

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Efigênio de Freitas Júnior

**O ACESSO DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA AOS DADOS BANCÁRIOS DOS
CONTRIBUINTES SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

Belo Horizonte

2016

Efigênio de Freitas Júnior

**O ACESSO DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA AOS DADOS BANCÁRIOS DOS
CONTRIBUINTES SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F866a Freitas Júnior, Efigênio de
O acesso da fiscalização tributária aos dados bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial / Efigênio de Freitas Júnior. Belo Horizonte, 2016. 319 f.: il.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Sigilo bancário. 2. Administração tributária. 3. Direitos fundamentais. 4. Supremo Tribunal Federal (STF). 5. Direito à privacidade. 6. Contribuintes (Direito tributário). I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 336.719.2

Efigênio de Freitas Júnior

**O ACESSO DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA AOS DADOS BANCÁRIOS DOS
CONTRIBUINTES SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Sergio André Rocha UERJ - Banca Examinadora

Prof. Dr. José Adércio Sampaio Leite - PUC Minas - Banca Examinadora

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 01 de dezembro de 2016.

*Para minha Mãe, Juliana; ausente, mas
sempre presente.*

AGRADECIMENTOS

Este estudo, fruto de grande esforço e dedicação, não teria sido concretizado sem a ajuda de algumas pessoas.

Em primeiro lugar a Deus, pois, sem Ele, nada disso seria possível.

À Andrea Karla Ferraz, por ter me incentivado a ingressar no Programa de Pós-graduação da PUC Minas, motivo de imensa satisfação, e por ter me apresentado ao meu orientador.

Ao meu orientador, Professor Marciano Seabra de Godoi, a quem tanto admiro, pelos ensinamentos, pelas brilhantes sugestões, pelo proveitoso estágio de docência, pela excelente orientação, enfim, por ter me ajudado, consideravelmente, a concluir mais uma importante etapa de vida.

À minha família e aos meus amigos pela compreensão durante minhas ausências para me dedicar a esta dissertação.

Aos professores José Adércio Sampaio Leite, Flávio Couto Bernardes e José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, pelas lições transmitidas ao longo das aulas do mestrado.

Aos meus colegas da Receita Federal, pelas discussões, sugestões e pelo apoio.

RESUMO

Esta dissertação trata do sigilo bancário perante o fisco cuja questão principal diz respeito ao alcance das garantias constitucionais do direito à intimidade, à privacidade e/ou direito ao sigilo de dados previstos nos incisos X e XII, do art. 5º da CRFB/88, e à autorização legal prevista nos art. 5º e 6º da LC 105/2001 que permitem o acesso das autoridades fiscais às informações bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, à luz do art. 145, §1º da CRFB/88. O objetivo deste estudo é pesquisar o acesso aos dados bancários pelo fisco federal, os argumentos das correntes contra e a favor da reserva de jurisdição, a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil relacionados ao tema e a jurisprudência do STF sobre o assunto. A investigação pretende demonstrar, com base na teoria do suporte fático amplo, que as informações financeiras do contribuinte estão sob o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental à privacidade e/ou intimidade, mas o acesso do fisco a tais informações, sem prévia autorização judicial, não configura violação, mas sim uma restrição permitida, uma vez que encontra justificativas na própria CRFB/88, nos princípios da eficiência (art. 37), da igualdade tributária (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, §1). Analisou-se a jurisprudência do STF, em especial os julgamentos ocorridos em 2010 e 2016, e concluiu-se que o Tribunal decidiu, corretamente, ao considerar o sigilo bancário além das fronteiras brasileiras, sob as perspectivas da transparência fiscal, do dever de pagar tributos e de colaboração, e decidir, com fundamentos constitucionais, que o acesso aos dados bancários pelo fisco não depende de prévia autorização judicial, o que permitiu ao Brasil manter-se alinhado com as principais nações do mundo.

Palavras-chaves: Sigilo bancário. Administração tributária. Autorização judicial. Direito fundamental. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This dissertation deals with bank secrecy tax authorities, the main issue concerns the scope of the constitutional guarantees of the right to privacy, privacy and / or rights to confidentiality of data provided in sections X and XII of art. 5º of CRFB / 88, and the legal authorization provided for in art. 5º and 6º of LC 105/2001 that allow access of the tax authorities to bank information of taxpayers without prior judicial authorization in the light of art. 145, §1 of CRFB / 88. The purpose of this study is to research the access to bank data by the federal tax authorities; the arguments of the current and against the jurisdiction of reserves; the factual support the theory of fundamental rights; international commitments assumed by Brazil related to the theme and the jurisprudence of the Supreme Court on the matter. We intend to demonstrate, based on the extensive factual support theory, that the taxpayer's financial information is under the protection scope *prima facie* of the fundamental right to privacy and / or intimacy, but the tax authorities access to such information, without prior judicial authorization, does not constitute infringement, but a permissible restriction, it finds justification in itself CRFB / 88, the principles of efficiency (art. 37), the tax equality (art. 150, II) and the ability to pay (art. 145, §1). We have analyzed the jurisprudence of the Supreme Court, especially the judgments occurred in 2010 and 2016, and concluded that the Court went well to consider banking secrecy beyond Brazil's borders, from the perspectives of fiscal transparency, the obligation to pay taxes and collaboration, and decide, on the constitutional grounds, that the access to bank information by the tax authorities does not depend on prior judicial authorization, which allowed Brazil not to remain aligned with the leading nations of the world.

Keywords: Bank Secrecy. Tax administration. Judicial authorization. Fundamental right. Supreme Federal Court.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 – Tipo de informação enviada de forma automática pelos bancos à administração tributária 69

QUADRO 1 - Situação das jurisdições em relação ao FATCA, CRS e à Convenção Multilateral 190

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Diferença entre valores declarados e movimentação financeira – PJ.....	77
TABELA 2 - Diferença entre valores declarados e movimentação financeira – PF	77
TABELA 3 - Crédito tributário lançado por procedimento fiscal sem RMF	78
TABELA 4 - Crédito tributário lançado por procedimento fiscal com RMF	79
TABELA 5 - Percentual do crédito lançado decorrente de movimentação financeira em relação ao total dos demais créditos lançados de ofício (Valores em R\$ bilhões).....	80
TABELA 6 - RMF's expedidas de 2001 a 2015	81

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AP	Âmbito de Proteção
art.	Artigo
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCS	Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional
CE	Constituição da Espanha
CGSN	Comitê Gestor do Simples Nacional
CJ	Consequência Jurídica
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRS	Common Reporting Standard
CTN	Código Tributário Nacional
DIMOF	Declaração de Informações Sobre Movimentação Financeira
DIPJ	Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica
DPR's	Decretos Presidenciais DPR's
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
e-SIC	Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão
EUA	Estados Unidos da América
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FC	Fundamentação Constitucional
FEBRABAN	Federação Brasileira de Bancos
FFI	Foreign Financial Institutions
GAFI/FATF	Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
IE	Intervenção Estatal
IGA	Intergovernmental Agreement
IRS	Internal Revenue Service

LC	Lei Complementar
LGT	Lei Geral Tributária
MCAA	Model Competent Authority Agreement
MMCAA	Multilateral Model Competent Authority Agreement and Common Reporting Standard
MPF	Mandado de Procedimento Fiscal
OCDE	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PAF	Processo Administrativo Fiscal
RE	Recurso Extraordinário
RERCT	Regularização Cambial e Tributária
RFB	Receita Federal do Brasil
RIR	Regulamento do Imposto de Renda
RMF's	Requisições de Movimentação Financeira
STF	Superior Tribunal Federal
TDPF	Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal
TIEA	Tax Information Exchange Agreement
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	27
2 ACESSO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA ÀS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DO CONTRIBUINTE SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: UM TEMA CONTROVERTIDO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL-TRIBUTÁRIO BRASILEIRO	31
2.1 Introdução	31
2.2 Histórico do sigilo bancário	33
2.3 Teorias acerca do fundamento do sigilo bancário.....	37
2.4 O acesso aos dados bancários do contribuinte antes e após a LC 105/2001.....	40
2.4.1 Acesso sistêmico: LC 105/2001, art. 5º	48
2.4.2 Acesso indispensável: LC 105/2001, art. 6º	51
2.4.3 Sigilo fiscal	62
2.4.4 Penalidades para a quebra de sigilo bancário previstas na LC 105/2001	66
2.5 Sigilo bancário em outros países no passado.....	67
2.6 A relevância dos dados bancários para a administração tributária.....	75
2.7 Síntese do capítulo.....	81
3 ACESSO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA AOS DADOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE: CORRENTES DOUTRINÁRIAS.....	83
3.1 Introdução	83
3.2 Intimidade e privacidade dos dados bancários	84
3.3 Corrente doutrinária contra o acesso do fisco aos dados bancários, sem prévia autorização judicial.....	88
3.4 Corrente doutrinária a favor do acesso do fisco aos do dados bancários, sem prévia autorização judicial.....	97
3.5 Configuração constitucional do direito à intimidade e à privacidade econômica no direito espanhol.....	109
3.5.1 Aspecto material do direito à intimidade e a privacidade econômica.....	110
3.6 Suporte fático dos direitos fundamentais	117
3.6.1 Suporte fático dos direitos fundamentais, âmbito de proteção e intervenção estatal ..	118
3.6.2 A composição do suporte fático.....	119
3.6.2.1 Suporte fático restrito	120
3.6.3 Suporte fático amplo	121
3.6.4 Restrições a direitos fundamentais	123
3.6.4.1 Teoria interna.....	123
3.6.4.2 Teoria externa	124
3.6.4.3 Sopesamento e regra da proporcionalidade.....	125
3.7 Nosso posicionamento em relação ao acesso da administração tributária às movimentações financeiras do contribuinte sem prévia autorização judicial	126
3.7.1 Informações de movimentação financeira sob o âmbito de proteção da intimidade/privacidade	126
3.7.2 Intervenção estatal no direito à intimidade e à privacidade.....	128
3.8 Síntese do capítulo.....	137
4 O BRASIL NA ERA DO FISCO GLOBAL.....	141
4.1 Introdução	141

4.2 A integração do Brasil no novo paradigma de tributação: fisco global	143
4.3 O princípio da transparência fiscal	144
4.4 Validade dos acordos internacionais	146
4.5 Importância da informação e da troca de informações para fins fiscais	149
4.6 O programa <i>Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA</i> (EUA)	157
4.6.1 <i>Origem do FATCA</i>	159
4.6.2 <i>Forma de adesão ao FATCA</i>	160
4.6.3 <i>Internalização do FATCA</i>	161
4.6.4 <i>Quem está sujeito ao FATCA e quais informações ele abrange</i>	162
4.6.5 <i>Cláusula de melhor benefício</i>	165
4.6.6 <i>Pagamentos sujeitos à retenção de 30%</i>	165
4.6.7 <i>Compromisso com o fortalecimento da troca de informações e a transparência</i>	166
4.6.8 <i>A prestação de informação pelas instituições financeiras e o repasse para os EUA</i> ..	166
4.6.9 <i>Confidencialidade e salvaguarda</i>	167
4.6.10 <i>Versões alarmistas sobre o FATCA e a advertência do Tesouro dos EUA</i>	168
4.6.11 <i>Críticas ao FATCA na doutrina brasileira</i>	168
4.7 Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais.....	172
4.7.1 <i>Troca de informações a pedido</i>	174
4.7.2 <i>Troca de informações automática</i>	177
4.7.2.1 <i>Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária</i>	179
4.7.2.2 <i>Common Reporting Standard – CRS (Padrão Comum de Relatório)</i>	184
4.8 Reflexos do FATCA, do CRS e da Convenção Multilateral no sigilo bancário no cenário mundial	188
4.9 O programa BEPS - <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (OCDE)	192
4.9.1 <i>Ações mais relacionadas à transparência fiscal</i>	194
4.9.2 <i>Críticas ao BEPS</i>	198
4.10 Síntese do capítulo.....	200

5 O STF E O SIGILO BANCÁRIO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA	203
5.1 Introdução	203
5.2 A importância da jurisprudência	204
5.3 Histórico do sigilo bancário no STF	205
5.4 O STF e o sigilo bancário perante o fisco nos termos da Lei Complementar 105/2001	213
5.4.1 <i>AC 33 e RE 389.808 – Caso GVA</i>	213
5.4.2 <i>RE 601.314 e ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859</i>	226
5.4.2.1 <i>Ministro Edson Fachin</i>	228
5.4.2.2 <i>Ministro Dias Toffoli</i>	233
5.4.2.3 <i>Ministro Roberto Barroso</i>	238
5.4.2.4 <i>Ministro Teori Zavascki</i>	245
5.4.2.5 <i>Ministra Rosa Weber</i>	247
5.4.2.6 <i>Ministra Cármen Lúcia</i>	247
5.4.2.7 <i>Ministro Marco Aurélio</i>	248
5.4.2.8 <i>Ministro Luiz Fux</i>	249
5.4.2.9 <i>Ministro Gilmar Mendes</i>	251
5.4.2.10 <i>Ministro Celso de Mello</i>	256
5.4.2.11 <i>Ministro Ricardo Lewandowski</i>	258

5.5 Análise crítica do posicionamento do STF	260
<i>5.5.1 O posicionamento do STF antes e após a LC 105/2001 e o descumprimento da cláusula de reserva de plenário no RE 389.808.....</i>	<i>260</i>
<i>5.5.2 A reviravolta dos argumentos do RE 389.808; a importância dos compromissos internacionais; a alegada arbitrariedade do fisco e o vazamento de informações no Judiciário</i>	<i>261</i>
<i>5.5.3 O dever fundamental de pagar impostos.....</i>	<i>264</i>
<i>5.5.4 Questões em torno do artigo 6º da LC 105/2001 – acesso indispensável.....</i>	<i>267</i>
<i>5.5.5 Posicionamento do Ministro Gilmar Mendes.....</i>	<i>270</i>
<i>5.5.6 O receio do acesso direto por parte do fisco aos dados bancários.....</i>	<i>272</i>
<i>5.5.7 O inconformismo com a decisão do STF ecoou na Câmara dos Deputados</i>	<i>275</i>
5.6 Síntese do capítulo.....	276
6 CONCLUSÃO.....	281
REFERÊNCIAS.....	285

1 INTRODUÇÃO

O sigilo bancário é “tema antigo, mas nunca esquecido”, observa Ricardo Mariz (2011, p. 291), e sempre controverso, complementamos. A principal controvérsia em torno do tema é definir se o acesso do fisco aos dados bancários depende, ou não, de prévia autorização judicial.

É praticamente unanimidade entre os estudiosos do direito tributário que os princípios da capacidade contributiva (art. 145, §1º) da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e igualdade tributária (art. 150, II, CRFB/88) devem ser observados pelo legislador tributário. Entretanto, quando o referido legislador tributário permite ao fisco acessar os dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, com o objetivo de, pelo menos em parte, concretizar aqueles princípios, a maioria dos citados estudiosos entende que há violação da garantia constitucional do direito à intimidade, direito à privacidade e/ou direito ao sigilo de dados estampados nos incisos X e XII, do art. 5º da CRFB/88. Eis a controvérsia.

A maior parte do capital circula no mundo atual de forma digital; não mais existem fronteiras físicas para as movimentações financeiras. Em questão de segundos ou minutos, valores podem ser transferidos para qualquer lugar do país ou do mundo; basta ter acesso a um simples *smartphone*. E não há problema algum nisso. É a era do mundo digital.

Entretanto, se de um lado temos os contribuintes que são tributados na fonte e os que cumprem corretamente suas obrigações tributárias, do outro, temos aqueles que caminham por trilha diversa e não cumprem regularmente suas obrigações fiscais. Nesse ponto, é possível verificar que a função das autoridades fiscais, conforme observou o Ministro do Superior Tribunal Federal (STF) Roberto Barroso, “não corresponde ao mero interesse do Tesouro, mas sim ao interesse que o contribuinte tem de que os demais também paguem os tributos devidos”. É dizer, a administração tributária atua como um “agente fiduciário da comunidade solidária formada por todos os contribuintes”, raciocínio em consonância com os artigos 145, §1º (capacidade contributiva) e 150, II (isonomia tributária) da CRFB/88. (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 58, 59).

Quanto à violação de privacidade, nota-se que o fisco tem acesso a informações muito mais sensíveis à privacidade/intimidade do contribuinte do que as financeiras, tais como: laudo médico que revela uma doença grave, para fins de isenção de imposto de renda, pagamento de pensão para um filho não reconhecido publicamente, doações efetuadas a terceiros. Pode-se argumentar que tais informações são prestadas espontaneamente pelo

contribuinte, para se beneficiar de uma dedução/isenção de tributos, mas isso não as tornam públicas, nem lhes retira o caráter de privacidade.

Nessa mesma linha, argumenta-se que há violação de privacidade/intimidade no acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, mas tal argumentação deixa de existir, quando o gerente, os caixas e demais funcionários das instituições financeiras acessam essas mesmas informações, cuja divulgação, em ambos os casos, é vedada por imposição legal.

Enfim, os pontos levantados anteriormente nos conduzem a um questionamento: partindo do pressuposto de que é dever de todos recolher tributos e, tendo em vista que nos sistemas tributários das principais nações do mundo foi praticamente decretado o fim do sigilo bancário perante o fisco, qual seria o verdadeiro receio de o fisco ter acesso aos dados bancários do contribuinte? Tal acesso configura uma violação de privacidade/intimidade? Há arbitrariedade do fisco na utilização desses dados? Há vazamento de informações financeiras do fisco?

O caminho que vamos percorrer ao longo desta dissertação visa a trazer elementos que nos permitam encontrar respostas para os pontos levantados anteriormente, bem como analisar se o STF andou bem ao decidir, em fevereiro de 2016, que o acesso do fisco às movimentações financeiras dos contribuintes é constitucional e não depende de prévia autorização judicial.

Intentando a uma melhor exposição sobre o presente estudo, este trabalho está organizado em 7 capítulos. Na introdução, capítulo 1, definimos os objetivos do estudo e apresentamos a justificativa pela escolha do tema.

No capítulo 2, apresentamos uma visão geral do histórico do sigilo bancário, sua origem, fundamentos, teorias explicativas, o histórico legislativo do tema – Lei 4.595/64, Código Tributário Nacional (CTN) e Lei Complementar (LC 105/2001) –, o detalhamento dos diferentes tipos de acesso aos dados bancários – acesso sistêmico (art. 5º, LC 105/2001) e acesso indispensável (art. 6º, LC 105/2001), o sigilo bancário em outros países no passado, bem como a demonstração, com números, da importância das informações financeiras para a administração tributária, dados que demonstram, por exemplo, que, no ano-calendário 2013, 38.540 contribuintes, pessoas jurídicas e físicas apresentaram diferenças de movimentação financeira igual ou superior a 10 vezes a receita/rendimento total declarado, o que representa uma diferença de R\$1.498 trilhão e R\$181,2 bilhões, respectivamente, o que, no mínimo, demanda uma análise mais aprofundada por parte do fisco.

No capítulo 3, destacamos os principais argumentos das correntes contra e a favor da reserva de jurisdição do sigilo bancário, perante o fisco. Abordamos a configuração constitucional do direito à intimidade e à privacidade, com base na tese de doutorado da Professora espanhola Esther Bueno Gallardo (2009). Discorremos os principais pontos da teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, na visão do Professor da Universidade de São Paulo (USP), Virgílio Afonso da Silva. Por fim, adotamos um conceito amplo de privacidade, de forma a abarcar a intimidade e nos posicionamos, no sentido de que as movimentações financeiras do contribuinte estão sob o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental à intimidade e/ou privacidade, mas podem sofrer restrições do Estado – administração tributária –, as quais encontram justificativas nos princípios da eficiência (art. 37), igualdade (150, II) e capacidade econômica (art. 145, §1º) previstos na CRFB/88, dentre outros. Nosso posicionamento se apoia na teoria do suporte fático amplo de Virgílio Afonso da Silva – teoria que exige maior fundamentação legal para o intérprete do direito e possibilita maior proteção aos direitos fundamentais –, bem como na ideia de privacidade econômica defendida pela já citada Esther Bueno Gallardo.

No capítulo 4, elencamos os principais compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, os quais demonstram que o país se encontra integrado ao “Fisco Global”. Conforme observa Heleno Taveira Torres (2015), esse novo paradigma de tributação, alinhado com a transparência e o *compliance* fiscal, “assegura a eliminação de diferenças de tratamento entre aqueles que se submetem à tributação e os que dela se ausentam, tendo como expediente a expatriação de recursos ou sofisticados meios de organização de ativos no exterior” (TORRES, 2015a, p.2; 2015b, p.2).

Dentre os citados compromissos, analisamos o Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) (Lei de conformidade tributária de contas estrangeiras), o Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais, a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Tributária, o Common Reporting Standard – (CRS) (Padrão Comum de Relatório), e seus reflexos no sigilo bancário no cenário mundial. Por fim, fazemos uma rápida passagem pelas ações relacionadas à transparência fiscal no Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) (Plano de Ação para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros).

No capítulo 5, tratamos do sigilo bancário perante o fisco, sob as luzes da jurisprudência do STF. Após destacar a importância do estudo da jurisprudência, inicialmente analisamos a jurisprudência do STF, anteriormente à LC 105/2001. Em seguida, analisamos e criticamos os votos proferidos na Ação Cautelar (AC 33) e no Recurso Extraordinário (RE

389.808) – conhecidos como caso GVA, julgamento ocorrido em 2010, e os votos proferidos no julgamento do RE 601.314 e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, ocasião em que o plenário entendeu pela constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001 e os respectivos Decreto 4.489/2002 e o Decretoº e 6 3.724/2001.

Para atingir os objetivos propostos nesta dissertação, valemo-nos da revisão bibliográfica nacional e internacional que abrange referências doutrinárias, históricas, bem como de estudos comparados, com vistas a analisar o sigilo bancário em outros países. Fizemos ainda uma análise de dados tributários apurados pela Receita Federal do Brasil, para fins de fortalecer nossos argumentos, além de realizarmos a análise da teoria do suporte fático do direito fundamental de Virgílio Afonso da Silva, que nos permite enxergar o sigilo bancário como um direito fundamental *prima facie*, o que oferece maior garantia para o instituto, mas não o deixa imune a restrições por parte do Estado.

Ao final do estudo, no capítulo 6, apresentamos nossas conclusões reconhecendo que o acesso aos dados bancários pelo fisco, sem prévia autorização judicial, é medida que permite ao fisco concretizar, pelo menos em parte, os princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva, mantém o Brasil alinhado com as principais nações do mundo e não viola direitos fundamentais do contribuinte. Andou bem o STF ao considerar constitucional a LC 105/2001.

2 ACESSO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA ÀS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DO CONTRIBUINTE SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: UM TEMA CONTROVERTIDO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL-TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

2.1 Introdução

O sigilo bancário no Brasil é regulado pela Lei Complementar (LC) 105, de 10 de janeiro de 2001 (BRASIL, 2001c), que revogou a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (BRASIL, 1964a), primeira lei a tratar do tema especificamente.

Antes de analisar o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte sem prévia autorização judicial, tema central desta dissertação, para melhor entender as controvérsias que gravitam em torno do sigilo bancário, faz-se oportuna uma rápida abordagem¹ em torno de sua origem, seu conceito, sua natureza jurídica, seus sujeitos ativos e passivos, seu objeto, bem como as teorias que procuram fundamentá-lo; é o que discorreremos no tópico que trata do histórico do sigilo bancário.

No referido tópico, dentre essas teorias, destaca-se a teoria da constituição ou do direito fundamental que defende o sigilo bancário como uma garantia constitucional com amparo, seja no direito à inviolabilidade da privacidade ou intimidade (art. 5º, inciso X, CRFB/88), seja no direito ao sigilo de dados (art. 5º inciso XII, CRFB/88) (BRASIL, 1988). Os fundamentos em torno dessa teoria permearão os debates, doutrinário e jurisprudencial, tratados em capítulos específicos da dissertação. Daí, a necessidade de prepararmos o campo para a discussão.

Em seguida, tratamos do acesso do fisco às movimentações financeiras, antes e após a LC 105/2001. À época da Lei 5.595/64, seu art. 38, § 5º permitia que autoridades tributárias da União e dos Estados tivessem a acesso à movimentação financeira do contribuinte, quando houvesse processo instaurado e o exame fosse considerado indispensável. Entretanto, prevaleceu o entendimento de que o termo ‘processo instaurado’ referia-se a processo judicial, com o efeito de que o acesso estaria sujeito à reserva de jurisdição.

¹ Tendo em vista que o objeto deste estudo é analisar especificamente as controvérsias em torno do acesso aos dados bancários do contribuinte pelo fisco sem prévia autorização judicial, apresentamos apenas noções gerais do histórico do sigilo bancário com indicação das respectivas bibliografias.

Com o advento da LC 105/2001, o acesso do fisco aos dados bancários, sem autorização judicial, foi permitido de duas formas²:

- a) acesso sistêmico – modalidade em que somente a Receita Federal acessa, via sistema, o montante global mensal movimentado pelo contribuinte, sem identificação da origem ou natureza dos gastos, de acordo com informações prestadas pelas instituições financeiras – previsto no art. 5º e regulamentado pelo Decreto n. 4.489, de 28 de novembro de 2002 (BRASIL, 2002a);
- b) acesso indispensável – modalidade em que a autoridade fiscal da União, Estados ou Municípios, mediante o cumprimento de determinados requisitos, poderá solicitar os dados bancários diretamente para a instituição financeira – previsto no art. 6º e regulamentado pelo Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (BRASIL, 2001a).

A LC 105/2001 trata ainda das penalidades, no caso de uso indevido das informações sobre movimentação financeira, tanto por parte das instituições financeiras, quanto dos servidores públicos.

Permitido ao fisco o acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, faz-se necessário lançar luzes sobre o sigilo fiscal previsto no art. 198 do CTN, uma vez que o entendimento da corrente doutrinária que defende o acesso do fisco aos dados bancários, sem reserva de jurisdição, é no sentido de que, na hipótese, não há quebra de sigilo, mas sim transferência de sigilo; é dizer, os dados bancários sob a proteção do sigilo, uma vez transferidos para o fisco, ficam sob a tutela do sigilo fiscal, sem prejuízo do primeiro (BRASIL, 1966a).

Analisado o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, nos termos da LC 105/2001, o tópico seguinte versa sobre o sigilo bancário em outros países no passado. O objetivo é demonstrar que, em alguns países, tal acesso, seja com maior ou menor grau de restrição, já era permitido há bastante tempo.

O último tópico deste capítulo versa sobre a relevância da informação sobre movimentação para a administração tributária. Dados apurados pela Receita Federal do Brasil demonstram diferenças significativas entre os valores de movimentações financeiras e os informados em declarações de renda por determinados contribuintes, diferenças essas que sinalizam fortes indícios de omissão de receita/rendimento e que merecem ser investigados,

² Propomos chamar de acesso sistêmico e acesso indispensável as duas modalidades que permitem ao fisco acessar os dados bancários do contribuinte, conforme será detalhado mais adiante.

e, só se tornaram identificáveis, em decorrência do acesso sistêmico. Também são informados os créditos tributários lançados de ofício, em decorrência de movimentação financeira incompatível, bem como a participação percentual de tais créditos, no montante total anual lançado pela Receita Federal e, por fim, a informação de que de 2001 a 2015 foram emitidas 93.045 Requisições de Movimentação Financeira (RMF's), o que representaria em média, no caso de ser necessário requerer o acesso previamente a um juiz, 6203 ações ajuizadas por ano, nas varas da Justiça Federal.

Enfim, este capítulo abre as portas e apresenta o tema que será objeto de discussão nos capítulos seguintes.

2.2 Histórico do sigilo bancário

Desde a Antiguidade, a discrição e a reserva acompanham a atividade bancária, uma vez que a intermediação do crédito sempre demandou confiança recíproca entre banqueiro e cliente. Nesse contexto, o sigilo surge na atividade bancária de forma espontânea, em função da “necessidade ou condição para o regular exercício da interposição creditícia”; mas, posteriormente, transforma-se em “verdadeira obrigação para os bancos” (COVELLO, 2001, p. 19).

Para melhor compreensão do comércio bancário, Sérgio Carlos Covello (2001) faz o retrospecto histórico das fases³ – “a embrionária, a institucional e a capitalista” – em que o instituto se desenvolveu até a sua “positivação jurídica nos ordenamentos dos povos civilizados”. Ao longo dessas fases, ocorre a “desmaterialização da economia”, é dizer, a transição da era troca de bens para a era do crédito (COVELLO, 2001, p. 19).

O autor, citado anteriormente faz menção aos primeiros bancos, como o Banco de São Jorge (1147 – 1767), na Idade Média, em Roma, período em que o sigilo já estava incorporado à prática bancária como um dos deveres da instituição. O sigilo, porém, viria a

³ A primeira fase, “fase embrionária”, envolve toda a antiguidade babilônica, e também a hebraica, egípcia e greco-romana. É nesta fase que surgem “as primeiras manifestações do comércio bancário”. Nesta fase a origem do segredo bancário é fortemente marcada pelo aspecto religioso e sagrado.

Na fase institucional, que engloba a Idade Média, a atividade bancária organiza-se sob a forma de empresa, ocasião em que surgem as instituições de crédito e são traçados os primeiros contornos do direito bancário. Nesta fase “o sigilo bancário se consolida como regra de conduta que os banqueiros observam com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica.” Com efeito, plasma-se no seio da sociedade a “a noção de que as operações bancárias devem permanecer sob reserva”.

A fase capitalista, ou moderna, da Renascença à atualidade, caracteriza-se pelo forte aparato capitalista, em que os banqueiros, como protagonistas, “fizeram dos Bancos empresas indispensáveis à economia moderna a tal ponto de não poder esta conceber-se sem aqueles”. Nesta fase o sigilo bancário, deixa de ser costume para ser positivado. (COVELLO, 2001. p. 20-37).

ser explicitado em lei, no ano de 1706, na França, com a Grande Ordenação sobre o Comércio⁴:

Levando em conta que o segredo é absolutamente necessário nas negociações de banco, câmbio, comércio e finanças, que estas se consumam em sua maior parte na cidade, em caderno de notas e livros de contas, que não é possível escriturá-los de forma regular e que amiúde se apresentam vários agentes comerciais confusamente para fazer negociações, estabelece-se que o segredo das negociações não poderá ser revelado, e que a representação ou comunicação dos registros não poderá ser concedida qualquer que seja o pretexto ou causa, de conformidade com o artigo 9 do título XXX do edicto mês de março de 1673. (COVELLO, 2001, p. 37).

Nelson Abrão (2014), ante a dificuldade de investigação histórica para reconhecer uma data precisa para origem⁵ do instituto aponta que o “sigilo surgiu com o próprio dealbar das atividades bancárias que, por seu caráter de discrição, dele não podem se separar, salvo em hipóteses excepcionais expressamente previstas em lei, quando se pretenda resguardar o bem comum e a ordem pública.” Ainda, segundo o autor, o pano de fundo do sigilo bancário é a “conotação mística” que marcou a origem dos bancos, os quais nasceram “dentro dos templos” em decorrência de “uma atividade que emanava dos próprios deuses, representados por seus sacerdotes⁶” (ABRÃO, 2014, p. 88).

A atividade bancária⁷ carregava tamanho misticismo em suas origens que deveria “revestir-se de caráter sagrado”, tanto que as expressões ‘sagrado’ e ‘segredo’ guardam semelhança léxica e ontológica (ABRÃO, 2014, p. 89).

Observado desde a Idade Média e consolidado nos tempos modernos, seja em função de sua natureza, seja como fruto de uma espécie de “convenção tácita entre banco e cliente”, o sigilo bancário para Nelson Abrão (2014)⁸ configura

obrigação do banqueiro — a benefício do cliente — de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares. (ABRÃO, 2014, p. 91).

⁴ No mesmo sentido: (BALTAZAR JÚNIOR, 2001, p. 103; CHINEN, 2009, p. 22).

⁵ Nelson Abrão (2014) registra que é no Código de Hamurabi, rei da Babilônia, que se encontra a mais remota referência ao sigilo bancário, segundo o qual permitia ao “banqueiro desvendar seus arquivos em caso de conflito com o cliente.” Com efeito, infere-se, a *contrario sensu*, que em hipótese diversa o banco estava obrigado ao segredo (ABRÃO, 2014, p. 89).

⁶ Roberto Massao Chinen (2009) também aponta que as origens do sigilo bancário, “bem como sua evolução, confundem-se com as instituições bancárias, que remontam às civilizações mesopotâmicas” e uma de suas características era o aspecto religioso. (CHINEN, 2009, p. 21).

⁷ Segundo Nelson Abrão (1999) é “consenso que a atividade bancária, como profissão especializada, surgiu na Grécia. Mas, ainda assim, não inteiramente desligada dos seus umbrais dos templos, seus berços: os de Delfos [...]. Os banqueiros, além de propiciarem a guarda segura aos valores de seus clientes, redigiam instrumentos negociais e orientavam a respeito de negócios, graças aos conhecimentos que tinham dos textos legais.” (ABRÃO, 2014, p. 89).

⁸ Na mesma linha (ABRÃO, 1999, p. 23).

Sérgio Carlos Covello (2001) extrai o conceito do sigilo bancário do art. 38 da Lei 4.595/64⁹, e o considera como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de atividade profissional” (COVELLO, 2001, p. 86).

Maria José Oliveira Lima Roque (2001) relaciona o sigilo ao “múnus profissional¹⁰; entende que o instituto “atinge não só conta bancária, mas também dados ou outras informações, quer de clientes, quer de terceiros que os conheçam em função do exercício da atividade bancária (ROQUE, 2001, p. 85).

Para Luís Roberto Barroso (2002), o sigilo bancário, “fenômeno praticamente universal” e antigo, cujos primórdios remontam a atividade financeira e comercial, é, ao mesmo tempo, um direito individual relacionado à privacidade do cliente, um dever da instituição financeira e uma garantia do interesse público e segurança para o Estado e sociedade. Veja-se:

Seu fundamento lógico, como registra a doutrina, é variado; trata-se: (i) de uma proteção ao direito individual do cliente, inerente à sua privacidade, de não divulgar seus dados financeiros; (ii) de um dever do profissional (banqueiro) à discrição e, igualmente, de um direito ao segredo comercial que integra o seu fundo de comércio; e (iii) por fim, de uma garantia de interesse público, em favor da credibilidade e estabilidade do sistema bancário, assim como de segurança do Estado e da sociedade (BARROSO, 2002, p. 212).

Forte na defesa dos direitos individuais, o Prof. Ives Gandra da Silva Martins (2011) entende o “sigilo bancário como uma defesa da privacidade – elemento da personalidade – vinculada não somente a aspectos íntimos, mas também externos, tais como dados patrimoniais (MARTINS, 2011, p. 89), posicionamento que segue a mesma linha de Arnoldo Wald (1998):

O cidadão tem direito a manter em sigilo as informações sobre sua vida financeira obtidas pelos bancos, o que está ligado ao direito à privacidade, constitucionalmente protegido. A instituição bancária tem direito de manter segredo dos dados de seus clientes, pois a discrição faz parte do seu fundo de comércio, sendo uma forma de obter a confiança de terceiros. Também é obrigação do banco não noticiar as operações realizadas, correspondendo ao direito já mencionado do cliente. O sigilo bancário interessa, ainda, à sociedade, porque proporciona o bom funcionamento do sistema financeiro e o desenvolvimento da economia do país (WALD, 1998, p.15).

⁹ LC 4.595/64: Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001) (BRASIL, 1964).

¹⁰ [...] “a obrigação de segredo surge da atividade profissional do Banco, podendo qualificar-se como ínsita à profissão bancária” (COVELLO, 2001, p. 102).

Na trilha de Sérgio Carlos Covello (2001) e tendo em vista que as instituições financeiras em geral, e não somente os bancos, estão obrigadas a manter o sigilo de suas operações¹¹, conceituamos sigilo bancário como a obrigação das instituições financeiras de não revelar suas operações ativas, passivas e serviços prestados, salvo por autorização legal, judicial ou do sujeito ativo.

A partir desse conceito, extrai-se que a natureza jurídica do sigilo bancário se caracteriza como uma obrigação jurídica na qual a instituição financeira está sujeita a um dever de conduta, em que a prestação consiste numa abstenção de não revelar suas operações, ou seja, uma obrigação de não fazer (COVELLO, 2001, p. 87, 89).

Não se desconhece a base moral do sigilo, o que é próprio da maioria das obrigações jurídicas, afinal, a relação que se estabelece entre a instituição financeira e o público, além de ser profissional, é também de confiança. Uma das condicionantes dessa confiança está no segredo das operações realizadas pelas instituições financeiras; com efeito, a inobservância desse “dever ético” pode acarretar desconfiança da sociedade na organização bancária e consequências danosas para a economia do país. Entretanto, esse dever moral, paulatinamente, adquiriu “caráter coativo” e força de norma jurídica; é dizer, houve a transmutação do dever moral para a obrigação jurídica de guardar segredo. Assim, uma vez transformado o sigilo bancário em norma jurídica, não mais há que se falar em preceito moral (COVELLO, 2001, p. 88).

Entendido o sigilo bancário como uma relação jurídica obrigacional, temos os seguintes elementos¹²: sujeito passivo, sujeito ativo e objeto (COVELLO, 2001, p. 81).

O sujeito passivo¹³ é aquele que está obrigado a guardar o sigilo, as instituições financeiras bem como as empresas sujeitas às normas aplicáveis àquelas (COVELLO, 2001, p. 91), o que abrange inclusive os funcionários dessas instituições (CHINEN, 2009, p. 30).

¹¹ A LC 105/2001 que revogou o art. 38 da Lei 4.595/64, manteve a mesma redação do caput, porém, definiu no §1º as entidades que são consideradas instituições financeiras (o sujeito passivo do sigilo bancário): Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; [...] (BRASIL, 2001c).

¹² Na mesma linha ver: (ROQUE, 2001, p.85).

¹³ A LC 105/2001 define no art. 1º, §§ 1º e 2º os sujeitos passivos: Art. §1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: I – os bancos de qualquer espécie; II – distribuidoras de valores mobiliários; III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários; IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos; V – sociedades de crédito imobiliário; VI – administradoras de cartões de crédito; VII – sociedades de arrendamento mercantil; VIII – administradoras de mercado de balcão organizado; IX – cooperativas de crédito; X – associações de poupança e empréstimo; XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros; XII – entidades de liquidação e compensação; XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional. § 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no §1º (BRASIL, 2001c).

O sujeito ativo é o cliente ou terceiro alheio à relação cliente-banco. Os dados bancários amparados pelo sigilo bancário não guardam relação com o fato de a pessoa que se relaciona com a instituição financeira ser cliente ou não (COVELLO, 2001, p. 96-102). É o que se verifica no art. 1º da LC 105/2001, ao prescrever que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, ou seja, as instituições financeiras têm obrigação de manter o sigilo de terceiros – não clientes – em relação às operações realizadas (BELLOQUE, 2003, p. 67).

O objeto do sigilo são os dados/informações decorrentes das operações ativas, passivas e serviços prestados realizados pelas instituições financeiras (COVELLO, 2001, p. 110-111) oriundos da “relação interna dos negócios”, o que exclui os dados/informações obtidos por meio de relação diversa da bancária, como amizade ou parentesco, por exemplo (CARVALHO, 2014, p. 26; CHINEN, 2009, p. 31).

No tocante ao âmbito temporal, se a instituição financeira deve manter o sigilo de suas operações em relação a terceiros não clientes, de igual forma, extinta a relação com o cliente, o dever de sigilo deve ser mantido, uma vez que o objeto de proteção não perde suas características (CARVALHO, 2014, p. 29).

2.3 Teorias acerca do fundamento do sigilo bancário

Nas teorias que buscam explicitar o fundamento jurídico do sigilo bancário, é comum a confusão entre fundamento e fonte. A fonte explica o lugar de onde provém algo, o lugar de origem; o fundamento é o porquê, a razão de ser, o motivo do direito/dever ao sigilo bancário (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 21). Ante tais considerações, dentre as várias teorias¹⁴ existentes, destacamos as que se seguem.

De acordo com a teoria contratualista, o fundamento do sigilo bancário decorre de cláusula contratual, explícita ou implícita, estabelecida entre a instituição financeira e o cliente. Com efeito, a obrigação do segredo independe da existência de lei ou até mesmo de cláusula expressa, uma vez que o sigilo seria ínsito ao contrato bancário. Várias críticas são dirigidas a esta teoria. Ela não explica o dever de sigilo no caso de, após ter acesso aos dados sigilosos, o contrato não se efetivar, tampouco no caso de extinção da relação contratual; de igual forma, não justifica o dever de sigilo para terceiros não clientes, nem o dever de sigilo

¹⁴ Teorias sobre o fundamento do sigilo bancário conferir em: (BARBEITAS, 2003, p. 16-18; CARVALHO, 2014, p. 36; 38; CHINEN, 2009, p. 24;29; COVELLO, 2001, p. 113;164; GOMES, 2006, p. 19;24; HAGSTRÖM, 2009, p. 49;70; MELO FILHO, 1984, p. 471;473; QUEZADO, 2002, p. 22;30; ROQUE, 2001, p. 87;95).

dos funcionários da instituição financeira que tenham acesso às informações sigilosas de cliente/terceiros (COVELLO, 2001, p. 116-121).

A teoria da responsabilidade civil ou extracontratual, também chamada de “teoria delitual ou do ato ilícito”, considera como fundamento do sigilo bancário a responsabilidade civil da instituição financeira. A revelação do segredo constitui ato ilícito sujeito à sanção. Esta teoria trata da consequência da violação do sigilo e não da causa (COVELLO, 2001, p.121-124), ou seja, fundamenta-se em aspectos negativos e transitórios, quando a ideia de fundamento é de permanência (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 24).

A teoria consuetudinária sustenta que o sigilo bancário se tornou obrigação jurídica, por ser tradição implementada pelos bancos ao longo dos tempos, de forma que se integrou aos atos de comércio bancários os quais devem seguir o rito dos usos e costumes da prática comercial. A teoria é criticada por ter assento somente nos sistemas jurídicos nos quais o sigilo bancário não está legalmente estabelecido, o que é cada vez mais raro (COVELLO, 2001, p.124-130), e também pelo fato de não delimitar o objeto, o comportamento imposto pelo uso, tampouco assinalar “a esfera normativa de eficácia nem seu limite de aplicação” (CHINEN, 2009, p. 26).

A teoria do segredo profissional inclui o banqueiro no rol de profissionais, ao lado do médico, advogado, contador, dentre outros, obrigados a manter o sigilo em razão da confiança recíproca ínsita à atividade bancária (CHINEN, 2009, p. 27). Segundo Sérgio Carlos Covello (2001), que considera o sigilo profissional como matéria de ordem pública, as instituições financeiras estão obrigadas a manter o segredo de suas operações e serviços prestados, porquanto suas atividades demandam o conhecimento de fatos que afetam a vida íntima do indivíduo. A objeção a esta teoria reside no fato de que ela desloca o fundamento do sigilo bancário para o sigilo profissional, ou seja, ela não demonstra qual seria o fundamento do sigilo profissional (COVELLO, 2001, p.131-141). Noel Gomes (2006) argumenta que o segredo profissional se aplica em casos em que a atividade profissional é desenvolvida individualmente; assim, se o exercício da atividade bancária é exercido sob a forma societária, não estaria conforme ao sigilo profissional. Salienta ainda que esta teoria aponta uma visão redutora do sigilo bancário, ao não captar a essência do bem jurídico a que está submetido que é a “reserva daquilo que é conhecido” (GOMES, 2006, p. 22-23).

A teoria da boa-fé e do dever de lisura, com apoio no código civil italiano, procura justificar o sigilo bancário na obrigação recíproca de lisura que deve permear a relação contratual entre devedor e credor. Esta teoria, além de estar sujeita às mesmas críticas da teoria contratualista, não apresenta o fundamento do sigilo bancário (COVELLO, 2001, p.

141-145).

A teoria legalista fundamenta a obrigação jurídica do sigilo bancário em norma legal expressa, ainda que seja mediante interpretação extensiva ou analógica. De acordo com essa teoria, o fundamento do sigilo bancário no Brasil, atualmente, é o art. 1º da LC 105/2001, segundo o qual “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”. Esta teoria recebe críticas pelo fato de haver países onde existe o sigilo bancário não regulamentado por lei, e também por não apresentar o real fundamento do sigilo bancário. Dizer que o sigilo bancário existe porque a lei ordena “é muito pouco para quem almeja uma análise profunda do tema: é olhar a coisa e não enxergar a causa” (COVELLO, 2001, p. 145-148).

Para a teoria da liberdade de negação, o fundamento do sigilo é a liberdade negativa, direito que tem o cidadão de não permitir a revelação de sua privacidade. “Todo sigilo existe, em última análise, como expressão da liberdade; direito este inerente ao ser humano. O homem exercita a liberdade tanto de forma positiva ou negativa. ” O alicerce do sigilo bancário seria, portanto, o princípio da liberdade, e não a preservação do crédito, uma vez que a questão em contraponto à liberdade é secundária (QUEZADO; LIMA, 2002, p. 28.).

A teoria do direito à personalidade, por fim, sustenta que o sigilo bancário é a expressão do direito à intimidade, um dos direitos da personalidade, e o seu fundamento é a própria natureza humana. Se, para exercer o seu mister, as instituições financeiras adentram a esfera íntima das pessoas – caso contrário jamais teriam acesso a tais dados – devem respeitá-la, uma vez que o sigilo bancário existe para proteger a intimidade (COVELLO, 2001, p. 150,156). No mesmo sentido, mas com nomenclatura diferente, a teoria da constituição ou do direito fundamental sustenta que o sigilo bancário tem base constitucional no direito fundamental à inviolabilidade, seja da privacidade ou intimidade¹⁵ (art. 5º, inciso X, CRFB/88), seja do sigilo de dados (art. 5º inciso XII, CRFB/88) (CARVALHO, 2014, p. 37, 38).

Essa teoria, que busca amparo constitucional para o sigilo bancário, embora considere que não exista direito absoluto, entende que o instituto, por ter fundamento constitucional, somente pode ser restringido em face de decisão judicial; é dizer, o fisco somente poderia ter acesso aos dados bancários do contribuinte, mediante prévia autorização judicial. Em torno

¹⁵As críticas a esta teoria assentam que os direitos de personalidade são oponíveis a todos e irrenunciáveis e o sigilo comporta exceções, além de o titular poder renunciá-lo. Assentam ainda que o sigilo na atividade bancária surgiu antes da noção de personalidade. Na época da escravidão, ao escravo, que não era considerado pessoa, era garantido o direito ao sigilo no caso de realização de operações bancárias; o que demonstra que o sigilo despontou com intuito de oferecer proteção à atividade bancária e não da personalidade ou intimidade (ROQUE, 2001, p. 94). Chinen (2009, p. 29) também trata do assunto na teoria do direito à intimidade.

dessa teoria, gravitam as maiores controvérsias acerca do acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem reserva de jurisdição, o que será objeto de estudo em capítulos próprios, onde os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, em especial a jurisprudência do STF, serão analisados em detalhe.

2.4 O acesso aos dados bancários do contribuinte antes e após a LC 105/2001

O sigilo bancário foi tratado de modo específico no ordenamento jurídico brasileiro¹⁶ pela Lei 4.595/64, que regulou o sistema financeiro nacional, nos termos do art. 38. Veja-se:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

¹⁶ Legislação relacionada ao sigilo bancário antes da LC 4.595/64 (BRASIL, 1964a):

- Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850 (BRASIL, 1850): equiparava os banqueiros aos comerciantes (art. 119), sujeitos às regras gerais dos contratos comerciais (art. 120), dentre elas o segredo do comércio (art. 17), que só poderia ocorrer por ordem judicial, a requerimento da parte, ou mesmo do ex officio (art. 18 a 20). Art. 119 - São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco. Art. 120 - As operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem. Art. 17 - Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício (A primeira parte do Código Comercial foi revogada pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil). Tal regra foi derogada pelas súmulas 390, de 12.05.1964 (a exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva) e 439, de 12.10.1964 (estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação).
- Código Penal, Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940): tipifica o crime de violação do segredo profissional. Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.
- Decreto-lei 8.495, de 28 de dezembro de 1945 (BRASIL, 1945): no interesse da fiscalização administrativa da atividade dos bancos transferiu para a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) as atribuições até então cometidas à Caixa de Fiscalização e Mobilização Bancária. Art. 3º A inspeção dos estabelecimentos bancários far-se-á através de documentos e informações requisitados pela Superintendência da Moeda e do Crédito, em impressos próprios por ela fornecidos, sendo-lhe facultado sempre que julgar necessário, efetivar a inspeção direta de qualquer estabelecimento bancário. § 1º Os documentos e informações que venham a ser fornecidos pelos estabelecimentos bancários, serão tratados em caráter estritamente confidencial. (CARVALHO, 2014, p. 94; CHINEN, 2009, p. 63-64; QUEZADO; LIMA, 2002, p. 9-10; BRASIL, MS 21.729/DF, 2001e, p. 79-87).

§ 4º Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 1964a, grifo nosso).

