibilidades (troca de informações a pedido, espontânea e automática) para viabilizar o intercâmbio.⁶⁷

⁶³ OCDE **Promoting transparency and exchange of information for tax purposes. A Background Information Brief** 19 January 2010. p. 3. Disponível em < <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf> >. Acesso em 14 ago 2014. O documento dispõe: The standard is now being implemented by countries which were reluctant to commit to it: in 2009 almost 200 TIEAs were signed and 110 double taxation conventions (DTCs) or protocols have been signed or brought up to the standard by countries which were considered not to have substantially implementing the standard on 2 April. Altogether these jurisdictions have now signed almost 250 TIEAs since 2000 with dozens more under negotiation. Note-se que a informação data de 2009.

⁶⁴ OCDE **Promoting transparency and exchange of information for tax purposes. A background information brief** 19 January 2010. p. 3. Disponível em < <http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf> >. Acesso em 14 ago 2014.

⁶⁵ OCDE **Model Tax Convention on Income and on Capital 2010**. Disponível em < <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf> > Acesso em 13 ago 2014.

⁶⁶ OCDE **Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)**. Disponível em <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>> Acesso em 13.08.2014.

⁶⁷ OCDE **.Convenção Sobre Assistência Mútua Administrativa Em Matéria Fiscal**. Disponível em <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf> > O artigo 6.º dispõe: “Troca Automática De Informações – Relativamente a determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que estabeleçam de comum acordo, duas ou mais Partes procederão automaticamente à troca de informações referidas no Artigo 4.º (g.n.)

Discutia-se no âmbito da doutrina brasileira qual seria o alcance do artigo 26 do Tratado Modelo da OCDE sobre Bitributação⁶⁸, até porque o Brasil manifestou reserva expressa quanto ao dispositivo⁶⁹ (juntamente aos Estados de Andorra, Chile, Costa Rica, Filipinas, Liechtenstein, Malásia, Mônaco, Tailândia e Uruguai), alegando que tal não estava em conformidade com o sigilo bancário protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, no entanto, as reservas formuladas ao modelo foram afastadas por todos os Estados indicados, indicando a orientação convergente desejada pela OCDE⁷⁰.

Mais recentemente, em 2013, o G20 endossou o intercâmbio automático das informações, estabelecendo um novo padrão inspirado na legislação FATCA. Entre as principais premissas para o sucesso de um regime internacional de troca automática de informações eficaz estão: i) padrão comum na divulgação de informações (reporte); ii) padrão de *due diligence*; iii) adoção de mesma base legal; iii) adoção de mesma base operacional entre as partes interessadas.

A eficácia de tais determinações decorre do crescente grau de proceduralização a nível global, de forma que a cooperação pode assumir diferentes formas. Em alguns casos, os governos não participam diretamente nos órgãos de administração das instituições, mas nomeiam delegados para cada área continental. Em outros casos, os Estados são membros da associação. Em outros ainda, uma comissão específica, Consultivo Governamental, reúne representantes de cada governo⁷¹.

⁶⁸ A este respeito, conferir: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Aviso de Incêndio. Sigilo Fiscal e Restrições do Brasil ao art. 26 da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.** In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 366.

⁶⁹ Em tradução livre, eis, no que importa, do texto do dispositivo: ARTIGO 26 TROCA DE INFORMAÇÕES – “ 1- As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações relevantes para a realização das disposições da presente Convenção ou de administração ou aplicação das leis nacionais relativas aos impostos de qualquer natureza ou denominação imposta em nome dos Estados Contratantes, ou das suas subdivisões políticas ou autoridades locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à Convenção. (...) Em nenhum caso as disposições do parágrafo 3 serão interpretadas de forma a permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque a informação é mantida por um banco, outra instituição financeira, pessoa designada ou atuando em uma agência ou de fiduciário, ou porque se refere à participação no capital de uma pessoa.

⁷⁰ SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sobre o Projeto de Decreto Legislativo n 30 de 2010 (PL n 413/2007, na origem).** Relatoria do Senador Jorge Viana (PT/AC).

⁷¹ CASINI, Lorenzo. “‘Down the Rabbit Hole’: The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State” NYU Jean Monnet Working Paper No. 8/2013 .