A Lei 4.595/64, no art. 38, §5º, permitiu aos agentes da União e dos Estados¹⁷ o exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houvesse processo instaurado e tal exame fosse considerado indispensável pela autoridade competente. A discussão à época girava em torno da expressão “processo instaurado”. Grande parte da doutrina entendia que o processo a que se referia a lei era o processo judicial. A situação foi bem descrita por Marcos Antônio Pereira Noronha (2004), verbis:

[...] para muitos que militam no Direito Tributário havia o entendimento de que a expressão "*quando houver processo instaurado*" não significava a existência de "processo como meio de solução administrativa dos conflitos fiscais" e sim "procedimento enquanto caminho para consecução do ato de lançamento (inclusive fiscalização tributária e imposição de penalidades)", pois como se tratava ainda do momento de investigação, estavam presentes os princípios do procedimento fiscal (inquisitorialidade, cientificação, formalismo moderado, fundamentação, acessibilidade, da celeridade e da gratuidade), no sentido de um conjunto de atos preparatórios e de investigação, por isso, melhor teria sido o termo "procedimento" (NORONHA, 2004, p. 20, grifo do autor).

Dois anos após a Lei 4.595/64, publicado o CTN, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (BRASIL, 1966a), o artigo 195 permitiu ao fisco o livre acesso aos livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos "comerciantes industriais ou produtores". No mesmo sentido, o artigo 197, II obrigou determinados contribuintes, dentre eles "os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras", a

¹⁷ A Primeira Turma do STF, sob a relatoria do Min. Djaci Falcão, no RE 71.640/BA, de 17/09/1971, RTJ 59/571, permitiu o acesso do Fisco Municipal de Salvador às “fichas contábeis do Razão referentes a contratos subsidiários efetuados com terceiros para refinanciamento” pertencente a instituição financeira, que alegava violação de sigilo bancário (BRASIL, RE 71.640/BA, 1971). A fundamentação do STF foi o art. 195 do CTN que abrange Estados e Municípios. (BRASIL, 1966a).

Harada Kiyoshi (1998, p. 329), entende que a norma abarcava também os agentes do fisco municipal em “decorrência lógica do princípio de paridade jurídica das entidades políticas componentes da Federação Brasileira.”

prestarem à autoridade administrativa informações relativas aos bens, negócios ou atividades de terceiros. Entretanto, o parágrafo único desse artigo, excluiu do dever de prestar as referidas informações o contribuinte que estivesse legalmente obrigado a observar segredo profissional¹⁸. Veja-se:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

[...]

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

[...]

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

[...]

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão (BRASIL, 1966a, grifo nosso).

Assim, com a superveniência do parágrafo único do art. 197 do CTN, restou afetada ainda mais a aplicabilidade do §5º do art. 38 da Lei 4.595/64. Nesse contexto, prevaleceu a interpretação da doutrina¹⁹ e jurisprudência²⁰, no sentido de que a lei se referia a processo

¹⁸Para Hugo de Brito Machado (2001), “O sigilo bancário não restou superado com o Código Tributário Nacional, posto que este, em seu art. 195, não trata de sigilo bancário e, em seu art. 197, parágrafo único, diz expressamente que o dever de informar, previsto no caput e inciso II, para as instituições financeiras, ‘não abrange os fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão’” (MACHADO, 2001, p. 254).

¹⁹ Entendem que se trata de processo judicial: (WALD, 1998, p. 27; ABRÃO, 1999, p. 31). Para Roberto Moreira Dias (2005, 28-29) a vedação prevista no art. 197, parágrafo único, do CTN, em relação às informações envolvendo movimentações financeiras de contribuintes (pessoas físicas e jurídicas), deixou de existir somente com a LC 105/2001. (DERZI, 2001, p. 297- 298).

Em sentido contrário, ou seja, que se trata de processo administrativo ver: (COVELLO, 2001, p. 192; HAGSTRÖM, 1990, p. 48-49; SARAIVA FILHO, 2004, p. 30; 33).

²⁰ Jurisprudência do STJ: (BRASIL, REsp 37.566, 1994a, p. 6294) assim ementado: O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X). Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e inscritas por autoridade administrativa competente. Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em seus órgãos, do dever de lei. Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e §1º[sic] do CTN. No mesmo sentido: (BRASIL, REsp 115.063, 1998b, p. 20; BRASIL, RMS 10475, 2000c, p.124; BRASIL, 114.741, 1998c, p. 291).

“judicial” e não a processo administrativo. Assim, o acesso aos dados bancários do contribuinte somente seria possível, mediante autorização judicial (BALTAZAR JÚNIOR, 2001, p.122).

Tendo em vista a jurisprudência do STJ no sentido de que o §5º do art. 38 da Lei 4.595/64 referia-se a processo judicial e não a processo administrativo, foi instituída a Lei 8.021, de 12 de abril de 1990 (BRASIL, 1990) que, afastando a aplicabilidade do referido art. 38, permitiu à autoridade fiscal o livre acesso aos dados bancários do contribuinte nos seguintes termos:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às **normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento**, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

[...]

Art. 11. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta lei (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Embora não tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, referida lei também não foi bem aceita pela doutrina, ao argumento de que teria incorrido em vício formal de inconstitucionalidade²¹, uma vez que a Lei 4.595/64, assim como o CTN, foi recepcionada como lei complementar pela CRFB/88²², logo, não poderia ser alterada por lei ordinária (WALD, 1998, p. 27-28). De qualquer modo, a matéria não chegou a ser regulamentada pelo governo federal, como previsto no parágrafo único do art. 8º (CHINEN, 2009, p.72).

Posteriormente, a Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991 (BRASIL, 1991b), embora não tratasse diretamente de movimentações financeiras, determinou que as instituições que especificava deveriam fornecer à Receita Federal dados cadastrais dos usuários dos seus serviços.

Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias,

²¹ José Paulo Baltazar Júnior (2001, p. 105) também chama a atenção para a duvidosa constitucionalidade do art. 8º da Lei 8.021/90. No mesmo sentido ver: (HARADA, 1998, p. 329).

²² A Lei 4.95/64 foi recepcionada como lei complementar por força do art. 192 da CRFB/88 que determina que o sistema financeiro nacional deve ser regulado por esse tipo de norma; de igual forma o art. 146 determina que cabe a lei completar definir normas gerais para o sistema tributário nacional.

de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito **fornecerão à Receita Federal**, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, **informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).** (BRASIL, 1991b, grifo nosso).

A controvérsia em torno dessa lei se postou na dúvida sobre se os dados cadastrais estariam no mesmo nível de proteção dos dados referentes às movimentações financeiras; mas o problema central ainda persistia, porquanto as informações mais relevantes para a administração tributária seriam as movimentações financeiras e não os dados cadastrais.

Com a edição da Lei 9.311²³, de 24 de outubro de 1996 (BRASIL, 1996b), que instituiu a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira – CPMF, as instituições financeiras responsáveis pelo recolhimento/retenção da contribuição ficaram obrigadas a repassar à Receita Federal informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações. Posteriormente, com as alterações promovidas pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001 (BRASIL, 2001b), facultou-se a utilização das informações prestadas, o que era até então vedado, para fins de lançamento de crédito tributário de outros tributos que não a CPMF; veja-se:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

~~§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, vedada sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos.~~

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada pela Lei nº 10.174, de 2001)

²³ A autorização para instituição da CPMF ocorreu com a Emenda Constitucional (EC) n. 12/1996 (BRASIL, 1996a) e a prorrogação com as EC's n. 21/1999 (BRASIL, 1999a), 37/2002 (BRASIL, 2002b) e 42/2003 (BRASIL, 2003a); vide arts. 74, 75, 84 e 90 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88. (BRASIL, 1988).

§ 3o-A. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.174, de 2001)

§ 4º Na falta de informações ou insuficiência de dados necessários à apuração da contribuição, esta será determinada com base em elementos de que dispuser a fiscalização. (BRASIL, 1996b, grifo nosso)

A alteração do §3º do art. 11 pela Lei 10.174/2011 permitiu ao fisco utilizar informações dos valores globais de movimentação financeira, o que possibilitou o cruzamento de dados com declarações de rendas, para fins de levantamento de indícios de irregularidades tributárias e eventual lançamento de crédito tributário. A vigência da Lei 9.311/96 exauriu-se em 31.12.2007, nos termos do art. 90 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88²⁴.

A Lei 9.613, de 03 de março de 1998 (BRASIL, 1998a), que instituiu o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos que especifica. Referida lei impõe a determinadas pessoas²⁵ físicas e jurídicas, dentre elas as instituições financeiras, o dever de comunicar²⁶ ao COAF operações financeiras que se enquadrem em parâmetros predefinidos.

Da Comunicação de Operações Financeiras

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não

²⁴Ante o exaurimento da vigência da CPMF, assim como da Lei 9.311/96, foram julgadas prejudicadas, em 28.02.2008, as Ações Direitas de Inconstitucionalidade – ADI’s 2.389/DF (BRASIL, 2008d) e 2.406/DF (BRASIL, 2008e), propostas pelo Partido Social Liberal (PSL) e Confederação Nacional da Indústria (CNI), respectivamente, que questionavam os art. 11, §2º, da Lei 9.311/96 e o art. 1º da Lei 10.174/01, que deu nova redação ao §3º do art. 11 da Lei 9.311/96. Conferir ainda no capítulo 5, tópico 5.4.2, o RE 601.314 que julgou constitucional o art. 1º da Lei 10.174/01.

²⁵ Segundo o art. 9º da Lei 9.613/98 sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; [...] (BRASIL, 1998a).

²⁶ As ocorrências que devem ser comunicadas ao COAF, tais como valores, constam do art. 12 a 16 da Circular 3461, de 24 de julho de 2009 emitida pelo Banco Central do Brasil.

ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Art. 11-A. As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012) (BRASIL, 1998a).

Misabel de Abreu Machado Derzi (1998) sustenta que o rompimento do sigilo bancário, por meio da comunicação obrigatória de certas transações, é inconstitucional (DERZI, 1998, p. 273-264).

Com o advento da LC 105/2001²⁷, o art. 38 da Lei 4.595/64 foi revogado e o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, foi regulado.

A referida lei define o sigilo bancário como o dever das instituições financeiras de conservar o sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados; enumera as instituições financeiras sujeitas a tais obrigações e assenta, dentre outras hipóteses, não constituir violação de sigilo:

- a) troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais (art. 1º, §3º, I - informações para fins privados);
- b) revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados (art. 1º, §3º, V);
- c) casos em que as instituições financeiras devem informar à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços (art. 1º, §3º, VI c/c art. 5º - informação de interesse da fiscalização tributária);
- d) exame dos dados bancários pelos agentes fiscais das administrações tributárias nas hipóteses e condições que especificam (art.1º, § 3º, VI c/c art. 6º - informação de interesse da fiscalização tributária).

²⁷A LC 105/2001 começou a ser debatida no Senado Federal em 1995, nos Projetos de Lei Complementar 219 e 007, que propunham ampla revisão da disciplina do sigilo bancário, tendo em vista a defasagem do art. 38 da Lei 4.595/64, e também no Projeto de LC 53 de 1997, que propunha nova redação para o art. 38 da Lei 4.595 de 1964 e para o art. 18 da Lei 7.492/86 (BALTAZAR JÚNIOR, 2001, p. 110).

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º **São consideradas instituições financeiras**, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
- IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
- V – sociedades de crédito imobiliário;
- VI – administradoras de cartões de crédito;
- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
- IX – cooperativas de crédito;
- X – associações de poupança e empréstimo;
- XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- XII – entidades de liquidação e compensação;
- XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º **Não constitui violação do dever de sigilo:**

- I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;
- IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;
- V – a **revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;**
- VI – a **prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar (BRASIL, 2001c, grifo nosso).**

O acesso da administração tributária às informações sobre movimentação financeira do contribuinte pode ocorrer de duas formas, a saber:

- a) acesso sistêmico²⁸ – modalidade em que somente a Receita Federal acessa, via sistema, o montante global mensal movimentado pelo contribuinte – vedada a identificação da origem ou natureza dos gastos – de acordo com informações prestadas, periodicamente, pelas instituições financeiras; (art. 5º);
- b) acesso indispensável²⁹ – modalidade em que a autoridade fiscal, da União, dos Estados

²⁸ Propomos a denominação “acesso sistêmico” em função de todas as informações financeiras necessárias para o cruzamento de dados estarem disponíveis no banco de dados (sistema) da Receita Federal, alimentado com informações da Declaração de Informações Sobre Movimentação Financeira (DIMOF)/e-financeira.

²⁹ No caso do “acesso indispensável”, propomos essa denominação em virtude de o acesso aos extratos

e Municípios, poderá, mediante determinados requisitos (processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, indispensabilidade do exame dos dados bancários, dentre outros), solicitar os dados bancários – extratos bancários por exemplo – diretamente para as instituições financeiras; (art. 6º) (BRASIL, 2001c).

2.4.1 Acesso sistêmico: LC 105/2001, art. 5º

O art. 5º da LC 105/2001, que trata do acesso sistêmico, autoriza o Poder Executivo a disciplinar os critérios segundo os quais as informações financeiras que especifica serão repassadas pelas instituições financeiras, exclusivamente, à Receita Federal; estabelece que tais informações restringem-se à identificação do titular da operação e ao montante global movimentado mensalmente, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou natureza do gasto efetuado (art. 5º, §2º). No caso de detecção de indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, permite à administração tributária requisitar informações e documentos de que necessitar, bem como realizar auditoria para a apuração dos fatos (art. 5º, §4º)³⁰. Por fim, estabelece que as informações financeiras repassadas à administração tributária da União serão conservadas sob sigilo fiscal³¹ (art. 5º, §5º).

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. (Regulamento)

[...]

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com **a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.**

bancários, por exemplo, somente ocorrer mediante o cumprimento de determinados requisitos considerados indispensáveis.

³⁰ Detectado indícios em decorrência do cruzamento de outras informações constantes dos sistemas da Receita Federal do Brasil, em especial, provenientes dos rendimentos declarados anualmente pelas pessoas físicas e jurídicas, a autoridade administrativa competente poderá instaurar um procedimento investigatório junto aos próprios contribuintes selecionados, podendo requisitar [...] as informações e os documentos de que necessitar, que deram suporte àqueles montantes globais movimentados, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos (SARAIVA FILHO, 2008, p. 10).

Trata-se de poder-dever da fiscalização, uma vez que o fisco poderá requisitar (exigir, estando autorizado por lei, a prestação de um serviço ou a entrega de um bem, para, em certas circunstâncias, atender o interesse público) e não simplesmente requerer (reclamar em juízo; peticionar; requerer algum direito) (DIAS, 2005, p. 26).

³¹ Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966a): Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

[...]

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º **As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor** (BRASIL, 2001c, grifo nosso)

O Decreto n. 4.489³², de 28 de novembro de 2002, que regulamenta o art. 5º da LC 105/2001, estabelece:

- a) que as informações referentes às operações financeiras devem ser prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Receita Federal (art. 2º);
- b) o que é montante global mensalmente movimentado nas operações que especifica (art. 3º);
- c) o limite mínimo – R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para pessoas físicas e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para pessoas jurídicas – relativo ao montante global mensal que deverá ser informado à Receita Federal (art. 4º); iv) que a Receita Federal poderá alterar os limites fixados no art. 4º (art. 5º) (BRASIL, 2002a).

Art. 2º As informações de que trata este Decreto, referentes às operações financeiras descritas no § 1º do art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.

[...]

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se montante global mensalmente movimentado:

I - nos depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança, o somatório dos lançamentos a crédito efetuados no mês;

II - nos pagamentos efetuados em moeda corrente ou cheque, o somatório dos lançamentos a débito vinculados a tais pagamentos no mês;

III - nas emissões de ordens de crédito ou documentos assemelhados, o somatório dos lançamentos a débito vinculados a tais emissões no mês; [...]

[...]

Art. 4º Para o cumprimento do disposto no art. 3º, as instituições financeiras poderão desconsiderar as informações relativas a cada modalidade de operação financeira em que o **montante global movimentado no mês seja inferior aos seguintes limites:**

I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 5º A Secretaria da Receita Federal poderá:

I - alterar os limites de que trata o art. 4º;

³² Vide Instrução Normativa Receita Federal do Brasil (RFB 802), de 27 de dezembro de 2007 (BRASIL, 2007a)

II - instituir limites semestrais e anuais;

III - instituir limites relativos a conjunto de modalidades de operações;

IV - no caso do inciso II, estabelecer as hipóteses em que, havendo uma modalidade de operação financeira em que o montante global movimentado no período seja superior aos limites estabelecidos, a instituição financeira deverá prestar todas as informações relativas às demais modalidades de operações daquele titular ou usuário de seus serviços, ainda que os montantes globais movimentados de cada operação sejam inferiores aos limites estabelecidos.

Parágrafo único. Os novos limites, estabelecidos na forma prevista neste artigo, deverão ser observados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte à edição do referido ato, relativamente à obrigatoriedade de prestar as informações, independentemente da data de realização das operações financeiras (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

Com base no Decreto 4.489/2002, foram instituídas as seguintes declarações:

- a) Declaração de Operações com Cartões de Crédito (DECRED), cuja apresentação é obrigatória para as administradoras de cartões de crédito (Instrução Normativa SRF 341, de 15 de julho de 2003) (BRASIL, 2003b);
- b) Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (DIMOF), cuja apresentação é obrigatória para os bancos de qualquer espécie, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo, e para as instituições autorizadas a realizar operações no mercado de câmbio (Instrução Normativa RFB 811, de 28 de janeiro de 2008) (BRASIL, 2008a).

Em relação à DIMOF, é importante fazer algumas observações. Em 03 de novembro de 2011, o Brasil, durante a Cúpula de Cannes do G-20, assinou a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais³³ que prevê a troca, automática, de informações relevantes para a administração ou o cumprimento de suas leis domésticas sobre os impostos que especifica. Em 25 de junho de 2015, o Decreto Legislativo n. 146 (BRASIL, 2015f) aprovou acordo entre o Brasil e os Estados Unidos da América para melhoria da observância tributária internacional e implementação do FATCA³⁴, que também prevê a troca de informações automáticas. Assim, para fins de estabelecer um padrão de declaração que atendesse tanto às demandas internas (LC 105/01, art. 5º) quanto externas (acordos já aprovados e pendentes de aprovação), a Receita Federal instituiu, por meio da Instrução Normativa RFB 1.571, de 2 de julho de 2015 (BRASIL, 2015b), a e-financeira, declaração

³³ A Convenção Multilateral foi ratificada pelo Decreto Legislativo 105, de 14 de abril de 2016, depositada na OCDE em 01.06.2016, com previsão de entrada em vigor em 01.10.2016, e está em fase de tramitação para publicação do Decreto do Poder Executivo.

³⁴ O Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA é um acordo assinado em setembro de 2014 que permite a troca de informações, via sistema, entre a Receita Federal do Brasil e a Receita Federal dos EUA e será objeto de estudo no capítulo 4.

que abarca as informações então existentes na DIMOF e agrega novos dados decorrentes de acordos internacionais (COLETIVA..., 2015). Com a instituição da e-financeira, ficou dispensado o fornecimento das informações constantes da DIMOF, em relação aos fatos ocorridos a partir de 01 de janeiro de 2016 (art. 12, parágrafo único da IN RFB 1.571/2015) (BRASIL, 2015b).

Ainda no tocante à DIMOF, as instituições financeiras estavam obrigadas a apresentar informações, em relação aos titulares das operações financeiras, quando o montante global movimentado, em cada semestre, fosse superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), no caso de pessoas físicas e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no caso de pessoas jurídicas, o que equivale a R\$833,00 (oitocentos e trinta e três reais)/mês, no caso de pessoas físicas e R\$1.666,00 (mil seiscentos e sessenta e seis reais)/mês, no caso de pessoas jurídicas (art. 3º da IN RFB 811/2008) (BRASIL, 2008a). Já em relação à e-financeira, atualmente em vigor, a informação deverá ser apresentada quando o montante global movimentado ou o saldo, em cada mês, por tipo de operação financeira, for superior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas e R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas (art. 7º da IN RFB 1.571/2015) (BRASIL, 2015b).

2.4.2 Acesso indispensável: LC 105/2001, art. 6º

O art. 6º da LC 105/2001, que versa sobre o acesso indispensável, dispõe que a autoridade tributária da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar os dados bancários quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e desde que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente³⁵. Ao mencionar processo administrativo ou procedimento fiscal, o legislador eliminou a controvérsia então existente na redação do § 5º do art. 38 da Lei 4.595/64 que se referia a “processo instaurado”, o que foi entendido como processo judicial. Dispõe ainda o referido artigo que os resultados dos exames e os documentos analisados ficarão sob o amparo do sigilo fiscal.

³⁵ Somente a partir da detecção de eventuais indícios de irregularidades tributárias decorrentes do [...] cruzamento das informações, e observados os critérios de relevância e interesse fiscal, é que a Receita Federal do Brasil instaura um procedimento de fiscalização junto aos contribuintes selecionados, o que possibilita a requisição e o exame dos documentos, por exemplo extratos bancários, que deram suporte àqueles montantes globais movimentados, desde que observado o rito previsto no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001. (SARAIVA FILHO, 2008, p. 10).

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver **processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.** (Regulamento)

Parágrafo único. **O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária** (BRASIL, 2001c, grifo nosso).

No âmbito federal, o acesso indispensável previsto no art. 6º da LC 105/2001 foi regulamentado pelo Decreto 3.724 de 10 de janeiro de 2001, que estabelece uma série de requisitos para o exame da movimentação financeira do contribuinte.

A propósito, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) 2.390 (BRASIL, 2016o), 2.386 (BRASIL, 2016n), 2.397 (BRASIL, 2016p) e 2.859 (BRASIL, 2016q) – em que foi declarada a constitucionalidade da LC 105/2001, o Ministro Dias Toffoli explicitou que o acesso dos fiscos estaduais e municipais às informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001 está condicionado à regulamentação da matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, regulamentação que deverá conter as seguintes garantias:

- i) pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado;
- ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;
- iii) submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente;
- iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos;
- v) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;
- vi) amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999 (BRASIL, ADI 2.386, 2016n; BRASIL ADI 2.390, 2016º, p. 32-33; BRASIL, ADI 2.397 2016p; BRASIL, ADI 2.859 2016q).³⁶

Tais garantias levam a crer que a regulamentação do art. 6º pelo referido decreto federal está em consonância com as garantias elencadas pelo STF no referido julgamento.

³⁶ As ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 foram julgadas em conjunto. Ao final da dissertação consta a referência de todas as ADI's, mas ao longo do texto faremos remissão somente à ADI 2.390. O julgamento das referidas ADI's é objeto de estudo no capítulo 5.

Analise o decreto. Para que haja o acesso direto aos dados bancários, inicialmente deverá ser instaurado um procedimento de fiscalização³⁷ perante o sujeito passivo, conforme definido no art. 7º e seguintes do Decreto 70.235³⁸, de 6 de março de 1972 (BRASIL, 1972) e o motivo pelo qual o exame da movimentação financeira é considerado indispensável – seja em decorrência de divergência apurada mediante o cotejamento entre o montante global movimentado pelo contribuinte (acesso sistêmico) e o valor informado à Receita Federal (declaração de renda), seja por motivo diverso – deverá constar do rol taxativo das hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º do Decreto 3.724/2001.

Destaque-se que, à época da vigência do art. 38, §5º, da Lei 4.595/64, o exame da movimentação financeira também deveria ser considerado indispensável pela autoridade competente, porém não fora regulamentado tal qual no Decreto 3.724/2001. Veja-se:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB serão executados por ocupante do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e terão início mediante expedição prévia de Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal - TDPF, conforme procedimento a ser estabelecido em ato do Secretário da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

[...]

§ 2º Entende-se por **procedimento de fiscalização** a modalidade de procedimento fiscal a que se referem o art. 7º e seguintes do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

[...]

§ 5º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de **Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis.** (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007). (grifo nosso).

³⁷A Portaria RFB nº 1.687, de 17 de setembro de 2014, dispõe que os procedimentos fiscais serão instaurados após sua distribuição por meio de instrumento administrativo específico denominado Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF). A distribuição do procedimento fiscal será precedida da atividade de seleção e preparo da ação fiscal, que será impessoal, objetiva e baseada em parâmetros técnicos definidos pela Receita Federal e executada por Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. O TDPF é expedido exclusivamente na forma eletrônica, e a ciência pelo sujeito passivo dar-se-á no sítio da RFB na Internet, com a utilização de código de acesso consignado no termo que formalizar o início do procedimento fiscal, mediante o qual o sujeito passivo poderá certificar-se da autenticidade do procedimento (BRASIL, 2014b).

³⁸ Decreto 70.235/72 (BRASIL, 1972), recepcionado pela CRFB/88 como lei ordinária, rege o processo administrativo fiscal - PAF de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal. Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

[...]

Art. 3º Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal de que tratam os art. 24 e art. 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos. (Incluído pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso.

§ 2º Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inciso XI deste artigo, quando:

I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430³⁹, de 1996;

II - a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha:

a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou

b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação (BRASIL, 2001a).

³⁹Lei 9.430/96: Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. [...]

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a [R\$ 12.000,00 (doze mil reais)], desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de [R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)] (BRASIL, 1996d). (Valores ajustados de acordo com a Lei nº 9.481, de 1997).

As hipóteses de indispensabilidades são taxativas e “revelam condutas agressivamente evasivas”, bem como possibilitam que o “Brasil cumpra os tratados internacionais para troca de informações para combater a sonegação, a corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo”:

(i) fraudes no comércio internacional; (ii) simulação de empréstimos para acobertar recursos de origem duvidosa, inclusive decorrente do tráfico de drogas e armas; (iii) operações com paraísos fiscais ou com países que não permitem o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas; (iv) omissão de rendimentos decorrentes de renda variável, inclusive com operações fora de bolsa de valores; (v) realização de gastos ou investimentos em valor superior a renda disponível; (vi) remessa de valores ao exterior por conta de não residente de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; (vii) contribuintes sujeitos ao regime especial de cumprimento de obrigações, como, por exemplo, empresas constituídas por interpostas pessoas; (viii) pessoa jurídica inexistente de fato; (ix) pessoa física inexistente de fato; (x) negativa do titular de direito da titularidade de fato dos recursos mantidos ou movimentados; e (xi) presença de indício de existência de interposta pessoa do titular de fato dos recursos (laranjas ou testas-de-ferro), nesta hipótese, caracterizada, objetivamente, pela movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível ou declarada ou, ainda, de que a ficha cadastral do sujeito passivo na instituição financeira contenha informações falsas (BRASIL, 2016d, p. 4).

Dentre os incisos elencados no art. 3º, destacamos os de número VII e XII.

O inciso VII, ao remeter às hipóteses elencadas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, tomou por empréstimo as hipóteses que permitem a imposição de regime especial de fiscalização ao sujeito passivo e as inseriu no rol de indispensabilidade previsto no art. 3º do Decreto 3.724/2001. Frise-se, não há que se falar que o sujeito passivo está sob regime especial de fiscalização, o qual tem um rito próprio⁴⁰. Dentre tais hipóteses, no inciso I consta o embaraço à fiscalização, caracterizado por conduta negativa do sujeito passivo, quais sejam:

- a) não exibição de livros e documentos fiscais/contábeis, sem a devida justificativa;
- b) não apresentação das informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade.

Veja-se:

Art. 33. A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I - **embaraço à fiscalização**, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito

⁴⁰ O regime especial de fiscalização é regulamentado pela Instrução Normativa RFB 979, de 16 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009d).

passivo, bem como pelo **não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros**, quando intimado, e demais hipóteses que autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

II - resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades do sujeito passivo, ou se encontrem bens de sua posse ou propriedade;

III - evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;

IV - realização de operações sujeitas à incidência tributária, sem a devida inscrição no cadastro de contribuintes apropriado;

V - prática reiterada de infração da legislação tributária;

VI - comercialização de mercadorias com evidências de contrabando ou descaminho;

VII - incidência em conduta que enseje representação criminal, nos termos da legislação que rege os crimes contra a ordem tributária (BRASIL, 1996d, grifo nosso).

Portanto, instaurado procedimento de fiscalização, – o qual deverá ser precedido de atividade de seleção e preparo da ação fiscal, de forma impessoal, objetiva e baseada em parâmetros técnicos – a negativa do sujeito passivo, devidamente intimado, em apresentar informações sobre a movimentação financeira é considerada hipótese indispensável que permite a autoridade fiscal solicitar os dados diretamente às instituições financeiras. Tal hipótese funciona como um reforço em relação às demais previstas no decreto.

Em relação à hipótese do inciso XII, que versa sobre “intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos⁴¹,” inciso acrescentado pelo Decreto nº 8.303, de 2014 (BRASIL, 2014a), ainda que o Brasil não tenha interesse imediato, no que tange à arrecadação e fiscalização de tributos, conforme dispõe o parágrafo único do art. 199 do CTN⁴², tal interesse surge em decorrência do tratado firmado com o Estado signatário. Portanto, o acordo internacional, por força de sua natureza e das obrigações recíprocas, principalmente no tocante ao sigilo das informações, justifica o procedimento administrativo, com o consequente acesso aos dados bancários do contribuinte. A “fiscalização realizada em outro Estado seria equivalente à fiscalização realizada no Brasil, com decorrente necessidade de continuidade”, mediante a expedição de um TDPF (GODOY, 2009, p.17).

⁴¹ O intercâmbio de informações será tratado no capítulo 4.

⁴² Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela LCP nº 104, de 2001). O assunto será abordado novamente adiante.

A propósito, a necessidade de fiscalização prévia pelo país solicitante, além de justificar o pedido, demonstra que não se trata de ‘fishing expedition’⁴³ (BASTOS, 2014, p. 44), é dizer, “pedidos especulativos por informações sem qualquer nexo com uma fiscalização em curso” (BRASIL, 2008c, p. 32). Assim, na hipótese do inciso XII, não há necessidade de instauração de um procedimento de fiscalização; porém, permanece a obrigatoriedade de intimação do contribuinte; e, somente no caso de negativa, a movimentação financeira poderá ser solicitada às instituições financeiras.

Instaurado o procedimento de fiscalização, o sujeito passivo deve ser cientificado de que está sob ação fiscal e intimado a apresentar os dados referentes à sua movimentação financeira. No caso de negativa, as informações serão solicitadas diretamente à instituição financeira, mediante a expedição de requisição de informações sobre movimentação financeira – RMF, que está sujeita aos seguintes requisitos:

- a) prévia intimação do contribuinte para apresentar as informações sobre sua movimentação financeira;
- b) não apresentação ou ausência de autorização expressa para o acesso direto às informações;
- c) relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal responsável pelo procedimento fiscal ou seu chefe imediato, em que deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no art. 3º do Decreto 3.724/2001.

Preenchidos os requisitos, a RMF será expedida pela autoridade fiscal competente⁴⁴ diversa da que elaborou o relatório.

⁴³ Expedições de pesca (*fishing expedition*) “um dos temas mais polêmicos relacionado à troca de informações [...] que ocorrem nas situações em que, ao invés de se ater a um caso específico, o requerimento de troca de informações refere-se a grupo de pessoas e situações em aberto” (ROCHA, 2015, p. 35).

⁴⁴ Autoridades competentes para emitir o TDPF e a RMF nos termos do art. 7º da Portaria RFB nº 1.687/2014 (BRASIL, 2014b): Coordenador-Geral de Fiscalização; Coordenador-Geral de Administração Aduaneira; Superintendente da Receita Federal do Brasil; Delegado da Receita Federal do Brasil; Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil; Corregedor-Geral; Coordenador-Geral de Pesquisa e Investigação; Coordenador-Geral de Programação e Estudos; Coordenador Especial de Ressarcimento, Compensação e Restituição; ou Coordenador Especial de Maiores Contribuintes.

“Para maior garantia, a própria Receita Federal do Brasil estabeleceu que o expedidor do mandado [TDPF] é ocupante de cargos de direção”. O auditor fiscal é o executante do TDPF. Somente decidirá pela requisição de movimentação financeira se integrar uma das funções de direção. “Tais limitações de ordem formal, somadas à descrição das condições materiais que justificam a quebra do sigilo, reúnem-se para dar credibilidade e confiabilidade ao sistema” (GRAMSTRUP, 2014, p. 107).

Art. 4º **Poderão requisitar as informações referidas no § 5º do art. 2º as autoridades competentes para expedir o TDPF** (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

§ 1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado **Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF)** e será dirigida, conforme o caso, ao:

I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto;

II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto;

III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto;

IV - gerente de agência.

§ 2º **A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal.** (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

§ 3º **O sujeito passivo poderá atender a intimação a que se refere o § 2º por meio de:** (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

I - **autorização expressa do acesso direto às informações sobre movimentação financeira por parte da autoridade fiscal;** ou (Incluído pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

II - **apresentação das informações sobre movimentação financeira, hipótese em que responde por sua veracidade e integridade, observada a legislação penal aplicável.** (Incluído pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

§ 4º As informações prestadas pelo sujeito passivo poderão ser objeto de verificação nas instituições de que trata o art. 1º, inclusive por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários, bem assim de cotejo com outras informações disponíveis na Secretaria da Receita Federal.

§ 5º **A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil encarregado da execução do procedimento fiscal ou pela chefia imediata.** (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014)

§ 6º No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a **motivação da proposta de expedição da RMF**, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em **hipótese de indispensabilidade** prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade (BRASIL, 2001a, grifo nosso)

De posse da movimentação financeira apresentada pelo sujeito passivo ou pela instituição financeira, ao analisar os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, a autoridade fiscal deverá desconsiderar os valores decorrentes de transferências de outras contas de mesma titularidade, se for o caso. A seguir, o sujeito passivo deverá ser novamente intimado a comprovar a origem dos demais valores creditados em sua (s) conta (s). Não comprovada a origem dos recursos, mediante documentação hábil e idônea, os valores apurados deverão ser lançados de ofício, mediante presunção relativa de omissão de receita, nos termos do art. 42 da Lei n. 9.430⁴⁵, de 27 de dezembro de 1996.

Art. 42. Caracterizam-se também **omissão de receita ou de rendimento** os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, **não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.** [...]

⁴⁵ A constitucionalidade do art. 42 da Lei 9.430/96 é objeto de questionamento nos autos do Recurso Extraordinário 855.649, cuja repercussão geral foi reconhecida em 22.09.2015 (BRASIL, 2015h).

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que **não serão considerados**:

I - **os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;**

II - no caso de **pessoa física**, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de **valor individual** igual ou inferior a **[R\$ 12.000,00 (doze mil reais)]**, desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de **[R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)]** (Valores ajustados de acordo com a Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997) (BRASIL, 1996d).

Em relação aos valores cuja origem for comprovada, mas que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e das contribuições a que estiverem sujeitos, em verificando-se sua tributabilidade, estar-se-á diante de uma omissão de receita/rendimento propriamente dita e não de uma presunção; com efeito, a tributação deverá ocorrer de acordo com as normas específicas previstas na legislação de regência do tributo.

Constituído o crédito tributário, mediante o lançamento de ofício, formaliza-se um Processo Administrativo Fiscal (PAF) em que constará o auto de infração, as intimações, respostas, o relatório circunstanciado para expedição de RMF, os documentos obtidos pela fiscalização, enfim, todos os elementos probatórios que fundamentaram o lançamento. Intimado o contribuinte, nos termos do art. 23 do Decreto 70.235/72 (BRASIL, 1972), e com livre acesso ao processo, o sujeito passivo, caso discorde do lançamento, poderá exercer o contraditório e a ampla defesa, mediante apresentação de impugnação, de acordo com o art. 14 e seguintes do referido Decreto 70.235/72, o que dará início à fase litigiosa. Verifica-se, na hipótese, o que se chama de contraditório diferido, nas palavras de José Paulo Baltazar Júnior:

Em relação ao contraditório, a decretação da quebra de sigilo não significa imposição tributária imediata e automática com os elementos assim admitidos, nem condenação criminal sem defesa, até porque todos os atos praticados pela administração poderão ser contrastados judicialmente. **Ao contribuinte** ou acusado **serão assegurados todos os meios para sua defesa, posteriormente, em uma modalidade de contraditório diferido, que não é estranha ao nosso direito**, sendo admitida em várias outras medidas, como a interceptação telefônica, a busca e apreensão, as perícias realizadas no inquérito policial etc. Não há, dessarte, violação ao preceito do art. 5.º, XXXV, da Constituição (BALTAZAR JÚNIOR, 2001, p. 125-126).

De forma diversa, comprovada a origem dos valores creditados, bem como que tais valores foram computados na base de cálculo dos impostos e das contribuições a que estiverem sujeitos, o procedimento fiscal será encerrado e o sujeito passivo cientificado do seu término. Nessa hipótese, portanto, não será formalizado um processo administrativo

fiscal. Por fim, acrescenta-se que as informações não utilizadas no processo administrativo fiscal deverão ser entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas nos termos do art. §2º do Decreto 3.724/2001 (BRASIL, 2001a).

Resumindo, para que a autoridade fiscal tenha acesso direto aos dados da movimentação do contribuinte, extratos bancários, por exemplo, devem ser observadas as seguintes etapas:

- 1º) instituição de obrigação acessória pela Receita Federal do Brasil exigindo a prestação de informações pelas instituições financeiras acerca das operações, montantes globais movimentados e respectivos titulares das mesmas;
- 2º) análise das informações e cruzamento com as demais informações de rendimentos declaradas pelas pessoas físicas e jurídicas à Receita Federal do Brasil; [acesso sistêmico];
- 3º) seleção pela Receita Federal do Brasil de contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que apresentam indícios de cometimento de ilícito fiscal e serão submetidas a procedimento de fiscalização;
- 4º) instauração de procedimento de fiscalização, mediante emissão de Mandado de Procedimento Fiscal [Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal]⁴⁶, e intimação ao contribuinte para apresentação das informações sobre movimentação financeira, desde que considerados indispensáveis para execução da auditoria;
- 5º) requisição das informações sobre movimentação financeira à instituição financeira, nos termos do caput do artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001, na hipótese de negativa de apresentação pelo contribuinte regularmente intimado; [acesso indispensável];
- 6º) exame das informações e eventual lançamento de ofício (SARAIVA FILHO, 2008, p.11)

Ainda em relação ao acesso indispensável, verifica-se que o art. 6º da LC 105/2001 autoriza o exame da movimentação financeira quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; o Decreto 3.724/2001, no art.2º, §5º, no entanto, assenta que tal exame ocorrerá no caso de procedimento de fiscalização (conforme definido pelo art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972); o STF, por sua vez, conforme citado anteriormente, ao explicitar as garantias que deverão ser observadas pelos estados e municípios, para fins de regulamentação do acesso indispensável, também faz menção a procedimento administrativo instaurado e a instauração de processo, o que poderia levar ao entendimento de que o Decreto 3.724/2001 estaria equivocado; o que não é verdade, uma vez que o próprio STF assentou que, ao regulamentar a matéria, os Estados e Municípios deverão fazê-lo de forma análoga ao referido Decreto.

Independente do meio utilizado – procedimento administrativo/fiscal ou processo administrativo –, o importante são as garantias pontuadas pelo STF, na hipótese de acesso

⁴⁶ O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) foi substituído pelo Termo de distribuição de procedimento fiscal – TDPF de acordo com o Decreto n. 8.303/2014 (BRASIL, 2014a).

indispensável, quais sejam, ciência do contribuinte de que está sob ação fiscal, solicitação prévia dos dados bancários, antes de solicitá-los diretamente à instituição financeira, bem como que seja garantido o contraditório e a ampla defesa, no caso de lançamento de ofício – contraditório diferido –, conforme demonstrado acima, o que está em consonância com o Decreto 3.724/2001 e com o Decreto 70.235/72.⁴⁷

A LC 105/2001 estabelece ainda que, tanto no acesso sistêmico quanto no acesso indispensável, deverá ser observado o sigilo fiscal, é dizer, os dados bancários, uma vez transferidos para o fisco, ficam sob a proteção do sigilo fiscal. Nesse sentido, a posição majoritária do STF no julgamento das ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 – em que foi declarada a constitucionalidade da LC 105/2001 – e parte da doutrina entendem que, na espécie, não ocorre quebra⁴⁸ de sigilo, mas sim transferência de sigilo⁴⁹ da instituição financeira para a administração tributária, não obstante a lei não faça distinção entre transferência de sigilo e quebra de sigilo⁵⁰.

Quebra de sigilo ocorre quando os dados – bancários ou fiscais – são acessados por pessoas não autorizadas por lei, decisão judicial ou sem autorização do sujeito ativo, ou seja, quando os dados são violados. Veja-se que no art. 1º, §3º, VI, citado anteriormente, a LC 105/2001 elenca as hipóteses que não constituem violação de sigilo, dentre elas, as do art. 5º (acesso sistêmico) e 6º (acesso indispensável). Se em tais hipóteses não há violação de sigilo infere-se, pois, que não há quebra de sigilo, mas sim transferência.

Registre-se que parte da doutrina, de forma diversa, entende que o termo transferência de sigilo seria um “manifesto sofisma, porque é esta transferência para a Receita que perpetra a ilícita quebra de sigilo” (REALE; MARTINS, 2005, p.13). Essa corrente doutrinária defende que o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, é inconstitucional. Voltaremos a essa polêmica mais adiante.

⁴⁷ Entendemos que o uso do termo procedimento fiscal no Decreto tenha sido por cautela, com vistas a evitar os problemas existentes quando da vigência do §5º do art. 38 da Lei 4.595/64 conforme citado anteriormente, em que foi utilizado o termo “processo instaurado” e foi considerado processo judicial.

⁴⁸ Segundo De Plácido Silva (2009), ‘quebra’, ‘na linguagem correnteia, com aplicação no Direito, é igualmente tomado no sentido de falta ou não cumprimento do dever assumido.’ e “sigilo” é o segredo que não deve ser violado (SILVA, 2009. p. 1135, 1289).

⁴⁹ Neste mesmo sentido: (SARAIVA FILHO, 2011, p. 35; SANTI, 2011, p. 596-597; Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, RE 389.808/PR, 2011d, p. 233); Ministro Dias Toffoli (BRASIL, RE 389.808/PR, 2011d, p. 231); Ministra Ellen Gracie (BRASIL, AC 33/PR, 2003c p. 63).

⁵⁰ Exemplo em que o termo ‘quebra de sigilo’ foi utilizado corretamente: Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

2.4.3 Sigilo fiscal

O sigilo fiscal⁵¹ é tratado nos art. 198 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN).

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a **situação econômica ou financeira** do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a **natureza e o estado de seus negócios ou atividades**. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 1º **Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199**, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que **seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação**, por prática de infração administrativa. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º **O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado**, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3º **Não é vedada a divulgação de informações relativas a:** (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

I – **representações fiscais para fins penais;** (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

II – **inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;** (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

III – **parcelamento ou moratória.** (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Art. 199. **A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos** respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em **tratados, acordos ou convênios**, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001) (BRASIL, 1966a, grifo nosso).

Da leitura do art. 198, extrai-se que o sigilo fiscal é a obrigação imposta às Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e aos respectivos servidores de não divulgar informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo, ou de terceiros, e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou suas atividades⁵². Dentre as exceções ao sigilo fiscal temos:

⁵¹“À semelhança do segredo bancário, o sigilo fiscal visa proteger, simultaneamente, interesses privados e públicos.” (GOMES, 2006, p.325). Para Carlos Alberto Hagström (2009) o sigilo fiscal é um direito do contribuinte e um dever do Fisco, à semelhança do sigilo bancário (HAGSTRÖM, 2009, p. 443).

⁵² No âmbito federal a Portaria RFB n. 2.344, de 24 de março de 2011, cita exemplos de dados protegidos pelo sigilo fiscal: Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como: I - as

- a) requisição judicial (art. 198, §1º, I): trata-se de solicitação por parte de magistrado, uma vez que se trata de autoridade judiciária, e a informação solicitada deve estar relacionada à atividade finalística da justiça;
- b) solicitação de autoridade administrativa (art. 198, §1º, II): trata-se de solicitação no interesse da Administração Pública em que se exige a instauração de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, para fins de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. A informação solicitada deve ter pertinência temática com o objeto da infração administrativa investigada e tratar-se de informação fiscal, ressalve-se, não protegida pelo sigilo bancário⁵³. O §2º estabelece ainda regras procedimentais (instauração de processo no órgão prestador da informação, entrega pessoal mediante recibo etc.) com vistas a resguardar o sigilo das informações⁵⁴.

A ressalva anterior se justifica porque as comissões de sindicância que apuram responsabilidade de servidores não dispõem de poder para acessar os dados bancários do servidor sem autorização judicial (GRAMSTRUP, 2014, p. 107). A LC 105/2001, norma especial, que regula o sigilo bancário, dispõe, no art. 3º, §1º, que a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, dependem de prévia autorização do Poder Judiciário e independem de processo judicial em curso⁵⁵. Veja-se:

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder

relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial; II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda; III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção (BRASIL, 2011c).

⁵³ A Portaria nº 335, de 30 de maio de 2006 (BRASIL, 2006a) que regulamenta o sistema de correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, estabelece no art. 25 procedimentos para o fornecimento a “órgãos, entidades e autoridades requisitantes ou solicitantes, de informações protegidas por sigilo fiscal.” Os art. 18, §§2º e 3º e 26 tratam do sigilo bancário, cujo acesso aos dados bancários deverá ser solicitado ao Poder Judiciário.

⁵⁴ Marco Aurélio Greco considera o dispositivo inconstitucional por violação ao §1º do art. 145 da CRFB/88. Entende que autorização de acesso aos dados bancários se aplica exclusivamente à administração tributária, prerrogativa inextensível a outras autoridades por força de norma infraconstitucional, ainda que esta seja uma lei complementar. (GRECO, 2003, p. 6).

⁵⁵ O §1º do art. 3º da LC 105/2001 é alvo de críticas no sentido de que o “dispositivo constituiria um privilégio para os servidores públicos, enquanto os demais cidadãos estariam sujeitos ao levantamento do sigilo bancário pelo Fisco, independentemente de autorização judicial.” (HAGSTRÖM, 2009).

Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso (BRASIL, 2001c, grifo nosso).

c) assistência mútua entre as administrações tributárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 199):

- ✓ trata-se de compartilhamento de informações, mediante lei ou convênio, entre as administrações tributárias, com vistas a otimizar atividades das fazendas públicas, as quais são consideradas essenciais ao funcionamento do Estado, conforme estabelecido no texto constitucional.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (BRASIL, 1988, grifo nosso).

d) intercâmbio de informações⁵⁶ da União com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos (art. 199, parágrafo único):

- ✓ trata-se de permuta internacional de informações em que o pedido só deve ser feito “depois de esgotados todos os meios disponíveis ao alcance da Autoridade Tributária ou Aduaneira requerente, exceto aqueles que deem margem a esforços desproporcionais” (BRASIL, 2008c, p. 8).

Segundo Arnaldo Sampaio Godoy (2009), o tratado internacional, na área tributária, significa “convergência de vontades que justifica a aplicação do art. 199 do CTN, de modo que o Estado com quem pactuamos seja acoplado ao conjunto de Fazendas Públicas” – União, Estados, Distrito Federal e Municípios (GODOY, 2009, p. 3). Nesse sentido, da mesma forma que as Fazendas Públicas estão obrigadas ao dever de sigilo previsto no *caput* do art. 198 do

⁵⁶ O intercâmbio de informações é objeto de estudo no capítulo 4.

CTN, os Estados estrangeiros estão vinculados ao dever de sigilo que consta dos tratados. Acrescente-se ainda que, no caso de administrações tributárias estrangeiras, no intercâmbio de informações deve prevalecer o princípio da reciprocidade, ou seja, o fisco brasileiro somente repassará informações do mesmo tipo/nível que o fisco estrangeiro lhe fornecer (VALADÃO, 2011, p. 419).

Nesse sentido, o Manual de Intercâmbio de Informações com o Exterior da Receita Federal do Brasil estabelece:

Toda informação recebida deve ser tratada como confidencial e só pode ser revelada a pessoas ou autoridades envolvidas com a cobrança, fiscalização, julgamento ou execução dos tributos em questão, ou com processos penais relacionados a esses tributos.

Enfim, a informação só pode ser usada para a fiscalização ou cobrança de tributos, bem assim para a responsabilização penal decorrente. Nesse contexto, a informação poderá ser compartilhada com tribunais administrativos e judiciais e órgãos e setores encarregados da supervisão das ações de fiscalização, cobrança e julgamento.

Para que a informação seja transmitida a uma terceira Administração Tributária ou Aduaneira, é indispensável que haja prévia e expressa anuência da autoridade que a forneceu.

O uso indevido ou a não adoção de medidas visando a conferir proteção à informação recebida é de responsabilidade da Administração que a recebe, e os danos porventura causados a terceiros devem ser de sua responsabilidade, não podendo esta se furtar a assumi-los sob alegação de que a responsabilidade é da Administração que forneceu a informação (BRASIL, 2008c, p. 30).

Acerca das demais informações, cuja divulgação não é vedada pelo §3º do art. 198 do CTN – representação fiscal para fins penais, inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública e parcelamento e moratória⁵⁷ –, embora não estejam protegidas pelo sigilo fiscal⁵⁸, estão sob o pálio do sigilo funcional previsto no inciso VIII do art. 116 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece o dever do servidor de “guardar sigilo sobre assuntos da repartição”.

O Manual de Sigilo da Receita Federal preconiza que a violação do sigilo fiscal sujeita os servidores públicos às sanções⁵⁹ de natureza penal (reclusão e multa) e administrativa

⁵⁷ Consta da Exposição de Motivos n. 820/MF, de 06 de outubro de 1999, que “o objetivo das alterações propostas para o art. 198 é a flexibilização do sigilo fiscal, retirando de seu âmbito situações em que tal restrição não se justifica, inclusive nos casos de intercâmbio de informações no âmbito da Administração Pública, bem assim nas situações de representações fiscais para fins penais, inscrição na Dívida da Fazenda Pública e parcelamentos concedidos, onde a transparência da ação do Poder Público se sobrepõe aos interesses individuais.” (BRASIL, 1999f).

⁵⁸ A Portaria RFB 2.344, de 24 de março de 2011 que disciplina o acesso a informações protegidas por sigilo fiscal constantes de sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, explicita as informações protegidas por sigilo fiscal e funcional (BRASIL, 2011c).

⁵⁹ Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal (BRASIL, 1940).

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações

(demissão, improbidade administrativa), sem prejuízo da ação de reparação de danos morais e materiais⁶⁰. Por outro lado, a violação do sigilo funcional⁶¹ está sujeita à sanção administrativa (advertência/suspensão) (BRASIL, 2011a, p. 45-47).

2.4.4 Penalidades para a quebra de sigilo bancário previstas na LC 105/2001

Por fim, a LC 105/01 estabelece que a quebra de sigilo constitui crime⁶² com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Para fins de garantir a prestação e a fidedignidade das informações requeridas, a lei determina ainda que incorre nas mesmas penas a instituição financeira que omitir, retardar injustificadamente ou prestar informações falsas (art. 10).

No caso de servidor público que utilizar de forma indevida os dados bancários, responderá ainda pessoal e diretamente pelos danos decorrentes; no caso de agir de acordo com orientação oficial, haverá responsabilidade objetiva da entidade pública (art. 11).

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, **constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos**, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. **Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos**

ou banco de dados da Administração Pública; II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] IV - improbidade administrativa; [...] IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo.

⁶⁰ Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, arts. 121 a 126-A (BRASIL, 1991a).

⁶¹ Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1991a).

Art. 116. São deveres do servidor: [...] VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de **inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna**, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (grifo nosso).

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias. [...].

⁶² Eduardo Salomão observa que “o ponto mais interessante a notar no aspecto criminal é a inexistência de modalidade culposa relativa à quebra de sigilo bancário”. Saliencia o autor que “tal modalidade só existiria nos termos do artigo 18, parágrafo único do Código Penal se expressamente prevista no tipo, o que não acontece. Só haverá crime se comprovado o dolo, ao menos eventual, de quem transmite a informação.” Situação diversa ocorre no campo da responsabilidade civil, uma vez que “a mera culpa provocará a necessidade de indenizar” nos termos do artigo 927, parágrafo único do Código Civil (SALOMÃO NETO, 2014. p. 648-649).

desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo **da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial** (BRASIL, 2001c, grifo nosso).

Com vistas a coibir o acesso e o uso indevido das informações sobre movimentação financeira, as penalidades elencadas anteriormente foram explicitadas no Decreto 3.724/2001(arts. 8º a 12), no qual também consta orientação para que o sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido de tais informações, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração.

A propósito, em relação ao uso indevido de informações sigilosas, oportuno observar que, na realidade recente do país, tem havido muito mais ‘vazamento de informações’ sigilosas por parte do próprio Poder Judiciário do que pela Receita Federal do Brasil⁶³, tanto que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atendendo solicitação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, editou a Resolução n. 217, de 16 de fevereiro de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016), em que torna obrigatória aos juízes a determinação de investigação, dirigida aos órgãos competentes, sempre que houver vazamento seletivo e ilegal de dados e informações sigilosas constantes de procedimentos investigatórios.

2.5 Sigilo bancário em outros países no passado.

A seguir, apresentamos uma visão geral do acesso das autoridades fiscais aos dados bancários em outros países no passado. O objetivo é demonstrar que em alguns países o fisco sempre teve acesso aos dados bancários do contribuinte sem intermediação do Poder Judiciário, seja com maior ou menor grau de restrição; em outros países tal acesso ocorreu um pouco mais tarde, como é o caso de Portugal.

Estudo realizado pela Organisation for Economic Co-Operation and Development (OCDE), em 1997, com 31 países⁶⁴, e que resultou no relatório *Mejorar el acceso a la*

⁶³ O vazamento de informações sigilosas por parte do Poder Judiciário foi rechaçado em carta assinada por mais de 100 advogados e publicada em jornais de grande circulação no Brasil em 15.01.2016 (MANIFESTO..., 2016; ABERTURA..., 2016). Conferir também capítulo 5.

⁶⁴ Países membros da OCDE em 2000 e que foram objetos da pesquisa: Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá,

información bancaria por motivos fiscales (Melhorar o acesso à informação bancária para fins fiscais), publicado em 2000, demonstra que quase todos os países membros autorizavam a “administração tributária acessar a informação bancária como exceção à norma geral ou à lei geral que estabelece a confidencialidade da informação bancária”, embora em alguns países, tal acesso limitava-se a casos de fraude fiscal ou processo penal (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 34; LOBO TORRES, 2011, p. 155).

No estudo realizado, os motivos pelos quais a OCDE defende o acesso direto das autoridades tributárias às movimentações financeiras envolvem tanto questões relacionadas à arrecadação tributária, “justiça do sistema tributário” (âmbito doméstico), quanto questões relacionadas ao cumprimento de tratados internacionais, o que pode “distorcer o fluxo de capital e direcioná-lo a países que restrinjam referido acesso” (âmbito externo) (SANTI, 2011, p. 604). Veja-se:

Proibir as autoridades tributárias de acessar as informações bancárias pode ter consequências negativas no âmbito doméstico e externo. No âmbito doméstico pode **limitar a administração tributária de determinar e arrecadar o montante de tributo** devido. Isso também pode criar **desigualdades entre os contribuintes**. De fato, alguns deles se aproveitam dos recursos tecnológicos e financeiros para escapar das obrigações fiscais utilizando instituições financeiras estabelecidas em países que recusam a compartilhar dados bancários com a administração tributária. Isso distorce a distribuição de carga tributária e pode provocar decepção quanto à justiça do sistema tributário. Quando não há acesso à informação, certos tipos de rendimentos podem escapar da tributação e provocar **injustiças entre as diferentes categorias de rendimentos**. O capital móvel pode ter vantagens injustificadas frente aos rendimentos do trabalho ou de propriedade imobiliário. Além disso, a falta de acesso à informação pode aumentar o custo da administração tributária e o custo de fazer com que as obrigações fiscais sejam cumpridas. No âmbito externo, o acesso insuficiente à informação pode ser um obstáculo para uma **cooperação eficaz, impedindo** a autoridade tributária de ajudar o parceiro de um tratado, o que pode resultar na adoção de medidas unilaterais por parte do país que solicita a informação bancária. Também pode provocar o **desvio de fluxos financeiros e de capital para** os países que limitam o acesso das autoridades tributárias às informações bancárias (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 9-10, tradução nossa)⁶⁵.

Dinamarca, Espanha, EUA, França, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça, Turquia, Japão, Finlândia, Austrália, Nova Zelândia, México, República Checa, Hungria, Polónia, Coreia. À época, a República Eslovaca ainda não era membro da OCDE, mas integrou a pesquisa. O acesso aos dados bancários na atualidade, principalmente nos países em que havia restrições perante o fisco, sofreu fortes modificações em função de acordos internacionais, o que será visto no capítulo 4, tópico 4.8

⁶⁵ Prohibir a las autoridades fiscales el acceso a la información bancaria puede tener consecuencias negativas a nivel nacional e internacional. A nivel nacional puede impedir a la administración tributaria la determinación y el cobro del importe exacto adeudado. Ello puede crear asimismo injusticias entre los contribuyentes. De hecho, algunos de ellos se aprovechan de los medios tecnológicos y financieros para escapar a las obligaciones fiscales utilizando entidades financieras establecidas en países que rehusan compartir datos bancarios con la administración tributaria. Esto distorsiona la distribución de la carga fiscal y puede provocar decepciones en cuanto a la equidad del sistema fiscal. Cuando no hay acceso a la información, ciertos tipos de ingresos pueden

A seguir, elencamos como ocorria o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, de forma automática e a pedido, nos 31 países pesquisados pela OCDE, em 1997:

- a) países que obrigavam os bancos a notificarem “automaticamente” as administrações tributárias com algum tipo de informação:
- ✓ Austrália, Bélgica, Canadá, Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos (conforme Código de Conduta), Portugal, Reino Unido, República Eslovaca e Suécia. A informação específica a ser comunicada automaticamente pelos bancos em cada país consta do Quadro 1 abaixo (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 74).

Os bancos não estavam obrigados a apresentar nenhum tipo de informação automática na Áustria, República Checa, Alemanha, Islândia, Luxemburgo, México, Polónia, Suíça e Turquia⁶⁶ (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 74).

Quadro 1 – Tipo de informação enviada de forma automática pelos bancos à administração tributária

País / Informação	Abertura e encerramento de contas	Juros pagos e o beneficiário	Saldo da conta no final do ano	Outros
Austrália		X		
Bélgica				X ¹
Canadá		na maioria dos casos		quando o imposto retido na fonte deve ser declarado
Coreia		X		imposto retido sobre juros pagos
Dinamarca	X	X	X	X ²
Espanha		X		X ³

escapar al pago de sus impuestos correspondientes y dar lugar a injusticias entre las diferentes categorías de ingresos. El capital móvil puede tener ventajas injustificadas frente a los ingresos procedentes del trabajo o de la propiedad inmobiliaria. Además, la falta de acceso a la información puede aumentar el coste de la administración tributaria y el derivado de hacer respetar las obligaciones fiscales. A nivel internacional, un acceso insuficiente a la información puede ser un obstáculo para una cooperación eficaz, impidiendo a las autoridades ayudar a los socios acogidos al mismo convenio, lo cual puede resultar en el uso de medidas unilaterales por el país que solicita la información bancaria. También puede provocar el desvío de flujos financieros y de capital hacia los países que limitan el acceso de las autoridades a la información bancaria. OECD. Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales.

⁶⁶ À época, o Ministério da Fazenda turco já detinha o poder legal e solicitar relatórios automáticos e sinalizava a intenção de utilizá-lo no futuro. O que hoje é realidade, conforme pode ser verificado no tópico 4.8, do capítulo 4.

EUA		X ⁴		X ⁵
Finlândia		X ⁶		X
França	X	X		deve declarar toda a renda de capital
Grécia	X			X
Hungria ⁷	X			
Irlanda		X ⁸		
Itália				X ⁹
Japão		X		
Noruega		juros acumulados no final do ano	X	juros sobre empréstimos
Nova Zelândia		X		
Países Baixos		pagos a residentes		
Portugal				uso de poupança familiar para outros fins
Reino Unido		X ¹⁰		
República Eslovaca	X			nº de conta, nome e endereço do titular
Suécia		X	X	juros sobre empréstimos

Fonte: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000).

1. No caso de retenção na fonte de imposto sobre rendimento de capital, o banco deve declarar o tipo de renda, a base imponible e justificar uma possível isenção. Entretanto, a identidade do destinatário não pode ser divulgada para a administração tributária.
2. Quando há informações sobre juros pagos ao banco por um contribuinte e sobre o crédito referente a tais juros, deve ser fornecida todas as informações sobre a transferência de obrigações e de títulos.
3. Qualquer rendimento pago pelos bancos ou procedente de ativos estrangeiros, quando estas entidades têm recebido em depósito ou para atuar na qualidade de gerente de contas. As obrigações de declarar abrangem também: a emissão, subscrição ou transferência de títulos, incluindo os da dívida pública e a transferência de títulos hipotecários em que haja intervenção de instituições de crédito.
4. Para os cidadãos norte-americanos que não são isentos e os estrangeiros não residentes com residência no Canadá. Os bancos também são obrigados a declarar outros tipos de juros pagos a cidadãos norte-americanos.
5. Comunicações de operações suspeitas e as declarações de operações de câmbio.
6. Os bancos devem declarar os seguintes tipos de juros: os pagos pelo cliente ao banco e saldo no final do ano; juros pagos sobre depósitos não sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte; e, finalmente, se os juros são pagos a um não residente, a administração tributária recebe relatórios anuais para serem enviados para a administração tributária dos países estrangeiros para fins de controle.
7. Os bancos são obrigados a informar para a administração tributária a data de abertura da conta, número, nome e endereço do titular da conta no prazo de 15 dias após a abertura da conta.
8. Exceto quando houver retenção na fonte de imposto sobre juros do depósito ou quando pago a uma pessoa não residente com base em uma declaração oficial feita por ela a este respeito (a declaração deve ser mantida em para fins de inspeção do fisco).
9. Os bancos devem transmitir ao Ministério da Fazenda os modelos RAD de retenção na fonte de imposto sobre dividendos pagos a não residentes quando o banco tenha atuado como corretor na transação. Toda a informação sobre transações com origem ou destino no exterior relacionada com ativos, títulos e bônus superiores a 20 milhões de libras.
10. Exceto se o indivíduo fizer uma declaração de não residente no Reino Unido e solicitar que a informação não seja transmitida para a Receita Federal (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p.72-73).

b) países em que o acesso às informações bancárias, a pedido das administrações tributárias, era permitido “sem restrições”:

- ✓ Austrália, República Checa, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Espanha, Nova Zelândia, Turquia e República Eslovaca (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 76-77).

O acesso, a pedido, das administrações tributárias ocorria “com restrições”, nos seguintes países: Áustria (somente em casos de processo penal ou com o consentimento do contribuinte), Bélgica (mediante apresentação de elementos concretos com presunção ou indícios de uma fraude fiscal), Canadá (mediante requerimento), Alemanha, Grécia (após opinião conclusiva do Inspetor de Finanças), Islândia, Irlanda, Hungria, Japão, Coreia, México, Países Baixos (informação com relevância fiscal ou solicitada por um parceiro de tratado fiscal, para aplicação do tratado ou da sua legislação fiscal), Nova Zelândia, Polónia (nas condições descritas pelo código obrigações fiscais), Portugal (em caso de processos penais em curso ou por ordem judicial a pedido da administração fiscal), na Suécia, Suíça (no caso de investigação judicial), no Reino Unido (mediante autorização de um comissário independente) e nos Estados Unidos (citação por via administrativa com observância dos critérios de boa-fé)⁶⁷. Em Luxemburgo, a administração tributária não tinha acesso direto às informações bancárias (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 36-37, 76-77; LOBO TORRES, 2011, p. 155).

Em 1998, José Adércio Sampaio Leite (1998) já ressaltava que, “no mundo inteiro”, havia uma forte “tendência no sentido de ser deferido a órgãos administrativos” o poder de acesso às informações financeiras, para fins de investigações fiscais, sempre que inexistissem meios menos gravosos (LEITE, 1998, p. 554). Ricardo Lobo Torres (2011), que sempre se dedicou ao tema, também observa que “no direito estrangeiro, o sigilo bancário frente às questões fiscais perdeu muito do seu status na década de 1990” (LOBO TORRES, 2011, p. 155).

Nos Estados Unidos, continua Ricardo Lobo Torres (2011), o fisco sempre teve acesso aos dados bancários para fins de investigação, e a “matéria jamais foi alçada a direito fundamental”. Na Áustria, a legislação permite a abertura das contas bancárias “no caso de razoável suspeita de lavagem de dinheiro ou de pedido de autoridade administrativa nos casos de violações fiscais”. Na França, é permitido o acesso do fisco aos dados bancários, “o que

⁶⁷ Os critérios de boa-fé são apurados de acordo com o denominado ‘caso Powell’, quais sejam: i) investigação de boa-fé; ii) a informação solicitada deve estar relacionada com a investigação; iii) todos os procedimentos administrativos devem ser observados; iv) a administração tributária não detém a informação solicitada via intimação. Os padrões Powell têm sido interpretados com um espírito liberal pelos tribunais dos EUA norte-americanos, por conseguinte, os bancos atendem aos pedidos do IRS sem a necessidade de intervenção judicial (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2000, p. 77).

compreende as comunicações sobre a transferência de fundos ao estrangeiro ou vindos do exterior, mas não as informações sobre os *dossiers* da clientela.” Na Itália, “havia o tabu do segredo bancário que aos poucos começou a ser desmitificado diante da necessidade de acertar o passo com as outras nações da União Europeia e da pressão da opinião pública contra o crescimento da evasão fiscal”. As providências adotadas pelas Leis n. 825/1971, n. 516/1982, n. 413/1991, Decretos Presidenciais (DPR’s) n. 600/1973 e 633/1972 e o posicionamento adotado pela Corte Constitucional no Acórdão n. 51, de 18.02.1992, “que proclamou não ser o segredo bancário um fim em si mesmo”, de forma a figurar como óbice às investigações tributárias, permitiram o acesso aos dados bancários aos seguintes órgãos/autoridades: “departamentos de fiscalização do IVA; departamentos do Ministério das Finanças; guarda de Finanças; inspetores centrais; comissões tributárias regionais e provinciais”⁶⁸ (LOBO TORRES, 2011, p. 155).

Na Alemanha, os dados bancários podem ser obtidos pelas autoridades fiscais durante o exercício regular de procedimento fiscal. “O sigilo bancário não é protegido nem pela Constituição, nem pelas leis ordinárias e “[...] a proteção judicial se exerce pela aplicação dos princípios constitucionais relacionados com os direitos fundamentais” (LOBO TORRES, 2011, p. 155). “Não há regra específica nem definição legal para o segredo bancário, mas sua existência é observada, reconhecida pelo Direito Privado e pelo Direito Público, admitida em diversas leis, aceita pela doutrina e pela jurisprudência.”. Em relação ao acesso do fisco, os pedidos devem elencar de forma precisa o caso concreto. Tendo em vista a diversidade de procedimento fiscal “investigação, controle, cobrança, procedimentos de apuração de irregularidades, para cada um estabelece a lei, com precisão, as medidas possíveis (pedidos de informações, depoimentos, exame de documentos, etc.)” (HAGSTRÖM, 1990, p. 37).

Na Espanha, o dever de prestar informações “*com transcendencia tributaria*” cabe tanto ao contribuinte, titular dos dados solicitados pela administração tributária, quanto a terceiros que possuam informações relevantes decorrentes de relações econômicas, profissionais e financeiras com o referido contribuinte, conforme previsto no art. 93 (1) da Lei n. 58/2003⁶⁹ – Lei Geral Tributária (LGT) da Espanha (SÁNCHEZ LÓPEZ;

⁶⁸ Ainda sobre o sigilo bancário na Itália, conferir: (MULEO, 2011, p. 683-689).

⁶⁹ Espanha. Lei n. 58/2003. Artículo 93. Obligaciones de información. (1) Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. Artigo 93. Obrigações de comunicação. (1) As pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, assim como as entidades mencionadas no parágrafo 4º do artigo 35 desta lei, são obrigadas a fornecer às autoridades fiscais todos os dados, relatórios, registros e documentos comprobatórios com relevância fiscal relacionadas ao

CARRASCO PARRILLA, 2011, p. 131).

Em relação aos dados bancários, o art. 93(3)⁷⁰ da LGT espanhola dispõe que o não cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 93 (1) não podem ter como fundamento o sigilo bancário. Dispõe ainda que os requerimentos individualizados para acesso aos dados bancários do contribuinte podem ocorrer no exercício das funções de fiscalização ou arrecadação, mediante prévia autorização da administração tributária, conforme procedimentos descritos no art. 57 do Decreto Real n. 1065/2007 (SÁNCHEZ LÓPEZ; CARRASCO PARRILLA, 2011, p.142-143).

Portugal deixou de pertencer ao grupo de países cujo acesso das autoridades tributárias aos dados bancários dependia de autorização judicial em 2000⁷¹.

Com o advento da Lei portuguesa 30-G, de 29 de dezembro de 2000, que aditou à LGT portuguesa os artigos 63-A, 63-B e 63-C, permitiu-se ao fisco o acesso direto aos dados bancários do contribuinte sem autorização judicial e “sem qualquer comunicação prévia ao titular das contas” nas seguintes hipóteses (SANCHES; GAMA, 2011, p. 287):

Artigo 63.º-B

Acesso a informações e documentos bancários

1 - **A administração tributária tem o poder de aceder a todas as informações ou documentos bancários**, bem como a informações ou documentos de outras entidades financeiras previstas como tal no artigo 3.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, alterado pelos Decretos-Leis n.º 317/2009, de 30 de outubro, e 242/2012, de 7 de novembro, **sem dependência do consentimento do titular dos elementos protegidos**: (Redação do artigo 220.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro)

- a) Quando existam indícios da prática de crime em matéria tributária;
- b) **Quando se verifiquem indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível**; (Redacção dada pela Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro)
- c) **Quando se verifiquem indícios da existência de acréscimos de património não**

cumprimento de suas próprias obrigações tributárias ou deduzidas de suas relações econômicas, profissionais ou financeiras deduzidos das suas relações econômicas com outras pessoas (ESPANHA, 2003, tradução nossa).

⁷⁰ Espanha. Lei n. 58/2003 Artículo 93. [...] (3) El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario. Los requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago, de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio, podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine. Artigo 93. [...] (3) O descumprimento das obrigações estabelecidas neste artigo não poderá amparar-se no sigilo bancário. Os requerimentos individualizados relativos aos movimentos de contas correntes, depósitos de poupança e depósitos a prazo, contas de empréstimo e créditos e demais operações ativas e passivas, incluída as que se refletem em contas transitórias ou se materializem na emissão de cheques ou outras ordens de pagamento, de bancos, caixas econômicas, cooperativas de crédito e quantas entidades se dediquem à movimentação bancária ou creditícia, poderão efetuar-se no exercício das funções de fiscalização ou cobrança, mediante prévia autorização do órgão da Administração Tributária conforme estabelecido no regulamento (ESPANHA, 2003, tradução nossa).

⁷¹ Ainda sobre o sigilo bancário e fiscal em Portugal conferir: (MORGADO, 2011. p. 189; 222).

justificados, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 87.º; (Redacção dada pela Lei

n.º94/2009, de 1 de Setembro)

d) Quando se trate da verificação de conformidade de documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS e IRC que se encontrem sujeitos a contabilidade organizada ou dos sujeitos passivos de IVA que tenham optado pelo regime de IVA de caixa;(Redacção do DL n.º 71/2013, de 30 de maio)

e) Quando exista a necessidade de controlar os pressupostos de regimes fiscais privilegiados de que o contribuinte usufrua; (Aditado pela Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro)

f) Quando se verifique a impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, nos termos do artigo 88.º, e, em geral, quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indirecta. (Aditado pela Lei n.º94/2009, de 1 de Setembro)

g) Quando se verifique a existência comprovada de dívidas à administração fiscal ou à segurança social. (Redacção da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro)

h) Quando se trate de informações solicitadas nos termos de acordos ou convenções internacionais em matéria fiscal a que o Estado português esteja vinculado. (Redacção do artigo 220.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro) (LGT, art. 63-B) (PORTUGAL, 1998).

Segundo José Luís Saldanha Sanches e João Tabora da Gama, “a lei portuguesa parece ter finalmente começado a acertar o passo com o cortejo fúnebre do sigilo bancário”, alinhando-se, pois, aos demais países da OCDE, “ou mais correctamente a todos os países que foram consequentes na entrega aos particulares do essencial da gestão dos tributos”. Apontam ainda que “com o definhamento e morte do sigilo bancário, nasce um novo recorte dos deveres inspectivos da Administração Fiscal, que crescem em intensidade e cujo exercício ou não exercício passará também a ser utilizado para controlar essa mesma Administração Fiscal” (SANCHES; GAMA, 2011, p. 290).

O estudo realizado pela OCDE em 1997, que mapeou o sigilo bancário em diversos países e elencou os motivos da importância do acesso direto do fisco às movimentações financeiras, dentre outras medidas, estabeleceu de certa forma “uma orientação quanto à necessidade da adoção de uma prática uniforme, voltada à concessão de informações à Administração Tributária, com objetivo de conferir maior efetividade ao sistema⁷²” (SANTI, 2011, p. 604). Tal orientação ecoou em mais de 95 países do mundo, entre membros e não-membros da OCDE que, impulsionados pelo FATCA, assinaram a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais que prevê a troca de informações financeiras com base no CRS, a partir de 2017/2018, conforme veremos no capítulo 4⁷³.

⁷² No mesmo sentido (GUIMARÃES, 2011, p. 172-173).

⁷³ No capítulo 4, tópico 4.8, o Quadro 2 apresenta uma visão geral do sigilo bancário no cenário mundial na atualidade.

2.6 A relevância dos dados bancários para a administração tributária

Até o início da década de 1980, em que predominava o lançamento por declaração⁷⁴, o fisco executava exame prévio ao lançamento dos valores que seriam exigidos, o que assegurava um maior controle tributário, porém, demandava um “ônus operacional aos agentes econômicos”. Em função do avanço das “relações econômicas e jurídicas, que demandavam cada vez mais agilidade e menor intervenção do Estado” (BRASIL, 2016d, p. 2), e ante o aumento substancial de sujeitos passivos e da complexidade do sistema tributário nacional (BRASIL, 2011b, p. 206), a exigência tributária migrou para o lançamento por homologação⁷⁵, modalidade em que o sujeito passivo deve antecipar o pagamento sem o exame prévio do fisco, que passa a ser posterior.

Tal mudança, “adotada pela maioria das grandes economias mundiais”, demanda a implementação de obrigações acessórias⁷⁶ que permitem o cotejamento de dados informados em declarações, com vistas a conferir a ocorrência do fato gerador. Segundo a Receita Federal, “sem as declarações prestadas e, mais ainda, sem o cruzamento e comparação dessas declarações com informações de terceiros, o sistema do lançamento por homologação não se sustentaria, pois seria impossível que as autoridades fiscais verificassem a matéria tributável” (BRASIL, 2016d, p. 2). Salienta ainda que “inviabilizar o cotejamento com informações prestadas por terceiros é atribuir contornos de presunção absoluta à declaração prestada ao Fisco, fato este que não encontra substrato na realidade” (BRASIL, 2011b, p. 206).

Acerca dos dados bancários informados ao fisco, sustenta que são os mesmos que constam das declarações prestadas, em decorrência das obrigações acessórias, só havendo informação nova em relação ao contribuinte que a omite. Veja-se:

⁷⁴ CTN: Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação (BRASIL, 1966a).

⁷⁵ CTN: Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (BRASIL, 1966a).

⁷⁶ CTN: Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. § 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (BRASIL, 1966a).

Os dados bancários a serem fornecidos à RFB não vão além daquelas contidas em obrigações acessórias para o contribuinte que escritura suas receitas ou declara seus rendimentos em observância às leis societárias e tributárias. Os dados bancários revelam informação nova ao Fisco apenas em relação ao contribuinte que sonega informações, assim como revelam informações novas ao Fisco aquelas obtidas junto a clientes, fornecedores, órgãos de registro de imóveis, de veículos, de embarcações e de aeronaves, quando essas informações não estão registradas na contabilidade ou na declaração de rendimentos entregue anualmente (BRASIL, 2016d, p. 2, grifo do autor).

Vejamos, em termos de números, os dados apresentados pela Receita Federal. Ainda durante a vigência da CPMF, instituída pela Lei 9.311/96 (BRASIL, 1996b) e extinta em 12/2007, a identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações financeiras permitiam que o fisco tivesse acesso a informações semelhantes às apresentadas na Dimof (acesso sistêmico), com base no art. 5º da LC 105/2001⁷⁷. Naquela época, o cruzamento de dados já apontava fortes indícios a justificar uma investigação mais detalhada do fisco em relação a centenas de milhares de contribuintes. Veja-se:

- a) 233.155 pessoas físicas que se declararam como ISENTOS e efetuaram movimentação financeira acima de R\$ 100 mil no ano-calendário 2004, totalizando R\$ 48,8 bilhões;
 - b) 455.311 pessoas físicas OMISSAS na entrega de declaração de imposto de renda e efetuaram movimentação financeira acima de R\$ 50 mil no ano-calendário 2004, totalizando R\$ 57,2 bilhões;
 - c) 47.675 profissionais liberais que no ano-calendário 2006 declararam renda total média de R\$ 26,3 mil e efetuaram movimentação financeira média de R\$ 479,8 mil, totalizando R\$ 22,8 bilhões;
 - d) 13.617 pessoas jurídicas que se declararam INATIVAS no ano-calendário 2004, mas efetuaram movimentação financeira acima de R\$ 500 mil totalizando R\$24,9 bilhões;
 - e) 51.525 pessoas jurídicas OMISSAS na entrega da DIPJ referente ao ano-calendário 2004, mas efetuaram movimentação financeira acima de R\$ 100 mil totalizando R\$ 127,7 bilhões;
 - f) 7.481 pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES que efetuaram movimentação financeira no ano-calendário 2006 acima de R\$ 5 milhões totalizando R\$ 63,9 bilhões, ou seja, média de R\$8,5 milhões.
- Os exemplos acima praticamente se repetem quando analisamos cada ano-calendário isoladamente. A título de ilustração em relação ao ano-calendário 2006, temos 5.683 pessoas físicas OMISSAS na entrega da declaração de imposto de renda e que efetuaram movimentação financeira acima de R\$ 1 milhão, totalizando R\$ 13,2 bilhões, ou seja, média de R\$ 2,3 milhões (BRASIL, ADI 4006, 2008f, p. 7).

Ainda com o intuito de demonstrar a relevância dos dados bancários para a atividade de fiscalização da administração tributária, a Receita Federal apresenta informações decorrentes do cotejamento de dados entre a DIMOF (acesso sistêmico) e as declarações de renda apresentadas pelos contribuintes.

⁷⁷ As informações de movimentações financeiras decorrentes da CPMF, instituída pela Lei 9.311/96, cuja vigência exauriu-se em 31.12.2007, passaram a ser prestadas na DIMOF (BRASIL, 2008a).

Informações prestadas à Receita Federal nos anos-calendários 2009 e 2013 demonstram que determinadas pessoas jurídicas apresentaram diferenças de movimentação financeira igual ou superior a 10 vezes a receita total declarada (BRASIL, 2011b, p. 206-207; BRASIL, 2016d, p. 5).

Tabela 1 - Diferença entre valores declarados e movimentação financeira – PJ

Ano	Quantidade de Pessoas Jurídicas	Movimentação Financeira	Receita Bruta Total	Diferença
2009	21.884	R\$ 1,036 trilhão	R\$ 15 bilhões	R\$ 1,021 trilhão
2013	10.170	R\$ 1,525 trilhão	R\$ 27 bilhões	R\$ 1,498 trilhão

Fonte: (BRASIL, 2011b, 2016d).

Mantendo-se o parâmetro de diferença de 10 vezes entre o rendimento total declarado e a movimentação financeira a crédito para pessoas físicas, obtêm-se a seguinte situação:

Tabela 2 - Diferença entre valores declarados e movimentação financeira – PF

Ano	Quantidade de Pessoas Físicas	Movimentação Financeira	Rendimento Total	Diferença
2009	50.619	R\$ 127,7 bilhões	R\$ 4,5 bilhões	R\$ 123,1 bilhões
2013	28.370	R\$ 188 bilhões	R\$ 6,8 bilhões	R\$ 181,2 bilhões

Fonte: (BRASIL, 2011b, 2016d).

Os números elencados no quadro anterior permitem constatar que os 111.043 contribuintes, pessoas físicas e jurídicas “apresentam indícios relevantes de omissão de receita” (BRASIL, 2016d, p. 6). É dizer, o cruzamento de tais dados somente foi possível em função do art. 5º da LC 105/2001, que permite uma análise entre o valor movimentado pelo contribuinte e os valores declarados. Importante frisar, porém, que nem todos os indícios apurados significam omissão de receita. Fato incontroverso é que determinadas diferenças merecem uma análise mais acurada, uma investigação criteriosa.

O acesso sistêmico permite ao fisco, na execução de sua função de fiscalizar, apurar indícios de irregularidades e efetuar as investigações necessárias de forma eficiente e produtiva. Em uma época em que as transações financeiras virtuais ganham cada vez mais espaço no cenário mundial e diante do crescente volume de contas bancárias – o cadastro de clientes ativos do sistema financeiro nacional variou de 159,7 milhões, em 31/12/2005, para

317,1 milhões, em 31/12/2015,⁷⁸ – o acesso aos dados bancários de forma global e organizada é fundamental, caso contrário, seria como navegar sem rumo, sem direção no mar das movimentações financeiras.

A partir dos indícios apurados, mediante o cruzamento de dados de movimentações financeiras (DIMOF x declarações de renda), foram instauradas, de 2001 a 2015, um total de 44.959 procedimentos de fiscalização, que resultaram num total de crédito lançado de mais de 140 bilhões de reais (BRASIL, 2016d, p. 6). Nesses casos não houve a necessidade de expedição de RMF, uma vez que os dados bancários foram apresentados pelos contribuintes.

Tabela 3 - Crédito tributário lançado por procedimento fiscal sem RMF

Ano	Procedimentos de fiscalização (sem RMF)	Crédito tributário lançado (R\$)	Crédito tributário/por procedimento (R\$)
2015	1.075	8.448.142.620	7.858.737
2014	1.918	13.661.964.102	7.123.026
2013	2.572	11.545.975.045	4.489.104
2012	2.588	8.891.500.536	3.435.665
2011	3.256	9.359.074.313	2.874.409
2010	4.105	12.327.700.865	3.003.094
2009	4.415	15.440.548.106	3.497.293
2008	4.138	10.646.603.439	2.572.886
2007	3.551	15.057.590.048	4.240.380
2006	2.782	8.562.676.755	3.077.885
2005	2.591	7.388.118.884	2.851.455
2004	2.487	7.419.631.824	2.983.366
2003	4.712	6.604.854.050	1.401.709
2002	3.464	3.938.488.565	1.136.977
2001	1.305	1.191.381.339	912.936
Total	44.959	140.484.250.491	3.124.719

Total de RPF MFI iniciados em andamento 1.527 (em 12/02/2016)

Fonte: (BRASIL, 2016d)

⁷⁸ O Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) foi instituído pela Lei 10.701, de 9 de julho de 2003, que incluiu o art. 10A na Lei 9.613/98, e contém as seguintes informações: identificação do cliente e de seus representantes legais e procuradores; instituições financeiras nas quais o cliente mantém seus ativos e/ou investimentos; datas de início e, se houver, de fim de relacionamento. O CCS não contém dados de valor, de movimentação financeira ou de saldos de contas/aplicações. Consideram-se correntistas e clientes as pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no País ou no exterior, que detenham a titularidade de contas de depósitos ou ativos financeiros sob a forma de bens, direitos e valores mantidos ou administrados nas referidas instituições (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2016).

Em relação aos contribuintes que se recusaram a apresentar informações sobre movimentações financeiras, no período de 2001 a 2015, foram emitidas 93.045 RMF's. Dentre essas, 20.565 deram origem ao lançamento de crédito tributário no montante superior a R\$ 94 bilhões (BRASIL, 2016d, p. 6).

Tabela 4 - Crédito tributário lançado por procedimento fiscal com RMF

Ano	Procedimentos de fiscalização (com RMF)	Crédito tributário lançado	Crédito Tributário/por procedimento
2015	716	R\$ 9.491.172.543,88	R\$ 13.255.827,58
2014	1.124	R\$ 10.393.858.218,04	R\$ 9.247.204,82
2013	1.377	R\$ 11.737.471.885,78	R\$ 8.523.944,72
2012	1.445	R\$ 7.390.917.843,53	R\$ 5.114.822,04
2011	1.568	R\$ 6.425.143.923,63	R\$ 4.097.668,32
2010	1.965	R\$ 8.031.285.862,00	R\$ 4.087.168,38
2009	2.040	R\$ 9.174.308.914,00	R\$ 4.497.210,25
2008	1.678	R\$ 5.400.656.256,00	R\$ 3.218.507,90
2007	1.598	R\$ 8.211.285.569,00	R\$ 5.138.476,58
2006	1.327	R\$ 5.517.503.904,00	R\$ 4.157.877,85
2005	1.183	R\$ 3.670.338.899,00	R\$ 3.102.568,81
2004	1.004	R\$ 3.210.654.458,74	R\$ 3.197.863,01
2003	1.776	R\$ 3.482.827.330,00	R\$ 1.961.051,42
2002	1.322	R\$ 2.059.483.858,79	R\$ 1.557.854,66
2001	442	R\$ 282.476.988,16	R\$ 639.088,21
Total	20.565	R\$ 94.479.386.454,55	R\$ 4.594.183,64

Fonte: (BRASIL, 2016d)

Veja-se que o crédito lançado por procedimento fiscal com emissão de RMF (Tabela 4) supera o crédito tributário lançado por procedimento fiscal sem emissão de RMF (Tabela 3), exceto em 2001, ano de edição da LC 105. Tal fato demonstra que o montante movimentado pelos contribuintes que se recusaram a apresentar as informações – cujas origens não foram comprovadas ou, se comprovadas, não foram oferecidas à tributação – é maior do que o movimentado pelos contribuintes que as apresentaram espontaneamente, ainda que tenham incorrido na mesma infração.

Os dados a seguir demonstram que o crédito tributário lançado de ofício nos últimos dez anos, incluídas as pessoas físicas e jurídicas, decorrente de movimentação financeira,

representa, em média, 19% do crédito tributário total lançado por ano pela Receita Federal.

Tabela 5 - Percentual do crédito lançado decorrente de movimentação financeira em relação ao total dos demais créditos lançados de ofício (Valores em R\$ bilhões)

Ano	Crédito lançado - informações financeiras			Total geral de crédito tributário lançado	% dos créditos decorrentes de movimentação financeira no total geral lançado
	Sem RMF	Com RMF	Total		
-	A	B	C= A +B	D	C/D X100
2015	8,45	9,49	17,94	121,34	14,78%
2014	13,66	10,39	24,06	144,23	16,68%
2013	11,55	11,74	23,28	181,22	12,85%
2012	8,89	7,39	16,28	109,92	14,81%
2011	9,36	6,43	15,78	101,90	15,49%
2010	12,33	8,03	20,36	84,62	24,06%
2009	15,44	9,17	24,61	85,72	28,71%
2008	10,65	5,40	16,05	66,49	24,13%
2007	15,06	8,21	23,27	77,32	30,10%
2006	8,56	5,52	14,08	54,44	25,86%
Total	113,94	81,77	195,72	1.027,20	19,05%

Fonte: (BRASIL, 2016d)

Desde a edição da LC 105/2001 até 31/12/2015, segundo a Receita Federal, foram emitidas 93.045 RMF, conforme elencado a seguir. O Órgão afirma ainda que tanto nos casos de emissão de RMF, quanto nos casos em que o contribuinte apresentou a documentação financeira espontaneamente, não “houve o vazamento de informações bancárias para o público ou mídia o que demonstra a excepcional eficiência no controle e sigilo das informações bancárias” (BRASIL, 2016d, p. 7). Ao contrário disso, nas investigações judiciais, como a Operação Lava Jato e outras, o vazamento tem sido comum, conforme registrado anteriormente⁷⁹.

⁷⁹ Veja-se a manifestação do Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal acerca de vazamento de informações na operação Lava Jato: "Não se pode brincar com esse tipo de coisa. Tem-se um processo oculto, pede-se sigilo, mas divulga-se para a imprensa. Isso é algo grave, não se pode cometer esse tipo de coisa. Isso é uma brincadeira com o Supremo. É preciso repudiar isso de maneira muito clara" (FABRINI; MACEDO; AFFONSO, 2015; BRÍGIDO, 2016; BRASIL, 2016g).

Tabela 6 - RMF's expedidas de 2001 a 2015

RMF's expedidas 2001 a 2015					
Ano	Quant.	Ano	Quant.	Ano	Quant.
2015	2.497	2010	8.491	2005	6.294
2014	3.807	2009	8.830	2004	4.930
2013	3.714	2008	9.638	2003	5.318
2012	5.307	2007	8.023	2002	6.195
2011	6.578	2006	5.855	2001	7.568
Total	21.903	Total	40.837	Total	30.305
Total Geral			93.045		

Fonte: (BRASIL, 2016d)

Observe-se que, caso o art. 6º tivesse sido declarado inconstitucional pelo STF, no sentido de ser necessário instaurar um processo judicial, a permanecer o mesmo quadro de atuação do fisco, seria o equivalente a 93.045 requisições judiciais, o que movimentaria a Procuradoria da Fazenda Nacional e as varas da Justiça Federal, podendo chegar até ao STF. É dizer, seriam, em média, 6203 ações ajuizadas por ano nas varas da Justiça Federal (BRASIL, 2016d, p. 7).

2.7 Síntese do capítulo

Após a visão geral do histórico do sigilo bancário, sua origem, seus fundamentos, suas teorias explicativas, e, principalmente, o histórico legislativo do tema – Lei 4.595/64 (BRASIL, 1964a), CTN e LC 105/2001 (BRASIL, 2001c), bem como a demonstração com números sobre a importância das informações financeiras para a administração tributária, a questão de fundo é: andou bem o STF ao declarar a constitucionalidade da LC 105/2001 que permitiu o acesso aos dados bancários do contribuinte, sem a prévia autorização judicial?

Conforme salientado na Introdução desta dissertação, o objetivo deste capítulo é preparar o terreno para o debate doutrinário e jurisprudencial que será travado, nos capítulos seguintes. Vejamos a seguir alguns pontos.

Enquanto o sigilo bancário protege o cidadão contra a divulgação de dados que se encontram nas instituições financeiras, o sigilo fiscal protege o contribuinte contra a divulgação, pelo fisco, de informações acerca de sua situação econômica ou financeira. São duas espécies de sigilo “em crescente interação” (LOBO TORRES, 2011, p. 147), mas com

regramentos próprios.

Nessa linha, verificamos que a Lei 4.595/64, primeira lei a regular de forma específica o sigilo bancário, assentou no art. 38, § 5º que a autoridade fiscal da União e dos Estados poderia examinar documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houvesse processo instaurado e tais exames fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Entretanto, prevaleceu o entendimento no sentido de que o processo deveria ser judicial e não administrativo, ainda que o CTN viesse a regular de forma diferente nos arts. 195 e 197; mas, no ponto, foi invocado o sigilo profissional dos bancos.

Pois bem, em 2001, foi editada a LC 105/2001 que permitiu o livre acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, mediante os acessos sistêmico e indispensável.

Tendo em vista que o sigilo bancário deve ser regulado por lei complementar específica, ante o regramento previsto no art. 192 da CRFB/88, o que pretendeu a LC 105/2001, ao revogar o art. 38 da Lei 4.595/64, foi tratar o tema – sigilo bancário – de forma ampla, bem como lançar luzes sobre os pontos obscuros outrora apontados.

Neste novo cenário, o questionamento com maior número de adeptos a rechaçar o acesso aos dados bancários pela administração tributária, sem reserva de jurisdição, caminha na trilha da teoria da constituição, que defende o assento constitucional para o sigilo bancário, seja com amparo no direito fundamental à inviolabilidade da privacidade ou intimidade (art. 5º, inciso X, CRFB/88), seja com amparo no sigilo de dados (art. 5º inciso XII, CRFB/88). Tal qual no passado, os defensores da referida teoria entendem que tal acesso somente pode ocorrer mediante autorização judicial.

3 ACESSO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA AOS DADOS BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE: CORRENTES DOUTRINÁRIAS

3.1 Introdução

O sigilo bancário é “um tema antigo, mas nunca esquecido (OLIVEIRA, 2011, p. 291), e sempre controverso, complementamos. Daí, o motivo de o referido tema ter sido objeto de estudo em inúmeros artigos e obras nas últimas décadas. Recentemente, porém, a controvérsia teve um posicionamento aparentemente definitivo no Poder Judiciário. Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o acesso da administração tributária às movimentações financeiras do contribuinte, sem prévia autorização judicial.

Antes de analisarmos a jurisprudência do STF, tema central do capítulo 5, abordamos, neste capítulo, as duas principais correntes existentes na doutrina brasileira, espanhola e portuguesa, em relação ao tema, as quais gravitam em torno da garantia constitucional do direito à intimidade, à privacidade e ou ao sigilo de dados.

Inicialmente, discorreremos sobre a intimidade e privacidade na visão de alguns autores brasileiros, o suficiente para demonstrar que a linha divisória entre os dois direitos é tênue e, não raramente, a depender do caso, muito difícil de ser visualizada, o que leva autores como José Afonso da Silva (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013) a adotarem um conceito amplo de privacidade, de forma a abarcar, também, a concepção de intimidade, conceito esse adotado por nós.

A seguir, apresentamos os principais argumentos da corrente defendida por autores como Arnoldo Wald (1998), Ives Gandra Martins (1989, 2000, 2011), José Augusto Delgado (2011), Miguel Reale Júnior e Ives Gandra da Silva Martins (2005), Misabel de Abreu Machado Derzi (2001), entre outros, no sentido de que o sigilo bancário é um direito fundamental com amparo no art. 5º da CRFB/88, seja no inciso X (sigilo de dados), seja no inciso XII (intimidade e privacidade), e, em consequência, o acesso da administração tributária às movimentações financeiras do contribuinte somente poderia ocorrer mediante prévia autorização judicial.

Em seguida, apresentamos o posicionamento de autores como Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011), José Luís Saldanha Sanches e João Taborda da Gama (2011), Ricardo Lobo Torres (2005, 2007, 2011), entre outros, os quais defendem o acesso da administração às movimentações financeira, sem prévia autorização judicial. Interessante observar dentre

esses autores, que, enquanto alguns defendem que o sigilo bancário não encontra guarida constitucional, portanto, bastaria uma autorização legal para o livre acesso do fisco, outros, ao revés, entendem que o sigilo bancário faz parte da intimidade do contribuinte, o que não inviabiliza o acesso do fisco a determinadas informações, seja porque deve haver uma ponderação de normas constitucionais, seja porque tais dados estão fora do núcleo rígido de proteção do direito à intimidade e/ou privacidade.

O tópico, a seguir, versa sobre a configuração constitucional do direito à intimidade e à privacidade econômica no direito espanhol.

Com base nas palavras da professora espanhola Esther Bueno Gallardo (2009), abordamos o aspecto material e jurídico do direito à intimidade e o poder da administração tributária de acessar dados financeiros.

Mais adiante, tratamos da teoria do suporte fático amplo defendida pelo professor da USP, Virgílio Afonso da Silva (2014). De acordo com essa teoria, qualquer exclusão *a priori* do direito fundamental à intimidade ou privacidade deve ser rejeitada; ao revés, qualquer ação, conduta, que tenha um mínimo de relação com tal direito deve fazer parte do seu âmbito de proteção *prima facie*. Entretanto, se o bem jurídico sob proteção constitucional sofrer uma intervenção estatal fundamentada constitucionalmente, o que pode haver é uma restrição permitida e não necessariamente uma violação de direito fundamental.

Por fim, com base na teoria do suporte fático amplo, e tendo em vista um conceito amplo de privacidade que abarca a intimidade, e também sob as luzes do conceito de privacidade econômica de Esther Bueno Gallardo (2009), apresentamos nosso posicionamento no sentido de que os dados bancários fazem parte da intimidade e/ou privacidade do contribuinte, mas podem sofrer restrições, as quais encontram justificativas constitucionais, nos princípios da eficiência, capacidade econômica e igualdade tributária, entre outros. Daí, não há que se falar em violação de direito fundamental, mas sim em restrição constitucionalmente permitida e fundamentada.

3.2 Intimidade e privacidade dos dados bancários

Com o advento da Carta de 1988, a maior parte da doutrina brasileira vislumbra o sigilo bancário com dupla proteção constitucional⁸⁰: “proteção geral da intimidade e da vida

⁸⁰ No mesmo sentido André Terrigno Barbeitas (2003, p. 20).

Registre-se que a Proposta de Emenda à Constituição n. 139, de 1984 (alteração da PEC 11/1984), de autoria do Dep. Estevam Galvão, PDS/SP, propunha incluir o sigilo bancário no rol dos direitos e garantias

privada, constante do artigo 5º, X, e a inviolabilidade dos dados prevista no mesmo artigo, inc. XII”, posicionamento que é compartilhado pelo STF e STJ⁸¹ (BARROSO, 2002, p. 213, 214).

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; (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Vejamos o que significa intimidade para alguns autores.

Para a Ministra do STF Cármen Lúcia Antunes Rocha (2003), “privacidade opõe-se à publicidade”, é o direito do indivíduo “de manter sob sua esfera de decisão, nos termos do direito vigente [...], o conhecimento de dados relativos à sua pessoa, sejam eles referentes à sua intimidade, a seus bens, opções pessoais, profissionais, patrimoniais, ou quaisquer fatos que respeitem sua vida” (ROCHA, 2003, p. 16). Veja-se que a autora adota um conceito amplo de privacidade, que abarca, inclusive, o conhecimento de informações sobre bens patrimoniais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997), na mesma linha, e sem deixar de lançar críticas ao constituinte originário, pondera:

É difícil distinguir conceitualmente entre intimidade e vida privada (na verdade, nesta Constituição, é praticamente impossível aplicar a regra segundo a qual num texto jurídico existem palavras inúteis). Vida privada, como é óbvio, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim, é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. A vida privada é a que se

individuais mediante a alteração do §9º do art. 153 da CRFB/67-69 nos seguintes termos: Art. 153. [...] § 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. Alteração proposta: § 9º É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base impenível para a tributação. A justificativa para tal emenda foi no sentido de considerar a conta bancária como extensão da residência do indivíduo, uma vez que ao invés de guardar o dinheiro num compartimento reservado, (cofre, gaveta, etc.) de sua moradia, o indivíduo prefere depositá-lo em um estabelecimento bancário, seja por questão de praticidade ou de segurança. A PEC não foi aprovada.