Para o G20 tem relevância a análise da adoção de um quadro jurídico padronizado, nos moldes preconizados, mais especificamente afastando a anuência de qualquer autoridade para encaminhamento de informações bancárias. Com o FATCA, inaugurou-se um padrão de acesso direto a informações – ao lado do anterior padrão indireto no qual a entidade necessitava de autorização do correntista ou de qualquer outra autoridade judicial ou administrativa – o que é considerado como um fator-chave de sucesso para um modelo eficaz de troca de informações⁷².

Com efeito, o modelo do tratado da OCDE declara não ser desejável que qualquer necessidade de autorização prévia do Estado dificulte a troca de informações, ainda que se trate de informações que têm proteção jurídica em território nacional da parte aderente à Convenção Modelo.

Em 29/10/2014, os membros da OCDE e o G20 encontraram-se em Berlim, onde juntaram-se também a não-membros e países em desenvolvimento, num total de 153 países⁷³ e 14 Organizações Internacionais, para a 7ª Reunião do Fórum Global de Transparência em Trocas de Informações Tributárias. A edição deste ano é a continuação do fórum criado em 2000, para enfrentar os riscos para cumprimento das obrigações fiscais colocados pelos paraísos fiscais.

Em tais reuniões, os processos de consulta, revisão e fiscalização dos padrões é realizado por pares, existindo rodadas específicas para grupos de determinada ‘fase’ de conformidade. Para incentivar jurisdições a fazer as mudanças necessárias, e para garantir a igualdade de condições, o Fórum Mundial concordou em convidar jurisdições que permanecem bloqueadas por mais de dois anos para solicitar comentários complementares dentro dos próximos seis meses para avaliar se progressos suficientes foram feitos. A classificação de países em *ratings* acaba por promover a inclusão de países ainda não aderentes do modelo.⁷⁴

⁷² GUIMARÃES, Vasco Branco. **O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da OCDE**. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 139-151.

⁷³ A maioria das delegações foi representada pelo Alto Escalão, incluindo ministros e chefes de Estado.

⁷⁴ OECD. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes**. Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em < <http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf> >. Acesso em 04 nov 2014.

Os E.U.A. afirmaram que realizarão o intercâmbio automático de informação em conformidade com a FATCA em 2015 e entrou em acordos intergovernamentais com outras jurisdições para fazê-lo.⁷⁵

2.3.2 *Modelo de Tratado da União Europeia: sem ressalvas quanto ao sigilo bancário*

Como último elemento, a fim de complementar o regime internacional que está sendo proposto, esta subseção abordará o modelo adotado pela União Europeia, mencionando sua evolução normativa, de modo a identificar o tratamento do sigilo bancário.

Ainda antes de constituir-se em União Europeia, a Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias nº 799 de dezembro de 1977, já se referia à assistência mútua das autoridades competentes dos estados-membros do mercado comum no domínio dos impostos diretos. Pela interpretação do corpo de considerandos, já se verificava a preocupação com o combate à evasão fiscal como justificativa para a troca de informações⁷⁶.

No entanto, é também no corpo de considerandos da norma que a Diretiva acaba por reconhecer que convém conceder a um estado-membro o direito de se recusar a efetuar investigações ou proceder à transmissão de obrigações quando: i) a legislação ou a prática administrativa do estado-membro já a exige formalmente; ii) a transmissão seja contrária à ordem pública; iii) conduza a divulgação de um segredo comercial, industrial ou profissional de um processo comercial; iv) o Estado, por questões de fato ou de direito não esteja em condições de proceder a transmissão das informações.

Observa-se também, no corpo de disposições normativas, que o artigo 7º prevê que “todas as informações que um estado-membro tome conhecimento, em razão da Diretiva são consideradas secretas e só serão divulgadas por intermédio de processo judicial pelas autoridades que acessam e são beneficiárias da informação.

Em outras palavras, existe uma expressa exceção à exigibilidade de demonstração de dados em face da observância nacional de legislação que considere o sigilo bancário, em uma época em que as soberanias nacionais ainda eram suficientemente autônomas para adotar o

⁷⁵ OECD. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Statement of Outcomes.** Berlin, Germany 28-29 October 2014. Disponível em < <http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf> >. Acesso em 04 nov 2014.