⁸¹ STF: Voto do Min. Marco Aurélio no julgamento do (BRASIL, MS 21.729-DF, 2001e, p. 33, Rel. o próprio Min. Marco Aurélio), (BRASIL, RE 219.780-5-PE, 1999c) Rel. Min. Carlos Velloso), (BRASIL, REsp 37.566-5-RS, 1994a, Rel. Min. Demócrito Reinaldo). A jurisprudência do STF acerca do sigilo bancário será abordada no capítulo 5.

desenvolve fora das vistas da comunidade. É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente, ao grupo familiar. (FERREIRA FILHO, 1997, p. 35)

José Afonso da Silva (2010) atribui ao “direito à privacidade” um sentido “genérico e amplo”, de forma a englobar todas as “manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade” elencadas no texto constitucional. Privacidade, portanto, seria

o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controlo, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo. (SILVA, 2010, p. 102-103)

Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013) observam que no direito constitucional brasileiro há autores que traçam uma distinção no sentido de que o direito à privacidade “trataria de reservas de comportamento e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, incluindo relações comerciais e profissionais”, e o direito à intimidade “guardaria relação com a proteção de uma esfera mais íntima da vida do indivíduo, envolvendo relações familiares e suas amizades etc.” Os autores encontram dificuldades em sustentar tal distinção, “especialmente em virtude da fluidez entre as diversas esferas da vida privada (incluindo intimidade)”; assim, também adotam uma noção ampla de direito à privacidade de forma a incluir a intimidade no seu âmbito de proteção (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 405). Por fim, salientam que o principal critério de determinação do referido direito à privacidade deve ser material e não formal:

Com efeito, ao passo que, numa perspectiva estritamente formal, privado (ou íntimo) seria tudo aquilo que uma pessoa decide excluir do conhecimento alheio, de tal sorte que o âmbito de proteção da privacidade seria variável consoante a particular visão do titular do direito, de um ponto de vista material o direito à privacidade cobre os aspectos da vida pessoal que, de acordo com as pautas sociais vigentes, costuma ser tido como reservado e indisponível ao legítimo interesse do Estado e de terceiros, especialmente tudo que tiver de ficar oculto para assegurar ao indivíduo uma vida com um mínimo de qualidade. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 408).

Em estudo do direito à intimidade e à vida privada, José Adércio Sampaio Leite, após comparar os institutos em vários países, critica a tendência brasileira de conceituar “intimidade e vida privada indistintamente, embora alguns ressaltem ser aquela um extrato

mais restrito desta”. Destaca, “sem embargo de seus respeitáveis defensores”, a necessidade de se fazer a distinção entre as duas expressões a partir do direito comparado⁸², e da matriz etimológica⁸³, “sem olvidar ainda o discrimen feito pela disposição constitucional consagradora de um geral direito à vida privada e à intimidade: ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada [...]’ (art. 5º, X, CRFB)” (LEITE, 1998, p. 273).

Segundo o citado autor, as dificuldades em conceituar o direito à intimidade e à vida privada repousa nos “fatores culturais e sociais interferentes na metódica que se pretenda apta a fornecer um conceito universal”, bem como no “caleidoscópio”, ou seja, no “amálgama em que se traduzem, no seio de uma sociedade industrial e informatizada, as múltiplas acepções de intimidade” (LEITE, 1998, p. 262).

Para José Adércio Sampaio, o direito à vida privada “desafia uma compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade”, cujo conteúdo agrega componentes como: “liberdade sexual; liberdade da vida familiar; intimidade”, bem como “intercessões com o ‘direito à vida’, no chamado ‘direito a morrer’ e com um plexo amplo de ‘segurança’, liberdade ambulatoria, e mesmo propriedade na denominada liberdade de domicílio” (LEITE, 1998, p. 274, 277, 352).

O direito à intimidade, por sua vez, parte integrante da vida privada, “constitui-se num conjunto de faculdades, consistentes na seletividade de informações que ingressam no campo de percepção individual e de controle sobre aquelas que dela partam.” É o que autor chama de controle dos “*inputs*” – direito *prima facie* “de controlar impressões sensitivas advindas do exterior” – e “*outputs*” – direito *prima facie* “de controlar informação sobre ele mesmo, decidindo quando, como, em que extensão e para que finalidade tais informações serão conhecidas pelos outros” (LEITE, 1998, p. 364; 368; 375).

Em síntese, o autor propõe a seguinte distinção: “*vida privada* como autodeterminação da existência própria, autodefinição pessoal, sexual e familiar”; e, por sua vez, “*intimidade* como um de seus aspectos, relativos a informações pessoais: seu controle em diversos instantes: da coleta ao uso, na perspectiva tensa da interação social, comunicativa, e do recolhimento, aí sim, do recato e da solidão” (LEITE, 1998, p. 28).

⁸² Conferir as distinções entre intimidade e privacidade no Direito Comparado em (LEITE, 1998, p. 270-274).

⁸³ Diferenças etimológicas entre os conceitos de intimidade e vida privada: “intimidade deriva do latim *intimus* que significa “íntimo, mais recôndito”, “interior”, enlaçando-se ainda com a idéia de “segredo” e “confiança”; daí falar-se em *amici intimi* (amigos íntimos) e *intimus consiliis eorum* (confidentes de seus segredos), *intima milita* (amizade íntima). *Privatus* deu origem a *privacy*, *privée*, *privatezza*, *privato* e privado (vida privada), significando originariamente “privado”, “particular”, “próprio”, “pessoal”, “individual””. (LEITE, 1998, p. 268).

Os posicionamentos anteriores demonstram que a linha divisória entre a intimidade e privacidade é tênue e, não raramente, a depender do caso, muito difícil de ser visualizada, como revela Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997). Tanto que autores como José Afonso da Silva (2010, 2014) e Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013) adotam uma expressão ampla de privacidade de forma a englobar também a intimidade.

Reconhecida a dificuldade em diferenciar privacidade e intimidade⁸⁴, para nós, vida privada refere-se ao que é particular, em oposição ao que é público, e abarca o conceito de intimidade, que se encontra em um espaço mais restrito da privacidade. Entretanto, a controvérsia a ser analisada nesta dissertação não reside em diferenciar privacidade de intimidade, mas sim aferir se o acesso do fisco aos dados bancários, sem prévia autorização judicial, viola o direito fundamental da intimidade, da privacidade, ou do sigilo de dados. Independentemente de se adotar um conceito mais ou menos amplo de privacidade, tal discussão não representa um óbice, porquanto, para nós, as movimentações financeiras integram a privacidade do contribuinte no sentido amplo, que abarca inclusive a intimidade, o que não significa dizer que tais direitos fundamentais, privacidade ou intimidade, estejam imunes a restrições ou intervenções do Estado. Não, não é o caso. Entendemos que tal restrição é possível sim, conforme veremos mais adiante neste capítulo.

A seguir, vejamos os posicionamentos contra e a favor do acesso do fisco aos dados bancários, sem prévia autorização judicial.

3.3 Corrente doutrinária contra o acesso do fisco aos dados bancários sem prévia autorização judicial.

Ives Gandra da Silva Martins (2000), um dos defensores da corrente que exige a prévia autorização judicial, para que o fisco tenha acesso aos dados bancários do contribuinte, expõe que “raramente na história humana a tributação foi justa, na medida em que o cidadão paga tributo ao Estado para que este lhe preste serviços. Parte, porém, do que paga é destinada a custear os privilégios e a manutenção dos detentores do poder”, motivo pelo qual, arremata o autor, “a norma tributária é necessariamente uma norma de rejeição social, em face de ser a carga tributária sempre maior do que a necessária para a sustentação

⁸⁴ Ante a dificuldade em diferenciar ambos os institutos, o legislador constituinte da CRFB/88 optou por garantir tanto o direito à intimidade, quanto o direito à vida privada, como forma de incluir todas os elementos implícitos em cada um deles (FREGADOLLI, 1998, p. 41;46).

dos privilégios de políticos e burocratas ” (MARTINS, 2000, p. 46).

Partindo da premissa de que “o poder é necessariamente corrupto” e, sob uma visão histórica, que “o povo sempre serviu mais aos detentores do poder que estes ao povo, sendo a corrupção e a má administração pública o corolário necessário da história, em todos os espaços geográficos”, Ives Gandra da Silva Martins (2000) pontua que o modelo ideal de política tributária, “esbarra na certeza de que, na prática, a teoria é sempre outra, e quem tem o poder de tributar sempre tributa mal, o mais das vezes sem qualquer respeito aos direitos individuais, o que exacerba a litigiosidade entre Fisco e Contribuinte ” (MARTINS, 2000, p. 47).

Com efeito, continua o autor, o legislador constituinte houve por bem inserir os direitos dos contribuintes entre as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV⁸⁵) da Constituição Federal, os quais, na maioria das vezes, são violentados pelas “autoridades, que buscam arrecadação a qualquer custo para enfrentar crônicos déficits das más administrações públicas” (MARTINS, 2000, p. 48).

Portanto, o sigilo bancário figura como espécie do gênero sigilo de dados e está sob a proteção dos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88, os quais asseguram a preservação da intimidade, da privacidade e dos dados. É dizer, o “sigilo bancário é uma defesa da privacidade, entendida esta como elemento da personalidade, que não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também a externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais.” (MARTINS, 2000, p. 66; MARTINS, 2011, p. 88, 89). Nesse sentido, “nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a quebra do sigilo de dados, visto que a referência a autorização judicial do art. 5º, X e XII, diz respeito à comunicação telefônica e não ao sigilo de dados. ” Não obstante, aceita tal restrição, desde que com reserva de jurisdição (MARTINS, 2000, p. 67).

Ademais, continua o autor, se as autoridades tributárias “têm indícios fortes de ilícitos tributários, podem obter a quebra mediante autorização judicial, se não têm, não há porque permitir vasculhem a intimidade de pessoas cuja privacidade é assegurada pela Constituição em verdadeiras *fishing explorations*” (MARTINS, 2000, p. 73).

Ao comparar o sistema anterior e o posterior à LC 105/2001, o autor anteriormente citado afirma, de forma incisiva, que o novo mandamento legal complementar não tem por objetivo coibir a sonegação, mas sim afastar o Poder Judiciário, “julgador moderado” da análise da quebra do sigilo. Vejamos:

⁸⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

[...] a Lei Complementar nº 105/2001 não foi endereçada ao sonegador, mas exclusivamente contra o Poder Judiciário para afastá-lo como julgador moderado, abrindo campo para uma certa dose de arbítrio, que o governo deseja ter para cobrir sua incapacidade em cortar despesas, em uma Federação maior do que o PIB e em que as autoridades não primam pela boa gestão da coisa pública.

[...]

Ora, o que a nova lei pretendeu foi afastar o Poder Judiciário deste exame preliminar, outorgando, exclusivamente, à Receita o direito de invadir a privacidade das pessoas independente da participação do Poder Judiciário.

[...]

[...]A sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os instrumentos legais antes existentes. O que não se pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inciso XXXV do art. 5º da C.F. proíbe.

Parece-me, pois, que a questão é, pois, meramente jurídica. A lei complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º incisos X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo — proteção que nunca teve — mas impedir o Poder Judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco. [...] (MARTINS, 2011, p. 93).

Ao amparo da teoria tripartida de Montesquieu, no sentido de que “é necessário que o poder controle o poder, porque o homem não é confiável no poder, algo que acompanha a história narrada do ser humano, desde os primeiros tempos,” Ives Gandra da Silva Martins (2011) aponta que “não se deve, pois, dar a quem tem poder o direito de ser árbitro de suas próprias decisões”, no caso o fisco, afinal, “como diz Lord Acton: o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente. Nesse sentido, “nada mais lógico que um poder neutro, o Poder Judiciário, “para que se reduza ao mínimo, as injustiças tributárias e o arbítrio fiscal, sempre possível no campo da imposição” (MARTINS, 2011, p. 97, 98).

Por fim, arremata que as operações bancárias devem ser preservadas com o sigilo assegurado pela Constituição, de forma a garantir as relações jurídicas realizadas no âmbito do sistema financeiro. “O acesso indiscriminado gera *insegurança* e o que é pior, em época de globalização da economia, *transferência* de investimentos, que poderiam ser realizadas no Brasil, para outros países, onde o sigilo é preservado, como ocorre na maior parte das nações civilizadas⁸⁶” (MARTINS, 2011, p. 92).

O sigilo de dados, segundo Misabel Abreu Machado Derzi (2001), novidade no rol dos direitos e das garantias individuais previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XII), representa um “desdobramento do direito fundamental à privacidade (art. 5º, X)”, o qual também consta do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948. Referido instituto contrapõe-se ao “público-político, que é dominado pelos princípios da transparência, da publicidade e da igualdade;” bem como ao “social-privado”,

⁸⁶ Registre-se que a tendência nas maiores economias do mundo, na atualidade, é exatamente o contrário, ou seja, não haver sigilo bancário perante o fisco. Conferir capítulo 4.

que, na atualidade, “rege-se pelo princípio da diferenciação, da exclusividade e da faculdade de resistir ao devassamento, de negação de comunicação” (DERZI, 2001, p. 298, 299).

A Lei Complementar 105/01, continua a autora, contraria a “jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece o direito ao sigilo bancário como direito fundamental”, uma vez que

1. concede o livre acesso às informações e às contas bancárias dos contribuintes, às Administrações tributárias, *sem a necessária intervenção judicial e sem notificação obrigatória ao contribuinte interessado*;
2. **ofende, com isso, o direito à privacidade, consagrado no art. 5º, X, da Constituição Federal;**
3. **ferre, também, o direito ao devido processo legal** (art. 5º LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes");
4. **fragiliza o sistema financeiro nacional**, por meio do possível incremento dos negócios paralelos e da dolarização;
5. **estimula a fuga de capitais para outras praças** que ofereçam mais segurança e, o que é mais grave, dificulta duramente a recuperação de bens, recursos e valores, que sejam fruto da ilicitude (DERZI, 2001, p. 291, 292, grifo do autor)

De acordo com Arnaldo Wald (1998), o segredo na atividade bancária pode ser analisado “sob três ângulos: o interesse do cliente na sua relação com a instituição financeira; o interesse do banco em atuar com discrição para ganhar a confiança da população e captar recursos e o interesse social na existência de um bom e eficiente sistema bancário” (WALD, 1998, p. 15).

O cidadão tem direito a manter em sigilo as informações sobre sua vida financeira obtidas pelos bancos, **o que está ligado ao direito à privacidade, constitucionalmente protegido. A instituição bancária tem direito de manter segredo** dos dados de seus clientes, pois a discrição faz parte do seu fundo de comércio, sendo uma forma de obter a confiança de terceiros. Também é obrigação do banco não noticiar as operações realizadas, correspondendo ao direito já mencionado do cliente. **O sigilo bancário interessa, ainda, à sociedade, porque proporciona o bom funcionamento do sistema financeiro e o desenvolvimento da economia do país** (WALD, 1998, p. 15, grifo nosso).

“O sigilo bancário é o meio para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da conta corrente bancária e das aplicações financeiras” Nesse sentido, a inviolabilidade de tais informações é “instrumento que permite a existência da vida privada e da intimidade, afastando a discricionariedade e o arbítrio de autoridades e de terceiros” (WALD, 1998, p. 21).

Segundo Arnaldo Wald (1998), se por um lado o sigilo bancário assume as funções de “tutelar a privacidade e a intimidade do cidadão, proteger a atividade das empresas e das

instituições financeiras e proporcionar um eficiente sistema bancário”, por outro, gera problemas que “extrapolam os interesses isolados de cada nação, pois se objetiva abolir a proteção aos recursos obtidos com o narcotráfico e com o terrorismo e combater a denominada ‘lavagem de dinheiro’”, principalmente nos países considerados paraísos fiscais, cujos sistemas financeiros “não se preocupam com a origem do dinheiro, facilitando a movimentação de quantias provenientes da prática de atos ilícitos” (WALD, 1998, p. 17).

Nesse “conflito entre o segredo e a necessidade de transparência das operações financeiras”, há de prevalecer o interesse social, o qual é superior ao individual, tendo em vista que algumas informações financeiras são essenciais para a apuração de ilícitos tributários, financeiros e penais. “Todavia, as restrições devem ser legalmente estabelecidas e a revelação de informações financeiras somente poderá ocorrer com a instauração de processo judicial, no qual estará garantido o contraditório e a ampla defesa” (WALD, 1998, p. 16, 25).

É inquestionável a relatividade do direito ao sigilo bancário. Entretanto, **para que se possa ter o acesso às informações privadas deve existir uma razoável justificativa e a instauração de processo que garanta a ampla defesa e o contraditório.** O direito à privacidade que está atrelado ao segredo não pode ser violado arbitrariamente. [...] A exigência de um processo que autorize a quebra do sigilo obedece ao disposto no art. 5º, inc. LIV, da CF, o qual dispõe que “**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**” e inibe a arbitrariedade e a discricionariedade das autoridades.

A possibilidade de conhecimento da movimentação financeira deve ser analisada casuisticamente, de acordo com os fatos e circunstâncias concretas. É importante frisar que o segredo na atividade bancária é a regra, sendo que a exceção é sua ignorância, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente. Também é preciso estabelecer quais são os dados relevantes para a descoberta da verdade.

[...]

Não se nega a importância da transparência de certas situações para a investigação de atos criminosos, mas não ao ponto de sacrificar, indistintamente, os direitos individuais do cidadão. Assim, **defende-se a possibilidade de conhecer a movimentação financeira do investigado, desde que isto seja feito através de decisão judicial**, a qual emana da dialética própria do direito processual, garantindo ao cidadão a possibilidade de defesa, afastando a discricionariedade e arbitrariedade dos burocratas e o retrocesso ao sistema inquisitório (WALD, 1998, p. 26, 17).

Nessa linha, Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins (1998) entendem que permitir ao fisco o acesso aos dados confidenciais das instituições financeiras, sem intermediação do Poder Judiciário, “além de constituir heresia jurídica⁸⁷, por violar frontalmente a Constituição, pode ser entrave sério ao desenvolvimento econômico do país e

⁸⁷ Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins (2005) aceitam a intervenção do Poder Judiciário, por se tratar de um “poder neutro e imparcial”, de forma a temperar o rigor do sigilo de dados em face do arbítrio do fisco. (REALE; MARTINS, 2005, p. 22).

à manutenção do adequado fluxo de capital estrangeiro do qual necessitamos⁸⁸ (WALD; MARTINS, 1998, p. 47).

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins (2005), ao tratarem especificamente do acesso sistêmico⁸⁹, que permite à Receita Federal acessar o montante global mensal movimentado pelo contribuinte, sem reserva de jurisdição, lançam críticas ácidas, por entenderem que todos os contribuintes honestos foram equiparados aos sonegadores e narcotraficantes, uma vez que seus rendimentos, a partir de então, estão na malha dos “guardiões do sigilo bancário”, as autoridades tributárias da Receita Federal que, por sinal, não prezam pelo sigilo das informações recebidas (REALE; MARTINS, 2005, p.23). Vejamos:

Uma pessoa que ganhe salário mínimo e que, durante anos a fio, tenha economizado centavos, chegando a possuir uma caderneta de poupança pouco superior a 5.000 reais, se quiser dela retirar seu investimento, para efeito, por exemplo, de adquirir algum bem duradouro, passará a estar nas malhas dos novos “guardiões” do sigilo bancário, que são os agentes fiscais da Receita Federal, os quais, diga-se de passagem, não primam pela eficiência na preservação das informações recebidas dos contribuintes. [...]

A medida instituída pelo decreto em comento [Decreto 4489/2002], transforma todo contribuinte brasileiro, por mais honesto que seja, em figura idêntica à do sonegador ou do narcotraficante, visto que se a LC 105/01 permite apenas, nestes casos, a quebra de sigilo, o novo decreto declara que tal sigilo é automaticamente rompido, em face apenas do montante objeto da movimentação bancária. À nitidez, o decreto nivelou todos os contribuintes brasileiros àqueles que a LC 105/01 tinha por violadores da legislação tributária ou penal (REALE; MARTINS, 2005, p. 22, 23).

Salientam ainda que o acesso sistêmico “outorgou à Receita Federal poderes de possível utilização arbitrária”, bem como “pune os bons contribuintes, deles retirando qualquer garantia, visto que sempre dependerão dos humores da fiscalização, pródiga em ofertar à lei distorcida interpretação. É que o Fisco – até por dever de ofício – sempre tem por ‘suspeitos’ todos os cidadãos (REALE; MARTINS, 2005, p. 23).

Para José Augusto Delgado, ex-Ministro do STJ, o direito à intimidade e privacidade integram “os direitos da personalidade e visam a proteger o direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações de quaisquer espécies, dos dados computadorizados, do sigilo bancário”. Tal concepção tem por objetivo “garantir ao homem o mínimo capaz para que lhe seja assegurada sua condição humana, protegendo-o de ingerências alheias, como apregoa a Conferência Nórdica sobre o Direito à intimidade,

⁸⁸ Tal posicionamento revela-se, na atualidade, contrário ao posicionamento das maiores economias do mundo, uma vez que a transparência ocupa cada vez mais espaço; conferir capítulo 4.

⁸⁹ Acerca do acesso sistêmico, cuja base legal é o art. 5º da LC 105/2001 e Decreto 4.489/2002, conferir capítulo 2, tópico 2.4.

realizada em Estocolmo, na data de maio de 1967” (DELGADO, 2011, p. 562).

Pontua ainda que a quebra do sigilo bancário, direito fundamental protegido pela Constituição, deve ser exercida pelo Poder Judiciário, uma vez que seus membros “são revestidos da garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos” e também “estão protegidos por independência absoluta em relação ao poder interessado na cobrança do tributo e, conseqüentemente, no resultado a ser obtido pela ação fiscal” (DELGADO, 2011, p. 572, 573).

Para Kiyoshi Harada, o sigilo bancário é uma “espécie do sigilo da comunicação de dados”, com fundamento constitucional no inciso X do art. 5º da CRFB/88 “a fim de resguardar o direito à intimidade e à vida privada [...], garantia fundamental protegida por cláusula pétrea. (HARADA, 2011, p. 336, 349). Entende ainda que as informações obtidas mediante o acesso sistêmico “não implicam quebra dos sigilos bancário e fiscal”, uma vez que, em relação ao montante global movimentado, é vedada a identificação da origem ou natureza dos gastos efetuados (HARADA, 2011, p. 348). Já em relação ao acesso indispensável, o mesmo autor o considera “inconstitucional por atentar contra a garantia da privacidade prevista no art. 5º, X, da CF, só passível de flexibilização por decisão, caso a caso, do Poder Judiciário, único órgão revestido da indispensável característica de imparcialidade” (HARADA, 2011, p. 350).

Segundo Sacha Calmon Navarro Coêlho (2012), o sigilo bancário é um desdobramento do “núcleo essencial do direito à privacidade e à intimidade” (art. 5, X e XII, da CRFB/88) que “configura liberdade de negação, direito de resistência e de oposição do contribuinte à divulgação dos dados pessoais” (COÊLHO, 2012, p. 789). Nesse sentido, entende que a regulamentação da quebra de sigilo, nos termos da LC 105/2001, ocorreu de “forma inconstitucional” (COÊLHO, 2001).

Domingos Franciulli Netto (2001), ex-Ministro do STJ já falecido, assenta que o sigilo bancário está amparado pelo direito à intimidade e à privacidade, mas não como um direito absoluto, uma vez que “pode e deve ceder, quando deva ser sacrificado em benefício de outro interesse maior”. Nesse sentido, defende a tese de que “o sigilo bancário somente pode ser quebrado mediante [...] a apreciação judicial; [...] pois, se assim não for, ficarão vulnerados os incisos X, XI, XII, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal” (FRANCIULLI NETTO, 2001, p. 55, 56).

Segundo Eliana Calmon Alves (2002), ex-Ministra do STJ, as nações civilizadas procuram preservar a privacidade tanto das pessoas físicas quanto jurídicas; o que engloba “os dados da vida econômico-financeira, os quais transitam por diversas instituições, desde

que o colchão deixou de ser o depositário das economias”. Prosseguindo, destaca a “preservação da vida privada, da família, da correspondência, com proteção estatal a interferências ou ataques” (ALVES, 2002, p. 3), bem como a importância da referida proteção, que foi contemplada no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), assinada pelo Brasil na mesma data, e no artigo 11, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, (Pacto de São José da Costa Rica) ratificada pelo Brasil em 25/9/1992 (art. 11, item "2").

Ao comentar especificamente sobre os artigos 5º e 6º da LC 105/2001, a ex-Ministra do STJ afirma não haver dúvidas de que “o sigilo bancário sempre pôde ser quebrado, e o cerne da questão, que é eminentemente jurídico, desrespeita a garantia maior da cidadania, ao excluir da apreciação do Poder Judiciário a necessidade ou não da quebra de um direito fundamental”, previsto nos incisos X e XII do art. 5º da CRFB, cláusulas pétreas. E finaliza, a novel legislação “rompe em definitivo com o que ficou assentado na jurisprudência há anos, mesmo no período do governo militar, quando se condenou a autuação fiscal embasada unicamente em informações bancárias” (ALVES, 2002, p. 3; 9;11).

Para Carlos Henrique Abrão (1999) o sigilo bancário “tem conotação profissional” e protege tanto o banqueiro, quanto os que “exercem atividade nas instituições financeiras, na proteção do cliente, na segurança do sistema, na inibição de revelar aspectos a terceiros, em harmonia com os usos e costumes tradicionais aos padrões dos mercados financeiro e de capitais” e a sua quebra “pelo fisco depende da autorização judicial expressa” (ABRÃO, 1999, 25, 43).

De acordo com Marco Aurélio Greco (2003), “a garantia do sigilo dos dados em si”, o que abarca os dados bancários, repousa sob a proteção do inciso XII do art. 5º da CRFB/88. A inviolabilidade constante do referido dispositivo legal, a despeito da complexa redação, registra o autor, protege “tanto o dado, a informação, o registro em si, estaticamente considerados, (daí os termos ‘correspondência’ e ‘dados’), como o respectivo fluxo de mensagens numa perspectiva dinâmica (daí os termos ‘comunicações telegráficas’ e ‘comunicações telefônicas’)”⁹⁰ (GRECO, 2003, p. 2, Grifos do autor).

⁹⁰ Reconhece o autor que esta não é a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Cita como exemplos os MS-23.452-1, DJ-12.05.2000 e MS-23.652-3, DJ-16.02.2001, em que prevaleceu o entendimento no “sentido de que o inciso XII do art. 5º protege apenas o fluxo, ou transmissão, de informações e dados. Ou seja, aquelas situações em que, não fora a captação instantânea da informação ou do dado, o respectivo acesso seria inviável em momento posterior, em razão da sua volatilidade” (GRECO, 2003, p. 3). A análise da jurisprudência do STF acerca do tema é objeto de estudo do capítulo 5.

Segundo o autor, é incompleta a proteção somente “quanto ao fluxo das informações, ou àquelas informações que não poderiam ser captadas a não ser no seu trajeto, em razão da sua volatilidade”, uma vez que o dispositivo veicula uma “proteção substancial ligada ao conteúdo do dado ou da correspondência, pois este é que corresponde a uma informação atinente à pessoa – esta sim protegida.” É dizer, a inviolabilidade prevista no inciso XII do artigo 5º da CRFB/88 protege a informação, esteja ela “armazenada como um dado, constante de uma correspondência ou transmitida por qualquer meio” (GRECO, 2003, p. 2).

Com efeito, “a garantia constitucional, por se referir a um objeto (=dado), resguarda, inquestionavelmente, tanto as pessoas físicas como as jurídicas, não se pondo o debate quanto a restrições de caráter subjetivo” (GRECO, 2003, p. 2).

Em relação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal⁹¹, no sentido de que o sigilo bancário está sob a guarda do inciso X do artigo 5º, o qual protege a vida privada e a intimidade da pessoa, aponta que o “dispositivo veicula proteção categórica, sem previsão de disciplina por lei, nem relativização mediante autorização judicial” e que as decisões judiciais que acolhem tal posicionamento explicitam duas perplexidades: i) “despotencializa a proteção específica”, uma vez que o referido inciso X não permite que a intimidade e a vida privada sejam atingidas, nem mesmo mediante autorização judicial, ao contrário da jurisprudência do STF que a autoriza; ii) introduz “uma cláusula de autorização judicial em um dispositivo que não a prevê expressamente”, o que abriria margem para demais dispositivos em igual condição (GRECO, 2003, p. 3).

Para Marco Aurélio Greco, a consequência do posicionamento do sigilo bancário no inciso X do art. 5º da CRFB/88, na linha da jurisprudência do STF, é a de que a proteção não abarca as pessoas jurídicas, uma vez que o leque de proteção desse inciso contempla a intimidade, a vida privada, honra e imagem, “todos invocáveis pelas pessoas físicas”. Embora seja “inequívoco” que ‘imagem’ e ‘honra’ também alcancem as pessoas jurídicas, segundo Greco, o mesmo não ocorre com a ‘intimidade’ e a ‘vida privada’, embora reconheça a existência de posicionamento doutrinário diverso⁹².

⁹¹ O autor cita os seguintes precedentes: MS-23452-1, DJ-12.05.2000; RE-215301-0, DJ-28.05.1999.

⁹² No mesmo sentido: “defender que pessoa jurídica tem vida privada e intimidade, algo inerente ao espírito, ao âmbito psicológico das pessoas naturais, e que suas movimentações financeiras ou seus dados bancários estariam protegidos pelo sigilo bancário frente ao Fisco é um verdadeiro contrassenso, ainda mais diante dos já antigos dispositivos do artigo 195 do Código Tributário Nacional [...], e do artigo 197 do mesmo Codex [...] (SARAIVA FILHO, 2008, p. 8). Em sentido contrário: “Ora, há de se tomar a pessoa jurídica como um ser que possui um corpo e uma mente, não propriamente em sentido físico, mas operacional, administrativo e jurídico. Sua compreensão envolve o equilíbrio e a adaptação do pensamento aos seus contextos e possibilidades fáticas [...] Sem embargo, não se pode privá-la, por isso, de uma proteção deferida às pessoas físicas (LEITE, 1998, p. 219).

Por fim, Marco Aurélio Greco, que apresenta um posicionamento distinto dos autores antes mencionados, mas sem descurar da reserva de jurisdição, também entende que é indispensável a prévia autorização judicial para que o fisco tenha acesso aos dados bancários das pessoas físicas ao argumento de a “proteção dizer respeito à intimidade e à vida privada das pessoas”. Admitir o contrário, ressalta, “é permitir a violação da garantia constitucional da intimidade e da vida privada, pois estas são atingidas pelo simples fato do acesso, mesmo que não chegue a haver utilização dos respectivos dados” (GRECO, 2003, p. 3,4,7)⁹³.

3.4 Corrente doutrinária a favor do acesso do fisco aos dados bancários, sem prévia autorização judicial

Quanto ao aspecto de o sigilo bancário estar sob a proteção do sigilo de dados previsto no inciso XII do artigo 5º da CRFB, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011), o termo ‘dados’ não é o “objeto de comunicação, mas uma modalidade tecnológica de comunicação”, assertiva corroborada por Ives Gandra e Celso Bastos e também por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O sigilo previsto no referido dispositivo legal refere-se “à *comunicação*, no interesse da defesa da privacidade”. A Constituição, ao dispor que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, divide a comunicação em dois blocos: o primeiro, que trata da comunicação por correspondência e comunicação telegráfica, e o segundo, que trata da comunicação de dados e comunicação telefônica (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 116).

Há uma simetria nos dois blocos. Obviamente o que se regula é *comunicação* por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefonia. O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na *comunicação* alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe ilegitimamente ao domínio de um terceiro.

⁹³Em estudo específico acerca dos direitos fundamentais do contribuinte, diversos doutrinadores manifestaram-se no sentido de que é ‘incompatível com a Constituição norma que autorize a quebra de sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa’, independente de autorização judicial: Maria Teresa de Cárcomo Lobo (2000, p. 199-201), Américo Masset Lacombe (2000, p.217-218), Cecília Maria Marcondes Hamati (2000, p.281-282), José Eduardo Soares de Melo (2000, p. 312), Marilene Talarico Martins (2000, p. 354), Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 377), Vittório Cassone (2000, p. 409), Francisco de Assis Alves (2000, p.424), Antonio José da Costa (2000, p. 436), Plínio José Marafon (2000, p. 446), Fernando Facury Scaff (2000, p. 479), Wagner Balera (2000, p. 538-539), Antonio Manoel Gonçalves (2000, p. 560), Luiz Antonio Caldeira Miretti (2000, p. 590-591), Vinícius T. Campanile (2000, p. 620), Adriana Piraíno (2000, p. 772), Edison Carlos Fernandes (2000, p. 634), João Francisco Bianco (2000, p. 653-654), Fernando de Oliveira Marques (2000, p. 785-788), Fátima F. Rodrigues de Souza (2000, p. 810), Rogério Vidal Gandra da Silva Martins e José Ruben Marone (2000, p. 851- 859), Valdir de Oliveira Rocha (2000, p. 875). Na mesma linha, os seguintes autores entendem que o acesso aos dados bancários está submetido à reserva de jurisdição: Edvaldo Brito (2001, p. 77-82), Juliana Garcia Belloque (2003, p.122), Hugo de Brito Machado (2001, p. 257-249), Joana Carolina Lins Pereira (2001, p. 187-212).

[...]

A distinção é decisiva: o objeto protegido pelo inciso XII do art. 5º da CF, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas a sua comunicação. A troca de informações (comunicação) é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutra modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu *dever* de denunciá-los! (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 116).

A justificativa para o inciso XII do art. 5º da CRFB permitir a intervenção estatal, somente da comunicação telefônica por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que especifica, é que, dentre os quatro meios de comunicação previstos no referido inciso – correspondência, telegrafia, dados e telefonia –, somente o último “se caracteriza por sua instantaneidade. Isto é, a comunicação telefônica só é *enquanto ocorre*. Encerrada, não deixa vestígios no que se refere ao relato das mensagens e aos sujeitos comunicadores⁹⁴” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 117).

Assim, durante o processo de comunicação entre o cliente e o banco, seja por correspondência, telegrafia ou dados, não pode haver interceptação, exceto na comunicação telefônica, que permite tal possibilidade. Por outro lado, encerrado “o processo comunicativo”, com base no interesse público é possível ter acesso ao conteúdo da mensagem⁹⁵ (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 117-118).

Ainda nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011), “o direito à privacidade tem raízes modernas”. Nesta era, a distinção entre público e privado, então clara para os romanos e gregos, perde a nitidez e “se vê atravessada pela noção do *social*, comum tanto ao público (político) como ao privado (familiar). Nesse contexto, continua o autor, a relação público-político é dominada pelo “princípio da transparência e da igualdade”, o social-privado pelo “princípio da diferenciação” e, por fim, a “individualidade privativa”, pelo “*princípio da exclusividade*”⁹⁶ (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 113).

⁹⁴ No mesmo sentido Eurico Marcos Diniz de Santi (2011): “Dos quatro meios de comunicação relacionados no inciso XII do artigo 5º, apenas a comunicação telefônica não deixa resquícios ou marcas materiais da sua existência (provas); sua natureza exige intervenção de terceiro no próprio ato comunicacional. [...] Essa percepção corrobora duas importantes conclusões: (i) o âmbito da proteção é, centralmente, o processo de comunicação e não o produto (prova da transação ou lo negócio) que dela decorre; e (ii) a justificativa dessa exceção (sigilo telefônico) está, precisamente, em garantir expressamente a legalidade mediante o pleno acesso todos os tipos de comunicação, viabilizando a produção de provas, sem as quais direito não se concretiza: *legalidade de papel*”. (SANTI, 2011, p. 621).

⁹⁵ Para maiores detalhes do pensamento do autor conferir: (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 3-4).

⁹⁶ “O princípio da exclusividade comporta três atributos principais: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações). A privacidade tem a ver, pois, com esta possibilidade de criar para si e para um círculo que lhe é próprio um âmbito seu, do qual se excluem terceiros (aqueles que participam de *outros* interesses e círculos comunicativos).” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 113).

Nesse sentido, “no recôndito da privacidade se esconde, em primeiro lugar, a intimidade. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”, afirma Ferraz Júnior (2011, p. 113).

A intimidade trata de “informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade, dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores”, enfim, dados que, se revelados, “desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 113).

A vida privada, por sua vez, trata de “informação de dados referentes às opções da convivência como a escolha de amigos, a frequência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais”; dados que, não obstante estejam relacionados a terceiros, não afetam, via de regra, direitos de terceiros. No processo de comunicação inerente à convivência, existem dados privativos – como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. – informados sem constrangimento, porquanto constituem elementos de identificação que permitem uma “comunicação possível, corrente e segura”, daí, como salienta o autor, “a inviolabilidade da privacidade pela proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido”. É dizer, “os elementos de identificação só são protegidos quando compõem *relações* de convivência privativas: a proteção é para *elas*, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação etc.) não são protegidos” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 114). Em relação à proteção das relações, acrescenta:

[...] cadastros que envolvam **relações de convivência privadas** (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc.) **estão sob proteção**. Afinal, **o risco à integridade moral do sujeito**, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na **apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito**. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 114).

A relação entre cliente e banco, bem como as movimentações financeiras decorrentes dessa relação, embora façam parte do âmbito privado, não necessariamente compõem o “terreno constitucional da privacidade. Afinal, nem tudo que compõe o âmbito privado pertence ao âmbito da privacidade”. A compra de uma casa, por exemplo, realizada mediante

escritura pública, “ocorre no âmbito do direito privado, mas não pertence ao âmbito da privacidade”. Em situação diversa, porém, repousa o motivo pessoal pelo qual uma pessoa compra uma propriedade, este não pode ser devassado, “pois pertence à sua intimidade”. Para Tércio Sampaio, “a privacidade não protege posses, propriedades, mas relações: de confiança, de lealdade, estratégicas, de proteção ao foro íntimo contra a curiosidade etc. Daí, a importância da exclusão de terceiros e da resistência à intromissão” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 119).

Ante a linha de raciocínio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, entendemos que, no acesso sistêmico, o acesso a informações pertencentes ao âmbito da privacidade seria menor, pois trata-se basicamente do montante global de valores movimentados pelo titular da conta bancária, informações relacionadas à propriedade, posse etc. No acesso indispensável, a situação pode ser diversa. Na fase de comprovação da origem do valor depositado em conta bancária, é possível que o fisco, de forma reflexa, tenha conhecimento do motivo da operação, o qual, pertence à esfera da privacidade. Entretanto, o fisco não está interessado nesse motivo, o objetivo é tão somente aferir se o valor movimentado é tributável ou não. Se, porventura, a origem do valor revelar alguma informação de foro íntimo, é questão meramente acidental, haja vista não haver interesse legal do fisco em imiscuir-se nesse âmbito. Todavia, a privacidade está resguardada, pois todas as informações desse jaez, dentre outras, repousam na proteção do sigilo fiscal, o que permite uma convivência harmônica com o dever de fiscalização da administração tributária.

É verdade que questões bancárias, embora relacionadas ao direito de propriedade, podem repercutir no plano da privacidade, como, por exemplo, o pai que deseja manter segredo em relação a depósitos regulares efetuados na conta bancária de uma filha não reconhecida publicamente; ou no empréstimo obtido por determinada empresa como parte de uma estratégia de expansão em um mercado muito concorrido. Tais motivos, por não guardar relação com posses, propriedades, mas sim com questões de foro íntimo e estratégia, dão sentido à proteção ao sigilo bancário; “mas isso não significa que o sigilo bancário seja uma espécie de privacidade⁹⁷”, é dizer, “não há uma relação direta de gênero e espécie, mas apenas de envolvimento de alguma privacidade. Entretanto, aponta Tércio Sampaio, “essas relações merecem proteção da lei, cuidados da lei” em face da “curiosidade social” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 9). Daí, emerge uma questão a se discutir: quem pode acessar tais dados?

⁹⁷ Para Maria José Oliveira Lima Roque (2001) “É preciso romper com o tabu de que as operações bancárias fazem parte do direito à intimidade e/ou privacidade” (ROQUE, 2001, p. 118).

“Não é tão simples” enquadrar “os sigilos do mundo econômico”, principalmente da pessoa jurídica, sob a égide da privacidade, uma vez que o sentido de propriedade é mais acentuado que o de liberdade. Para “entender como *privacidade* a proteção do sigilo conferida às operações bancárias”, continua Tércio, é preciso admitir que ela é instituída não como “defesa da propriedade”, mas sim por questões pragmáticas no ambiente econômico concorrencial com o intuito de “proteção da pessoa contra a intromissão indevida de terceiros”. Esse seria o raciocínio para se entender a “proteção legítima, de ordem constitucional, cujo objeto não é o documento *de posse da* instituição financeira, mas a *liberdade* de relação nele consistente”. Mas, mesmo sob esse raciocínio, se a liberdade não for afetada, “nada impede que o documento possa ser requisitado” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 119), ou seja, nada impede que haja uma restrição da privacidade e/ou intimidade.

Retomando o questionamento acerca de “quem pode quebrar o sigilo”, o que desperta reflexão é a consideração da privacidade como um direito fundado na liberdade, porquanto se o fundamento estivesse no direito de propriedade prevaleceria a tese segundo a qual “estando um determinado órgão obrigado ao sigilo, a transferência de documento sigiloso a outro, igualmente obrigado ao sigilo, significaria apenas a transferência de posse do documento. De resto, o sigilo estaria preservado” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 124).

Todavia, por não se tratar de um direito absoluto, se houver “interesse público envolvido, o sigilo privado sobre informações armazenadas pode ser excepcionado”. Tal interesse é denominado interesse primário ou interesse da coletividade como um todo e contrapõe-se ao interesse secundário, situação em que o “Estado, pelo só fato de ser sujeito de direito, poderia ter, como qualquer outra pessoa” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 123).

No confronto entre a esfera pública, em que predomina o princípio da transparência, e a esfera privada, em que predomina o princípio da exclusividade, “há uma percepção de que entre as duas esferas se insere a esfera do social e do mercado. Por isso, há uma forte tendência em submeter a privacidade à transparência, se o interesse público é primário e patente, mas, procurando garantir a privacidade contra os interesses do mercado” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 124).

Nesse sentido, tendo em vista que nos interesses primários prevalece o princípio da publicidade nos processos administrativos, observa Tércio Sampaio que o “sigilo é inviolável perante outros agentes privados (mercado), mas não perante autoridades obrigadas ao sigilo. É violável perante o mercado só mediante autorização judicial” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 124, 125). O que significa dizer que o acesso do fisco aos dados bancários não estão sujeitos à reserva de jurisdição.

Verifica-se ainda, de acordo com o artigo 174 da CRFB/88, que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, deve exercer, na forma da lei, a função de fiscalização⁹⁸, entre outras. Fiscalizar implica vigiar, verificar se há anormalidade e, se for o caso, adotar as providências legais, o que demanda acesso contínuo às informações inerentes ao procedimento de fiscalização (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 125).

O §1º do art. 145 da CRF/88, por sua vez, ao tratar do princípio da capacidade contributiva estabelece:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte** (BRASIL, 1988).

A faculdade especialmente conferida à administração tributária no referido dispositivo constitucional está atrelada à implementação do princípio da capacidade contributiva, o que lhe permite identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, nos termos da lei e respeitados os direitos individuais. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011),

[...] o constituinte, de um lado, escreveu *especialmente* porque a mencionada faculdade de identificar não é de presunção óbvia para o efeito de assegurar efetividade àquele princípio e, se não fosse aí inscrita, não se poderia inferir a sua autorização. De outro lado, porque o fez expressamente, admitiu, ao fazê-lo, implicitamente e *a contrario sensu*, que a identificação de patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte é uma presunção da função fiscalizadora da Administração Tributária. Interpretar de outro modo é tornar impossível a exigência de declaração de bens, de rendimentos, etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 126).

Quanto ao fato de o dispositivo ressaltar que a identificação deve ocorrer nos termos da lei e os direitos individuais devem ser respeitados, salienta o autor que, em relação a esta última ressalva, o legislador assim o fez “por cautela, embora isso nem fosse preciso”, uma

⁹⁸ Exemplo de competência da administração fazendária na CRFB/88.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: " (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, **sem prejuízo da ação fazendária** e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; (BRASIL, 1988).

vez que os direitos individuais são garantias que devem ser respeitadas sempre (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 126).

Para o autor, “tanto a privacidade quanto a inviolabilidade de sigilo de dados”, previstas no art. 5º da CRFB/88, figuram como direitos fundamentais como expressão da própria cidadania. O sigilo ali previsto está associado à segurança do cidadão, ao respeito à exclusão do arbítrio, tanto por parte da sociedade, mas “sobretudo do Estado, que só pode agir submisso à ordem normativa que o constitui”. Por outro lado, a administração tributária não pode ser impedida de exercer suas funções. “Quando o assunto envolve inviolabilidade de sigilo de dados privativos que protege o cidadão, mas não aquele interesse do cidadão cujo sentido social é primordial, o dever de fiscalização impõe, afinal, ao Fisco, na coleta e no tratamento dos dados, igual sigilo” (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 127).

De acordo com Tércio Sampaio, o montante global das movimentações financeiras não faz parte da intimidade nem da vida privada, perante a administração tributária, uma vez que ela tem o dever de sigilo sobre os respectivos dados. Por outro lado, entende que a delegação do art. 5º da LC 105/2001 ao Poder Executivo é inconstitucional e que a matéria deveria constar de lei ordinária e não de decreto (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 127, 2003, p. 12).

Quanto ao argumento de a Receita Federal ser parte na relação, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), defende que a “Receita não acusa ninguém, ela constata dados”. No desempenho da função de fiscalizar, ela investiga, intima, lança, cobra, mas o destino final dessa cobrança sempre poderá ser o Judiciário. Neste caso, a parte “chama-se Procuradoria da Fazenda”. É este órgão, detentor da competência legal para defender o crédito tributário em juízo, que “não pode quebrar sigilo” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 10).

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2011) destaca que o sigilo bancário, embora não esteja expresso na CRFB/88, é considerado pela “jurisprudência pátria” como “corolário da inviolabilidade da vida privada e da comunicação de dados”, figura, portanto, como espécie do gênero direito à privacidade (SARAIVA FILHO, 2011, p. 23). Nesse sentido,

quando algum dado ou alguma informação bancária seja susceptível de causar alguma repercussão relevante na vida privada ou na intimidade dos clientes das instituições financeiras, quando, indiretamente, com esses elementos, se puder desvendar algo da vida privada ou da intimidade das pessoas, como de quem determinada pessoa recebeu recursos financeiros, ou a quem cedeu ou pagou certa importância, ou o que determinada pessoa comprou, ou em que loja comprou, bem, apenas, em casos como esses, é que se pode cogitar de sigilo bancário, amparado, implicitamente, pela Constituição (SARAIVA FILHO, 2008, p. 4).

Sustenta Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2008) que as informações periódicas prestadas ao fisco “não têm, em verdade, o condão de propiciar qualquer revelação a respeito da privacidade das pessoas, [...] cuida-se do *ter*, da propriedade, sendo que, por meio delas [informações bancárias repassadas ao fisco], *não* se pode alcançar, em absoluto, o *ser*, ” este sim, relacionado à vida privada. Trata-se de “dados objetivos e numéricos que possam identificar ou corroborar eventual omissão ou irregularidade fiscal lesiva ao interesse público e aos direitos dos contribuintes que agem com obediência às leis” (SARAIVA FILHO, 2008, p. 5).

De acordo com Aurélio Pitanga Seixas Filho (2002), ordinariamente, os valores movimentados perante as instituições financeiras representam uma fonte secundária da capacidade econômica do contribuinte, uma vez que a “principal fonte de informação” deve ser o próprio contribuinte, ante a obrigação legal de declarar ao fisco todas as “atividades que provocam deveres tributários sob pena de severas sanções tributárias e criminais”. Para “conferir a exatidão dos deveres tributários confessados pelos contribuintes” as autoridades fiscais, no exercício legal de suas atribuições, têm “*poderes legais (potestades)*” de descobrir, investigar a atividade profissional, o patrimônio, a capacidade econômica, enfim, todos os dados da vida privada que permitam aferir o correto pagamento do tributo⁹⁹ (SEIXAS FILHO, 2002, p. 34; SEIXAS FILHO, 2011, p. 262)¹⁰⁰.

Nesse sentido, entende que o parágrafo primeiro do artigo 145 da CRFB/88, que permite a autoridade fiscal identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, nada de novo acrescentou ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que “a autoridade fiscal competente para cobrar o imposto incidente sobre o patrimônio ou renda de uma pessoa sempre teve competência concedida por lei de fiscalizar o correto pagamento do imposto”, o que inclui o “dever-poder de identificar o patrimônio e os rendimentos auferidos pelos contribuintes, bem como sua movimentação financeira” sem prévia autorização judicial (SEIXAS FILHO, 2002, p. 39, 40).

Por fim, Aurélio Pitanga Seixas Filho (2011) salienta que “por se assenhorear de dados da vida íntima das pessoas, como rendimentos obtidos das mais diversas formas, inclusive ilicitamente”, é que a legislação fiscal sempre se preocupou com o “dever de

⁹⁹ Como fonte dos poderes conferidos ao fisco o autor cita os artigos 197 e 195 do CTN: Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: [...] VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

¹⁰⁰No mesmo sentido: (PIRES, 2011, p. 329).

confidencialidade a respeito da vida íntima ou privada dos contribuintes” (SEIXAS FILHO, 2011, p. 262). Verifica-se que, ao destacar a importância do sigilo fiscal, bem como o livre acesso do fisco aos dados bancários, sem reserva de jurisdição, o autor deixa claro seu posicionamento no sentido de que as movimentações financeiras fazem parte da intimidade e/ou privacidade do contribuinte.

Para Ricardo Lobo Torres (2007), as “normas anti-sigilo bancário” proporcionam uma maior transparência fiscal, tema bastante comum no exterior e que, aos poucos, vai ocupando seu espaço no cenário brasileiro. Firme defensor da LC 105/2001, o professor da UERJ deixa transparecer que também entende o sigilo bancário como um direito fundamental da intimidade, mas que, no jogo da ponderação de interesses, deve ceder para a transparência fiscal¹⁰¹. Leia-se:

O importante, no caso brasileiro, a exemplo do que já acontece no direito de outros povos, é que **o sigilo possa ser desvendado pela própria autoridade administrativa** indicada na lei, o que permitiria **a agilização do processo e a eficácia da fiscalização**. De notar que não se advoga aqui a extensão da ação administrativa para o rastreamento generalizado das situações bancárias dos contribuintes, mas a sua limitação aos casos sob suspeita [sic] de sonegação e que sejam objeto de procedimento administrativo. Inexiste razão para se manter o tabu do sigilo bancário e sua elevação a direito da liberdade; **o princípio constitucional da intimidade cede o lugar ao princípio da transparência no jogo de ponderação de interesses** (LOBO TORRES, 2007, p. 321).

Adilson Rodrigues Pires (2011), em posicionamento semelhante, aponta que as movimentações financeiras do contribuinte “dizem respeito ao patrimônio individual e não a questões ligadas à honra ou à pessoa do contribuinte”. Em seguida, afirma que as “autoridades fiscais já ‘invadem’ a vida privada dos indivíduos e das empresas”, para fins de fiscalização, função prevista na constituição, e nem por isso se questiona acerca da invasão de privacidade pelo fisco (PIRES, 2011, p. 318).

Nessa linha de raciocínio, o autor separa a intimidade da privacidade e resume: “o impedimento constitucional circunscreve-se à intimidade do indivíduo, não se estendendo às atividades financeiras ou ao patrimônio acumulado, que sempre que o recomendar o interesse público pode ser investigado pelo Fisco” (PIRES, 2011, p. 318).

Ao tratar da delimitação do núcleo do direito à intimidade e à privacidade previstos no inciso X do artigo 5º da CRFB/88, Eurico Marcos Diniz de Santi (2011) salienta que o texto

¹⁰¹Douglas Yamashita (2000) também entende o sigilo bancário como um “direito fundamental derivado dos direitos à intimidade, à privacidade, ao sigilo de dados, e ao sigilo profissional”. Entende também que é compatível com a CRFB/88 a o acesso da administração tributária o acesso aos dados bancários sem autorização judicial (YAMASHITA, 2000, p. 730;732).

constitucional não trata de uma “intimidade injustificável”. Ao revés, o dispositivo “apenas *não admite* a violação¹⁰² ilegal, ilícita”. E complementa, “a legalidade protege a violação ilícita da intimidade, mas também a intimidade não pode impedir a concretização da legalidade: sem legalidade, não há propriedade nem liberdade; nem suas garantias e, sendo assim, para que intimidade?” Nesse sentido, “seja o sigilo bancário variável ou não do direito à intimidade”, a restrição afigura-se possível, desde que demonstrado qual direito deve prevalecer (SANTI, 2011, p. 617-618). Novamente verificamos a figura do sopesamento de princípios.

Diante da faculdade concedida à administração tributária, nos termos do §1º do art. 145 da CRFB/88, que lhe permite identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, segundo Eurico Marcos Diniz de Santi (2011), a questão é saber “em que medida essa faculdade pode ser acomodada diante da proteção da intimidade”. A resposta, continua o autor, é obtida mediante a “ponderação entre princípios”:

neste caso específico, a relativização do direito à intimidade se mostra adequada, necessária e proporcional. Isso porque a redução da esfera de proteção do direito à intimidade, para garantir tanto a eficácia na produção de provas tributárias quanto, como resultado, a concretização da legalidade, justifica-se em face dos maiores benefícios advindos na limitação desse direito do que na sua prevalência (SANTI, 2011, p. 618, 619)

A concretização da legalidade se dá em virtude do princípio da prevalência do interesse público em face do interesse particular que, na hipótese, “se manifesta pela necessidade de agregar eficácia à legalidade e à igualdade” mediante a faculdade conferida ao fisco para confrontar os valores informados pelos contribuintes em suas declarações de renda com as movimentações financeiras, “observados os ditames legais (LC nº 105), e, assim, produzir as provas necessárias para a constituição do fato jurídico tributário” (SANTI, 2011, p. 618).

Por fim, Eurico Marcos Diniz de Santi (2011) explicita que a “transferência do sigilo bancário para efeito fiscal dos dados numéricos de movimentação financeira, sem identificação da origem ou dos destinatários” são informações que repousam no abrigo constitucional da intimidade e da vida privada do indivíduo, mas “*podem* sofrer regulação legítima” do fisco porque estão “fora do núcleo de proteção”. Ao revés, a “inviolabilidade da residência, sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das

¹⁰² Entendemos que a simples violação já configura uma ilicitude, e é nesse sentido que usamos esse termo nesta dissertação. No caso específico, para nós, o termo mais apropriado seria intervenção ilegal, ilícita.

comunicações telefônicas, também estão protegidas pelo direito constitucional da intimidade e da vida privada, mas “*não* podem sofrer interferência ilegítima do Poder Público”, uma vez que figuram “dentro do núcleo de proteção” (SANTI, 2011, p. 626).

Ricardo Mariz de Oliveira (2011) diz que nunca aceitou como essencial o sigilo bancário perante o fisco, bem como considera desafinado com a realidade o brado em defesa da privacidade, uma vez que esta, no campo fiscal, “pode ser devassada” pela entrada legal da autoridade fiscal no local de atividades do contribuinte, o qual tem livre acesso aos “documentos contábeis e fiscais da pessoa”, nos quais há documentos tão essenciais quanto aquilo que os bancos têm em seu poder (OLIVEIRA, 2011, p. 292)¹⁰³.

Maria Esther Sánchez López e Pedro José Carrasco Parrilla (2011) apontam, no direito espanhol, a existência de uma “intimidade econômica” que obriga a sopesar a obtenção da informação bancária com a proteção do direito fundamental à intimidade (SÁNCHEZ LÓPEZ; CARRASCO PARRILLA, 2011, p. 143). De acordo com o Tribunal Constitucional espanhol, na colisão entre o direito fundamental à intimidade pessoal e familiar (o artigo 18.1 da Constituição da Espanha - CE)¹⁰⁴ e o dever constitucional de contribuir para os gastos públicos (artigo 31.1 da CE) não existe, perante a administração tributária, um pretensão direito absoluto e incondicionado à confidencialidade de dados econômicos com relevância tributária. Prevalece o dever de comunicação dos dados econômicos ao fisco, instrumento necessário para uma contribuição justa aos gastos públicos e também para uma gestão tributária eficaz, de forma a modular o conteúdo do direito à intimidade pessoal e familiar¹⁰⁵.

¹⁰³ Autores que também defendem o acesso aos dados bancários pelo fisco sem reserva de jurisdição: Aldemário Araújo Castro (2011, p. 445-462), Américo Bedê Freire Júnior (2003, p. 16-19), Angel Aguallo Avilés (2003, p. 11-87), Gisele Maria Dal Zot Flôres (2002, p. 227-233), José Paulo Baltazar Júnior (2005), Maria José Oliveira Lima (2001), Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho (2011, p. 17-83), Rodrigo Araújo Ribeiro (2003, p. 21-26).

¹⁰⁴ Constituição da Espanha: Artículo 18.1 Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. [...] Artículo 31.1 Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Artículo 18.1 É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem. [...] Artigo 31.1 Todos contribuirão para o sustento dos gastos públicos de acordo com a sua capacidade econômica mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios da igualdade e progressividade que, em nenhum caso, terá alcance confiscatório. (ESPANHA, 1978 tradução nossa)

¹⁰⁵ Conferir Auto 197/2003, 16 de junio de 2003. (Recurso de amparo 3799-2000): “[...] el derecho a la "intimidad personal y familiar" (art. 18.1 CE) es un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce. Su objeto es garantizar un ámbito reservado de la vida de las personas frente a la acción y conocimiento de terceros, sean poderes públicos o particulares, aunque, como cualquier otro derecho, encuentra sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, entre los cuales, puede citarse el deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE). En este sentido, la colisión entre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos (art. 31.1 CE) implica la inexistencia, frente a la Administración tributaria u otros poderes públicos, de un pretendido derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del

José Luís Saldanha Sanches e João Taborda da Gama (2011) também criticam o sigilo bancário perante o fisco. Para os autores portugueses, o sigilo bancário, como um direito fundamental de defesa da intimidade, permite que o contribuinte oculte rendimentos que deveriam constar da declaração de rendimentos, o que

cria um obstáculo quase intransponível aos sistemas fiscais, [...]. Constitui um simples e injustificável anacronismo de quem não aceita que a tributação do rendimento por meio dos deveres de cooperação do sujeito passivo implica a criação de um regime de verificação da declaração, sem o qual o regime da declaração sofre de uma insanável debilidade. Também na tributação do consumo, o acesso às contas bancárias permite a verificação última das transmissões de bens e prestações sujeitas a imposto e o controlo das fraudes (SANCHES; GAMA, 2011, p. 270).

Para que as movimentações financeiras sejam rapidamente comparadas com as declarações apresentadas pelo contribuinte, “o procedimento de derrogação do sigilo bancário deve ser um procedimento *administrativo*, ou seja, não deve ser um procedimento *judicial*”. Afinal, os contribuintes que cumprem regularmente suas obrigações fiscais “têm o *direito* de exigir uma Administração eficiente, porque são eles que suportam toda a despesa do Estado” (SANCHES; GAMA, 2011, p. 273).

Segundo Sanches e Gama, apoiar-se no argumento de invasão de intimidade do cidadão, para defender o sigilo bancário perante o fisco é, no mínimo, uma tese “ultrapassada”. Qualquer que seja a perspectiva, deve-se levar em consideração “o caso concreto e o momento em que se vive”. Não se justifica, na atualidade, “uma concepção de intimidade como de total reserva da pessoa perante os outros”. Nesse contexto, o acesso do

contribuyente con trascendencia tributaria o relevancia fiscal que haga inoperante el deber tributario que el art. 31.1 de la Constitución consagra, pues ello impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido [...] El deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE) sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE (STC 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9).” “[...] o direito à "intimidade pessoal e familiar" (art. 18.1 CE) é um direito fundamental vinculado à própria personalidade que deriva da dignidade da pessoa que o artigo 10.1 CE reconhece. Seu objetivo é garantir um âmbito reservado da vida das pessoas contra a ação e conhecimento de terceiros, sejam poderes públicos ou privados, contudo, como qualquer outro direito, encontra seus limites nos demais direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, entre os quais pode citar-se o dever de todos contribuir para o sustento dos gastos públicos (art. 31.1 CE). Nesse sentido, a colisão entre o direito fundamental à intimidade pessoal e familiar (art. 18.1 CE) e o dever constitucional de contribuir para os gastos públicos (art. 31.1 CE) implica a inexistência, frente à Administração Tributária ou outros poderes público, de um suposto direito absoluto e incondicionado à reserva dos dados econômicos do contribuinte com transcendência tributária ou relevância fiscal que faça inoperante o dever tributário que o art. 31.1 da Constituição consagra, pois isso impediria uma distribuição equitativa do sustento dos gastos públicos enquanto bem constitucionalmente protegido [...]. O dever de comunicação de dados com relevância tributária se converte, então, em um instrumento necessário não só para uma contribuição justa para os gastos gerais (art. 31.1 CE), mas também para uma gestão fiscal eficaz, modulando o conteúdo do direito fundamental à intimidade pessoal e familiar do art. 18.1 CE (STC 292/2000, de 30 de Dezembro, FJ 9). (ESPANHA, 2001, tradução nossa). No mesmo sentido a Sentença 233/2005 (ESPANHA, 2005).

fisco às movimentações financeiras do contribuinte não significa “uma restrição da intimidade”, tampouco há que se falar em direito absoluto dos cidadãos de “esconder as suas contas bancárias e rendimentos”. Ademais, continuam os autores portugueses, na maioria dos casos em que se analisa os dados bancários do contribuinte “não se depara com indícios da sua *intimidade*”. Mas, ainda que assim fosse, ter-se-ia “sempre de admitir que, através da metodologia da colisão de direitos, se pudesse operar uma restrição do direito à intimidade” (SANCHES; GAMA, 2011, p. 275, 276).

Embora José Luís Saldanha Sanches e João Taborda da Gama (2011) afirmem que o acesso aos dados bancários não configura uma restrição ao direito à intimidade, admitem tal possibilidade em determinados casos, bem como utilizam os termos caso concreto e colisão de direitos, expressões típicas da técnica de sopesamento de princípios. Ora, se a premissa é no sentido de que o sigilo bancário não repousa na garantia constitucional do direito à intimidade ou privacidade, o que significa não haver restrição desse direito, não há que se falar em colisão de direitos, tampouco em análise do caso concreto. Por outro lado, se se aceita em alguns casos que haja tal restrição, como sustentar que o sigilo bancário não repousa na garantia constitucional? A resposta a tal questionamento será dada mais adiante, quando do estudo das teorias do suporte fático amplo e restrito.

É possível observar que, mesmo entre os autores que defendem o acesso do fisco aos dados bancários, sem reserva de jurisdição, há uma certa controvérsia em reconhecer o sigilo bancário como direito fundamental à privacidade e/ou intimidade, o que, para nós, conduz a um certo déficit de fundamentação. Daí, entendermos que o sigilo bancário encontra abrigo na garantia constitucional, mas poderá sofrer restrições, nos termos da teoria do suporte fático amplo, conforme verificaremos mais adiante. Antes, porém, vejamos a configuração da privacidade econômica no direito espanhol, nas palavras da professora da Universidade de Córdoba – Espanha, Esther Bueno Gallardo (2009), cuja tese de doutorado – *La configuración constitucional del derecho a la intimidade. En particular, el derecho a la intimidade de los obligados tributarios* – trata da intimidade financeira do contribuinte perante o fisco.

3.5 Configuração constitucional do direito à intimidade e à privacidade econômica no direito espanhol.

À semelhança do debate travado no cenário brasileiro, no sentido de que o §1º do art. 145 da CRFB /88, dentre outros, justifica a ingerência da administração tributária, sem prévia

autorização judicial, na intimidade prevista no inciso X do art. 5º da CF/88, conforme exposto acima, no ordenamento jurídico espanhol, a discussão é no sentido de que o dever do cidadão de contribuir para o sustento dos gastos públicos, de acordo com a capacidade econômica, estabelecido no art. 31.1 da Constituição da Espanha (CE), funciona como um contravalor a justificar a afetação do direito fundamental à intimidade previsto no art. 18.1 CE. Veja-se:

Constituição Espanhola
 Seção 1.^a - Dos direitos fundamentais e das liberdades públicas
 Artigo 18
Direito à intimidade. Inviolabilidade do domicílio
 1. **É garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.**
 Seção 2.^a - Dos direitos e deveres dos cidadãos [...]
 Artigo 31
Sistema tributário
 1. **Todos contribuirão para o sustento dos gastos públicos de acordo com a sua capacidade econômica** mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios da igualdade e progressividade que, em nenhum caso, terá alcance confiscatório. (ESPANHA, grifo nosso, tradução nossa)¹⁰⁶

Com base no artigo 18.1 CE, Esther Bueno Gallardo (2009) define o direito à intimidade como “a proibição de intromissões ou cessões ilegítimas no âmbito de intimidade constitucionalmente protegida”. Em termos positivos, significa dizer que a garantia constitucional do direito à intimidade “confere ao seu titular a faculdade de impedir que, sem a ausência de consentimentos, se produzam intromissões ou cessões ilegítimas na esfera da privacidade protegida constitucionalmente.” Desdobrando-se o conteúdo do direito à intimidade, temos: “o âmbito de intimidade constitucionalmente protegido” e “a proibição de intromissões ou cessões ilegítimas” (GALLARDO, 2009, p. 23, 821). Em decorrência desta definição, destacam-se dois aspectos: o material e o jurídico. Vejamos.

3.5.1 Aspecto material do direito à intimidade e a privacidade econômica

A relação entre a intervenção do poder público e o direito à intimidade depende do âmbito de afetação. Assim, para que o direito à intimidade resulte aplicável é necessário, em primeiro lugar, que o “âmbito de intimidade constitucionalmente protegido” seja afetado, é

¹⁰⁶ Constitución Española. Sección 1.^a - De los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Artículo 18. Derecho a la intimidad. Inviolabilidad del domicilio. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sección 2.^a - De los derechos y deberes de los ciudadanos. Artículo 31. Sistema tributario. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio (ESPANHA, 1978).

dizer, que a ação do poder público afete “o aspecto material¹⁰⁷ da garantia constitucional”, que é constituído pelas “regiões do corpo, espaços, estados psíquicos e anímicos, situações pessoais”, enfim, dados ou informações qualificadas como íntimos (GALLARDO, 2009, p. 23).

Para Esther Bueno Gallardo (2009) “a esfera íntima constitucionalmente protegida deve equiparar-se à noção de vida privada, entendendo-se por tal, aquela que se contrapõe à vida pública, isto é, aquela que se desempenha perante a sociedade ou público em geral¹⁰⁸”, e é composta de dois elementos: “a esfera íntima e a reserva ou ausência de publicidade” (GALLARDO, 2009, p. 256, 257).

No que diz respeito às informações econômicas, a autora considera que o fluxo patrimonial pessoal integra a esfera íntima tutelada pela Constituição. Tanto o fluxo de ingresso ou rendas (origem) como o fluxo de gastos (destino), qualquer que seja sua natureza. Ressalta, porém, que o fluxo patrimonial integra somente o primeiro elemento constitutivo do direito constitucional à intimidade – a esfera íntima –, o que não quer dizer que tal intimidade não possa ser afetada. Com efeito, se não concorrer o segundo elemento – reserva ou ausência de publicidade – a proteção constitucional não alcança a esfera econômica (GALLARDO, 2009, p. 269, 270).

Para justificar seu posicionamento, o qual é compartilhado pelo Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁹, no sentido de que o fluxo patrimonial faz parte da esfera íntima, a autora lança mão dos seguintes exemplos, na verdade indagações que suscitam questionamentos como: quem não considera uma intromissão em sua intimidade a divulgação por terceiros dos valores correspondentes à sua remuneração ou salário, ou dos valores recebidos oriundos de alugueis ou ganho na alienação de um imóvel, ou da cópia da sua declaração de renda ou patrimônio ou dos extratos bancários? Quem não considera invasão de intimidade a investigação por terceiros sobre seu portfólio de investimentos (aquisições de ações, fundos de investimentos), ou, ainda a indagação acerca de dívidas contraídas, bem como o quanto e em que se gasta seu salário? Por fim, afirma “não ter a menor dúvida de que, na atualidade, a informação referente à capacidade econômica de um sujeito, com caráter geral, faz parte da

¹⁰⁷ Sobre o aspecto material e jurídico do direito à intimidade conferir Angel Aguillo Avillés (2003, p. 72-73).

¹⁰⁸ A autora chama a atenção para o fato de que a intimidade tutelada pelo art. 18.1 CE não significa o antônimo de público, uma vez que nem todo o público está fora do aspecto material do direito à intimidade e nem todo reservado encontra proteção no art. 18.1 da CE.

¹⁰⁹ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é uma jurisdição internacional com sede em Estrasburgo, e é composto por um número de juízes igual aos dos Estados Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem é um tratado internacional aberto exclusivamente à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa (TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, 2016).

esfera íntima tutelada pelo art. 18.1 da CE” (GALLARDO, 2009, p. 269-270)¹¹⁰.

Observa, entretanto, que nem todos os âmbitos, dados ou as informações que fazem parte da esfera íntima, tal qual o fluxo patrimonial pessoal, “são igualmente íntimos”, o que revela que a qualidade da intimidade afetada pelo poder público ou por terceiro pode variar. Nesse sentido, identifica níveis de intimidade: máxima, média e mínima, distribuídos em três círculos concêntricos que, de acordo com a teoria das esferas¹¹¹ e à luz de uma compreensão topográfica da esfera íntima, integram o primeiro dos elementos constitutivos do conceito constitucional de intimidade. O círculo mais externo é constituído pela intimidade de qualidade mínima; em uma posição intermediária, entre o círculo exterior e o interior, situa-se a intimidade de qualidade média; e, por fim, o círculo interior que corresponde à intimidade de qualidade máxima (GALLARDO, 2009, p. 271).

Compõem a esfera de intimidade de qualidade mínima o círculo externo, os dados ou as informações que fazem parte da vida privada do indivíduo na relação com o mundo exterior. Trata-se de informações normalmente conhecidas por pessoas alheias ao titular do direito, embora não o sejam pela coletividade no seu conjunto. Compõe este círculo, entre outras, as relações sociais; atividades da vida diária realizadas em lugares públicos, tais como: fazer um passeio, fazer compras, praticar esportes; determinadas atividades de natureza profissional (exceto aquelas que pela sua própria natureza sejam de natureza pública); em relação ao fluxo patrimonial pessoal, os dados ou as informações cujos ingressos ou gastos realizados sejam “estritamente patrimoniais” (GALLARDO, 2009, p. 273).

O círculo intermediário, intimidade de qualidade média, é constituído de dados ou informações que, embora não sejam as que mais guardam relação com o mundo exterior, não constituem uma face mais reservada do ser humano. Compõem ainda este círculo os dados ou as informações que, embora sejam de qualidade mínima, podem revelar faces da intimidade mais reservada do ser humano, de qualidade superior (média e, em determinados casos, máxima). Inserem-se neste último caso as informações decorrentes de determinadas relações profissionais (um recibo médico pode revelar uma grave enfermidade), determinadas informações econômicas (pagamento de pensão para um filho não reconhecido publicamente), enfim, informações que, no geral, seriam classificadas como de intimidade mínima, mas por guardarem certas peculiaridades podem revelar aspectos pertencentes à estrita privacidade do indivíduo, intimidade de qualidade superior (GALLARDO, 2009, p. 275, 276).

¹¹⁰ O pensamento de Esther Bueno Gallardo (2009) guarda relação com o posicionamento da Ministra do STF Cármen Lúcia; conferir capítulo 3, conforme tópico 3.2 .

¹¹¹ Conferir também em (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 406); (LEITE, 1998, 254).

Por fim, o mais interno, intimidade de qualidade máxima, é constituído por âmbitos, dados ou informações vinculadas estritamente à personalidade, aos aspectos mais reservados do ser humano. Pertencem ao reduto mais íntimo do ser humano os diversos aspectos que compõem “o mais recôndito do eu”, tais como: pensamentos, crenças, sentimentos, certas partes do corpo – as que fazem parte da intimidade corporal –, a orientação e a vida sexual, certas enfermidades, o consumo de álcool, drogas e afins, as relações familiares, as recordações pessoais, os hobbies, e até mesmo a própria morte (GALLARDO, 2009, p. 277).

Segundo Esther Bueno Gallardo (2009), os dados que compõem o fluxo patrimonial pessoal devem ser classificados como:

- a) intimidade de qualidade mínima, quando se tratar de dados “estritamente econômicos” (por exemplo: soldos, salários, rendas de aluguéis de imóveis, rendimentos decorrentes da venda de imóveis, aquisição de valores mobiliários de renda fixa ou variável, participação em fundos de investimentos, cessão de créditos etc.) ou,
- b) intimidade de qualidade média, quando os dados econômicos revelarem ou possam vir a revelar intimidade de qualidade média ou máxima (por exemplo: conhecimento da causa de valores depositados em conta bancária, da origem e do destino dos cheques; informações referentes a dívidas contraídas, ganhos ou perdas patrimoniais decorrentes de jogo, aquisições de bens e serviços pagos com cartão de crédito, gasto farmacêutico quando revela determinadas enfermidades). “Em nenhum caso, o fluxo patrimonial pessoal constitui em si mesmo intimidade de qualidade máxima”. O que não significa dizer que ao acessar tal dado a administração tributária não se depare, eventualmente, com informação desse nível de intimidade. Isso pode ocorrer, mas de forma indireta, uma vez que o objetivo não é a informação de qualidade máxima, aquela “pertencente ao reduto mais interior ou interno da vida privada”, mas sim a informação estritamente de cunho tributário (GALLARDO, 2009, p. 826, 827).

Nessas hipóteses, não se trata propriamente de intimidade econômica, “mas exclusivamente de *dados privados não patrimoniais* cuja transcendência tributária” – dever de contribuição para o sustento dos gastos públicos previsto no art. 31.1 da CE – justifica o acesso por parte da administração tributária (GALLARDO, 2009, p. 827).

Exemplos de acesso a dados privados não patrimoniais:

- a) contribuinte apresenta ao fisco comprovante de despesa médica informada em sua declaração de imposto de renda que revela uma doença grave, a qual deseja manter em segredo;
- b) para comprovar isenção do valor depositado em sua conta bancária e não informado na declaração de renda, o contribuinte apresenta ao fisco comprovante de doação a qual deseja manter em segredo, em função de relação íntima com o doador.

Em tais situações, o fisco está interessado somente na questão tributária: a comprovação da despesa e da doação; o acesso às informações íntimas e/ou privadas é mera consequência, ocorre de forma indireta e não interessa ao fisco. Além disso, conforme já ressaltado anteriormente, todas essas informações estão sob a proteção do sigilo fiscal.

Em relação ao segundo elemento do aspecto material da intimidade, a reserva ou ausência de publicidade, frisa Esther Bueno Gallardo (2009) que nem toda publicidade constitucional ou autorizada por lei exclui o caráter íntimo dos dados ou das informações publicadas. O fator decisivo para a concreção da publicidade é a possibilidade de “*acesso público*” à informação, que se trate de uma hipótese de “publicidade *absoluta*” (GALLARDO, 2009, p. 318).

Assim, na hipótese de qualquer pessoa poder acessar dados íntimos publicados sem limitações, a publicidade constitui um fator de delimitação negativa do aspecto material do direito; com efeito, o acesso a tal informação por terceiros, ou sua divulgação não constituem intromissão no âmbito da intimidade constitucionalmente protegida. Por outro lado, nos casos de ausência de publicidade ou publicidade restrita, o acesso ou a divulgação por terceiros, inclusive pela administração tributária, constitui uma ingerência na intimidade constitucionalmente protegida; entretanto, demonstrada a legitimidade do acesso – aspecto jurídico do direito à intimidade –, não há que se falar em violação da garantia constitucional (GALLARDO, 2009, p. 318).

3.5.2 Aspecto jurídico do direito à intimidade e o poder da administração tributária de acessar dados financeiros

O aspecto jurídico do direito à intimidade significa o “feixe de faculdades ou poderes jurídicos que o direito confere ao seu titular” (GALLARDO, 2009, p. 24). Assim,

Enquanto a determinação do aspecto material comporta a precisão dos âmbitos, dados ou informações que são intimidades; o exame do aspecto jurídico implica a concreção das faculdades jurídicas que conformam o conteúdo constitucional da garantia, a precisão dos limites ou fronteiras além dos quais não resulta aplicável (GALLARDO, 2009, p. 821).

Ao analisar o aspecto jurídico, em particular, a “legitimidade das intromissões ou cessões no âmbito da intimidade constitucionalmente tutelada”, Esther Bueno aponta que o direito constitucional à intimidade não protege o titular contra qualquer ingerência no âmbito da vida privada, mas, exclusivamente, contra aquelas qualificadas como ilegítimas, ou seja, contra intromissões indevidas (GALLARDO, 2009, p. 535-536).

“Não existe intimidade alguma que não seja suscetível de afetação pelos poderes públicos”. Independentemente da qualidade – máxima, média ou mínima –, a intimidade pode ser afetada, o que não significa dizer que “qualquer poder público pode intrometer-se em quaisquer âmbitos, dados ou informações pertencentes ao âmbito de intimidade constitucionalmente protegido”. Para tanto, devem ser observadas as circunstâncias e condições em que a afetação ocorre e a legitimidade da intromissão no aspecto material da garantia (GALLARDO, 2009, p. 638, 639).

Dentre as exigências fundamentais que legitimam a intervenção do poder público, em especial a administração tributária, no âmbito da intimidade constitucionalmente tutelada, Esther Bueno Gallardo (2009, p. 753;788) elenca:

- a) uma finalidade constitucional que justifique a afetação, isto é, que se destine à “salvaguarda de direitos, bens, valores ou princípios tutelados pela Carta”;
- b) previsão legal;
- c) que a medida adotada esteja de acordo com o princípio da proporcionalidade, é dizer, seja idônea, necessária e proporcional em sentido estrito;
- d) e, por fim, “somente como regra geral”, frise-se, que a ingerência seja autorizada por decisão judicial motivada.

Entretanto, esta última exigência, continua a autora, não se aplica ao âmbito tributário, porquanto “qualquer que seja a qualidade da intimidade afetada pelas atividades de comprovação, investigação e obtenção de informação realizada pelo pessoal a serviço da Administração, o art. 18 CE não reclama a existência de decisão judicial prévia” (GALLARDO, 2009, p. 753; 788).

Na linha do Tribunal Constitucional espanhol¹¹², quando se realiza uma ingerência no aspecto material do direito à intimidade que não seja de intensidade máxima, tal qual a leitura de documentos, ainda que possa conter dados íntimos (recibos médicos, conforme exemplo citado acima), para que esteja de acordo com a Constituição (art. 18.1 CE) não se requer prévia autorização judicial (GALLARDO, 2009, p. 795).

Conforme citado anteriormente, a qualidade da intimidade afetada pela administração tributária pode ser mínima, média ou máxima. A informação referente aos dados financeiros – fluxo patrimonial pessoal – a que o fisco tem acesso, via de regra, faz parte da esfera de intimidade mínima ou média. Podendo ocorrer neste último caso, o acesso indireto a informações de qualidade máxima, no caso de a administração tributária ter acesso a dados privados não patrimoniais com transcendência tributária pertencentes à esfera mais íntima do contribuinte (GALLARDO, 2009, p. 798).

Tal circunstância, entretanto, não determina, por si só, a intensidade da afetação, uma vez que, além da qualidade da intimidade afetada, é necessário verificar também “o meio empregado para a realização da ingerência”. No caso da administração tributária, para a realização do interesse público é suficiente o exame da documentação com a informação íntima ou a cessão dos dados ou da informação desta natureza, e este meio, que é “escassamente intromissivo”, não pode ser considerado, no âmbito tributário, como uma ingerência de máxima intensidade na esfera da publicidade. Diferentemente do que ocorre em outras ações públicas que incidem no aspecto material do direito que restringem de forma direta e imediata as faculdades de reserva e autodeterminação pessoal na esfera da privacidade, como no caso dos exames corporais (GALLARDO, 2009, p. 798, 799).

A seguir, apresentamos, sinteticamente, conclusões específicas da tese de doutorado de Esther Bueno Gallardo:

- a) nem toda ingerência na intimidade constitucionalmente protegida depende de prévia autorização judicial para estar de acordo com o art.18.1 CE. A autorização judicial deverá ocorrer nos casos em que, por razão de matéria, se trate de interferência de máxima intensidade no aspecto material da garantia, entendendo-se por tais aquelas que incidem em intimidade de qualidade máxima e que, pelo meio empregado, constroem as faculdades de reserva e autodeterminação pessoal na esfera da privacidade (quando se pratica um exame corporal, por exemplo) (GALLARDO,

¹¹² Conferir: (ESPANHA, SSTC 234/1997; ESPANHA, 70/2002).

2009, p. 850);

- b) na seara tributária, “a afetação do âmbito da intimidade constitucionalmente protegida *não requer, em nenhum caso, intervenção judicial*¹¹³”. É que, “nem o Judiciário é a autoridade competente por razão de matéria” para autorizar tais ingerências, “nem, com mais razão ainda, se praticam nesse âmbito ingerências de máxima intensidade no aspecto material da garantia”. Ainda que a atividade da administração tributária possa incidir na intimidade de qualidade máxima, para a realização do seu mister constitucional disposto no art. 31.1 CE, basta o exame da documentação em que consta a informação íntima, meio minimamente intromissivo que não configura restrição direta e imediata das faculdades de reserva e autodeterminação pessoal na esfera da privacidade (GALLARDO, 2009, p. 851);
- c) “a *afetação da esfera da privacidade por um órgão incompetente – distinto da autoridade judicial –*” não viola o direito à intimidade do contribuinte. Sempre que a ingerência estiver justificada, prevista em lei, e de acordo com o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, estará compatível com o art. 18.1 CE (GALLARDO, 2009, p. 851);
- d) a possibilidade de a administração tributária solicitar informação de movimentações financeiras, sem o conhecimento do contribuinte, conforme previsto no art. 57.1 do Decreto Real 1.065/2007, devem ser interpretadas à luz do art. 18.1 CE. Assim, a menos que a solicitação frustrate ou possa vir a frustrar os fins a que objetiva, o contribuinte deverá ser comunicado da solicitação de informação de movimentação financeira a seu respeito remetida à entidade financeira. A ausência de tal comunicação significa uma ingerência mais intensa na privacidade do contribuinte, a qual, por não encontrar amparo no art. 3.1 CE, “resulta desnecessária e, portanto, desproporcional e contrária ao art. 18.1 CE” (GALLARDO, 2009, p. 853).

3.6 Suporte fático dos direitos fundamentais

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, suporte fático é conceito pouco conhecido no direito constitucional brasileiro¹¹⁴. No campo jurídico, seu uso é limitado, praticamente, ao

¹¹³ Conferir também: (ESPANHA, STC 233/2005).

¹¹⁴ Segundo Virgílio Afonso da Silva (2014), as razões de o suporte fático “passar ao largo do direito constitucional brasileiro” devem-se, por um lado, ao fato de os estudos desta disciplina, principalmente no período anterior à CRFB/88, dedicar-se mais ao “direito constitucional da organização estatal, da organização

direito penal, campo em que também recebe a denominação de “tipo”; ao direito tributário, com as expressões “fato gerador e hipótese de incidência”, e ao direito civil, sob influência de Pontes de Miranda (SILVA, 2014, p. 65, 66).

O suporte fático pode ser dividido em dois sentidos: abstrato e concreto. O primeiro, “formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. ” Já o suporte fático concreto “é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica em abstrato, juridicizou” (SILVA, 2014, p. 67, 70). Para melhor compreensão do suporte fático, o professor da USP, Virgílio Afonso da Silva, explica:

Embora normalmente sem referência à expressão "suporte fático" ou a alguma teoria sobre ele, é comum que se pergunte se esse ou aquele ato, fato ou estado é protegido por essa ou aquela norma que garante um direito fundamental, ou se essa ou aquela ação estatal configura, ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção. Essa é – embora superficialmente falando – uma discussão sobre a configuração do suporte fático dos direitos fundamentais. Assim, as consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais. E essas consequências não são somente incluir determinada conduta no suporte fático de um direito fundamental ou dele a excluir. [...] A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais¹¹⁵ dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático (SILVA, 2011, p. 68).

3.6.1 *Suporte fático dos direitos fundamentais, âmbito de proteção e intervenção estatal*

Analisando-se o conceito de direito fundamental “em sua função de defesa – ou seja, como liberdade pública¹¹⁶ –” é possível perceber, ainda que de forma intuitiva e superficial,

dos poderes” e menos ao “direito constitucional dos direitos fundamentais”; por outro lado, “porque o método de trabalho analítico é menos comum no direito constitucional brasileiro” (SILVA, 2014, p. 66).

¹¹⁵ Restrições a direitos fundamentais são normas que restringem bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades, ações, situações, condutas etc.) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 281).

¹¹⁶ Segundo José Adércio Sampaio Leite (2013), ao investigar sobre os termos usados para designar os direitos fundamentais percebe-se “que existe um substrato semântico extraído da realidade, inspirado no valor da dignidade humana. A realização dessa dignidade é a linha diretiva de um catálogo mais ou menos extenso de direitos” resumida em nomenclaturas diversas de acordo com a preferência de autores e constituintes, tais como: “direitos naturais, direitos inatos, direitos individuais, liberdades individuais, direitos civis, liberdades públicas, direitos do homem, direitos humanos” dentre outras (LEITE, 2013, p. 541). “A compreensão

segundo Virgílio Afonso da Silva (2014), que “as liberdades públicas têm como função primordial proteger algo contra intervenções indevidas”. O que interessa, portanto, na teoria do suporte fático é a “definição daquilo que é protegido e sua relação com possíveis intervenções” (SILVA, 2014, p. 69,70).

Assim, preenchido o suporte fático de uma norma, a consequência jurídica pode ocorrer. Um exemplo, no âmbito do Direito penal, cuja identificação do suporte fático é considerada simples, retrata bem a situação. Dispõe o art. 121 do código penal: "Matar alguém: Pena - reclusão de seis a vinte anos". Para que a consequência jurídica possa ocorrer é necessária apenas a ocorrência daquilo que o dispositivo descreve, ou seja, que alguém seja morto por outra pessoa” (SILVA, 2014, p. 70).

Entretanto, a tarefa não é tão simples quando os dispositivos repousam nos direitos fundamentais que garantem a igualdade, a liberdade de expressão ou o direito à privacidade etc. Para facilitar o entendimento, Virgílio Afonso da Silva aponta quatro elementos que deverão ser identificados: i) “o que é protegido”; ii) “contra o quê se protege”; iii) “a consequência jurídica que poderá ocorrer” iv) “o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer” (SILVA, 2014, p. 71).

O suporte fático dos direitos fundamentais é composto pelo primeiro e segundo elementos. O primeiro, ‘o que é protegido’, trata do âmbito de proteção – “atos, fatos, estados ou posições jurídicas” protegidos pela norma de direito fundamental. O segundo, ‘contra o quê’, refere-se à intervenção estatal. “Isso porque a consequência jurídica – em geral, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma *intervenção nesse âmbito*” (SILVA, 2014, p. 71-73).

3.6.2 A composição do suporte fático

O modelo de composição do suporte fático proposto pelo professor da USP¹¹⁷ defende

difundida do sentido de liberdades públicas como direitos de defesa ou de *status negativus*, excluindo os direitos prestacionais, não permite usá-la como gênero de um conjunto de direitos que, necessariamente, envolvem um conteúdo positivo. Ademais, o termo em si "liberdades públicas" carece de sentido, uma vez que toda liberdade requer para seu exercício a atuação do Estado, tornando desnecessário falar em "liberdades públicas", já que não existem, nesse exato sentido, "liberdades privadas (LEITE, 2013, p. 546).

¹¹⁷ A composição de suporte fático de Virgílio Afonso da Silva (2014) é um modelo alternativo ao modelo proposto por Robert Alexy e defendido por Martin Borowski. O suporte fático para esses autores é composto pela soma de dois elementos: o Âmbito de Proteção (AP) e a Intervenção Estatal (IE), e em contraposição a esses elementos está a Fundamentação Constitucional (FC), cuja ausência dá ensejo à Consequência Jurídica (CJ) do direito fundamental em questão. Assim, considerando-se “x” uma ação, estado ou posição jurídica, tem-se a seguinte formalização: se o bem “x” está sob o âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se há uma intervenção estatal em “x” (IEx), e se essa intervenção não possui fundamentação

que se um bem jurídico é “garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental” e se “não há fundamentação constitucional para uma intervenção estatal” no referido bem jurídico, “então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental”, que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal. Por outro lado, “se houver uma fundamentação constitucional, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*)” (SILVA, 2014, p. 74-75).

O suporte fático pode ser classificado como amplo ou restrito, classificação que “tem efeitos na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e é decisiva no debate acerca da eficácia das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p. 79).

3.6.2.1 Suporte fático restrito

No suporte fático restrito, exclui-se, “de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais”. Os autores que defendem tal posicionamento, geralmente, têm dois pontos em comum: “(a) a busca pela essência de determinado direito ou manifestação humana e (b) rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p. 82).

O ponto marcante do suporte fático restrito para as normas de direito fundamental “é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”. Alguns posicionamentos do STF, ainda que sem utilizar a expressão suporte fático restrito, excluem *a priori*, alguma ação, algum estado ou alguma proteção de determinado direito, conforme pontua Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 79-80):

constitucional (não-FCx), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de “x” (CJx), que é, em geral, a cessação da intervenção estatal. Graficamente tem-se: se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx.

Virgílio Afonso da Silva (2014) diverge dos citados autores porque entende que suporte fático tem a seguinte composição: o âmbito de proteção (AP), a intervenção estatal (IE) e a não fundamentação constitucional (não-FC), e não somente os dois primeiros elementos. Assim, se o bem “x” está sob o âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional (não-FCx) para uma intervenção estatal em “x” (IEx), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de “x” (CJx). Graficamente tem-se: se APx e não-FC (IEx), então CJx (SILVA, 2014, p. 73-75).

- a) "a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas" – Ministro Celso de Mello, HC 70.814 – exclusão do sigilo de correspondência, art. 5º, XII, CRFB/88 (SILVA, 2014, p. 80).
- b) "um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra" – Ministro Maurício Corrêa, HC 82.424 – exclusão da liberdade de expressão, art. 5º, IV, CRFB/88 (SILVA, 2014, p. 80);
- c) "o sigilo bancário não é garantido pela "intimidade protegida no inciso X do art. 5º da CF/88" [Min. Sepúlveda Pertence, BRASIL, MS 21.729e, p. 169] (SILVA, 2014, p.80).

Neste último exemplo, ao excluir, de antemão, o sigilo bancário da proteção de um direito fundamental, o autor quis dizer que “não importa que interesses haja na proteção do sigilo bancário dos indivíduos, essa é uma proteção que a lei ordinária criou e que, portanto, poderá abolir quando quiser. E – o que é mais importante: para isso não é necessária nenhuma fundamentação constitucional”, ou seja, “intervenções nesse sigilo ou sua total abolição são questões meramente legais, e excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade” (SILVA, 2014, p. 80).

No âmbito do suporte fático restrito, a principal tarefa é “fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção” do direito fundamental, nas argumentações deste modelo “não há que se falar em *restrição* a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios” (SILVA, 2014, p. 80-81;94).

3.6.3 Suporte fático amplo

No suporte fático amplo, há um “deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*” (SILVA, 2011, p. 94). Enquanto no suporte fático restrito há uma “exclusão *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”, ou seja, importa “o que é *definitivamente* protegido”; no suporte fático amplo, que rejeita a exclusão *a priori*, definir a conduta ou as situações protegidas é apenas o primeiro passo, “já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental

dependerão eventualmente de um sopesamento de situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não” (SILVA, 2014, p. 109).

A principal característica da teoria do suporte amplo é a “distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente¹¹⁸”. Assim, diante da pergunta: o que é protegido *prima facie* pelo direito fundamental? Virgílio Afonso da Silva (2014) responde:

toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do "âmbito temático" de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis* (SILVA, 2014, p. 109, destaque do autor).

Uma proteção ampla ou, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2014), “propositalmente aberta”, pode despertar a ideia “de que estamos diante de direitos absolutos”, mas não é o caso. Conforme exposto anteriormente, “a definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores” (SILVA, 2014, p. 109-110).

Nesse sentido, toda ação, posição jurídica e todo estado abarcados pelo âmbito de proteção de um direito fundamental que sofrer uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente deverá sujeitar-se à consequência jurídica do direito atingido, no caso, a cessação da exigência; ao revés, se a intervenção estatal estiver fundamentada constitucionalmente, “neste caso não se está diante de uma *violação* a um direito fundamental, mas diante de uma *restrição*”. O que demonstra, pois, o “caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da *fundamentação das restrições* para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação)” (SILVA, 2014, p. 110).

A função do suporte fático amplo é “sobretudo *criar exigências de fundamentação para o aplicador do direito*”, as quais, além de possibilitar um diálogo intersubjetivo mais consistente, levam a uma maior proteção dos direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 123, 124).

¹¹⁸ Com base na teoria dos princípios de Alexy, Virgílio Afonso da Silva (2014) aponta que a principal diferença entre regras e princípios reside na estrutura dos direitos garantidos por essas normas. Enquanto as regras garantem direitos definitivos, os princípios garantem direitos *prima facie*. O que significa dizer que o direito garantido pela regra deverá ser realizado totalmente no caso de aplicação da regra ao caso concreto. Já no caso dos princípios a realização é parcial, uma vez que o que é garantido *prima facie*, ao contrário do que é garantido definitivamente, pode sofrer restrições posteriores (SILVA, 2014, p. 45).

3.6.4 Restrições a direitos fundamentais

Ao analisar o suporte fático amplo, verifica-se, ao contrário do que corre com o suporte fático restrito, uma ampliação, tanto do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que não há uma exclusão *prima facie* de direitos, quanto da intervenção estatal, o que traz à tona a questão da “colisão entre direitos e a necessária restrição deles em algumas situações”. Tal questão pode ser analisada sob o enfoque das teorias interna ou externa¹¹⁹ e seus desdobramentos (SILVA, 2014, p. 127).

3.6.4.1 Teoria interna

Segundo a teoria interna¹²⁰, a definição dos limites de cada direito se encontra no próprio direito, ou seja, é algo interno a ele, donde surge a ideia de limites imanentes. Existe, portanto, apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes. “A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos,” tampouco sofre influências de colisões com outros direitos, o que conduz a uma estrutura normativa de regras, ou seja, prevalece “o raciocínio tudo-ou-nada”. Com efeito, os direitos fundamentais não estão sujeitos a um processo de sopesamento (SILVA, 2014, p. 128,129). Nesse sentido:

[...] toda vez que alguém exercitar algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes (SILVA, 2014, p. 129).

Sob o enfoque da teoria interna, portanto, não há possibilidade de haver um determinado direito e este sofrer restrição em função de colisão com outros direitos. É como salienta Virgílio Afonso da Silva, “ou há direito subjetivo ou não há. Se o direito subjetivo existe, então, pode ele ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites” (SILVA, 2014, p. 129, 130).

¹¹⁹ As teorias interna e externa não são “criação da dogmática dos direitos fundamentais, e são conhecidas no âmbito do direito civil há muito tempo” e desperta debates, em especial na França, entre Marcelo Planiol e Georges Ripert (*Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, 10. ed. Paris: LGDJ, 1926, p. 298) de um lado, e do outro, Louis Josserand (*De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927). (SILVA, 2014, p. 127).

¹²⁰ Acerca da teoria interna conferir ainda: (ALEXY, 2011, p. 277-278; LEITE, 2013, p. 691-694).

3.6.4.2 Teoria externa

Ao contrário da teoria interna, a teoria externa¹²¹ possui dois objetos: “há em primeiro lugar, o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*” (SILVA, 2014, p. 138). Segundo o autor,

Essa diferença, que parece insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes consequências, práticas e teóricas. Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2014, p. 138).

Segundo a teoria externa, em uma colisão de princípios, o princípio que cede em favor do outro não tem sua validade afetada, principalmente, sua extensão *prima facie*. Nesse sentido, a restrição de um direito fundamental não tem qualquer influência no seu conteúdo, pode apenas restringir o seu exercício no caso concreto¹²² (SILVA, 2014, p. 138).

Um princípio, entendido como mandamento de otimização¹²³, o que expressa uma ideia de expansividade, “é, *prima facie*, ilimitado”. Por conseguinte, ante a impossibilidade de direitos absolutos, o próprio conceito de mandamento de otimização prevê que a concretização de um princípio pode sofrer restrição por um princípio colidente.¹²⁴ Daí, a diferença entre o direito *prima facie* e o direito definitivo, pressupostos da teoria externa (SILVA, 2014, p. 140).

Ao contrário da teoria interna, em que o direito definitivo é “definido internamente e *a priori*”, sob o enfoque da teoria externa, ele é definido “*a partir de fora*”, ou seja, depende das condições fáticas e jurídicas existentes. Assim, somente a partir da análise do caso concreto, mediante o sopesamento ou a aplicação da regra de proporcionalidade, se for o caso, que se

¹²¹ Acerca da teoria externa conferir ainda: (ALEXY, 2011, p. 277; LEITE, 2013, p. 696).

¹²² Principais críticas apresentadas pela doutrina e refutadas por Virgílio Afonso da Silva, acerca da teoria externa, conferir: (SILVA, 2014, p. 144-155).

¹²³ Com base em Robert Alexy, considera-se princípio a norma que, diante das condições fáticas e jurídicas postas, exige que algo seja realizado na maior medida possível (SILVA, 2014, p. 140, 168).

¹²⁴ Virgílio Afonso da Silva (2014) chama atenção para o fato de que geralmente as restrições a direitos fundamentais ocorrem por meio de regras, as quais encontram-se em legislação infraconstitucional (LC 105/2001, arts. 5º e 6º restringem o direito fundamental à intimidade/privacidade). Nesses casos, raramente tem-se uma colisão entre um princípio e uma regra. Normalmente “a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio, *cuja expressão é a regra*” (SILVA, 2014, p. 141).

pode falar em direito definitivo (SILVA, 2014, p. 140)¹²⁵.

3.6.4.3 Sopesamento e regra da proporcionalidade

Os princípios, como mandamento de otimização, ao garantirem direitos *prima facie*, os quais podem sofrer restrições, apresentam como uma de suas características a possibilidade de serem sopesados. Daí, o surge o sopesamento, técnica “que liga – e fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos” (SILVA, 20014, p. 165).