⁷⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Tributário Internacional Contextualizado.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 128.

que previa sua legislação interna, tendo as normas oriundas do Conselho um caráter meramente intergovernamental.

Atualmente, esta formatação não existe na União Europeia, já que o Conselho apresenta natureza supranacional, de caráter representativo dos Estados, que a ele delegam poderes para, de forma concertada, fazer valer a convergência entre as vontades nacionais com o objetivo de realizar o interesse supranacional, ainda que, por vezes, com sacrifícios dos interesses imediatos de algum ou alguns dos países-membros.

Vale lembrar que a tendência em conformar a legislação interna com as Diretivas da União Europeia é um eixo que permite a cooperação ampla e irrestrita para fins fiscais, combate ao terrorismo e à lavagem de dinheiro. Essa premissa é confirmada por alguns precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia, destacando-se como *leading case* a Decisão 2000/642, que teve como escopo intensificar as trocas de informações entre entes financeiros dos estados-membros, de forma a fomentar uma cooperação estreita e direta. A Decisão fixa regras comuns aos estados-membros no que diz respeito às competências das suas unidades de informação financeira, ao conteúdo dos pedidos de informações e ao alcance das trocas de informações.

Apesar disso, os estados-membros conservam margem de apreciação na aplicação do mecanismo de cooperação e o artigo 1º da referida decisão prevê expressamente que as unidades de informação financeira cooperarão em conformidade com as suas competências nacionais. No mesmo contexto histórico, destaca-se o viés dado pelo artigo 22 da Diretiva UE 2005/60⁷⁷ que trata da prevenção da utilização do sistema financeiro para fins de branqueamento de capitais.

Mais especificamente sobre questões fiscais, destaca-se que o Tribunal de Justiça tem repetidamente declarado que a “luta contra a evasão e fraude fiscais e a eficácia dos controles

⁷⁷ No caso *Jyske Bank Gibraltar Ltda v. Espanha*, entendeu-se que o artigo 22 (2) da Diretiva UE 2005/60 deveria ser interpretado no sentido de que “não se opõe à legislação de um Estado-Membro que exige que as instituições de crédito comuniquem as informações exigidas no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo diretamente à unidade de informação financeira desse Estado, quando essas instituições exerçam a sua atividade no território nacional em regime de livre prestação de serviços.” Discutia-se a aplicação de legislação nacional em detrimento da Diretiva, mais especificamente o artigo 5.º da Lei de 2007 relativa ao branqueamento de dinheiro e ao produto de atividades criminosas, que transpunha para a legislação de Gibraltar a Diretiva 2005/60, porém, impondo o respeito ao sigilo bancário. In casu, prevaleceu a liberdade de circulação de capitais e liberdade de estabelecimento do *Jyske Bank Gibraltar Ltda*, instituição de crédito situada em Gibraltar e que opera na Espanha em regime de livre prestação de serviços. Confira-se em <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em 17.08.2014.

fiscais fazem parte das razões imperiosas de interesse geral que podem justificar uma restrição ao exercício das liberdades fundamentais”⁷⁸

No Caso ELISA (*Européenne et Luxembourgeoise d’investissements SA (Elisa) v. Directeur général des impôts, Ministère public* – Processo C-451/05), o Advogado-Geral J. Makák destacou que, no passado, em processos semelhantes nos quais estados-membros alegaram que a Diretiva era ineficaz em relação a estados-membros que praticam o sigilo bancário, o Tribunal de Justiça rejeitou esse argumento”.

Este também é o argumento principal do Caso *W.N. v Staatssecretaris Von Financiën*, no qual a Corte Europeia de Justiça confirmou que qualquer interpretação que traduza ou obstaculize dificuldade à ação fiscal do Estado interessado deve ser descartada. A despeito disso, no âmbito das conclusões do Advogado-Geral Alber (item 6º), a Comissão da União Europeia afirma que se deve interpretar a Diretiva no sentido de que as autoridades que transmitem as informações devem supor que a autoridade competente do outro Estado-Membro não disponha de certas informações, pois nos termos do sétimo considerando da mesma, entende-se possível excluir certas transações financeiras entre dois estados-membros efetuadas por intermédio de um terceiro país que se distingue dos dois outros por um sigilo bancário estrito.