A regra¹²⁶ da proporcionalidade, por sua vez, está sujeita a três exames: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No campo da adequação, deve-se verificar se a intervenção estatal no âmbito de proteção do direito fundamental guarda relação com um “fim constitucionalmente legítimo”, que, na maioria das vezes, é a concretização de outro mandamento constitucional. Trata-se de responder à seguinte indagação: “a medida adotada é adequada para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?” O teste da adequação é “absoluto e linear”, ou seja, refere-se a uma “relação meio e fim entre uma medida e um objetivo” (SILVA, 20014, p. 169;171).

A necessidade trata, na essência, de um exame comparativo na busca pela eficiência com menor ofensa possível ao direito fundamental. Assim, uma medida é considerada necessária se, dentre as alternativas existentes para determinada finalidade, não houver outra tão eficiente quanto, mas cuja restrição ao direito fundamental seja menor (SILVA, 20014, p. 171;173).

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito visa a evitar que intervenções estatais, aprovadas no exame da adequação e necessidade, restrinjam direitos

¹²⁵ “[...] é possível que se imagine que não há diferença alguma entre a dicotomia *suporte fático restrito vs. suporte fático amplo* e a contraposição *teoria interna vs. teoria externa*. Defender um suporte fático restrito seria, então, a mesma coisa que aceitar uma teoria interna, enquanto o suporte fático amplo seria um reflexo da teoria externa. Essa não é, contudo, uma ligação nem necessária, nem frequente. [...]. Não é uma ligação necessária porque, metodologicamente, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e suas restrições. Isso é perceptível com clareza por meio da possibilidade de se pressupor um suporte fático restrito e, ao mesmo tempo, aceitar as premissas da teoria externa no que diz respeito à relação entre o direito em si e suas restrições.” Veja-se o exemplo: caso o sigilo bancário seja excluído do âmbito de proteção do direito à intimidade/privacidade, com base na teoria do suporte fático restrito que exclui a priori determinadas condutas ou situações jurídicas, não impede que restante da privacidade/intimidade – aquilo que é protegido pelo âmbito restrito – seja, posteriormente, restringido (teoria externa) (SILVA, 2014, p. 158).

¹²⁶ Virgílio Afonso da Silva utiliza a proporcionalidade não como um princípio, um mandamento de otimização, mas sim com uma regra, uma vez que não está sujeita a condições fáticas ou jurídicas do caso concreto; uma regra que impõe um dever definitivo. Ressalta, porém, diante da peculiaridade do contexto, que se trata de uma “regra de segundo nível” ou uma “meta-regra” (SILVA, 2014, p. 169).

fundamentais de forma desproporcional, ou seja, além daquilo que a concretização do objetivo almejado seja capaz de justificar¹²⁷.

3.7 Nosso posicionamento em relação ao acesso da administração tributária às movimentações financeiras do contribuinte sem prévia autorização judicial

Para nós, as movimentações financeiras do contribuinte estão sob o âmbito de proteção *prima facie* do direito fundamental à intimidade e/ou privacidade; entretanto, podem sofrer restrições do Estado as quais encontram justificativas nos princípios da eficiência (art. 37), igualdade (150, II) e capacidade econômica (art. 145, §1º) previstos na CRFB/88, dentre outros. Nosso posicionamento se apoia na teoria do suporte fático amplo de Virgílio Afonso da Silva (2014) – teoria que exige maior fundamentação legal para o intérprete do direito e possibilita maior proteção aos direitos fundamentais –, bem como na ideia de privacidade econômica defendida por Esther Bueno Gallardo (2009).

3.7.1 Informações de movimentação financeira sob o âmbito de proteção da intimidade/privacidade

Inicialmente, registramos que, para nós, as informações financeiras não encontram abrigo no inciso XII do art. 5º, que trata do sigilo de dados, mas sim no inciso X, que trata da intimidade e privacidade. Concordamos com os argumentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011) e Eurico Marcos Diniz de Santi (2011) anteriormente elencados, no sentido de que o ‘dado’ a que se refere o inciso XII do art. 5º da CRFB/88 é uma modalidade de comunicação tecnológica, e não o objeto de comunicação. Tratemos, pois, da intimidade e da privacidade¹²⁸.

De acordo com a teoria do suporte fático amplo, de Virgílio Afonso da Silva (2014), qualquer exclusão *a priori* do direito fundamental à intimidade ou privacidade deve ser rejeitada; ao revés, qualquer ação, conduta que tenha um mínimo de relação com tal direito

¹²⁷ Veja-se o seguinte exemplo: “com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei [...] no qual se proíbem: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes de qualquer processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foto, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra do sigilo bancário, em toda e qualquer situação” (SILVA, 2014, p. 175). Trata-se de um conjunto de medidas de garantia da privacidade, mas que não é proporcional em sentido estrito, uma vez que restringe de forma muito intensa outros direitos fundamentais envolvidos (liberdade imprensa, publicidade dos atos processuais, entre outros).

¹²⁸ Em 2006, o pleno do STF enfrentou o art. 5, XII, da CRFB/88 e firmou o posicionamento no sentido de que a proteção constitucional se refere à comunicação ‘de dados’ e não aos ‘dados em si mesmos’, ainda que armazenados em computador (BRASIL, RE 418.416, 2006d). Conferir capítulo 5, tópico 5.3.

deve fazer parte do seu âmbito de proteção *prima facie*. É o caso das movimentações financeiras.

Conforme já elencado, autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997), José Afonso da Silva (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013) registram a dificuldade para distinguir, de forma nítida, os termos intimidade e privacidade. Por outro lado, até mesmo dentre os autores que defendem que as movimentações financeiras não estão sob a proteção do direito à intimidade ou privacidade, alguns admitem a possibilidade de tais informações tocar em questões privadas ou íntimas. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), por exemplo, elas não estão sob o âmbito de proteção da privacidade, uma vez que se relacionam com a propriedade; porém, admite que as informações financeiras podem repercutir na esfera da privacidade, no sentido de proteção contra a intromissão de terceiros. Eurico Marcos Diniz de Santi (2011), embora admita a proteção constitucional, observa que elas estão fora do núcleo de proteção. Nota-se um certo receio, por parte destes autores, em admitir que as movimentações financeiras estão sob a proteção do direito fundamental à intimidade ou privacidade; é como se a proteção constitucional a tais informações impossibilitasse o acesso do fisco, sem prévia autorização judicial. Todavia, não é este o caso.

Havendo uma justificativa constitucional para a intervenção estatal, não há que se falar em violação de direito fundamental, ao revés, há uma convivência harmônica entre ambos os direitos constitucionais. É o que o Ricardo Lobo Torres (2007), que entende que os dados bancários estão sob a proteção constitucional, chama de jogo de ponderação de interesses, em que a intimidade deve ceder diante de outros princípios, tal qual transparência fiscal.

Nesse sentido, a partir da concepção ampla de privacidade, que abarca a intimidade, nos moldes defendidos por José Afonso da Silva (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013), bem como na concepção de privacidade econômica adotada por Esther Bueno Gallardo (2009) e com base na teoria do suporte fático amplo, entendemos que as informações financeiras do contribuinte estão sob o âmbito de proteção *prima facie* da privacidade e/ou intimidade, tal qual os dados sigilosos informados na declaração de renda do contribuinte. Tal posicionamento, além de garantir maior proteção às informações financeiras, exige fundamentação constitucional para acessá-las.

3.7.2 Intervenção estatal no direito à intimidade e à privacidade

De acordo com a teoria do suporte fático amplo, se o bem jurídico sob a proteção constitucional – movimentações financeiras – sofrer uma intervenção estatal fundamentada constitucionalmente, o que ocorre é uma restrição permitida e não uma violação de direito fundamental. O que demonstra que o “direito à intimidade não é, na prática, absoluto, encontrando suas fronteiras em outros direitos ou bens constitucionais.” No caso de a limitação ocorrer por “atuação legislativa”, a que nos interessa nesta dissertação, “deverá ter por fundamento uma disposição constitucional, enunciadora de outro direito ou bem protegido” (LEITE, 1998, p. 383). A restrição pode ser:

diretamente: através de uma lei que incida imediatamente sobre o âmbito de proteção do direito à intimidade, desde que haja autorização constitucional expressa nesse sentido. Tal é o caso da reserva de lei restritiva da inviolabilidade de comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CRFB);

indiretamente: a partir da conformação ou concretização de outro direito, de uma competência ou bem constitucional. Assim, em princípio, pode haver permissão legislativa de quebra de sigilo bancário, em nome da “segurança” (art. 144, CRFB) e da “moralidade pública” (art. 37, *caput*, CRFB), do exercício das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, sobretudo inciso VI, CRFB) e da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, pelo Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71, CRFB) (LEITE, 1998, p. 383-384, grifo do autor).

Na mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011) entendem que o “sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse da manutenção do sigilo” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 324).

Dentre os valores existentes na CRFB/88 que justificam a restrição da intimidade ou privacidade elencamos: o princípio da eficiência do Estado (art. 37), o da igualdade tributária (art. 150, II) e o da capacidade econômica (art. 145, §1º), dentre outros.

Nos termos do art. 37 da CRFB/88¹²⁹, é dever da administração pública de qualquer dos Poderes da União obedecer ao princípio da eficiência, dentre outros. Tal princípio, sem mitigar o princípio da legalidade, trouxe para a administração pública o dever de realizar suas atribuições com “rapidez, perfeição e rendimento” (GASPARINI, 2002, p. 19). Com vistas a alcançar os melhores resultados no desempenho da função ou atividade administrativa, a eficiência se apresenta sob dois aspectos:

¹²⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL, 1988).

- a) em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições;
- b) em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública. (DI PIETRO, 2003, p. 83).

Em relação ao segundo aspecto, se a obtenção dos dados bancários estivesse sujeita à prévia autorização judicial, significaria dizer que a administração tributária deveria solicitar ao Poder Judiciário, periodicamente, a transferência do sigilo bancário de todas as contas bancárias existentes no país, acima do valor que especifica, o que, em tese, não poderia ser negado, sob o risco de impedir que a administração tributária utilizasse um dos instrumentos mais eficientes, no exercício de suas atribuições, que é o cruzamento entre os valores informados nas declarações de renda e as movimentações financeiras. Tal posicionamento não apenas geraria completa ineficiência, como não seria razoável.

Nas palavras de Leonardo Giannetti (2009), “obrigar a administração pública a requerer judicialmente o afastamento do sigilo bancário é medida contraproducente que redundaria na ineficiência do Estado”. Tendo em vista que é obrigação do Estado “adotar os melhores meios e instrumentos para realizar suas tarefas e prerrogativas, logicamente as atividades vinculadas à tributação – entre elas a de controle das atividades econômicas - estão inseridas neste dever.” Uma administração tributária com instrumentos eficientes é salutar para a própria sociedade, uma vez que o “Estado depende dos tributos para realizar as diversas tarefas descritas na Constituição, entre as quais a realização dos direitos fundamentais” (GIANNETTI, 2009, p. 7594). Tendo em vista que os dados bancários transferidos da instituição financeira para a administração tributária ficam sob a proteção do sigilo fiscal (art. 198 – CTN), o que a LC 105/2001 fez foi tornar tal operação eficiente. Ou seja, permitiu-se a transferência dos dados bancários de forma eficiente, sem a intermediação do Poder Judiciário.

O princípio da igualdade ou isonomia, no âmbito tributário, constou pela primeira vez no texto constitucional da CRFB/88¹³⁰, no art. 150, II. O dispositivo veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situações equivalentes, bem como proíbe qualquer distinção decorrente de ocupação profissional ou função, independentemente da

¹³⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

denominação jurídica. A primeira parte¹³¹, a que nos interessa nesta dissertação, trata da máxima da igualdade. Nas palavras de Rui Barbosa (2004), em *Oração aos moços*, “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida que se desigualem.” (BARBOSA, 2004, p. 39). Trata-se de um comando constitucional direcionado ao legislador, o qual detém liberdade para “avaliar e decidir se determinadas situações são ou não equivalentes para fins de tratamento tributário”, quando da definição da política fiscal do ente federativo (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL; 2014, p. 256). É o que Américo Lourenço Masset Lacombe (2000) chama de “igualdades de situações práticas, que não podem ter valoração diversa pelo legislador” ao transformar os fatos em hipóteses normativas (LACOMBE, 2000, p. 26). Mas o legislador não tem liberdade ilimitada¹³²; é preciso ter uma justificativa constitucional que ampare um tratamento desigual, tal qual “se dá no campo dos tributos, à vista do *princípio da capacidade contributiva*, com o qual se entrelaça o enunciado constitucional da igualdade”. Como observa Luciano Amaro (1999), “hão de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual *capacidade contributiva*, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferente capacidade de contribuir” (AMARO, 1999, p. 131).

O princípio da capacidade contributiva previsto no §1º do art. 145¹³³ da CRFB/88, conforme Luciano Amaro (1999), inspira-se “na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir impostos, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água” (AMARO, 1999, p. 134). Referido princípio, continua o autor, guarda uma

¹³¹A segunda parte do art. 150, II, da CRFB/88, de conotação histórica, revogou privilégios concedidos sob a égide da Carta de 67-69 – conhecidos como privilégios odiosos. O art. 21, IV da CRFB/67-69 dispunha que era competência da União instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, ‘salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei’. Ao amparo desta ressalva foram instituídas legislações que concediam isenções de imposto de renda de acordo com a categoria, tais como legisladores, militares, magistrados (Decreto-lei nº 2019/83), ou de acordo com a denominação da verba. Portanto, o objetivo da segunda parte do referido artigo 150, II, da CRFB/88 foi proibir ‘distinção em razão de ocupação profissional ou função’ seja qual for a “denominação jurídica” atribuída aos rendimentos. (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL; 2014, p. 257). Conferir também privilégios odiosos em Ricardo Lobo Torres (LOBO TORRES, 2007, p. 79).

¹³² Embora considerem o princípio da igualdade uma “norma de conteúdo indeterminado”, Klaus Tipke e Douglas Yamashita (2002) destacam que seu conteúdo não é indeterminável, portanto, não deve ser arbitrário. A própria Constituição proíbe alguns tratamentos, sem prejuízos de outros, que elencam o caminho a ser seguido na aplicação do referido princípio. Vejamos: O art. 5º, I, da CRFB/88 proíbe o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, inclusive no âmbito tributário. Proibição que está em consonância com o art. 3º, IV que também proíbe a eleição de critérios como “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 151, I, por sua vez, reforça a vedação de tratamento diferenciado em função da origem, salvo por motivos devidamente justificados cujo objetivo seja “promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 55).

¹³³ Art. 145, §1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

relação muito próxima do princípio da igualdade, uma vez que ao ajustar “o tributo à capacidade econômica” as diferenças de riquezas não devem ser ignoradas (AMARO, 1999, p. 135). Posicionamento semelhante ao de Klaus Tipke e Douglas Yamashita (2002), para quem “o princípio da capacidade contributiva consiste no próprio princípio da igualdade aplicado em matéria tributária” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 55). Marciano Seabra de Godoi (1999), por sua vez, enxerga a capacidade contributiva como um subprincípio que se concretiza “na eleição (por vezes expressa na constituição) de um critério fundamental – mas não o exclusivo, para operar, na seara tributária” o “princípio maior”, o da igualdade. Tal posicionamento, continua Marciano Seabra, permite a superação de “aparentes antinomias geradas pelo conflito entre capacidade contributiva e medidas de extrafiscalidade¹³⁴ (GODOI, 1999, p. 192).

Concordamos com Marciano Seabra de Godoi (1999) no sentido de que a expressão “sempre que possível” prevista no §1º do art. 145 da CRFB/88 obriga o legislador a “graduar os impostos segundo a capacidade contributiva do contribuinte” e permite que o caráter pessoal seja instituído “sempre que possível”, já que nem sempre é possível fazê-lo. Veja-se: (GODOI, 1999, p. 202)¹³⁵.

Sendo assim, pode-se afirmar que o **legislador está obrigado a graduar os impostos segundo a capacidade contributiva** do contribuinte (o que sempre é possível), mas permite-se que, em nome de outros valores constitucionais - redução de desigualdades regionais, p. ex. - seja afastado no caso concreto (Alexy) o princípio (mandato de otimização) da capacidade contributiva. Nestas situações, continua sendo possível a graduação pela capacidade econômica [...], mas o legislador pode legitimamente afastar tal critério, contanto que não seja para instituir privilégios odiosos em contrariedade ao princípio maior da igualdade.

Em relação ao caráter pessoal dos impostos, aí sim pode-se dizer que nem sempre é possível ao legislador instituí-lo, pois impostos indiretos sobre o consumo (IPI, ICMS) realmente não se prestam a uma personalização satisfatória (GODOI, 1999, p. 2002, grifo nosso).

¹³⁴ Para maior aprofundamento do tema, conferir a relação do princípio da igualdade tributária em relação aos diversos aspectos tributários como: capacidade contributiva, imunidades, isenções e benefícios fiscais, não-confisco dentre outros, conferir (GODOI, 1999, p. 183-214).

¹³⁵ Para Hugo de Brito Machado (1989), “[...] o sentido da cláusula sempre que possível, [...] é o de permitir a existência de impostos de caráter pessoal, e não o de permitir imposto que não seja graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte” (MACHADO, 1989, p. 127). No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins (1989) entende que a expressão “sempre que possível” relaciona-se com a “graduação pessoal da imposição tributária, visto que nem todos os tributos têm natureza pessoal” (MARTINS, 1989, p.42, 51). Luciano Amaro entende que a expressão “sempre que possível” se aplica tanto para o caráter pessoal quanto para a capacidade econômica (AMARO, 1999, p. 134). Para Marçal Justen Filho (1989) “A cláusula ‘sempre que possível’ indica submissão do legislador às circunstâncias objetivas da figura tributária que se trate. A aplicação do princípio da capacidade econômica e do cunho pessoal não podem ser escolha subjetiva do legislador. Somente poderá deixar de aplicar o princípio quando ‘impossível’” (JUSTEN FILHO, 1989, p. 368). Nessa mesma linha Wagner Balera (1989, p. 246, 247).

Em seguida, o mesmo dispositivo constitucional, para garantir a efetividade da pessoalidade e da capacidade econômica, facultou ao fisco a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas, desde que respeitados os direitos individuais e nos termos da lei. Trata-se, na hipótese, da teoria dos poderes implícitos; para atingir os “fins”, o constituinte atribuiu ao fisco também os “meios”. Quanto às ressalvas, não se verifica nenhuma novidade, pois os direitos individuais do contribuinte devem ser respeitados sempre, principalmente pelo Estado, lembrando-se sempre de que restrição a direito individual com justificativa constitucional não configura desrespeito; por outro lado, de igual forma, o fisco está sempre obrigado a agir segundo os ditames da legalidade. Sobre o tema, assim se manifesta Luciano Amaro (1999):

Ambas as ressalvas feitas à faculdade reconhecida à administração tributária são, em rigor, expletivas, pois não se conceberia que alguma autoridade pudesse agir em detrimento dos direitos individuais, e os administrativistas sempre nos ensinaram que a autoridade somente pode agir *nos termos da lei*. Aliás, também em rigor, a própria concessão da faculdade é exabundante, pela teoria dos poderes implícitos (quem dá os fins dá os meios): se a Constituição dá ao Estado o poder de tributar e o obriga a respeitar a capacidade econômica do contribuinte, claro fica que o Estado deve ter, mais do que o *direito*, o *dever* de fiscalizar o contribuinte (na forma da lei, obviamente, e respeitados, é claro, os direitos individuais) (AMARO, 1999, p. 138).

Nas palavras de Klaus Tipke e Douglas Yamashita (2002, p. 77), a concretização do princípio da capacidade contributiva, sob o aspecto objetivo, ocorre "essencialmente, por meio da escolha e estruturação de base cálculos impositivos". Identificar qual o bem tributável que melhor revela a capacidade contributiva é discussão antiga. No século XVII, era o "solo"; no século XIX, o capital; no final do século XIX e meados do século XX, desenvolveu-se a "concepção do poder de disposição" que significa o "acréscimo de poder de disponibilidade econômica" que, inclusive, está em consonância com o conceito de renda previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional. Nesse sentido:

O *patrimônio* ou capital, antes suposto como indicador autônomo de capacidade contributiva, é, na verdade, nada mais nada menos que *renda acumulada*, até porque só se pode acumular aquilo que se auferiu. Da mesma forma, o consumo consiste na *renda despendida*, até porque só se pode despende aquilo que se auferiu. Patrimônio e consumo são, portanto, *momentos posteriores* de destinação da renda *lato sensu* (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 77-78).

Acerca da igualdade tributária e da capacidade econômica, oportuno é relembra alguns dados numéricos apresentados no tópico 2.6, do capítulo 2:

- a) 233.155 pessoas físicas se declaram isentas de imposto de renda¹³⁶, mas a movimentação financeira é superior a R\$ 100 mil (2004);
- b) 455.311 pessoas físicas não entregam declaração de imposto de renda, mas a movimentação financeira é acima de R\$ 50 mil, totalizando R\$ 57,2 bilhões (2004);
- c) 13.617 pessoas jurídicas se declaram como inativas, mas a movimentação financeira é acima de R\$ 500 mil, totalizando R\$24,9 bilhões (2004);
- d) 51.525 pessoas jurídicas não apresentam Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), mas a movimentação financeira é acima de R\$ 100 mil, totalizando R\$ 127,7 bilhões (2004);
- e) 7.481 pessoas jurídicas optam pelo SIMPLES¹³⁷, mas a movimentação financeira é acima de R\$ 5 milhões, totalizando R\$ 63,9 bilhões, média de R\$8,5 milhões por contribuinte (2006);
- f) 47.675 profissionais liberais declaram renda média de R\$ 26,3 mil¹³⁸, mas a movimentação financeira média é de R\$ 479,8 mil, totalizando R\$ 22,8 bilhões (2006).

Para nós, descartadas as hipóteses em que não houve omissão de rendimentos/receitas, casos em que as diferenças têm justificativas, não é possível falar em igualdade tributária, a prevalecer o quadro acima. A propósito, em um ambiente que encerrou o ano de 2015¹³⁹ com 317,1 milhões de contas bancárias ativas, pode-se dizer que as divergências elencadas anteriormente estão de acordo com os art. 145, §1º e 150, II da CRFB/88, mesmo sabendo que existe um mecanismo eficiente (art. 37 da CRFB) para identifica-las? Entendemos que não. Permitir que tais diferenças se perpetuem, utilizando o pano de fundo da reserva de jurisdição e da inviolabilidade dos direitos fundamentais é fazer tábula rasa dos princípios da eficiência, da igualdade tributária e da capacidade econômica do contribuinte, é ir de encontro a um sistema tributário eficiente e mais justo.

O livre acesso do fisco às movimentações financeiras do contribuinte, além de permitir

¹³⁶Estavam obrigadas a declarar imposto de renda as pessoas físicas que receberam no ano-calendário 2004 rendimentos tributáveis cuja soma foi superior a R\$ 12.696,00 (doze mil, seiscentos e noventa e seis reais); Instrução Normativa SRF nº 507, de 11 de fevereiro de 2005 (BRASIL, 2005).

¹³⁷Em 2006, os limites para a pessoa jurídica optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES eram: i) microempresa, R\$ 240.000,00(duzentos e quarenta mil); empresa de pequeno porte, R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). Lei 9317/96 alterada pela Lei nº 11.196/2005 (BRASIL, 1996c).

¹³⁸Estavam obrigadas a declarar imposto de renda as pessoas físicas que receberam no ano-calendário 2006 rendimentos tributáveis cuja soma foi superior a R\$ 13.968,00 (treze mil, novecentos e sessenta e oito reais); Instrução Normativa SRF nº 716, de 05 de fevereiro de 2007 (BRASIL, 2007c).

¹³⁹ Conferir tópico 2.6, capítulo 2.

a identificação de rendimento/receita omitida, representa um passo importante, embora pequeno¹⁴⁰, reconhecemos, na luta contra a perversa tributação indireta – tributação sobre o consumo –, aparentemente indolor ao contribuinte, mas que, na verdade, é a mais dolorosa e mais injusta¹⁴¹, uma vez que a imposição tributária, do mais pobre ao mais abastado, é a mesma. Em ambos os casos, verifica-se a promoção tanto do princípio da capacidade econômica quanto da igualdade tributária.

Ricardo Lobo Torres (2007), ao tratar do princípio da igualdade tributária, observa que “qualquer discrimine que leve à diminuição ou à exclusão da carga tributária, e que signifique desigualdade entre contribuintes, independentemente da forma ou da denominação jurídica, está proibida” (LOBO TORRES, 2007, p. 79). Refere-se o autor aos privilégios fiscais odiosos concedidos à época da Carta de 1967/69. Não permitir que o fisco tenha acesso, de forma ágil e eficiente, à movimentação financeira do contribuinte para identificar as divergências elencadas nos exemplos anteriores, seria permitir a diminuição ou exclusão da carga tributária daqueles que caminham à margem da legislação tributária, o que significa privilegiar a desigualdade. Portanto, o livre acesso do fisco aos dados bancários, além de concretizar o princípio da igualdade tributária, na vertente de que cada um deve contribuir na medida de sua capacidade econômica, torna o sistema tributário mais justo e ‘menos odioso’, uma vez que elimina o ‘privilégio’ daqueles que optam por movimentar recursos tributáveis sem oferecê-los à tributação e tentam valer-se do manto do direito fundamental à intimidade e/ou privacidade como medida protetiva.

Veja-se, pois, que o livre acesso do fisco às movimentações financeiras do contribuinte, seja via acesso sistêmico (art. 5º da LC 105/2001), seja via acesso indispensável (art. 6º da LC 105/2001), ao possibilitar o cotejamento com os valores declarados perante o fisco e, posteriormente, em sede de fiscalização, mediante análise dos extratos bancários, ganha mais importância ainda no contexto em que a maioria das grandes economias mundiais, dentre elas o Brasil, adotam a modalidade de lançamento por homologação¹⁴² para, praticamente, todos os tributos e a mobilidade do capital ocorre cada vez mais de forma virtual (BRASIL, 2001c).

¹⁴⁰ O problema da tributação sobre o consumo deve ser resolvido no âmbito legislativo, é questão de política fiscal. Não se cogita da hipótese de que o acesso aos dados bancários, de forma a identificar a renda daqueles que a omitem, principalmente os que tem maior capacidade econômica, resolva essa distorção.

¹⁴¹ Com base em estudos realizados em 2012, a média da carga tributária sobre a renda, lucros e ganho de capital dos países da OCDE corresponde a 12,2%, no Brasil a proporção corresponde a 6,4%. A Em relação à carga tributária sobre bens e serviços (tributação indireta), enquanto a média dos países da OCDE é 11,6%, o Brasil ocupa o topo da lista com uma proporção de 18,8%. Conferir: Carga Tributária no Brasil (BRASIL, 2014c, p. 9-10). Conferir também (GODOI, 2013, p. 6-7).

¹⁴² Acerca da tributação por homologação conferir tópico 2.5 no capítulo 2.

Poderíamos elencar outros princípios constitucionais que guardam relação com as informações financeiras, tal qual o princípio da transparência fiscal¹⁴³, princípio constitucional implícito que, aos poucos, ganha força no direito brasileiro (LOBO TORRES, 2007, p. 125; 321); mas, para o que desejamos demonstrar, os três são suficientes; aliás, ainda que fosse somente um enunciado, tendo em vista a força normativa da constituição, já seria o suficiente.

O que temos, portanto, é o confronto entre o direito fundamental à intimidade/privacidade por um lado, e, por outro, o acesso às informações financeiras, cujas normas constitucionais de sustentação são os princípios da eficiência, da igualdade tributária e da capacidade tributária. Vejamos o sopesamento de tais enunciados constitucionais de acordo com a regra da proporcionalidade, nas vertentes adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No campo da adequação, é possível verificar que a restrição do direito fundamental à intimidade/privacidade, mediante os instrumentos concedidos pela LC 105/2001, além de permitir que o Estado seja mais eficiente, permite-lhe também promover tanto a igualdade tributária quanto a capacidade tributária. Conforme demonstrado no capítulo 2¹⁴⁴, “sem as declarações prestadas e, mais ainda, sem o cruzamento e comparação dessas declarações com informações de terceiros, o sistema do lançamento por homologação não se sustentaria, pois seria impossível que as autoridades fiscais verificassem a matéria tributável” (BRASIL, 2016d, p. 2). A medida revela-se, portanto, eficiente. Assim, verifica-se que é adequada, uma vez que, além de eficiente, permite que o Estado exerça corretamente seu papel de fiscalização.¹⁴⁵

Em relação à necessidade, não vislumbramos outro modelo tão eficiente quanto esse, que permita ao fisco, de forma ágil e ótima, promover a igualdade tributária e a capacidade tributária, cuja restrição ao direito fundamental seja menor¹⁴⁶. Outra forma seria solicitar autorização judicial para afetar a intimidade do contribuinte, mas tal medida, conforme demonstrado anteriormente, além de não ser eficiente, não impede que os dados sejam acessados, ou seja, não elimina a restrição ao direito fundamental; apenas garante a reserva de

¹⁴³ A transparência fiscal será abordada no capítulo 4.

¹⁴⁴ Conferir: tópico 2.6, capítulo 2.

¹⁴⁵ Permite ainda a “efetivação da justiça fiscal material, no sentido da adequação da carga tributária conforme os níveis de riqueza dos cidadãos e a identificação dos responsáveis por infrações tributárias (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 157).

¹⁴⁶ “[...] não há outro meio passível de demonstrar os fatos gerados dos tributos, caso o contribuinte se valha do sistema financeiro como meio para escondê-lo.” Principalmente em função das “facilidades proporcionadas pela informática bancária em termos de velocidade e agilidade das transações” (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 155).

jurisdição. O que se poderia alegar nesse ponto seria o uso indevido da informação – entenda-se ‘vazamento de informações’ ou utilização para outros fins – pelo fisco, mas aí a discussão seria outra, seria o caso de conduta ilícita, o que deve ser resolvido nas esferas administrativa, cível e penal, conforme previsto na própria LC 105/2001¹⁴⁷. A propósito, em tema de vazamento de informações, oportuno registrar que na realidade recente do país, tem havido muito mais ‘vazamento de informações’ sigilosas por parte do próprio Poder Judiciário do que pela Receita Federal do Brasil.¹⁴⁸

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito revela que o acesso aos dados bancários não configura uma restrição ou afetação desproporcional da intimidade do titular. Inicialmente, porque os dados continuam protegidos pelo sigilo fiscal, e também porque tal acesso afeta somente aquele contribuinte cujos valores movimentados estão em desacordo com a legislação tributária, ou seja, o contribuinte que omitiu rendimentos/receitas. A situação do contribuinte cujos valores movimentados em conta financeira estejam conforme com os declarados ao fisco permanecerá incólume¹⁴⁹.

Verifica-se, pois, que a restrição ao direito fundamental à privacidade e/ou intimidade (art. 5º, X), configurada pelo acesso às informações financeiras pelo fisco, sem prévia autorização judicial, conforme demonstrado anteriormente, encontra justificativas na própria CRFB/88, nos princípios da eficiência (art. 37), da igualdade tributária (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, §1); o que significa dizer que o referido acesso não configura uma violação aos citados direitos fundamentais. Importante repisar ainda que tais direitos fundamentais ao cederem em favor dos referidos enunciados constitucionais não têm sua validade afetada, principalmente, sua extensão *prima facie*. Nesse sentido, a restrição ao direito fundamental da intimidade ou privacidade não tem qualquer influência no seu conteúdo, apenas restringe seu exercício de forma a permitir que o fisco tenha acesso aos dados bancários para o exercício das suas atribuições.

Para nós, o posicionamento anterior justifica não só o acesso aos dados bancários das pessoas físicas, mas também das pessoas jurídicas. Além disso, as pessoas jurídicas estão obrigadas legalmente¹⁵⁰ a escriturar toda movimentação financeira, em seus livros contábeis

¹⁴⁷ Acerca das penalidades na LC 105/2001, conferir: tópico 2.4, capítulo 2.

¹⁴⁸ Conforme registrado no tópico 2.6, capítulo 2.

¹⁴⁹ “[...] o interesse público ou social na arrecadação tributária, observado o princípio da capacidade contributiva, bem como na apuração dos ilícitos, supera largamente o interesse individual na preservação da vida privada” (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 158).

¹⁵⁰ A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 7º). A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (Decreto Lei nº 486, de 1969; Lei nº 2.354, de 29

ou livro caixa, o que possibilita ao fisco, no exercício de suas funções, realizar auditoria fiscal, dentre outros exames, das movimentações financeiras e os valores escriturados. Por outro lado, se as justificativas expostas anteriormente são válidas para as pessoas físicas, cuja intimidade e/ou privacidade lhe são peculiares, com mais razão ainda são para as pessoas jurídicas, cuja privacidade e/ou intimidade é discutível, conforme salientado por Marco Aurélio Greco (2003, 2011).

Ressaltamos, por fim, nas palavras de Sergio André Rocha (2016a), que “o acesso a dados bancários pelas autoridades fiscais não é o mesmo que sua divulgação pública”, referido acesso, continua o autor, “não cria tributação, não gera incidência, apenas viabiliza que a autoridade fiscal tenha instrumentos para aplicar corretamente a legislação, cobrando tributo daqueles que possuem capacidade econômica para pagá-lo” (ROCHA, 2016, p. 3-4).

3.8 Síntese do capítulo

Neste capítulo, abordamos as principais correntes de pensamento que abordam o acesso da administração tributária aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, e se concentram em torno do direito fundamental à intimidade, à privacidade ou sigilo de dados.

Ao analisar o conceito de intimidade e privacidade, verificamos que tratar ambos os conceitos de forma excludente não é uma tarefa simples. Tal fato observado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997), levou autores como José Afonso da Silva (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013) a adotarem um conceito amplo de privacidade de forma a abarcar a intimidade, conceito com o qual nos alinhamos.

A essência dos argumentos da corrente contrária ao acesso do fisco é no sentido de que as movimentações financeiras estão sob a proteção do direito fundamental à intimidade, à privacidade ou ao sigilo de dados; portanto, o acesso da administração tributária a essas

de novembro de 1954, art. 2º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 25; art. 251, 257 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR - Decreto 3000, de 1999, Lei nº 10.406, de 2002, arts. 1179 - 1.184). A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro presumido deve manter a escrituração contábil nos termos da legislação comercial ou manter o livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária. (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45.; art. 527 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) - Decreto 3000, de 1999). As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional deverão adotar para os registros e controles das operações e prestações por elas realizadas, dentre outros, o Livro Caixa, escriturado por estabelecimento, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária (podendo ser dispensado no caso de empresas que possuam livro Razão e Diário, devidamente escriturados). Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, §§ 2º, 4º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 10 e 11; art. 61 da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94, de 2011)

informações somente pode ocorrer mediante autorização judicial. Em relação à corrente favorável ao fisco, alguns autores entendem que as movimentações financeiras não estão sob o âmbito de proteção dos referidos direitos fundamentais, assim não haveria óbice algum para a legislação infraconstitucional permitir o livre acesso do fisco; outros admitem que, em alguns casos, as movimentações financeiras fazem parte da intimidade e ou privacidade do contribuinte, se não em todos os casos, pelo menos em alguns, o que também não impede o livre acesso do fisco, seja em função da ponderação de valores, uma vez que há justificativas constitucionais que garantem tal acesso, seja porque, embora tais informações estejam sob a proteção constitucional do direito fundamental à intimidade, não fazem parte do núcleo de proteção.

Notamos um certo receio por parte de alguns autores da corrente favorável ao acesso do fisco em aceitar que as movimentações financeiras do contribuinte estão sob a proteção do direito fundamental à intimidade ou à privacidade. É como se, admitir tal hipótese, fechasse as portas para o acesso do fisco a essas informações, sem prévia autorização judicial. Para nós, a negativa em admitir tal hipótese não contribui com a garantia do direito fundamental à intimidade e ou privacidade, além de tornar a justificativa confusa, o que a fragiliza.

Ao tratar do aspecto material do direito à intimidade, no direito espanhol, Esther Bueno classifica os dados que compõem o fluxo patrimonial do contribuinte como: intimidade de qualidade mínima, dados estritamente econômicos; e intimidade de qualidade média, dados econômicos que revelam ou possam vir a revelar intimidade de qualidade média ou máxima. Em seguida, destaca que em nenhum caso os dados financeiros constituem em si mesmos intimidade de qualidade máxima, o que não impede que o fisco, eventualmente, tenha acesso à informação desse nível de intimidade.

Nesse caso, o acesso ocorre de forma indireta, uma vez que não é esse o objetivo do fisco, não se trata de intimidade econômica, mas de dados privados não patrimoniais, cuja transcendência tributária justifica o acesso. Em relação ao aspecto jurídico, somente as ingerências ilegítimas estão sob o âmbito de proteção do direito constitucional à intimidade. Nesse sentido, no âmbito tributário, de acordo com a professora de Córdoba, se houver uma finalidade constitucional que justifique a afetação, previsão legal e, se a medida adotada estiver de acordo com o princípio da proporcionalidade, está justificada a afetação.

O posicionamento da autora espanhola guarda relação, em alguns pontos, com a teoria do suporte fático amplo, defendida pelo professor da USP, Virgílio Afonso da Silva (2014) quando apregoa que o bem jurídico que tiver relação, ainda que mínima, com um direito fundamental deve fazer parte do seu âmbito de proteção *prima facie*, o que não

impede o referido bem de sofrer uma intervenção estatal, desde que fundamentada constitucionalmente. Neste caso, estar-se-á diante de uma restrição permitida e não de uma violação de direito fundamental. É o caso das movimentações financeiras. Referida teoria, além de oferecer uma maior proteção aos direitos fundamentais, permite um diálogo mais constante e objetivo e, acima de tudo, exige do aplicador do direito maior fundamentação.

Por fim, após adotar o conceito amplo de privacidade, com base na teoria do suporte fático amplo, de Virgílio Afonso da Silva (2014), defendemos que as movimentações financeiras do contribuinte fazem parte da intimidade e/ou privacidade do contribuinte, ou, nas palavras de Esther Bueno Gallardo (2009), fazem parte da privacidade econômica. Nesse sentido, repousam sob a proteção da garantia constitucional no direito fundamental à intimidade e/ou privacidade previsto no inciso X da CRFB/88.

A restrição do direito fundamental à privacidade e/ou da intimidade (art. 5º, X), configurada pelo acesso do fisco às informações financeiras, sem prévia autorização judicial, encontra justificativas nos princípios constitucionais da eficiência (art. 37), da igualdade tributária (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, §1). Verifica-se, pois, que o referido acesso significa uma restrição permitida constitucionalmente e não uma violação de direito fundamental, o que mantém incólume o referido direito, e apenas restringe seu exercício de forma a permitir que o fisco tenha acesso aos dados bancários no cumprimento de suas atribuições. Tal linha de raciocínio, válida para o acesso aos dados das pessoas físicas, as quais são preponderantemente detentoras de intimidade, abarca também as pessoas jurídicas, em relação às quais a existência de um núcleo de intimidade é, no mínimo, questionável.

4 O BRASIL NA ERA DO FISCO GLOBAL

4.1 Introdução

Neste capítulo, abordamos programas implementados recentemente no cenário mundial, compromissos internacionais assumidos pelo Brasil que têm relação direta com o sigilo bancário e sua transferência para as autoridades fiscais, dentre os quais destacamos:

- a) o FATCA (Lei de conformidade tributária de contas estrangeiras), programa implementado pelos Estados Unidos da América (EUA), para fins de troca automática de informações financeiras, entre os Estados Unidos e mais de 110 países do mundo;
- b) a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Tributária, acordo que também permite mais de 95 países trocar de forma automática informações financeiras entre si com base no CRS (Padrão Comum de Relatório); e
- c) o CRS (Padrão comum de relatório), programa semelhante ao FATCA implementado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com apoio do G20, que define as regras referentes às informações financeiras a serem trocadas entre os signatários da Convenção Multilateral, uma espécie de FATCA Global.

Salientamos que este capítulo não esgota o tema da troca de informações fiscais no direito tributário internacional, mas tão somente examina alguns pontos que são destaques no cenário mundial atual, os quais refletem no direito constitucional-tributário doméstico e, por conseguinte, no tema desta dissertação, que é o acesso da administração tributária às movimentações financeiras do contribuinte, sem prévia autorização judicial.

Tendo em vista que o pano de fundo dos programas citados – coibir a evasão fiscal e aumentar a transparência fiscal – está diretamente atrelado ao tema desta dissertação, analisamos como eles funcionam, e como foram recepcionados pela comunidade internacional. O objetivo é verificar como a relação fisco x sigilo bancário é tratada pelas principais nações do mundo na atualidade, e reunir elementos que permitam inferir se os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil influenciaram o STF, no julgamento que declarou a constitucionalidade da LC 105/2001, em 02/2016, o que será examinado detalhadamente no capítulo 5.

Para melhor entendermos os programas citados anteriormente, iniciamos com uma rápida abordagem do princípio da transparência fiscal, da validade dos acordos internacionais, da importância da informação bancária e de sua troca para fins fiscais.

Ao analisarmos o cenário de troca de informações, deparamo-nos com um ponto sensível que é o acesso às movimentações financeiras pelo fisco, pois, de acordo com a Convenção modelo da OCDE, predominante no cenário de troca de informações, consta que o Estado contratante não pode se recusar a prestar informações ao outro Estado ao argumento de que as informações estão protegidas pelo sigilo bancário.

No tópico seguinte, antes de prosseguirmos com a análise da troca de informações e seus desdobramentos no âmbito do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Tributários, analisamos o FATCA para fins de demonstrar como o referido programa, cuja base são os tratados bilaterais, influenciou a troca de informações financeiras no cenário mundial e preparou um sólido caminho para a troca automática de informações financeiras em nível mundial (CRS) sob o amparo da Convenção Multilateral.

Tanto o FATCA como o CRS são programas que demandam um trabalho complexo de *due diligence* para as instituições financeiras no tocante à identificação das contas reportáveis, o que não foi objeto de aprofundamento por não se tratar do escopo desta pesquisa. Com efeito, concentramos nossa análise nas questões associadas ao acesso do fisco às movimentações financeiras, pontos que consideramos essenciais para os fins desta dissertação.

Em seguida, apresentamos um demonstrativo com todos os países que já aderiram ao FATCA, CRS e à Convenção Multilateral no qual se verifica que aproximadamente 100 países, dentre eles muitos paraísos fiscais, permitem que as administrações tributárias tenham acesso, de forma automática e sem prévia autorização judicial, às movimentações financeiras do contribuinte.

Por fim, fazemos uma rápida passagem pelas ações relacionadas à transparência fiscal no BEPS (Plano de Ação, para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros), programa também implementado pela OCDE/G20 com a participação de países em desenvolvimento. Tais ações demonstram que as jurisdições do mundo inteiro estão se movimentando cada vez mais em busca de medidas de combate à evasão fiscal e maior transparência fiscal.

4.2 A integração do Brasil no novo paradigma de tributação: fisco global

No processo de incorporação de medidas de combate à fraude fiscal, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, processo em que a transparência fiscal e a troca de informações ocupam lugar de destaque, o Brasil caminha lado a lado com as economias mais sólidas do mundo. Em 2015, o Congresso Nacional aprovou o FATCA¹⁵¹, programa que permite a troca de informações de forma automática entre o Brasil e os EUA relativa às contas financeiras e situações patrimoniais disponíveis no sistema financeiro dos respectivos países. Em 2016, o Congresso Nacional aprovou a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária¹⁵², que permite a troca automática de informações fiscais com mais de 95 jurisdições. Acrescente-se ainda que o Brasil é cooperante do plano de ação BEPS – Base Erosion and Profit Shifting (Erosão da Base e transferência de Lucros) desenvolvido pelo G20 e OCDE para combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros para jurisdições de baixa tributação.

Segundo Heleno Taveira Torres (2015a), “com essas medidas, o Brasil encontra-se totalmente integrado às ações mais sofisticadas do novo paradigma da tributação: o “Fisco Global”. Neste cenário, “o isolamento fiscal das nações, encasteladas em suas soberanias intransponíveis, chegou ao fim. Mais uma ‘cortina de ferro’ que o mundo assiste à sua queda¹⁵³” (TORRES, 2015a, p.2).

Esse novo paradigma, alinhado com a transparência e o *compliance* fiscal, continua Heleno Torres, “[...] assegura a eliminação de diferenças de tratamento entre aqueles que se submetem à tributação e os que dela se ausentam, tendo como expediente a expatriação de recursos ou sofisticados meios de organização de ativos no exterior [...]” (TORRES, 2015b, p.2).

Nesse novo ambiente, importante destacar a atuação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE¹⁵⁴) responsável pela implementação de grande parte

¹⁵¹ Decreto Legislativo n. 146, de 25 de junho de 2015 (BRASIL, 2015f).

¹⁵² Decreto Legislativo n. 105, de 15 de abril de 2016. (BRASIL, 2016c).

¹⁵³ Observa Heleno Taveira Torres (2015a) que “em tempos passados, como se sabe, os ordenamentos caracterizavam-se pela territorialidade das Administrações dos Estados, até por conta da escassa relevância da atividade econômica com amplitude internacional. Sequer a homologação das sentenças estrangeiras de execuções fiscais e a concessão às cartas rogatórias do *exequatur* em matéria tributária eram admitidas” (TORRES, 2015a).

¹⁵⁴ As origens da OCDE remontam a 1960, quando 18 países europeus mais os Estados Unidos e Canadá juntaram forças para criar uma organização dedicada ao desenvolvimento econômico. Hoje, a organização conta com 34 membros: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, República Eslovaca, Eslovênia, Espanha,

dessas ações.

4.3 O princípio da transparência fiscal

Ao analisar o princípio da transparência no direito brasileiro, Sérgio André Rocha (2015) destaca sua importância e aplicabilidade tanto no Direito Público quanto no Direito Privado (ROCHA, 2015, p. 58).

No Direito Público, forte no Direito Administrativo, o princípio almeja “um estado de transparência nas relações entre o Poder Público e administrados”, bem como guarda relação com “o princípio democrático e o da moralidade administrativa, ao estabelecer que os atos praticados no âmbito do exercício das diversas funções públicas sejam públicos e motivados” (ROCHA, 2015, p. 58, 59).

De igual forma, a transparência é imprescindível na esfera privada para que os diversos agentes – consumidores, prestadores de serviço, vendedores, investidores etc. – se relacionem com vistas a estabelecer um funcionamento sadio da economia de mercado¹⁵⁵ (ROCHA, 2015, p. 59).

No âmbito tributário, segundo Ricardo Lobo Torres, o princípio da transparência, embora implícito na Constituição, irradia-se para os demais princípios constitucionais e normas infraconstitucionais (LOBO TORRES, 2011, p. 148) e sinaliza que

a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se assim ao Estado como à Sociedade, tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não-governamentais. Baliza e modula a problemática da elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, da criação de normas antielísivas, da **abertura do sigilo bancário e combate à corrupção** (LOBO TORRES, 2005, v.2, p. 243-244, grifo nosso).

O dever de transparência fiscal, continua Ricardo Lobo, é obrigação tanto do Estado quanto da sociedade. Esta deve agir de tal forma que, no seu relacionamento com o Estado, não exista a “opacidade dos segredos e da conduta abusiva”. O Estado, por sua vez, “deve revestir a sua atividade financeira da maior clareza e abertura”, seja na legislação instituidora de tributos, seja na “elaboração do orçamento e no controle da sua execução” (LOBO TORRES, 2011, p. 148).

Suécia, Suíça, Peru, Reino Unido, Estados Unidos (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016d).

¹⁵⁵A introdução de novas regras contábeis pelas Leis n. 11.638/2007 e 11.941/2009, com vistas a melhorar a qualidade das informações contábeis, também se insere no contexto de transparência da situação financeira tanto para investidores quanto para demais agentes do mercado (DERZI; FONSECA, 2013, p. 421;442).

No campo tributário, o princípio da transparência, típico da sociedade de risco¹⁵⁶, orienta tanto o sistema tributário doméstico quanto o internacional. No âmbito internacional, ante a ausência de um órgão produtor ou aplicador do direito, referido princípio “deve ser inferido da prática internacional e da mobilização da maioria dos países.” Caracterizam-se como medidas de concretização da transparência fiscal no âmbito do Direito Tributário Internacional, segundo Sérgio André Rocha (2015):

O combate aos paraísos fiscais, as regras antielusivas internacionais, como as cláusulas do beneficiário efetivo e de limitação de benefícios, a transparência fiscal adotada como instrumento de combate ao uso indevido de paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados [...], a troca de informações para fins tributários entre os países [...] (ROCHA, 2015, p. 60).

A transparência tem demonstrado sua crescente importância e ocupado um espaço cada vez maior no Direito Tributário, com destaque especial no Direito Tributário Internacional. (ROCHA, 2015, p. 25). Imperioso reconhecer ainda sua importância para quaisquer das esferas da Administração Pública, “mas certamente uma das áreas mais importantes é a relação entre Autoridade Fiscal e contribuinte”¹⁵⁷ (HIRATA, PEREIRA, 2013, p. 550).

Conforme observa Jeffrey Owens (2013), “o movimento rumo à transparência fiscal continuará. Pessoas físicas, empresas e governos encontrarão novas e crescentes formas de como estruturar e implementar seus arranjos tributários”. Nesse contexto, os contribuintes devem “reavaliar estratégias tributárias”, bem como “assegurar que as informações sobre seus ativos no exterior sejam de conhecimento de suas autoridades fiscais nacionais”. Quanto aos governos, estes “deverão aceitar que a transparência é um conceito de mão dupla implicando que eles mesmos devem estar preparados para estar mais abertos quanto ao jeito de formular e implementar suas políticas fiscais” (OWENS, 2013, p. 468).

¹⁵⁶ “A sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade. A *transparência* é o melhor princípio para a superação das ambivalências da sociedade de risco. Só quando se desvenda o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e efeitos, é que se supera a insegurança. [...] O risco fiscal pode decorrer também da conduta do contribuinte, pelo abuso da forma jurídica no planejamento de seus negócios ou na organização de sua empresa, pela sonegação e pela corrupção no trato com os funcionários da Fazenda; as normas antielusivas e anti-sigilo, que foram introduzidas em diversos países na década de 90 e que começam a chegar ao Brasil, representam a tentativa do legislador no sentido de prevenir os riscos fiscais provocados pelo contribuinte” (LOBO TORRES, 2005, p. 245, 246). Ainda sobre sociedade de riscos conferir: (ROCHA, 2010, p. 543; 569).

¹⁵⁷ Ainda sobre transparência fiscal conferir: (FERREIRA, 2014, p. 14-26; NASCIMENTO, 2013, p. 40;58).

4.4 Validade dos acordos internacionais¹⁵⁸

A troca de informações entre os Estados sempre dependerá da existência de um acordo internacional¹⁵⁹, uma vez que o parágrafo único do art. 199 do CTN estabelece que “A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos” (BRASIL, 1966a).

A implementação dos acordos internacionais no ordenamento jurídico pátrio, nos termos dos artigos 21, inciso I, 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da CRFB/88¹⁶⁰, comporta três fases, segundo Alberto Xavier (2010, p. 75): “fase preparatória ou das negociações, a fase constitutiva ou da celebração e a fase integrativa de eficácia, ou da promulgação”; esclarece ainda que:

A fase preparatória ou das negociações inicia-se com a intervenção de agentes do Poder Executivo e termina com a autenticação, ou seja, o ato pelo qual as partes declaram concluído o processo de formulação do acordo e que tem como objetivo prático fixar o texto que será submetido a ratificação. [...].

A assinatura do tratado não cria, por si, o vínculo convencional. O consentimento que se expressa pela assinatura reporta-se apenas à “*redação do projeto convencional*”, e é apenas prenunciativo da expressão da vontade de *assumir o vínculo*” refletindo a mera intenção do Governo de prosseguir no procedimento de celebração do tratado, notadamente de o submeter a referendo e a ratificação.

A fase constitutiva ou da celebração inicia-se com o *referendo* do Congresso Nacional, o qual tem por objeto o texto autenticado e por conteúdo *autorizar* o Presidente da República a ratificar o tratado. O referendo limita-se à alternativa da permissão ou rejeição da ratificação, não sendo admissível qualquer interferência no conteúdo do tratado. O referendo do Congresso Nacional reveste, assim, a natureza de uma *autorização para ratificação*. A reiterada prática constitucional brasileira revela que a forma adotada para o referendo é o *decreto legislativo*.

Por seu turno, a *ratificação* é o ato unilateral pelo qual o Presidente da República, devidamente autorizado pelo Congresso Nacional, confirma um tratado e declara que este deverá produzir os seus devidos efeitos. Constitui, pois, “o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”. Caracterizado pela liberdade que o Poder Executivo tem quanto à opção de praticá-lo ou não, o ato de ratificação deve ser expresso e tem caráter formal, tomando a forma externa *de instrumento de ratificação*, assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores.

A troca dos instrumentos de ratificação fixa o momento da entrada em vigor do

¹⁵⁸ Tendo em vista o objeto deste estudo, serão considerados somente os acordos internacionais na área tributária.

¹⁵⁹ Luciano Ferraz, Marciano Seabra de Godoi e Werther Botelho Spagnol (2014) observam que “os termos “tratados” e “convenções internacionais” [...] simplesmente reafirmam, com diferentes apelidos, o mesmo objeto: acordos internacionais ratificados regularmente pelo Estado Brasileiro” (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2014, p. 315).

¹⁶⁰ Art. 21. Compete à União: I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. [...] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. [...] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

tratado na ordem jurídica internacional, pois é precisamente nesse momento que se consoma o *consensus*.

A terceira e última fase do procedimento de celebração dos tratados é a *fase integrativa da eficácia*, que abrange a promulgação e a publicação.

A *promulgação*, por *decreto* do Presidente da República, é o ato jurídico de natureza meramente interna, pelo qual o Governo torna pública a existência de um tratado por ele celebrado e constata o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão. A *promulgação* está sujeita a *publicação* no *Diário Oficial*, produzindo efeitos *ex tunc* com relação às datas previstas no tratado para a vigência deste (XAVIER, 2010, p. 75-76, grifo nosso).

Alberto Xavier observa que, no âmbito tributário, somente “o tratado é forma adequada de vinculação externa do Estado brasileiro”. Em relação aos “acordos executivos ou de firma simplificada (*agreements in simplified firm*)”, os quais não estão sujeitos à ratificação do Presidente da República, só podem atuar de forma regulamentar (XAVIER, 2010, p. 76).

Para Marcelo Dias Varella (2009), o decreto executivo, embora não seja uma exigência constitucional, guarda três funções: “a promulgação do tratado; a publicação oficial de seu texto; a executoriedade do ato internacional, que passa então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano de direito positivo interno” (VARELLA, 2009, p. 65).

Uma vez integrados no ordenamento jurídico brasileiro, os tratados têm precedência sobre a legislação interna, porquanto “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”, nos termos do art. 98 do CTN (BRASIL, 1966a).

Segundo Heleno Taveira Torres (2001), a primeira parte do art. 98 – “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna” –, não revoga de forma *stricto sensu* a legislação tributária em vigor; a “revogação opera-se apenas de modo funcional, para os fatos com elementos de estraneidade provocados por sujeitos residentes dos países signatários da respectiva convenção.” Tem-se, na hipótese, uma “limitação da eficácia normativa”, é dizer, “a norma interna cede sua aplicação, mas não em sua existência e validade”. Para os não residentes o sistema se mantém inalterado, nas mesmas condições, como se não existisse o tratado (TORRES, 2001, p. 580).

Em relação à segunda parte do art. 98 – “[...] e serão observados pela que lhes sobrevenha” –, continua o autor, trata-se de uma orientação para o Direito Tributário doméstico cuja interpretação também deve ser funcional. Ao assegurar o cumprimento das disposições pactuadas, o dispositivo não impede a atividade legislativa de produção de novas normas, “salvo a edição de normas dirigidas exclusivamente contra uma ou todas as disposições da convenção”. Trata-se de uma restrição no que tange à produção normativa com

vistas a “evitar possíveis hipóteses de desobediência ao conteúdo das convenções, isoladamente, coarctando qualquer possibilidade de futura ab-rogação ou derrogação por parte de lei interna às convenções em espécie” (TORRES, 2001, p. 581).

No mesmo sentido, Luciano Amaro (1999):

No plano em que estamos examinando a matéria, não é adequada a dicção do art. 98, nem quando diz que o tratado "revoga" a lei interna, nem quando assevera que a lei interna superveniente deva "observar" o tratado. O intérprete é que, ao examinar a lei interna superveniente, deve observar o tratado, naquilo em que este possa afastar, limitar ou condicionar a aplicação da lei interna, com a qual deve ser harmonizado. Mesmo quando o art. 98 menciona a "modificação" da lei interna pelo tratado, não se deve entender a hipótese como de revogação parcial. Trata-se, como dissemos, de norma especial (que convive com a geral), tanto que, nesse sentido, ela tem a virtude de afetar também a norma de lei interna posteriormente editada, o que, evidentemente, não poderia ser chamado de revogação. (AMARO, 1999, p.171)

Para Luciano Amaro (1999), na mesma linha de Sérgio André Rocha (2013)¹⁶¹, o conflito dos acordos internacionais com a lei interna resolve-se “favor da norma especial (do tratado), que excepciona a norma geral (norma interna), tornando-se indiferente que a norma interna seja *anterior* ou *posterior* ao tratado”. Trata-se, na verdade, de um conflito aparente de normas (AMARO, 1999, p. 171). Todavia, esta não é a corrente majoritária. Conforme observa Marciano Seabra de Godoi, a corrente majoritária “interpreta o art. 98 do CTN no sentido de afirmar uma superioridade hierárquica entre os tratados e a legislação tributária ordinária” (GODOI, 2013, p. 315).

Vejamos o entendimento do STF acerca do tema. Após a edição da Emenda Constitucional 45¹⁶², de 30 de dezembro de 2004, bem como de acordo com o entendimento adotado nos autos dos RE 466.343, RE 349.703, HC 92.566 e HC 87.585, todos publicados em 2009, firmou-se uma nova orientação jurisprudencial no STF. Somente os tratados de direitos humanos, até então com hierarquia legal, aprovados sob o rito da EC 45/2004 têm estatura constitucional; os demais, também sobre direitos humanos, têm hierarquia supralegal. Não obstante, conforme observa Marciano Seabra de Godoi, ante a guinada jurisprudencial, ainda que em referência a tratados sobre direitos humanos, e o posicionamento de alguns ministros do STF (aditamentos de voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343 e RE 349.703, e trechos do voto do Min. Celso de Mello) "há fundamentos bastantes para conferir a todo e

¹⁶¹ Conferir: (ROCHA, 2013, p. 345).

¹⁶² A Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o §3º ao art. 5º da CRFB/88: Art. 5º[...]. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 2004a).

qualquer tratado internacional o caráter de supralegalidade", o que, no campo tributário, seria uma simples confirmação da regra exposta no art. 98 do CTN e o fim das suspeitas de inconstitucionalidades do referido artigo (FERRAZ; GODOI; SPAGNOL, 2014, p. 313-316).

Por fim, conforme salientam Antônio de Moura Borges e Laila José Antônio Khoury (2011), "não há dissenso, pelo menos relevante, " no sentido de que o acordo internacional sobre matéria tributária, "ao conflitar com disposição de lei interna, afasta, limita ou condiciona a aplicação desta" (BORGES; KHOURY, 2011, p. 377).

4.5 Importância da informação e da troca de informações para fins fiscais

Se o ponto de partida para tornar uma lei tributária eficaz é o fisco saber o que ocorreu, conforme observa Marco Aurélio Greco (2011), o próximo passo, para que a lei seja corretamente aplicada, é saber tudo que efetivamente aconteceu e não apenas uma parte dos fatos. "Esse é o ponto crítico. Para haver controle, fiscalização, eficiência na aplicação da legislação, a informação é indispensável". Daí, sua importância, uma vez que, como elemento relevante para a formação da prova do fato gerador, eventual infração só poderá ser adequadamente produzida se existirem informações pertinentes e suficientes sobre o que ocorreu (GRECO, 2011, p. 177, 178).

Outro interessante exemplo que demonstra a importância da informação e da transparência está presente na qualificação do paraíso fiscal. A alíquota reduzida da tributação sobre a renda já não é o fator mais relevante na determinação de quais seriam os países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados (paraísos fiscais), ao seu lado figura também o critério do fornecimento de informações bancárias e fiscais pela jurisdição. "A alíquota máxima cobrada por determinado país é uma das variáveis para a definição, mas tão relevante quanto à alíquota é a transparência, ou seja, o fornecimento de informações", que chega a ser mais importante que o nível de tributação. (GRECO, 2011, p. 177).

As alterações introduzidas pela Lei 11.727/08 (BRASIL, 2008b) na Lei 9.430/96 (BRASIL, 1996d) retratam bem essa importância, ao considerar como "país ou dependência com tributação favorecida" aquele cuja legislação não esteja em harmonia com a transparência da pessoa jurídica (art. 24, §4º)¹⁶³. Na mesma direção, o regime fiscal será

¹⁶³ Art. 24. [...] § 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação **não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.**

considerado privilegiado se não permitir o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas, ainda que a alíquota de tributação da renda seja superior a 20% (art. 24-A, parágrafo único, inciso IV)¹⁶⁴. “Daí dizer que se aquele país não fornecer informações aos outros países, as operações realizadas por pessoas ali residentes ou domiciliadas serão tratadas diferentemente, estarão submetidas a um tratamento especial. Daí o peso e a importância das informações” (GRECO, 2011, p. 177).

Ainda na linha da transparência e atendendo recomendações¹⁶⁵ do GAFI/FATF relativas à transparência e propriedade de pessoas jurídicas, a Receita Federal do Brasil publicou a Instrução Normativa RFB nº 1.634, em 06 de maio de 2016 (BRASIL, 2016b), que obriga a identificação do beneficiário final das empresas nacionais e estrangeiras que vierem de alguma forma a operar no país (art. 8º e 9º). Tais informações suprem uma lacuna então existente e passam a fazer parte do cadastro nacional das pessoas jurídicas, disponível para a administração tributária e aduaneira e também para as demais autoridades, mediante convênio de troca de informações.

Normalmente, a troca de informações entre os Estados está relacionada ao combate à evasão e à elusão¹⁶⁶ fiscais internacionais e aos planejamentos tributários abusivos; mas esses são apenas alguns dos fins visados (ROCHA, 2015, p. 77), conforme também observa Heleno Taveira Torres (2001):

(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008).

¹⁶⁴ Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008). Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009); I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20 % (vinte por cento); (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008); II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008); a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008); b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008); III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008); **IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.** (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008)

¹⁶⁵ Recomendações 24 e 25 do GAFI referentes à transparência e propriedade de pessoas jurídicas e outras estruturas jurídicas: (Relatório fev. /2012): 24. Os países deveriam adotar medidas para prevenir o uso indevido de pessoas jurídicas para a prática de lavagem de dinheiro e de financiamento de terrorismo. Deveriam também assegurar que haja informações adequadas, precisas e atualizadas a respeito da propriedade e do controle de pessoas jurídicas e que possam ser obtidas ou acessadas de maneira tempestiva pelas autoridades competentes. [...]. 25. Os países deveriam adotar medidas para prevenir o uso indevido de estruturas jurídicas para lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Em particular, deveriam assegurar que haja informações adequadas, precisas e atualizadas sobre os express trusts, inclusive informações sobre o instituidor, administrador e beneficiários, que possam ser obtidas ou acessadas de maneira tempestiva pelas autoridades competentes. [...]. (BRASIL, 2015d).

¹⁶⁶ Acerca da elusão fiscal conferir: (GODOI, 2008, p. 72-99).

São muitos os casos que exigem trocas de informações e outras formas de cooperação administrativa internacional, como os controles sobre grupos de empresas, preços de transferências, atribuições de qualificações e rendimentos ou tributos, quanto à aplicação das convenções internacionais, identificação de sujeição passiva, redução da fraude fiscal internacional (evasão, elusão etc.), mesmo se todas essas encontrem dificuldades específicas, com condicionamentos bem definidos, decorrentes da própria natureza das matérias: produção de provas, documentos etc., bem como da própria estrutura dos ordenamentos envolvidos (TORRES, 2001, p. 667).

Para Heleno Torres, a cooperação administrativa internacional assume tamanha importância na atualidade em que “atitudes de rejeição à cooperação ou de ineficiência nos procedimentos de colaboração são tomadas pelas administrações tributárias como indício para a qualificação de país com tributação favorecida, ao que assim procede” (TORRES, 2001, p. 667).

Lembre-mos ainda de que a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade é um dos princípios presentes no art. 4º, inciso IX, da CRFB/88, a ser seguido pelo Brasil nas suas relações internacionais.

O Professor da Universidade de Londres (London University) Philip Baker (2005), em Palestra proferida na International Tax Conference, em 2003, na Queen Mary University of London, ao discorrer sobre a tributação internacional no século XXI, já apontava para a crescente cooperação entre as autoridades fiscais de todos os países na forma de troca de informações, o que poderia significar praticamente o fim do mais brutal tipo de evasão fiscal, que é o não fornecimento ou fornecimento equivocado de informação ao fisco. Veja-se:

Creio que estejamos nos movendo em direção a um mundo em que toda **informação disponível a um Estado e acessível às autoridades fiscais daquele Estado esteja disponível para todas as autoridades fiscais de qualquer lugar do mundo.**

O que isso pode significar é a **efetiva morte do mais bruto tipo de evasão fiscal. Esse bruto tipo de evasão envolve ludibriar as autoridades fiscais através do não fornecimento de informações ou do fornecimento de informações enganosas.** Num mundo de troca de informações totalmente livre, o único limite às autoridades fiscais em laçar os evasores será o dos recursos adequados. Se o montante evadido é suficientemente grande, valerá a pena colocar recursos; comparativamente, se o montante que o contribuinte pode estar evadindo é proporcionalmente menor, ninguém seria tão tolo de ir por esse caminho.

Se a evasão fiscal for efetivamente erradicada nesse século, então uma maior ênfase será colocada na divisão entre a aceitável e a não aceitável elisão fiscal. Pode-se suspeitar que as autoridades fiscais estejam sob uma maior pressão no futuro para identificar aquelas formas de transações, incluindo transações internacionais, as quais são consideradas talvez como não socialmente apreciáveis, mas não obstante não inaceitáveis elisões fiscais (BAKER, 2005, p. 49, grifo nosso).

Ainda no campo da cooperação entre as autoridades fiscais, Philip Baker sustenta a ideia de um grupo multinacional ser “auditado por um grupo de autoridades fiscais agindo

em conjunto, com os lucros resultantes sendo divididos com base em uma fórmula” (BAKER, 2005, p. 49), posicionamento que também é compartilhado por Marco Aurélio Greco, ao prever que fiscalizações conjuntas por dois países “são eventos que ocorrerão num horizonte mais próximo do que se imagina” (GRECO, 2011, p. 184).

No relatório *Harmful tax competition: an emerging global issue* (Concorrência Fiscal Prejudicial: uma questão emergencial global) elaborado em 1998, a OCDE aponta que, com a globalização¹⁶⁷, a tributação internacional ganhou maior relevância, “novas oportunidades de economia fiscal para os contribuintes” foram criadas e diversos países foram estimulados a criar “vantagens tributárias” como forma de atração de capital internacional. Tais vantagens, entretanto, em determinadas jurisdições – paraísos fiscais ou com regime fiscal privilegiado – geram distorções na distribuição da receita entre países¹⁶⁸ e na concorrência entre empresas e indivíduos, situação em que ganham destaque os *free riders*¹⁶⁹ (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 1998, p. 13-14; ROCHA, 2015, p. 25-26).

Os paraísos fiscais e os regimes fiscais privilegiados têm potencial para causar os seguintes danos:

- a) distorcer investimentos financeiros, e, indiretamente, o fluxo de investimentos reais;
- b) prejudicar a integridade e justiça das estruturas fiscais;
- c) desencorajar o cumprimento das obrigações fiscais dos contribuintes;
- d) alterar o nível desejado de receitas tributárias e gastos públicos;
- e) causar uma transferência indesejada de parte da carga tributária para as bases menos móveis, como o trabalho, propriedade e consumo; e
- f) aumentar os custos administrativos e encargos de *compliance* tanto para as autoridades fiscais quanto para os contribuintes (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 1998, p.16; ROCHA, 2015, p. 26).

¹⁶⁷“A globalização evidenciou a mobilidade extrema do capital (renda e lucros), muito mais ágil do que salários e, sobretudo, do que o consumo, e propiciou uma evidente guerra competitiva, no plano internacional, pelo capital, quer como investimento direto em carteira de títulos, quer como investimento indireto. Não são raros os países que reduziram substancialmente suas alíquotas em favor dos investimentos feitos por estrangeiros. Outros se especializaram em tributação nula ou quase isso, forte atrativo para os lucros e o capital alojados em verdadeiros paraísos fiscais e protegidos pelo sigilo bancário” (DERZI, 2013, p. 209-210).

¹⁶⁸ Sobre tal distorção ver: (AVI-YONAH, 2000, p. 1575-1576).

¹⁶⁹*Free Riders*: “[...]indivíduos ou empresas que se utilizam da infraestrutura de um determinado país, mas que evitam pagar tributos ali mediante a utilização de paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados ” (ROCHA, 2015, p. 26). É um termo da língua inglesa para designar aqueles que pegam carona nas ações coletivas; é dizer, os que não colaboram para a sua realização, não suportam seus ônus, mas se aproveitam dos benefícios gerados, recebem seus bônus (RIBEIRO; CALILI, 2013). Ver também em: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 1998, p.14).

Neste cenário, a troca de informação figura como importante instrumento de combate aos regimes fiscais privilegiados, paraísos fiscais e à concorrência fiscal abusiva; com efeito, o acesso precário às informações bancárias para fins tributários revela-se cada vez mais inadequado para detectar e impedir os regimes tributários prejudiciais.

A capacidade e disponibilidade de um país para fornecer informações para outros países é um fator chave para se decidir se um regime operado por tal país tem o potencial para causar efeitos nocivos. Um país pode ser limitado na troca de informações, para os propósitos de aplicação de um tratado tributário assim como para a aplicação da legislação nacional, em razão de leis que protejam o segredo e impeçam as autoridades fiscais de obterem informações para outros países a respeito de contribuintes titulares de regimes fiscais privilegiados. **Adicionalmente, mesmo onde não há leis formais protegendo o segredo, políticas ou práticas administrativas podem impedir a troca de informações.** Por exemplo, o país pode determinar como questão de política administrativa que certas transações ou relações entre uma empresa e seus clientes são segredos empresariais, os quais não precisam ser abertos de acordo com o artigo 26 parágrafo 2(c) do Modelo da Convenção da OCDE. Pode ocorrer também de o país com o regime fiscal privilegiado ser simplesmente não cooperativo com outros países em termos de fornecimento de informações. **Tais leis, políticas e práticas administrativas, ou a falta de cooperação, podem sugerir que o regime fiscal privilegiado constitui uma forma de competição fiscal abusiva.**

65. **O acesso limitado que certos países têm em relação ao acesso a informações bancárias para fins tributários (por exemplo, devido a regras de sigilo bancário) é cada vez mais inadequado para detectar e impedir o abuso de regimes fiscais privilegiado prejudiciais aos contribuintes** (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 1998, p. 29-30, grifo nosso, tradução nossa)¹⁷⁰.

Com a crescente atuação internacional das empresas, em decorrência da globalização, torna-se cada vez mais “necessário e desafiador localizar, identificar, quantificar e capturar as manifestações de capacidade contributiva para a tributação”, uma vez que esta ocorre em bases universais. Nesse contexto, a troca de informações atua também como um forte instrumento para que os Estados, de forma eficaz, apliquem as respectivas legislações

¹⁷⁰The ability or willingness of a country to provide information to other countries is a key factor in deciding upon whether the effect of a regime operated by that country has the potential to cause harmful effects. A country may be constrained in exchanging information, for the purpose of the application of a tax treaty as well as for the application of national legislation, because of secrecy laws which prevent the tax authorities from obtaining information for other countries on taxpayers benefiting from the operation of a preferential tax regime. In addition, even where there are no formal secrecy laws, administrative policies or practices may impede the exchange of information. For example, the country may determine as a matter of administrative policy that certain transactions or relations between an enterprise and its customers are a business secret which need not be disclosed under Article 26 paragraph 2 (c) of the OECD Model Tax Convention, or the country with the preferential tax regime may simply be uncooperative with other countries in providing information. Such laws, administrative policies, practices or lack of co-operation may suggest that the preferential tax regime constitutes harmful tax competition. 65. The limited access that certain countries have to bank information for tax purposes (e.g., because of bank secrecy rules) is increasingly inadequate to detect and to prevent the abuse of harmful preferential tax regimes by taxpayers. The Committee has commissioned a survey of country practices regarding access to bank information for tax purposes. Ver também: (ROCHA, 2015. p. 78-79).

domésticas a fatos ocorridos no exterior (ROCHA, 2015, p. 79), o que pode gerar um impacto positivo na arrecadação tributária para os Estados Fiscais contemporâneos.

Um traço comum às finalidades da troca de informações é sua vinculação à viabilização da arrecadação tributária, da qual depende a obtenção de receitas pelos Estados Fiscais contemporâneos. Dessa forma, a troca de informações desenvolveu-se como atividade puramente estatal, que tem na proteção da arrecadação tributária a sua finalidade principal (ROCHA, 2015, p. 81).

A par da importância da troca de informações para fins fiscais no mundo globalizado, é importante, entretanto, estar atento ao seu caráter ambivalente, conforme observa Sérgio André Rocha (2015), pois, se de um lado os Estados cooperam entre si para a otimização da aplicação da legislação doméstica a seus contribuintes, bem como para combater a evasão e/ou elusão fiscais internacionais; lado outro, na disputa de receitas tributárias, se apoiam na transparência e na troca de informações como forma de coibir comportamento abusivo de outros Estados (ROCHA, 2015, p. 81).

Nesse contexto, novamente, a transparência emerge como “o melhor princípio para a superação das ambivalências da Sociedade de Risco”, haja vista que, ao se desvendar “o mecanismo do risco, pelo conhecimento de suas causas e de seus efeitos”, supera-se a insegurança (LOBO TORRES, 2011, p. 148).

As discussões em torno das questões anteriores ganharam força com os atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, com a crise financeira de 2008 (VALADÃO, 2009, p.4) e com a preocupação constante com o terrorismo em determinados países (ROCHA, 2015, p. 27). Vejamos a seguir as trocas de informações mais comuns no âmbito tributário brasileiro.

Dentre os vários acordos existentes para fins de troca de informações no âmbito tributário temos:

- a) tratados para evitar a dupla tributação com cláusula de troca de informação;
- b) tratados específicos para fins de trocas de informações em matéria tributária (TIEA);
- c) tratados de cooperação aduaneira com cláusula de troca de informações referentes aos tributos aduaneiros (tributos incidentes nas operações de importação e exportação de bens);
- d) demais tratados referentes a assuntos tributários com cláusulas que também permitem a troca de informações (VALADÃO, 2009, p. 3).

Os acordos bilaterais para evitar a dupla tributação da renda começaram a ser adotados pelos Estados no final do século XIX. Inicialmente, tratava-se de uma relação muito estreita entre os Estados ou membros de uma federação¹⁷¹. Encerrada a Primeira Guerra Mundial, inicia-se um processo de construção de acordos na Europa Central (Itália e Alemanha, 1925), bem como na Inglaterra e nos Estados Unidos, embora ainda de forma tímida (Inglaterra e Irlanda, 1922/28; EUA e França (parcial), 1932; EUA e Canadá, 1936). Foi, entretanto, após a Segunda Guerra Mundial que a celebração de tratados ganhou força¹⁷² (SCHOUERI, 2003, p.27; ROCHA, 2015, p.85).

Na nova fase de celebração de acordos internacionais, a OCDE, que passou a desempenhar papel fundamental nesse processo, editou, em 1963, a Convenção Modelo para evitar a dupla tributação de renda, modelo que “foi revisado em 1977 e a partir de 1992 passou a seguir o formato de folhas soltas, de modo a permitir alterações constantes” (ROCHA, 2015, p. 86).

Atualmente, a maior parte dos acordos celebrados mundialmente adotam a Convenção¹⁷³ modelo proposta pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁷⁴, em detrimento do modelo da Organização das Nações Unidas (ONU) e outros existentes na prática internacional. Justifica-se a adoção de tal modelo em razão da “liderança da OCDE e do Fórum Global”, em matéria de transparência e troca de informações, e da forma que a matéria é conduzida com a inclusão de não membros da OCDE (ROCHA, 2015, p. 86, 87).

Dentre as várias publicações da OCDE acerca do tema, destacamos o *Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes*, publicado em 2006, com o objetivo de fornecer às autoridades fiscais uma visão geral sobre regras de troca de informações para fins fiscais, bem como orientações técnicas e práticas com vistas a tornar as trocas mais eficientes (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION

¹⁷¹ Exemplos citados por Luís Eduardo Schoueri (2003): “Convenção entre a Prússia e a Saxônia, sobre impostos diretos, celebrada em 16.4.1869; entre a Áustria e a Hungria, sobre a tributação de empresas, de 18.12.1869/7, 1.1870; o tratado para afastar a bitributação, celebrado entre Prússia e Áustria, em 21.6.1899” (SCHOUERI, 2003, p. 20-49).

¹⁷² Ver também: (VALADÃO, 2009, p. 6; XAVIER, 2010, p. 69).

¹⁷³ “Com os tratados bilaterais fiscais, não devem confundir-se as *convenções-tipo*, que se limitam a traçar um modelo que as partes deverão seguir, como é o caso dos “Modelos de convenção destinados a evitar as duplas tributações”, elaborados pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 1963 (revisado em 1977, 1992, 1995, 1997, 2000, 2005 e 2008) e em 1966 (revisado em 1982), respectivamente para os impostos sobre o rendimento e o capital e para o imposto sobre sucessões e doações. Tal figura reveste a natureza jurídica de mera *recomendação*” (XAVIER, 2010, 68)

¹⁷⁴ Para maior detalhamento da Convenção Modelo ver: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015a).

AND DEVELOPMENT, 2016a)¹⁷⁵. E também o relatório *Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, cujo trecho a seguir demonstra a importância e preocupação dispensada à troca de informações e à transparência:

Elusão e evasão fiscais ameaçam a arrecadação dos governos pelo mundo. O Senado dos EUA estima perdas de arrecadação de US\$ 100 bilhões¹⁷⁶ por ano, e em vários países os valores chegam a bilhões de euros. Isso se traduz em menos recursos para infraestrutura e afeta o padrão de vida de todos nós, tanto em países desenvolvidos como em economias em desenvolvimento. A globalização gera oportunidades para o crescimento da riqueza global, mas também resulta em maiores riscos. O aumento de operações transnacionais que decorre de um sistema financeiro global requer uma cooperação fiscal mais efetiva. **Maior transparência e troca de informações para fins fiscais são a chave para assegurar que os contribuintes não terão porto seguro para esconder suas rendas e patrimônio, e que eles pagarão o montante de imposto devido no local correto.** A OCDE é a organização líder na área de cooperação fiscal e tem trabalhado nos temas da transparência e troca de informações por mais de 15 anos¹⁷⁷ (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2010, grifo nosso, tradução nossa).

No ambiente de troca de informações fiscais entre os Estados, o artigo 26 da Convenção modelo da OCDE, conforme observa Sérgio André Rocha (2015), “pode ser considerado o pilar central do sistema”. Dentre os motivos pelos quais tal artigo é considerado importante, destacamos o que se relaciona diretamente com o sigilo bancário, tema central desta dissertação. Consta desse dispositivo (art. 26.5) que o Estado contratante não pode se recusar a prestar informações, apenas porque elas são detidas por uma instituição bancária, ou seja, o Estado não pode alegar a questão do sigilo bancário. Trata-se, portanto, de um dos pontos mais “controvertidos da perspectiva brasileira” (ROCHA, 2015, p. 100).

Nesse sentido, antes de prosseguirmos com a análise da troca de informações e seus desdobramentos no âmbito do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Tributários, faz-se necessário, para melhor compreensão do tema, analisar o FATCA, programa de troca automática de informações financeiras implementado pelos EUA que causou forte impacto nas jurisdições e instituições financeiras do mundo inteiro e

¹⁷⁵ Ver também: (ROCHA, 2015, p. 28-29).

¹⁷⁶ Ver: (UNITED STATES, 2008, p. 1).

¹⁷⁷ Tax avoidance and tax evasion threaten government revenues throughout the world. The US Senate estimates revenue losses amount to 100 billion dollars¹⁷⁷ a year and in many European countries the sums run into billions of euros. This translates into fewer resources for infrastructure and affects the standard of living for all of us in both developed and developing economies. Globalisation generates opportunities to increase global wealth but also results in increased risks. The increase in cross-border flows that come with a global financial system require more effective tax cooperation. **Better transparency and information exchange for tax purposes are key to ensuring that taxpayers have no safe haven to hide their income and assets and that they pay the right amount of tax in the right place.** The OECD is the leading organisation in the area of tax cooperation and has been working on the issues of transparency and exchange of information for over 15 years. Ver também (ROCHA, 2015, p. 29).

contribuiu, significativamente, para que a OCDE, com apoio do G20¹⁷⁸, implementasse programa semelhante em nível mundial. Ambos os programas praticamente decretaram o fim do sigilo bancário perante o fisco e, como veremos no capítulo 5, influenciaram fortemente a decisão do STF que proclamou a constitucionalidade da LC 105/2001.

4.6 O programa *Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA* (EUA)

Em 2009, a União de Bancos Suíços (*Union des Banques Suisses*) – banco UBS – foi acusado pela Receita Federal dos EUA, denominada Internal Revenue Service – IRS, de ajudar contribuintes americanos a burlar as leis americanas, ocultar bens no exterior e sonegar impostos¹⁷⁹.

Após longa negociação, o UBS e o IRS firmaram acordo extrajudicial em que o UBS pagaria uma multa de US\$780 milhões ao IRS (COÊLHO, 2015b, p. 85), bem como apresentaria dados financeiros de 4.450 clientes suspeitos de sonegação (SANCHES; GAMA; 2011, p. 282). O acordo, destaque na mídia mundial, envolvia situações complexas, pois, se por um lado resolvia o problema do UBS e de seus executivos com o IRS e com o Poder Judiciário americano, uma vez que estavam sendo acusados de praticar crimes nos EUA, por outro lado, gerava consequências criminais e de responsabilidade civil para as mesmas pessoas jurídicas e físicas na Suíça, porquanto desrespeitava o direito helvético de proteção ao lendário sigilo bancário. A situação foi resolvida mediante intervenção do Parlamento Suíço, ao permitir que o acordo extrajudicial fosse elevado ao nível de tratado entre os governos dos EUA e da Suíça, de forma a contornar a proibição legal de fornecimento de dados financeiros dos contribuintes americanos ao IRS (GURGEL, 2012, p. 132). Após o acordo extrajudicial, o governo suíço, então sócio do UBS, vendeu sua participação societária¹⁸⁰.

Ainda em 2009, durante a negociação do acordo com o UBS, o IRS disponibilizou para os contribuintes americanos um programa de regularidade fiscal – *voluntary disclosure*

¹⁷⁸ Grupo constituído, em 1999, por ministros da economia e presidentes de bancos centrais dos 19 países de economias mais desenvolvidas do mundo, mais a União Europeia. Países que compõe o G20: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia e Países membros da União Europeia

¹⁷⁹ O caso do banco UBS, segundo Wilson Rodrigues Faria e Alessandra M. Gonsales Rocha (2013), teria revelado que muitas pessoas ricas americanas poderiam não estar cumprindo com suas obrigações fiscais – ocultavam investimentos em contas localizadas na Suíça, Ilhas Cayman, Cingapura e Hong Kong para fins de evitar a tributação (FARIA; ROCHA, 2013, p.382).

¹⁸⁰ Conferir também: (PROGRAMA..., 2016; SANTI, 2011, p. 609, 610).

– com redução de penalidades civis e criminais. Tratava-se, na verdade, de uma oportunidade para que contribuintes com bens/ativos financeiros ocultos no exterior regularizassem sua situação de forma espontânea, uma vez que com o programa FATCA, que seria instituído em 2010, era meramente questão de tempo para que o IRS tivesse acesso a tais dados.

No ponto, oportuno diferenciar “repatriamento”, medida adotada geralmente com alíquotas reduzidas do imposto de renda, para estimular o retorno de recursos/ativos em outros países para o país de residência, da “regularização”, medida em que há tributação normal ou reduzida, com ou sem multas, e em que o recurso/ativo não precisa retornar ao país de residência, basta sua regularização (TORRES, 2015a, p. 8).

Nos últimos anos, vários países adotaram tais programas:

a) repatriamento:

- ✓ Bélgica, 2004, alíquotas de 6% a 9%; Rússia, 2006, alíquota de 13% (de 2007 a 2008); Grécia, 2004, alíquota de 3%; Portugal, 2005, alíquotas de 2,5% a 5%;

b) regularização (*voluntary disclosure*):

- ✓ Alemanha, 2004 – 2005, alíquotas de 25% a 35%; México, 2005 a 2006, alíquota de 25% (sem multas); Canadá, 2005, alíquotas normais, com juros e multas; Estados Unidos, 2003 e 2009, tributos com juros e multas; Reino Unido, 2007, com alíquotas normais e multa reduzida em 10%; Espanha, 2012, com alíquotas normais e imprescritibilidade; Itália, 2015, com pagamento de 1% a 43% do valor ocultado (TORRES, 2016).

O Brasil, na linha dos países que também optaram pela regularização dos ativos no exterior, instituiu a Lei n. 13.254¹⁸¹, de 13 de janeiro de 2016 (BRASIL, 2016c), que dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Tal qual nos EUA, o RERCT é uma oportunidade para que os contribuintes que têm ativos ocultos no exterior regularizem a situação perante o fisco antes da implementação da Convenção Multilateral para troca de informações, conforme será visto adiante.

¹⁸¹ A ideia de conceder anistia em fórmula similar ao RERCT já foi bastante exitosa em outros países: na Argentina, cerca de US\$ 4,7 bilhões foram repatriados; a Itália recuperou cerca de 100 bilhões de euros; a Turquia, 47,3 bilhões de euros. Exposição de motivos (EM Nº 00122/2015 MF) da Lei n. 13.254, de 13 de janeiro de 2016 (BRASIL, 2015g).

4.6.1 Origem do FATCA

Ante dificuldades orçamentárias, evasão fiscal de contribuintes americanos¹⁸² com bens e valores em instituições estrangeiras, porém não declarados ao fisco americano – caso UBS – e com vistas a aumentar a transparência fiscal, o congresso americano promulgou, em 18.03.2010, a Lei de Incentivo ao Emprego (*The Hire Incentives to Restore Employment Act, ou Hire Act*) que estabeleceu um conjunto de medidas para incentivar a criação de empregos nos EUA. Referida lei dispõe que as instituições financeiras estrangeiras *Foreign Financial Institutions* (FFI) de todo o mundo devem identificar contas de pessoas (físicas e jurídicas) americanas – *US accounts* – e reportá-las ao IRS, de forma automática. As FFI's não cooperantes, ou que não prestarem informações corretas, poderão ser oneradas em 30% sobre o montante integral de quaisquer transações financeiras de fonte dos EUA.

A legislação foi inserida no capítulo 4, tópicos 1.4.7.1 a 1.4.7.4, do Código Tributário Americano de 1986 (*Internal Revenue Code*), denominado *Foreign Account Tax Compliance Act* (Lei de conformidade tributária de contas estrangeiras), mais conhecido como FATCA.

Assim, surgiu o FATCA, sistema de declaração de informações com vistas a identificar contas financeiras de *U.S. personal*¹⁸³ (*US accounts*) mantidas fora dos Estados Unidos por instituições financeiras de todo o mundo¹⁸⁴. Com foco na transparência fiscal e com vistas a aumentar a arrecadação de impostos, a norma tem como objetivo fundamental dissuadir e desencorajar a evasão fiscal mediante contas bancárias no exterior e/ou veículos

¹⁸² Estimativas apontam uma evasão fiscal internacional nos EUA (gap fiscal internacional) entre US\$ 40 bilhões (2002) e US\$ 70 bilhões (2004) ao ano. Estima-se que o gap fiscal internacional, principalmente por contribuintes pessoas físicas, pode ser significativamente maior do que o total do gap fiscal das pessoas jurídicas cuja estimativa em 2001 foi de US\$ 29,9 bilhões (GUTTENTAG; AVI-YONAH, 2005, p. 101-102). O gap fiscal internacional ocorre, em parte, porque os EUA não retêm impostos sobre rendas passivas (tais como juros) pagos a entidades estrangeiras; por outro lado, se os contribuintes norte-americanos canalizam seus investimentos em uma entidade estrangeira e não os reporta em suas declarações de impostos, eles deixam de recolher impostos que legalmente estão obrigados (GRAVELLE, 2015, p. 1).

¹⁸³ Cidadão dos EUA ou indivíduo residente nos EUA, uma sociedade ou companhia organizada nos EUA ou com base nas leis dos EUA ou de um Estado dos EUA, ou um fideicomisso ("Trust") se (i) um Tribunal do Judiciário dos EUA tiver autoridade no âmbito da legislação aplicável para emitir ordens ou sentenças sobre substancialmente todas as questões relacionadas com a administração do fideicomisso ("Trust"); e (ii) uma ou mais pessoas dos EUA tiver autoridade para controlar todas as decisões substanciais do fideicomisso ("Trust") ou o espólio de pessoa falecida que seja cidadã ou residente dos Estados Unidos. Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1, §1(ee) (BRASIL, 2015a).

¹⁸⁴ A lei do sigilo bancário americano – BSA (Bank Secrecy Act) já estabelecia, no âmbito interno, regra semelhante ao FATCA, o FBAR – Report of Foreign Bank and Financial Accounts (Relatório de contas financeiras e bancárias estrangeiras) – relatório utilizado na prevenção/combate ao crime financeiro que deve ser entregue ao IRS por pessoas dos EUA que têm contas fora dos EUA cujo valor agregado no ano civil exceda a US\$ 10.000. A competência de investigação de determinados crimes foi delegada, em 2003, pelo Financial Crimes and Enforcement Network (FinCEN) ao IRS. Embora semelhante, a diferença fundamental em relação ao FBAR é que o FATCA conta com a informação de instituições financeiras estrangeiras – FFI (INTERNAL REVENUE SERVICE, 2015). Conferir também (COÊLHO, 2015b, p. 102).

de investimento *offshore* que ocultem a falta de recolhimento de impostos devidos ao IRS (ALVAREZ; SPEER; GODOY, 2013, p. 168).

Um dos componentes básicos do FATCA é o desejo de fiscalizar não somente os cidadãos americanos residentes nos EUA com ativos financeiros no exterior, mas também os americanos residentes no exterior, os quais se sentem moralmente isentos de recolher impostos ao IRS – embora legalmente não o sejam – ao argumento de não receberem benefício algum em troca do valor pago. Tal fato tem motivado uma externalidade negativa nos EUA, devido à “existência desses *free riders*¹⁸⁵ tributários” (ALVAREZ; SPEER; GODOY; 2013, p. 167).

4.6.2 Forma de adesão ao FATCA

A regulamentação do FATCA ocorreu de 2011 a 2014, com várias notas e atualizações publicadas pelo IRS, período em que surgiram vários questionamentos e sugestões por parte das instituições financeiras em nível mundial, inclusive da Federação Brasileira de Bancos¹⁸⁶ (FEBRABAN) que ponderou, perante o Departamento do Tesouro dos EUA, acerca das dificuldades de as instituições financeiras brasileiras cumprirem as regras do FATCA, a colisão do instituto com certos aspectos da CRFB/88, em particular sobre os direitos fundamentais de não-preconceito e igualdade de uma pessoa dos Estados Unidos em comparação com qualquer outra pessoa, o direito à privacidade e sigilo de dados financeiros, bem como a proibição de usar a pressão ilegal para fazer o contrário.

No contexto de regulamentação, e tendo em vista o objetivo comum de intensificar a cooperação na luta contra a evasão fiscal internacional, os EUA assinaram acordo intergovernamental (*Intergovernmental Agreement – IGA*) bilateral com a França, Reino Unido, Espanha, Itália e Alemanha¹⁸⁷ ao argumento de que uma abordagem intergovernamental facilitaria o cumprimento, simplificaria a implementação prática, bem como reduziria os custos das FFI's. Esses países comprometeram-se ainda a trabalhar com outros países parceiros, a OCDE e com a União Europeia, para a adaptação do FATCA, a médio prazo, em um modelo comum para troca de informação automática, incluindo o desenvolvimento de relatórios e normas padrão de “*due diligence*”. Assim, nascia um modelo

¹⁸⁵ *Free riders*: conferir nota de rodapé no tópico 4.5

¹⁸⁶ A Nota da Febraban enviada, em 12/2011, ao Departamento do Tesouro dos EUA ver: (CORWIN; MUSER; DANILACK, 2011).

¹⁸⁷ Declaração conjunta dos EUA, França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido relativa ao acordo intergovenamental para o cumprimento do FATCA, ver: (U.S. TREASURY DEPARTMENT, 2016a).

de acordo intergovernamental, posteriormente desmembrado em dois modelos – modelo 1 e modelo 2¹⁸⁸ – que seriam replicados para os demais países interessados, bem como a ideia de um FATCA europeu, que acabaria se transformando em um FATCA global, conforme será visto adiante.

De acordo com o IGA modelo 1, assinado pelos países acima, as FFIs repassam as informações das *US accounts* para a administração tributária da jurisdição parceira na qual está localizada e esta, por sua vez, as repassa para o IRS de forma automática. A troca de informações nesse modelo pode ser com ou sem reciprocidade de tratamento¹⁸⁹.

No IGA modelo 2, a jurisdição parceira concorda em dirigir e permitir que as FFIs localizadas em sua jurisdição reportem diretamente para o IRS os dados das *US accounts* cujos titulares consentiram, bem como a relação agregada dos titulares de *US accounts* preexistentes que não consentirem o envio dos dados¹⁹⁰. Nesse modelo, portanto, as jurisdições não têm acesso aos dados financeiros de seus contribuintes no exterior, haja vista que não há troca de informações entre os fiscos.

Em ambos os modelos de IGA, os procedimentos de diligência (*due diligence*) para verificar se determinada conta se enquadra no padrão *US accounts* são de responsabilidade das FFIs.

O FATCA entrou em vigor em 01.07.2014, data em que as FFI's já deveriam ter se cadastrado no portal do IRS/FATCA e obtido o número GIIN (número de identificação intermediário global) para fins de identificação nas negociações financeiras. As FFI's cujas jurisdições assinaram o IGA modelo 1, presumem-se *compliances*, ou seja, de acordo com o FATCA.

4.6.3 Internalização do FATCA

A internalização do FATCA no ordenamento jurídico brasileiro foi precedida da assinatura do tratado com os EUA para fins de troca de informações tributárias (*TIEA - Tax Information Exchange Agreement*¹⁹¹), cuja assinatura ocorreu em 20.03.2007 e foi aprovado

¹⁸⁸ Informações sobre os modelos 1 e 2, ver: (FATCA..., 2016)

¹⁸⁹ 113 jurisdições já assinaram acordos intergovernamentais - IGA: 99, modelo 1, e 14, modelo 2 (RESOURCE CENTER, 2016).

¹⁹⁰ Em relação às *US accounts* cujos titulares não consentirem o compartilhamento de informações, o IRS poderá fazer um pedido conjunto à jurisdição parceira para obter informações mais específicas.

¹⁹¹ Embora não exista acordo entre o Brasil e os EUA para evitar a dupla tributação, a legislação federal dos EUA permite a dedução do tributo reconhecidamente pago no Brasil sobre receitas e rendimentos auferidos e tributados no Brasil, o que configura a reciprocidade de tratamento, nos termos do art.1º e Instrução Normativa SRF n. 208, de 27 de setembro de 2002. Conferir ainda Ato Declaratório SRF n. 28, de 26 de abril de 2000.

pelo Congresso Nacional somente 6 anos depois, nos termos do Decreto Legislativo nº 211¹⁹², de 12 de março de 2013, promulgado pelo Decreto nº 8.003, de 15 de maio de 2013¹⁹³.

Aprovado o TIEA, em 23 de setembro de 2014, Brasil e EUA assinaram o IGA modelo 1 para melhoria da observância tributária internacional e implementação do FATCA, cuja aprovação pelo Congresso Nacional, diferentemente do TIEA, ocorreu em apenas 9 meses. Assim, em 25 de junho de 2015 o Decreto Legislativo nº 146, de 25 de junho de 2015 (BRASIL, 2015f) aprovou o texto do FATCA, promulgado pelo Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015 (BRASIL, 2015a).

4.6.4 *Quem está sujeito ao FATCA e quais informações ele abrange*

O conceito de instituição financeira¹⁹⁴ sujeita ao FATCA é bastante amplo e abarca instituição de custódia, instituição de depósitos, entidades de investimento ou companhia de seguro específica.¹⁹⁵

Os EUA reportarão ao Brasil dados referentes às contas financeiras de residentes brasileiros. O Brasil, por sua vez, reportará dados de contas de residentes e de cidadãos dos EUA¹⁹⁶, ou seja, contas controladas por:

- a) uma ou mais pessoas dos EUA: cidadão dos EUA ou indivíduo residente nos EUA, uma sociedade ou companhia organizada nos EUA ou com base nas leis dos EUA ou de um Estado dos EUA, ou um fideicomisso (trust)¹⁹⁷, ou

¹⁹² O DL 211/2013, decorrente do Projeto de Dec. Legislativo n. 30, de 2010, depois de aprovado na Câmara dos Deputados, foi protocolado no Senado Federal em 01.03.2010 e tramitou regularmente até 03.2011, quando teve seu trâmite estacionado. De forma abrupta, no dia 06.03.2013 foi designado um novo relator e no dia seguinte, 07.03.2013, o projeto conseguiu cumprir todos os trâmites legais e foi aprovado pelo plenário (COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL, 2010). Conferir também: (ROCHA, 2015, p. 135-146). Acerca do tratado com os EUA conferir: (ROCHA, 2015, p. 135-146).

¹⁹³ Registre-se que na área penal existe o Tratado de Assistência Legal Mútua (Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT) entre o Brasil e os EUA, Decreto n. 3.810, de 02 de maio de 2001, o qual era utilizado para fins de troca de informações, no âmbito judicial, no caso de crimes contra a ordem tributária antes da entrada em vigor do Decreto 8.003/2013. (ESTELLITA; BASTOS, 2013, p. 487).