No entanto, a fim de dar fim à celeuma, em março deste ano a Diretiva nº 2014/48/UE alterou a Diretiva nº 2003/48/CE, que operacionaliza o fim do segredo bancário para fins fiscais, fundamentado na abordagem da “transparência” e estabelecendo a troca de informações financeiras de maneira automática.

Esse detalhe é de grande relevância, considerando que a dinâmica da troca de informações poderia ocorrer da seguinte forma: mediante pedido, troca automática e troca espontânea. As duas primeiras dependem de algum dos polos da tratativa para fins de eficácia. No entanto, a regra atual no contexto do FATCA é a troca automática, o que também está sendo observado no modelo da OCDE

⁷⁸ Confira-se as conclusões do Advogado-Geral J. Makák, apresentadas em 26 de Abril de 2007 no Processo C-451/05 (*Européenne et Luxembourgeoise d’investissements SA (Elisa) v. Directeur général des impôts, Ministère public*). A manifestação encontra-se no item 94 do documento. Confira-se em < <http://curia.europa.eu>>. Acesso em 17.08.2014.

3 A INCORPORAÇÃO DO FATCA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Já fora dito que situação global exige do Direito Nacional novas posturas e novas estruturas para lidar com questões que demandam uma padronização. A questão é questionar se a Corte vai recepcionar o que se denomina mutação constitucional, ou seja, uma mudança estrutural fática informal por intermédio de meios difusos, partindo-se da premissa de alteração estrutural da norma constitucional, sempre evolutiva.

A influência do acordo intergovernamental assinado em 23/09/2014 no ordenamento jurídico é patente. Sua influência na jurisprudência do STF, entretanto, pode tomar três caminhos:

- i) declaração de inconstitucionalidade de quaisquer instrumentos convencionais (TIEA ou IGA) que dispensem prévia autorização judicial e ausência de procedimento fiscal devidamente instaurado, considerando as circunstâncias fixadas nos precedentes da Corte Constitucional;
- ii) declaração de ‘interpretação conforme’ dos instrumentos convencionais para permitir o encaminhamento de informações tão-somente na hipótese de procedimento fiscal instaurado e prévia autorização judicial;
- iii) adesão a uma interpretação inovadora, considerando como fontes de uma eventual mutação constitucional os instrumentos convencionais, o cenário externo, os modelos mundiais de troca de informação tributária para fins fiscais, política interna compatível com a política externa; aderência ao posicionamento jurídico dos demais países, em uma internacionalização do direito que padroniza normas no plano doméstico.
- iv)

Os influxos da esfera internacional são suficientes a caracterizar uma mudança no sentido do texto constitucional?

Sem possibilidade de fornecer um exame de prognose para o caso, deve-se aguardar a decisão dos julgados referentes às ADI 2386 (apensa à ADI 2390 e 2386) e ADI 2389 (apensa

à ADI 2406) e do RE 601.314, com repercussão geral. A depender da data do julgamento, muitos dos julgadores nem mais estarão na ativa para conduzir a decisão.

No entanto, a abertura constitucional para tanto existe e traduz-se na influência da realidade sobre o texto da norma. A atitude de interpretar é conhecer e criar, percebendo o texto através da realidade e condicionando a realidade através do texto. Mais do que um sentido trazido pela norma, ter-se-ia uma norma renovada à luz de uma evolução social, decorrente de um poder constituinte informal ou difuso, presente na vida dos institutos de forma contínua e permanente, constituindo-se um poder de fato, em estado de latência, pronto para ser acionado espontaneamente na vida constitucional dos Estados.⁷⁹

A mutação constitucional decorre da indesejada separação entre a normatividade e a realidade constitucional⁸⁰, e, embora tal fenômeno esteja presente no ordenamento jurídico como um todo, sua melhor expressão está na Constituição, que encontra seu fundamento na necessidade de estruturar os poderes políticos, conforme exigências e expressões de validade do Estado⁸¹. Entre os estado-unidenses, onde a constituição é rígida, mas aberta e interpretativa, a mutação constitucional é mera decorrência natural da aplicação das normas constitucionais.⁸²

Esse aspecto político da Corte deve condicionar a realidade levando em consideração não só fatos nacionais, mas também cenários e realidades estrangeiras ou internacionais, contribuindo o sistema social – sob o ponto de vista interno e externo – para a interpretação constitucional, mais especificamente, adequando a temática do sigilo às forças sociais internas e externas que se somam para alterar o sentido da norma, reduzindo a esfera de intimidade dos indivíduos, o que soa inevitável em tempos pós-modernos.

⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.7.

⁸⁰ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 137.

⁸¹ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la constitución**. Oñait: IVAP, 1998, p. 11.

⁸² PÁDUA, Antônio Carlos Torres de Siqueira Maia e. **A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência do STF**. 2006.159fls. Dissertação. Mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, p. 17. DUARTE, Fernanda e VIEIRA, José Ribas. **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a soberania estatal não é o único valor para o direito internacional e resulta na coexistência de dois sistemas de decisões complementares: um formal e outro informal. Principalmente na esfera do Direito Internacional Econômico, há definições de padrões internacionais que não são necessariamente vinculantes sob o ponto de vista jurídico tradicional, mas são eficientes na mesma medida.

Neste ambiente em que convivem normas formais estatais e normas privadas advindas de outros agentes, os ordenamentos jurídicos nacionais são remodelados, recebendo influências e interferências advindas desse constante processo de interação da norma nacional e internacional, criando-se um direito padronizado, uniformizado, comum, sendo também frequente perceber que alguns Estados – em pleno desequilíbrio do *balance power* – acabam por influenciar ou até impor aos outros agentes – formais ou não – seus padrões de comportamento para a construção normativa de seus países, principalmente pela imposição de normas nacionais com efeitos extraterritoriais.

Nesse sentido, tem impacto a incorporação do FATCA ao Brasil, trazendo consequências que podem modificar a concepção do sigilo bancário enquanto direito fundamental reconhecido pelo STF. Acena-se à possibilidade daquela Corte entender que, em reconhecimento a uma espécie de mutação constitucional, que traduz um movimento de alteração de sentido informal no texto, ter-se-ia a possibilidade de não vincular a prévia autorização judicial para quebra de sigilo bancário para fins fiscais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKER, Mary Burke. **The Tin Can Buried in the Backyard: How Revised FBAR and New FATCA Information Reporting Rules May Stage a Comeback.** *Benefits Law Journal*. Spring 2012, Vol. 25 Issue 1.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo, Editora 34, 2010.

BORGES, Antônio de Moura Borges. **Considerações sobre o Combate à Concorrência Tributária Internacional Prejudicial.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32834-40734-1-PB.pdf>>. Acesso em 13 ago 2014.

BODEAU- LIVINEC, Pierre. **Le droit administratif global et l'organisation de la bonne gouvernance**. Disponível em < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00707425>> Acesso em 07 ago 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de Mudança na Constituição: Mutações Constitucionais e Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

CASELLA, Paulo Borba. **Pax Perpetua – A review of the concept from the perspective of economic integration**. (coord) In Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: LTr, 2008.

CASELLA, Paulo Borba e SANCHEZ, R. E. (coods). **Cooperação judiciária internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASINI, Lorenzo. **'Down the Rabbit Hole': The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State**. NYU Jean Monnet Working Paper No. 8/2013 .

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo Bancário e Fisco: liberdade ou igualdade?** Curitiba: Juruá, 2005.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la constitución**. Oñait: IVAP, 1998, p. 11.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-34.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues. **Globalização e Novo Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2010.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal à luz da LC nº 105/2001 e Decreto nº 3.724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Aviso de Incêndio. Sigilo Fiscal e Restrições do Brasil ao art. 26 da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.).**Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014

GRECO, Marco Aurélio. **Troca internacional de informações fiscais**. In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.).**Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Processuais na Cooperação Internacional em matéria penal.** In BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA; José Roberto Franco da. (coord.) **O Direito Internacional no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel.** São Paulo: Ltr, 1998,

GUIMARÃES, Vasco Branco. **O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da OCDE** In SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.).**Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.** 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.