¹⁹⁴ Para os fins do FATCA instituição financeira brasileira significa “(i) toda instituição financeira cuja sede esteja localizada no Brasil, exceto suas filiais localizadas no exterior, e (ii) toda filial localizada no Brasil de instituição financeira cuja sede não esteja localizada no Brasil”. Decreto n. 8506/2015 – IGA, art. 1, §1(l).

¹⁹⁵ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1, §1(g) - (k) (BRASIL, 2015a).

¹⁹⁶ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 2 (BRASIL, 2015a).

¹⁹⁷ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1, §1(ee). O fideicomisso (trust) será considerado pessoa dos EUA se: (i) um Tribunal do Judiciário dos EUA tiver autoridade no âmbito da legislação aplicável para emitir ordens ou sentenças sobre substancialmente todas as questões relacionadas com a administração do fideicomisso (trust); e (ii) uma ou mais pessoas dos EUA tiver autoridade para controlar todas as decisões substanciais do fideicomisso (trust) ou o espólio de pessoa falecida que seja cidadã ou residente dos Estados Unidos.

- b) por entidade não-norte-americana com uma ou mais pessoas controladoras¹⁹⁸ que sejam pessoa específica¹⁹⁹ dos EUA.

Verifica-se que as informações que o Brasil deverá reportar aos EUA são mais abrangentes. Isso ocorre porque os EUA, assim como as Filipinas e a Bulgária, figuram entre os poucos países que exercem a jurisdição de residência sobre os seus residentes²⁰⁰ e também sobre os seus cidadãos. É dizer, nesses países, estão sujeitos ao imposto de renda, com base na renda mundial (*worldwide*), tanto os cidadãos, sejam residentes ou não residentes²⁰¹, quanto os residentes estrangeiros (ARNOLD; McINTYRE; 1995, p. 19).

De acordo com o FATCA, contribuintes americanos titulares de ativos financeiros

(BRASIL, 2015a).

¹⁹⁸ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1, §1(mm). Pessoas controladoras no âmbito do FATCA são pessoas físicas que exercem controle sobre uma entidade; no caso de um fideicomisso (trust), o instituidor, os administradores, o curador (se houver), os beneficiários ou classe de beneficiários e qualquer outra pessoa física que exerça o controle efetivo final sobre o fideicomisso (trust) e, no caso de um acordo jurídico que não seja um fideicomisso (trust), pessoas em posições equivalentes ou similares (BRASIL, 2015a).

¹⁹⁹ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1, §1(ff). O conceito de pessoa específica dos EUA é obtido por via de exceção, uma vez que se trata de pessoa física ou jurídica dos EUA, exceto: (i) uma sociedade cujas ações sejam negociadas em um ou mais mercados de ações e valores mobiliários; (ii) qualquer sociedade que seja membro do mesmo grupo a que está afiliada, como definido na seção 1471(e)(2) do Código da Receita Federal dos EUA, como uma sociedade descrita na alínea (i) supracitada; (iii) os Estados Unidos ou qualquer de suas agências ou instrumentos federais; (iv) os Estados, Territórios ou qualquer outra subdivisão política dos Estados Unidos, suas respectivas agências e instrumentos estaduais; (v) toda organização com isenção de impostos nos termos da seção 501(a) do Código da Receita Federal dos EUA ou um plano individual de aposentadoria, definido pela seção 7701(a)(37) do Código da Receita Federal dos EUA; (vi) todo banco definido pela seção 581 do Código da Receita Federal dos EUA; (vii) todo fundo de investimento imobiliário, definido pela seção 856 do Código da Receita Federal dos EUA; (viii) qualquer empresa de investimento regulamentada conforme a seção 851 do Código da Receita Federal dos EUA ou qualquer entidade registrada na Comissão de Valores Mobiliários ("Securities and Exchange Commission") dos EUA sob a Lei de Empresas de Investimento de 1940 (15 USC 80a-64); (ix) qualquer fideicomisso ("Trust") comum, tal como definido na seção 584 (a) do Código da Receita Federal dos EUA; (x) qualquer fideicomisso ("Trust") que seja isento de imposto nos termos da seção 664 (c) do Código da Receita Federal dos EUA, ou descrito na seção 4947 (a) (1) do Código da Receita Federal dos EUA, (xi) um negociador ou corretor de títulos, commodities ou instrumentos financeiros derivativos (incluindo contratos de principal nacional, futuros, contratos a prazo/forwards e opções) que seja registrado como tal segundo a legislação dos Estados Unidos ou de qualquer Estado; (xii) um corretor como definido na seção 6045 (c) do Código da Receita Federal dos EUA; ou (xiii) qualquer "Trust" isento de impostos descrito na seção 403(b) ou na seção 457(b) do Código da Receita Federal dos EUA (BRASIL, 2015a).

²⁰⁰ De acordo com a tributação com base na jurisdição de residência, há um nexo entre o país e a pessoa que obteve o rendimento. Nessa sistemática, as pessoas são tributadas com base na sua renda mundial (*worldwide*), ou seja, renda doméstica e renda estrangeira, sem referência à fonte de renda (jurisdição de origem). Os países que exercem a jurisdição de residência o fazem apenas em relação aos rendimentos de pessoas físicas e jurídicas que sejam seus residentes: daí o termo jurisdição de residência. Países, tais como, Estados Unidos, Filipinas, e Bulgária, são exceção à jurisdição de residência, uma vez que a exercem tanto sobre os seus os seus residentes e quanto seus cidadãos. ARNOLD, Brian J.; McINTYRE, Michael J.. *International tax primer*. USA, Kluwer Law International, 1995.p. 19. Ver ainda Publicação 54 – IRS (introdução) e Publicação 519, cap. 4 (INTERNAL REVENUE SERVICE, 2016a).

²⁰¹ Tal estrutura segue um discutível critério de residência fiscal utilizado nos EUA; se um norte-americano se mudar para a Suíça por 10 anos, por exemplo, ainda assim estará obrigado a apresentar sua declaração de renda nos EUA, não obstante sua residência física; tal situação é muito diferente da maioria dos países do mundo, onde geralmente o critério da residência fiscal segue a residência física depois de certo tempo (tipicamente 6 meses a um ano) (ALVAREZ; SPEER; GODOY, 2013, p. 167).

fora dos EUA cujo valor, via de regra, seja superior a US\$ 50.000, devem reportá-los ao IRS no Formulário 8938 (declaração de ativos financeiros estrangeiros específicos) que deverá ser anexado à declaração anual de imposto. A falta de apresentação do referido formulário poderá resultar em uma penalidade de US\$ 10.000, que poderá chegar a US\$ 50.000 no caso de reincidência, após notificação do IRS. Além disso, o recolhimento a menor de impostos, em decorrência de ativos financeiros no exterior, e não informados, estará sujeito a uma sanção adicional de 40% (INTERNAL REVENUE SERVICE, 2016b).

Para os fins do FATCA, titular da conta é a pessoa identificada como tal pela instituição financeira que mantém a conta. Com efeito, uma pessoa que mantenha determinada conta para benefício de outra pessoa na qualidade de agente, depositário, nomeado, signatário, consultor de investimentos, ou intermediário não será tratado como titular da conta, mas sim essa outra pessoa²⁰².

As informações que deverão ser reportadas pelo fisco brasileiro ao IRS²⁰³ são basicamente dados da conta e do seu titular, identificação da instituição financeira e o montante total bruto, dos juros, dividendos, receitas, creditados na conta. Vejamos:

Artigo 2. (a)

(1) nome, endereço, número U.S. TIN²⁰⁴ de cada pessoa física ou jurídica específica dos EUA que seja titular da conta e, no caso de entidade que não seja dos EUA a qual, após registro dos procedimentos de diligência devida descritos no Anexo I, seja identificada como tendo uma ou mais Pessoas Controladoras que sejam Pessoa Física ou Jurídica Específica dos EUA, o nome, endereço, número U.S. TIN (se houver) da referida entidade e de cada Pessoa Física ou Jurídica dos EUA;

(2) o número da conta (ou informação funcional equivalente, na ausência e número de conta);

(3) o nome e o número de identificação da Instituição Financeira Brasileira Informante;

(4) o balanço ou valor da conta (incluindo, no caso de Contrato de Seguro com Valor Monetário ou Contrato de Anuidade, o Valor Monetário ou o valor de resgate) no final do ano civil pertinente ou em outro período de prestação de informações apropriado; ou, caso a conta tenha sido fechada durante o ano, imediatamente antes do fechamento;

(5) No caso de qualquer Conta de Custódia:

(A) o montante total bruto de juros, o valor total bruto de dividendo e o montante bruto total de outras receitas geradas com relação aos ativos custodiados na conta, em cada caso pagos ou creditados na conta (ou em relação à conta), durante o ano civil ou outro período de prestação de informações cabível; e

(B) o total das receitas brutas da venda ou resgate de propriedade pago ou creditado na conta durante o ano civil ou outro período de prestação de informações cabível

²⁰² Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1, §1(dd) (BRASIL, 2015a).

²⁰³ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 3. Os EUA reportaram ao Brasil todas as informações referentes a 2014 desde a primeira troca, que ocorreu em 09/2015. O Brasil, por sua vez, reportará de forma gradativa as informações referentes aos anos-calendário 2014 e 2015, e de forma completa em relação ao ano-calendário 2016. A previsão de troca entre os países é de até nove meses após o ano-calendário a que se referem as informações prestadas (BRASIL, 2015a).

²⁰⁴ Número equivalente ao CPF/CNPJ.

em relação ao qual a Instituição Financeira Brasileira Informante atuou como custodiante, corretora, nomeada ou agente para o Titular da Conta;

(6) No caso de qualquer Conta de Depósito, o valor bruto total de juros pagos ou creditados na conta durante o ano civil ou outro período de prestação de informações cabível; e

(7) No caso de qualquer conta não descrita no subparágrafo 2 (a) (5) ou 2 (a) (6) do presente artigo, o valor bruto total pago ou creditado ao titular da conta no que diz respeito à conta durante o ano civil ou outro período de prestação de informações cabível em relação ao qual a Instituição Financeira Brasileira Informante é devedora ou Parte obrigada, incluindo o valor total de todos os pagamentos de resgate feito ao Titular da Conta durante o ano civil ou outro período de prestação de informações cabível (BRASIL, 2015a).

Embora as informações a serem reportadas pelos EUA ao fisco brasileiro tenham a mesma natureza daquelas que deverão ser informadas ao IRS, conforme elencado anteriormente, verifica-se que o nível de detalhamento é menor do que o exigido pelo fisco americano, vejamos:

Artigo 2. (b)

(1) nome, endereço e CPF/CNPJ brasileiro de toda pessoa que seja residente no Brasil e titular da conta;

(2) o número da conta (ou informação funcional equivalente, na ausência de número de conta);

(3) o nome e o número de identificação da Instituição Financeira Informante dos EUA;

(4) o valor bruto de juros pago na Conta de Depósito;

(5) o valor bruto de dividendos de fonte dos EUA pagos ou creditados na conta; e

(6) o valor bruto de outras fontes de renda dos EUA pagas ou creditadas na conta, desde que sujeito à obrigação de prestação de informações constante no capítulo 3 da alínea A ou capítulo 61 da alínea F do Código a Receita Federal dos EUA (BRASIL, 2015a).

4.6.5 Cláusula de melhor benefício

O acordo intergovernamental estabelece que qualquer aplicação de termos mais favoráveis relativos à aplicação do FATCA concedidos a outra jurisdição parceira no âmbito de acordo bilateral assinado com os EUA serão estendidos, de forma automática, às instituições financeiras brasileiras²⁰⁵. Tal cláusula é uma demonstração de que o FATCA é um ‘acordo’ cujas regras são totalmente estabelecidas pelos EUA.

4.6.6 Pagamentos sujeitos à retenção de 30%

No caso de descumprimento das regras do FATCA, estão sujeitos à retenção de 30% qualquer pagamento de juros, dividendos, rendas, salários, soldos, prêmios, anuidades,

²⁰⁵ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 7, (1) (BRASIL, 2015a).

compensações, remunerações, emolumentos e outros ganhos fixos ou variáveis anuais ou periódicos, lucros e renda, desde que proveniente de fontes dentro dos Estados Unidos²⁰⁶.

4.6.7 *Compromisso com o fortalecimento da troca de informações e a transparência*

Com vistas a uma transparência fiscal cada vez mais efetiva, o IGA estabelece que os EUA e o Brasil comprometem-se a trabalhar com jurisdições parceiras e com a OCDE, de forma a desenvolver um modelo comum de troca automática de informações financeiras, nos termos do FATCA.

Artigo 6

1. Reciprocidade. O Governo dos Estados Unidos reconhece a necessidade de alcançar nível equivalente de troca automática de informações com o Brasil. **O Governo dos EUA está comprometido em melhorar a transparência** e fortalecer a relação de troca de informações com o Brasil por meio da adoção de regulamentos e da defesa e **apoio a projetos de lei pertinentes que alcancem nível equivalente de troca automática recíproca de informações.**

[...]

3. Desenvolvimento de Modelo Comum de Prestação e Troca de Informações. As Partes comprometem-se a trabalhar com Jurisdições Parceiras e com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para **adaptar os termos do presente Acordo e de outros acordos entre os EUA e Jurisdições Parceiras a fim de encontrar modelo comum de troca automática de informações**, inclusive o desenvolvimento de parâmetros para a prestação de informações e diligência devida para instituições financeiras (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Considerando que a cláusula anterior está presente em todos os acordos modelo 1 assinados pelos EUA e respectivas jurisdições parceiras (de 1999 a 06/2016), verifica-se que o FATCA preparou toda a estrutura para que a OCDE implementasse um modelo de troca automática em nível mundial, uma vez que o modelo proposto pela OCDE, o *Common Reporting Standard – CRS* (Padrão Comum de Relatório), conforme será visto adiante, é baseado no padrão FATCA.

4.6.8 *A prestação de informação pelas instituições financeiras e o repasse para os EUA*

As informações sobre as contas consideradas de interesse dos EUA, as *US accounts*, são repassadas pelas instituições financeiras brasileiras para a Receita Federal do Brasil que, por sua vez, as repassa para o fisco americano. Para cumprir com essa obrigação, a Receita Federal do Brasil, por meio da Instrução Normativa RFB 1.571, de 02 de julho de 2015,

²⁰⁶ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 1(ii) (BRASIL, 2015a).

instituiu a obrigação acessória de prestação de informações relativas às operações financeiras mediante a apresentação da declaração e-Financeira²⁰⁷.

Referida declaração abarca as informações então prestadas na Dimof, que foi descontinuada em relação aos fatos ocorridos a partir de 01 de janeiro de 2016²⁰⁸, bem como as informações das *US accounts*, as quais são repassadas automaticamente para o IRS, tendo o primeiro repasse/troca ocorrido em 09/2015.

4.6.9 Confidencialidade e salvaguarda

As informações trocadas no âmbito do FATCA são objeto de confidencialidade e proteções previstas no TIEA, inclusive em relação ao limite de uso²⁰⁹. O art. VIII do TIEA prevê o seguinte:

ARTIGO VIII

Confidencialidade

1. Quaisquer informações recebidas pela Parte requerente sob o presente Acordo deverão ser tratadas como confidenciais e poderão ser reveladas a pessoas ou autoridades (inclusive tribunais e órgãos administrativos) na jurisdição da Parte requerente envolvida com o lançamento ou cobrança dos tributos visados por este Acordo, com a execução ou instauração de processos versando sobre esses mesmos tributos, ou com a decisão de recursos em relação a tais tributos, ou a órgãos de supervisão, e apenas na medida necessária para que aquelas pessoas, autoridades ou órgãos de supervisão exerçam suas respectivas atribuições. Tais pessoas ou autoridades deverão utilizar tais informações apenas para tais propósitos. As informações poderão ser reveladas em procedimentos públicos dos tribunais ou em decisões judiciais. As informações não poderão ser reveladas para nenhuma outra pessoa, entidade, autoridade ou qualquer outra jurisdição sem o consentimento expresso, por escrito, da Parte requerida.

2. Qualquer obrigação da Parte requerente, sob sua legislação interna, originária do uso por ela de informações fornecidas sob este Acordo será de sua exclusiva responsabilidade. (BRASIL, 2013).

Em relação a medidas de salvaguarda²¹⁰, as partes deverão fornecer infraestrutura que permitam uma troca eficaz e segura, que deverá ser certificada por ambas jurisdições. Segundo Maria Izabel de Macedo Vialle (2015)

foi criado o chamado "Data Safeguarding", que é uma plataforma técnica essencial para a troca das informações. Assim, antes que as informações recíprocas possam ser iniciadas, ambos os países devem estar seguros de que as informações recebidas serão mantidas sob sigilo e certos ainda de que a legislação do país signatário e sua prática de guarda de dados não permitirão a abertura de informações. (VIALLE, 2015, p. 44).

²⁰⁷ Acerca da e-Financeira/Dimof, conferir tópico 2.4 do capítulo 2.

²⁰⁸ Art. 12, parágrafo único da IN RFB 1.571/2015. (BRASIL, 2015b).

²⁰⁹ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 3(7) (BRASIL, 2015a).

²¹⁰ Decreto n. 8.506/2015 – IGA, art. 3(8) (BRASIL, 2015a).

4.6.10 Versões alarmistas sobre o FATCA e a advertência do Tesouro dos EUA

Segundo o Departamento do Tesouro dos EUA, criou-se o mito de que os cidadãos americanos que vivem no exterior desistiriam de sua cidadania americana em virtude das responsabilidades e encargos do FATCA. Para o Tesouro americano, não há que se falar nisso, uma vez que as disposições do FATCA não impõem novas obrigações aos cidadãos americanos que vivem no exterior. As obrigações de retenção na fonte em função do FATCA, na verdade, recaem sobre as instituições financeiras que fazem pagamentos para as FFI's e a obrigação de *due diligence* e de reportar os dados recaem sobre as FFI's (STACK, 2013).

Ademais, continua o Tesouro dos EUA, os contribuintes americanos, incluindo os cidadãos americanos que vivem no exterior, são obrigados a cumprir as leis fiscais dos EUA. Nesse sentido, os indivíduos que usaram contas *offshore* para se esquivarem de obrigações tributárias têm fortes motivos para temer que o FATCA identifique suas atividades ilícitas. Entretanto, a decisão de renunciar à cidadania americana, além não isentar esses indivíduos de suas obrigações fiscais nos EUA anteriores ao ato de renúncia, pode ainda criar obrigações fiscais adicionais para determinados cidadãos e/ou residentes de longa duração que adotarem tal caminho.

Seja mito ou fato, a realidade é que o FATCA tem provocado um crescente aumento no número de renúncias à cidadania americana desde a sua implementação (MULLEN, 2016; NEWLOVE, 2016; BOSLEY; RUBIN, 2015).

4.6.11 Críticas ao FATCA na doutrina brasileira

Schoueri e Barbosa questionam a possibilidade de os EUA²¹¹ não observarem a reciprocidade de informações, ao argumento de que “projetos exigindo a *disclosure* de juros pagos a não residentes a partir de contas bancárias daquele país foram afastados em 2002” e encontram forte resistência por parte das instituições financeiras norte-americanas (SCHOUERI; BARBOSA, 2013c, p. 500).

Acerca de tal questionamento, consta especificamente do artigo 2, §(2)(b)(4) do IGA modelo 1 que os Estados Unidos deverão informar aos parceiros FATCA o valor bruto de

²¹¹ Não obstante tal questionamento, Schoueri observa que “Os Estados Unidos parecem nunca ter denunciado ou ter um de seus acordos denunciado pelo outro Estado sob o argumento de que houve uma violação material de seu conteúdo. (SCHOUERI, 2013a, p. 239).

juros pagos na conta de depósito. No caso de descumprimento dessa medida (descumprimento significativo), o artigo 5 (2), também do IGA, estabelece, conforme citado anteriormente, que a autoridade competente deverá ser notificada para o cumprimento da obrigação mediante a aplicação de sua legislação interna (e penalidades correspondentes). Essa é a regra geral para ambas as partes. Persistindo o descumprimento e decorrido o prazo de 18 meses, após a notificação, a instituição financeira estará sujeita à retenção de 30% de recursos provenientes dos EUA.

É fato que esta última medida – retenção de 30% – a qual representa o principal fator de coerção para o cumprimento do FATCA, somente pode ser aplicada pelos EUA, responsável pelo programa, o que inicialmente, demonstra um certo descompasso entre os direitos e as prerrogativas das partes contratantes. Entretanto, o fato de outras jurisdições não estarem aptas a utilizar tal medida não permite que os EUA descumpram o que consta do acordo. Vejamos.

Quando os Estados celebram tratados em matéria tributária, eles “explicitam vontade que outorga representação de interesses próprios e recíprocos”. Um acordo para troca de informações, por exemplo, parte do pressuposto de que “interesses de Estados distintos convirjam, sem que isso represente qualquer ameaça à soberania do Estado interessado”. É dizer, “a ênfase do tratado internacional é centrada no consentimento das partes” (GODOY, 2011, p. 410). Assim, o descumprimento de cláusula constante do tratado, seja por ação ou omissão, enseja responsabilização internacional (VALADÃO, 2000, p. 190). No mesmo sentido, Celso D. de Albuquerque Mello (2000) esclarece:

Os tratados estabelecem uma relação Estado a Estado e se aplicam, salvo estipulação em contrário, a todo o território dos contratantes. Eles acarretam de modo indireto obrigações para os poderes estatais. O Poder Judiciário é obrigado a aplicar o tratado. O Executivo deverá cumpri-lo e o Legislativo, se for o caso, deverá elaborar as leis necessárias para a sua execução. **O descumprimento de qualquer uma destas obrigações acarretará a responsabilidade internacional do Estado [...]** (MELLO, Celso, 2000, p. 209, grifo nosso).

Por fim, cumpre salientar que, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados²¹², uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (VARELLA, 2009, p.81).

Conforme observa Carolina Reis Jatobá Coêlho (2015b), a recusa das instituições financeiras em participar do FATCA “é possível em teoria, mas não na prática”. As FFI’s não participantes correm o risco de serem excluídas do sistema financeiro, haja vista que,

²¹² Promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. (BRASIL, 2009b).

além dos custos das retenções na fonte dos seus investimentos, poderão “apresentar condições mais desfavoráveis para competir no mercado internacional, sofrendo restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes” (COÊLHO, 2015b, p. 87, 88). Daí, afirmar-se que o FATCA se assemelha a um contrato de adesão, cujo custo da não participação é deveras alto.

Na mesma linha, António Manuel França Aires e Guilherme Spinacé (2015) afirmam que apesar de adesão das FFI ao IGA “configurar uma faculdade”, na verdade, “beira a obrigatoriedade, uma vez que as desvantagens trazidas às FFI Não Participantes em relação às FFIs Participantes possivelmente promoverão uma migração dos clientes para as instituições que aderiram aos termos do acordo” (AIRES; SPINACÉ, 2015, p. 274).

Ante tais críticas, indaga-se: como uma norma que cria obrigações complexas para as instituições financeiras e impõe que dados sensíveis de movimentações financeiras sejam repassados para o fisco conseguiu a adesão de quase 100 países²¹³ em todo o planeta, dentre os quais figuram as nações mais importantes do mundo? Conforme salientamos anteriormente, a sanção imposta pela norma – retenção de 30% dos pagamentos de origem dos EUA –, certamente é um dos fatores responsáveis pelo alto grau de aderência. Mas, além disso, uma norma que impõe obrigações dessa natureza para toda a comunidade financeira internacional dificilmente teria êxito se violasse direitos individuais, se os seus fundamentos não fossem benéficos e compartilhados pelos demais parceiros e, por fim, se não fosse instituída por um país com forte liderança econômica no cenário mundial.

Nesse sentido, embora o FATCA possa figurar como uma típica norma imperialista, o que se verifica é que os países mais importantes no cenário mundial, na trilha dos EUA, abraçaram a causa na luta contra os países que ainda insistem em manter o sigilo bancário perante o fisco. Importante ressaltar que a norma não tem por objetivo fazer uma devassa nas contas dos contribuintes, mas tão somente verificar se os valores dos ativos financeiros no exterior estão de acordo com os valores declarados ao fisco. Não queremos dizer com isto que o sigilo bancário acabou ou que não deve existir; longe disso. O que não deve existir é o sigilo bancário perante o fisco²¹⁴. O contribuinte, seja brasileiro ou americano, que possua qualquer ativo financeiro no exterior que esteja de acordo com a sua declaração de renda não será afetado pelo FATCA.

²¹³Referimo-nos aos 99 países que já assinaram o IGA-Modelo 1. ver: (RESOURCE CENTER, 2016).

²¹⁴Luís Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa (2013) entendem o FATCA como um regime que passa ao largo de princípios consolidados no Direito Internacional e consideram imprescindível, em relação ao sigilo bancário perante o fisco, que o Poder Judiciário deve exercer um papel de ponderação, caso a caso, entre a garantia dos direitos individuais que constam da CRFB/88 e os interesses da administração tributária (SCHOUERI; BARBOSA, 2013, p. 522). Acerca do sigilo bancário x direitos individuais, conferir capítulo 3.

Pode-se questionar sob vários aspectos a postura adotada pelos EUA, entretanto, não se pode negar que tal medida impulsionou, sobremaneira, a transparência fiscal em nível mundial. E, ao se falar em transparência fiscal, não há como deixar de lado as movimentações financeiras.

Tendo em vista que o pano de fundo do FATCA é a transferência de dados financeiros de contribuintes ao fisco, matéria sujeita ao sigilo bancário, oportuno observar que, à época da assinatura do IGA (09/2014), a Lei Complementar 105/2001 – que permite ao fisco acessar os dados bancários do contribuinte, sem reserva de jurisdição – estava pendente de julgamento pelo STF há aproximadamente 13 anos, julgamento que viria a ocorrer dois anos mais tarde, em 02/2016, e declararia a constitucionalidade da referida lei.

Caso o STF tivesse julgado inconstitucional o acesso do fisco aos dados bancários, sem reserva de jurisdição, para atender ao FATCA as instituições financeiras teriam que obter consentimento expresso do cliente²¹⁵ (*US accounts*) para informar os dados ao fisco brasileiro para fins de repasse ao IRS. O que tornaria a norma menos efetiva, haja vista que, via de regra, os contribuintes que têm ativos financeiros no exterior não informados na declaração de renda, provavelmente não dariam tal consentimento; ao contrário daqueles que sempre agem conforme suas obrigações perante o fisco.

No caso de negativa do cliente, teríamos a seguinte situação:

- a) a instituição financeira cancelaria a conta do cliente, contratos etc., o que poderia gerar repercussões cíveis por quebra de contrato; por outro lado, dependendo do tipo de cliente, poderia não ser interessante para a instituição perdê-lo, o que torna a situação ainda mais complexa;
- b) a instituição financeira não cumpriria as regras do FATCA e assumiria o risco de sofrer a retenção de 30% dos valores oriundos de fonte dos EUA, o que a colocaria em condições desfavoráveis para competir no mercado internacional, caminho que dificilmente seria escolhido, devido ao alto custo financeiro e reputacional mundial.

Na prática, a verdade é que uma eventual declaração de inconstitucionalidade da LC 105/2001 inviabilizaria o compromisso assumido pelo Brasil perante o FATCA. Daí, a importância desse acordo quando o STF enfrentou o tema, o que será criteriosamente discutido no capítulo 5.

²¹⁵ Nos termos do art. 1º, §3º, V, da Lei Complementar nº 105/2001 não constitui violação do dever de sigilo a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados. (BRASIL, 2001c).

A seguir, prosseguimos com a análise da troca de informações, seus desdobramentos no âmbito do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Tributários e o modelo de troca automática de informações financeiras em nível mundial, cujo caminho foi solidamente preparado pelo FATCA.

4.7 Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais

Durante a crise financeira de 2008, o G20, grupo formado pelos países com as economias mais desenvolvidas do mundo, mobilizou-se de forma a encontrar soluções para a crise que afetava, e ainda afeta, vários países, bem como caminhos e mecanismos de prevenção. Na cúpula de Londres, em abril de 2009, no *Global Plan for Recovery and Reform* (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009) (Plano Global de Recuperação e Reforma), dentre outras ações, deliberou-se que medidas deveriam ser adotadas contra jurisdições não cooperantes, inclusive paraísos fiscais e, de forma taxativa, explicitou-se o fortalecimento da transparência tributária internacional²¹⁶ e o fim da era do sigilo bancário, o que fortalecia ainda mais a troca de informações, sem as restrições do sigilo bancário (VALADÃO, 2009, p. 4). Veja-se:

15. Para este fim, implementaremos o Plano de Ação aprovado na nossa última reunião, conforme estabelecido no relatório de progresso em anexo. Nós também emitiremos hoje uma Declaração, o Fortalecimento do Sistema Financeiro. Em particular, estamos de acordo:
 [...] **tomar medidas contra jurisdições não cooperantes, incluindo os paraísos fiscais. Estamos prontos para implantar sanções para proteger nossas finanças públicas e sistemas financeiros. A era do sigilo bancário acabou. Notamos que a OCDE publicou hoje uma lista de países avaliados pelo Fórum Global contra o padrão internacional para troca de informações fiscais**²¹⁷ (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p.4, grifos nossos, tradução nossa).

²¹⁶ A tendência à chamada transparência tributária internacional “se recrudescer a partir da crise financeira internacional de 2007. O G20 estabeleceu que algumas providências deveriam ser tomadas com o intuito de evitar novas crises, entre elas a regulação bancária (internacional e em cada jurisdição), o controle do fluxo de capitais irregulares (atividade já bem desenvolvida pelo GAFI/FATF) e a transparência tributária internacional. Esses dois últimos aspectos têm a ver com o fato de que fluxo de capitais irregulares e operações sem visibilidade comprometem os controles governamentais de monitoramento e prevenção de crises econômica e financeiras, além de comprometerem as receitas tributárias visto que a falta e transparência tributária possibilita a existência de esquemas de evasão e elisão tributária de percepção mais difícil por parte das administrações tributárias” (VALADÃO, 2009, p.3- 4).

²¹⁷ 15. To this end we are implementing the Action Plan agreed at our last meeting, as set out in the attached progress report. We have today also issued a Declaration, Strengthening the Financial System. In particular we agree: [...] to take action against non-cooperative jurisdictions, including tax havens. We stand ready to deploy sanctions to protect our public finances and financial systems. The era of banking secrecy is over. We note that the OECD has today published a list of countries assessed by the Global Forum against the international standard for exchange of tax information.

Nesse contexto, a troca de informações assume uma importância ainda maior e ganha destaque o Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Tributários, ambiente onde medidas para o fortalecimento da transparência tributária são tomadas (VALADÃO, 2009, p. 4). O Fórum, criado em 2000, é composto por países membros e não membros da OCDE e foi reestruturado em 2009, em resposta ao chamamento do G20, no sentido de fortalecer a implementação dos padrões internacionais de transparência fiscal.

A presença do G20 nas discussões da OCDE sobre transparência e intercâmbio de informações demonstra que a preocupação atual contra práticas que possam colocar em risco a arrecadação tributária nacional não está mais restrita somente aos países desenvolvidos, “como se observava até o final da década de 1990, mas engloba, igualmente, países em desenvolvimento”. Assim como o G20, que é composto por países desenvolvidos e economias emergentes, a OCDE também incluiu “um número progressivamente maior de participantes (em especial países em desenvolvimento) no Fórum Global” (HIRATA; PEREIRA, 2013, p. 555).

Atualmente, o Fórum Global tem 134²¹⁸ membros em pé de igualdade (*equal footing*) e é o principal organismo internacional que visa a assegurar a implementação das normas acordadas em nível internacional de transparência e troca de informações na área fiscal. O Fórum conta com dois grupos:

- a) grupo diretor (*Steering Group*) que prepara e orienta o trabalho;
- b) grupo de revisão dos pares (*Peer Review Group*) responsável pela revisão de leis e tratados, dos membros e não membros da OCDE, para verificar se atendem aos padrões internacionais de transparência e intercâmbio de informações em matéria fiscal, tanto na parte teórica (primeira fase) quanto na prática (segunda fase).

O processo de revisão dos pares é supervisionado por 29 membros do Fórum Global que integram o Grupo de Revisão dos Pares (PRG)²¹⁹ com a publicação de relatórios com o resultado das revisões²²⁰. O padrão internacional de transparência e troca de informações, de acordo com o processo de revisão da OCDE, está baseado em três premissas fundamentais que devem ser observadas pelas jurisdições:

²¹⁸ Número de participantes no Fórum Global, ver: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016a).

²¹⁹ Maiores informações sobre o Fórum Global, ver: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016b). Conferir também: (ESTELLITA; BASTOS, 2013.p. 471-476).

²²⁰ Os relatórios das jurisdições ver: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016c).

- (i) ter a disponibilidade de informações contábeis, bancárias e de titularidade de participação societária dos seus contribuintes;
- (ii) ter poder de acesso às informações fiscais dos seus contribuintes, desconsiderando o seu sigilo bancário e retirando quaisquer obstáculos que poderiam atrasar ou inviabilizar o acesso às suas informações fiscais; e
- (iii) possuir mecanismos capazes de promover a efetiva troca de informações tais como os acordos de intercâmbio de informações em matéria fiscal, convenções celebradas entre os países para evitar a dupla tributação ou, mesmo, dispositivos normativos de direito interno (HIRATA; PEREIRA, 2013, p. 555)²²¹.

O Brasil passou a fazer parte do Fórum em setembro de 2009, após reunião do México e integra ambos os grupos (VALADÃO, 2009, p. 5).

4.7.1 Troca de informações a pedido

A troca de informações a pedido, principalmente após a crise financeira de 2008, apresentou um aumento considerável, bastando verificar que, no âmbito do Fórum Global, no período de 2000 a 2008, foram assinados 48 tratados e, de 2009 a 2012, 471²²². Trata-se, especificamente, de tratados para troca de informações (TIEA) assinados entre os mais diversos países do mundo, inclusive paraísos fiscais, “o que demonstra a crescente importância do tema, especialmente o combate aos chamados paraísos fiscais”²²³ (VALADÃO, 2009, p. 5).

O Brasil não possui um modelo de convenção próprio, e adota, majoritariamente, o modelo da OCDE, conforme salientado anteriormente, porém, com algumas premissas do Modelo ONU, além de cláusulas especificamente desenhadas nos tratados, conforme observa Jonathan Barros Vita²²⁴ (VITA, 2010, p. 304).

A Convenção modelo da OCDE versa sobre a troca de informações no art. 26, cujas regras funcionam como base principal para o intercâmbio de informações pela maior parte das jurisdições do mundo²²⁵, “embora tenda a perder espaço para a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Fiscal”, conforme veremos adiante. (ROCHA, 2015, p. 87).

²²¹ Conferir também em: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2006b).

²²² (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016e).

²²³ Conferir também: (OLIVEIRA, 2012, p.139-160).

²²⁴ Para uma análise artigo a artigo dos tratados assinados pelo Brasil até 2010, fora do contexto latino-americano, em relação aos modelos OCDE e ONU conferir: (VITA, 2010, p. 303-319).

²²⁵ A OCDE – Fórum Global disponibiliza no portal de troca de informações, a relação dos tratados assinados, por jurisdição, informa se estão de acordo com o modelo padrão da OCDE e se contém os parágrafos (26)4 e(26)5, bem como o relatório da avaliação de pares (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016a).

O art. 26 da Convenção Modelo²²⁶ garante o sigredo e estabelece limites para o acesso às informações permutadas, veda a recusa de prestação de informações sob a alegação de sigilo bancário, estabelece ainda que o acordo não obriga os Estados: a adotar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado contratante; a fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua própria legislação, ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado contratante; a fornecer informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.

O item 26(5) é o que desperta maior controvérsia no cenário brasileiro, uma vez que se refere ao sigilo bancário. Segundo esse item, de caráter interpretativo, o Estado Contratante não pode se recusar a prestar informações solicitadas no item 26(3) sob a justificativa de que elas “são detidas por uma instituição bancária, outro estabelecimento financeiro, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário”. Referido dispositivo foi acrescentado à Convenção Modelo da OCDE em 2005, ao argumento de que a grande maioria dos países membros da OCDE já trocava informações detidas por bancos, o que apenas refletia a “prática corrente” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012b, p. 16)²²⁷. A controvérsia, entretanto, foi pacificada com o julgamento pelo STF, em 02/2016 – ADI’s 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 e RE 601.314 –, no sentido de que é constitucional o acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial, tema que será abordado no capítulo 5.

Não obstante a controvérsia, a LC 105/2001 sempre permitiu tal acesso, desde a sua publicação. Importante observar que, a despeito de haver medidas judiciais questionando sua constitucionalidade, desde sua edição, o que é plenamente legítimo em um Estado democrático de direito, nunca houve medida liminar/cautelar, com efeito *erga omnes*, suspendendo sua eficácia; com efeito, prevaleceu a presunção de constitucionalidade do referido mandamento legal. É dizer, enquanto a norma não for retirada do mundo jurídico, sob a pecha de inconstitucionalidade, ainda que em sede de liminar, deve prevalecer sua força normativa. E, tanto prevaleceu, que foi incluído no art. 3º, do Decreto 3724/2001, por meio do Decreto 8003/2014, o inciso XII, com vistas a normatizar a forma de acesso aos dados bancários do contribuinte para fins de intercâmbio de informações com fundamento em

²²⁶ Em julho de 2012, a OCDE alterou o art. 26 (2) do Modelo OCDE mediante o Update to Article 26 of the OCDE Model Tax Convention and its Commentary. Tal alteração permite que informações trocadas sejam utilizadas para outros fins além dos previstos nos tratados, desde que a legislação de ambos os países permita a utilização da informação e que o país que forneceu a informação autorize o uso para tal fim (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012b, p. 1.)

²²⁷ Ver também: (ROCHA, 2015. p. 100 -101).

tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.²²⁸

Conforme observa Sérgio André Rocha (2015), as convenções celebradas pelo Brasil “não se mostram uniformes ao longo do tempo, “seja em razão de mudanças na política de negociação²²⁹ de tratados do governo brasileiro, seja por conta de adaptações a alterações promovidas pela OCDE”, tais como a promovida pelo artigo 26 (ROCHA, 2015, p. 129). Entretanto, conforme afirma Valadão, o Brasil “tem adotado a cláusula de troca de informações em todos os seus tratados²³⁰ (embora varie aqui e ali a numeração do artigo) cuja redação foi evoluindo ao longo do tempo” (VALADÃO, 2009, p.7).

²²⁸ Ver tópico 2.4 do capítulo 2.

²²⁹ Para uma análise contextual da política de negociação brasileira de acordos de bitributação, desde os primeiros acordos até 2008, conferir: (SCHOUERI, 2008, p. 267;287).

²³⁰ **Acordos internacionais firmados e ratificados pelo Brasil até 06/2016.**

Acordos para evitar a dupla tributação: África do Sul (Decreto Legislativo n. 301, de 2006), Argentina (Decreto Legislativo n. 74, de 1981), Áustria (Decreto Legislativo n. 95, de 1975), Bélgica (Decreto Legislativo n. 76, de 1972), Canadá (Decreto Legislativo n. 28, de 1985), Chile (Decreto Legislativo n. 331 de 2003), China (Decreto Legislativo n. 85, de 1992), República da Coreia (Decreto Legislativo n. 205, de 1991), Dinamarca (Decreto Legislativo n. 90, de 1974), Equador (Decreto Legislativo n. 4, de 1986), Eslováquia e República Tcheca - antiga República Socialista da Tchecoslováquia (Decreto Legislativo n. 11, de 1990), Espanha (Decreto Legislativo n. 62, de 1975), Filipinas (Decreto Legislativo n. 198, de 1991), Finlândia (Decreto Legislativo n. 35, de 1997), França (Decreto Legislativo n. 87, de 1971), Hungria (Decreto Legislativo n. 13, de 1990), Índia (Decreto Legislativo n. 214, de 1991), Israel (Decreto Legislativo n. 931 de 2005), Itália (Decreto Legislativo n. 77, de 1979), Japão (Decreto Legislativo n. 43, de 1967), Luxemburgo (Decreto Legislativo n. 78, de 1979), México (Decreto Legislativo n. 58, de 2006), Noruega (Decreto Legislativo n. 50, de 1981), Países Baixos (Decreto Legislativo n. 60, de 1990), Peru (Decreto Legislativo n. 500, de 2009), Portugal (Decreto Legislativo n. 188, de 2001), Suécia (Decreto Legislativo n. 93, de 1975), Trinidad e Tobago (Decreto Legislativo n. 01, de 2011), Turquia (Decreto Legislativo n. 248, de 2012), Ucrânia (Decreto Legislativo n. 66, de 2006), Venezuela (Decreto Legislativo n. 559, de 2010). (O Acordo celebrado com a República Federal da Alemanha existente desde 1975 foi denunciado em 04/2005 e deixou de ter vigência em 01/2006).

Acordos para intercâmbio de informações relativas a tributos: Estados Unidos da América (Decreto Legislativo n. 211, de 2013); Acordo de cooperação intragovernamental (FATCA): Estados Unidos da América (Decreto Legislativo n. 146, de 2015), Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (Decreto Legislativo n. 105, de 2016).

Acordos assinados, mas ainda não aprovados pelo Congresso Nacional: Guernsey, Ilhas Bermudas, Ilhas Cayman, Jersey, Suíça, Reino Unido e Uruguai.

Tratados de cooperação aduaneira: Comucam - Cooperação e Assistência Mútua entre as Direções Nacionais de Aduanas da América Latina (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Espanha, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, República Dominicana, Uruguai e Venezuela; Decreto Legislativo n. 46, de 1984), África do Sul (Decreto Legislativo n. 662, de 2010), Estados Unidos (Decreto Legislativo n.209, de 2004), França (Decreto Legislativos n. 80 e 140, de 1995), Índia (Decreto Legislativo n. 304, de 2011), Israel (Decreto Legislativo n. 602, de 2009), Países Baixos (Decreto Legislativo n. 55, de 2006), Reino Unido (Memorando de Entendimento de 1997), Rússia (Decreto Legislativo n. 61, de 2004), Mercosul (Decreto n. 3.428, de 2000), Mercosul - Tratado de Assunção (Decreto Legislativo n.197, de 1991), Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Decreto Legislativo n. 97, de 1995) (BRASIL, 2015e). Ainda sobre troca de informações nos tratados brasileiro conferir: (ROCHA, 2015. p. 129-145).

Segundo Schoueri, o número de tratados assinados pelo Brasil, trinta e dois, é pífio quando comparado à prática internacional. Os países que compõem, ao lado do Brasil, o grupo dos BRICs: China, Índia e Rússia possuem, cada um, cerca de oitenta acordos para evitar a dupla tributação (SCHOUERI, 2012, p. 11).

4.7.2 Troca de informações automática

Conforme salientado anteriormente, o fato de o Reino Unido, a França, Espanha, Itália e Alemanha assinarem, em 2012, acordos intergovernamentais (IGA – Modelo 1) com os Estados Unidos para troca de informações bilaterais de forma automática, no âmbito do FATCA, funcionou como um catalisador para a troca de informações automáticas em nível global.

Assim, com o caminho preparado pelo FATCA, em termos de estrutura modelo, com o aval de cinco importantes países da Europa, do G8²³¹ e também do G20, restou à OCDE trabalhar na implementação do modelo, agora em nível mundial.

No relatório *Automatic Exchange of Information: What it is, How it Works, Benefits, What Remains to be Done* publicado em 2012, a OCDE define o escopo da troca de informações automáticas como a atividade que “envolve a transmissão sistemática e periódica de grupos de informações pelo Estado da fonte para o Estado de residência, em respeito a várias categorias de renda (por exemplo, dividendos, royalties, salários, pensões, etc.)”, o que permite a autoridade fiscal do país de residência do contribuinte verificar se os seus rendimentos de origem estrangeiras foram declarados corretamente, bem como se a renda declarada suporta a variação patrimonial (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012a, p.7).

Consta ainda do referido relatório pesquisas realizadas pela OCDE com 38 países²³² que demonstram a ampla utilização da troca automática:

A troca automática é amplamente utilizada dentro e fora da União Europeia (UE), com muitos não membros da UE, tendo extensas relações de troca automática. Entre os mais frequentes tipos de rendimentos trocados estão: juros, dividendos, *royalties*, rendimentos de serviços de dependentes e pensões. Todos os 38 países (100%) recebem informações automáticas oriundas de parceiros de tratados e 33 (85%) deles enviam informações de forma automática para os parceiros de tratado. A Dinamarca, país com o maior número de relações de troca automática, envia informações automaticamente para 70 países (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012a, p.15).

²³¹ Países que compõem o G8: Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá. (A Rússia, então componente do G8, teve sua participação suspensa após a reunificação da Crimeia).

²³² Participaram do trabalho do Comitê da OCDE sobre Assuntos Fiscais: Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Rússia, República Eslovaca, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suécia, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos.

Em 2013, durante a reunião do G20 em Moscou, atendendo aos anseios dos países que compõem o G8 e o G20, a OCDE apresentou um modelo de troca automática de informações cujo regramento é o CRS (Padrão Comum de Relatório). Tal modelo, semelhante ao FATCA, e desenvolvido pela OCDE em conjunto com o G20, define o padrão das informações financeiras a serem trocadas, as regras de *due diligence* e de reporte, bem como uma plataforma técnica (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2013b, p. 38).

Em julho de 2014, a OCDE publicou o relatório *Standard for Automatic Exchange Financial Account Information* em que consta o *Common Reporting Standard – CRS* e o Modelo de Convenção Multilateral entre Autoridades Competentes – *Multilateral Model Competent Authority Agreement and Common Reporting Standard (MMCAA)*²³³.

Com vistas a impedir que determinada informação reportável não seja comunicada, o modelo pauta-se em três escopos bem abrangentes, quais sejam:

- a) escopo de informações financeiras a serem relatadas: regime amplo de diferentes tipos de rendas de investimento, o que inclui juros, dividendos e outros tipos de rendimentos similares; bem como situações em que o contribuinte procura ocultar o capital que, na verdade, representa renda ou bens sobre os quais o tributo foi evadido (por exemplo, exigir informações sobre os saldos das contas);
- b) escopo de correntistas sujeitos ao reporte: a comunicação não se restringe somente aos indivíduos, mas a quem também imponha limites para que contribuintes contornem os relatórios, usando empresas interpostas, fictícias ou arranjos similares;
- c) escopo das instituições financeiras obrigadas a reportar: abrange não apenas os bancos, mas também outras instituições financeiras, tais como corretores, determinado tipo investimento coletivo e certas companhias de seguros (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 12).

Jeffrey Owens, ao discorrer sobre os próximos passos no debate sobre transparência fiscal, aponta a troca automática de informação como um importante complemento à troca a pedido e de extrema utilidade, no que tange aos fluxos financeiros transfronteiriços.

²³³ O Modelo de Acordo de Autoridade Competente pode ser multilateral (MMCAA), assinado pelas jurisdições que são partes da Convenção Multilateral, ou bilateral - Model Competent Authority Agreement (MCAA). Neste estudo abordaremos somente o modelo multilateral, o qual o Brasil é signatário.

A cooperação em matéria tributária não é um processo estático. Os standards estão evoluindo e novas formas de cooperação também têm surgido. As autoridades fiscais continuam a fortalecer suas disposições anti-elisivas, mas também esperamos que as autoridades empreendam esforços para desenvolver um diálogo mais aberto e transparente junto às demais administrações tributárias e aos contribuintes.

[...]

O padrão recomendado pelo Fórum Global para intercâmbio de informações na modalidade "a pedido" (*exchange of information on request*) é, agora, amplamente aceito, mas conforme pode ser constatado a partir de um comunicado recente da reunião da cúpula do G20 em São Petersburgo, há agora um forte movimento rumo à troca automática de informações e espera-se que isso seja visto como um complemento à troca a pedido.

[...]

A troca automática é extremamente útil para fluxos transfronteiros de participação no capital, *royalties* e dividendos, bem como para reunir informações sobre grandes ativos mantidos no exterior (OWENS, 2013, p. 460, 463).

A implementação deste modelo no Brasil, tal qual nas principais economias do mundo, tem como fundamento a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, que permite a troca automática de informações entre as jurisdições signatárias e o Acordo MCAA, que internaliza o CRS, documentos que serão analisados a seguir.

4.7.2.1 Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária

Esta Convenção surgiu em 1988 e abrigava somente membros da OCDE e do Conselho da Europa. Posteriormente, em atendimento às demandas do G20, na Cúpula de Londres, em 2009 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009), para uma maior efetividade na transparência e cooperação na esfera internacional, desenvolveu-se um Protocolo à Convenção, com vistas a atualizar seu texto aos padrões da OCDE, bem como a permitir a assinatura por países não membros da OCDE e do Conselho da Europa (ROCHA, 2015, p. 113-114). A Convenção Multilateral, assinada por todos os membros do G20 em 3 de novembro de 2011, na Cúpula de Cannes do G20, no Brasil aprovada pelo Decreto Legislativo n. 105, de 15 de abril de 2016 e promulgada pelo Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016, atualmente, conta com mais de 100 jurisdições²³⁴ participantes, dentre eles vários paraísos fiscais. A Convenção Multilateral – instrumento legal singular multilateral – desempenha as funções cujas negociações necessitariam de mais 1800 novos acordos bilaterais (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015n, p. 17).

²³⁴Conferir em: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2008).

4.7.2.1.1 Escopo da Convenção

De acordo com o Decreto nº 8.842/2016 (BRASIL, 2016a), o escopo da Convenção é a prestação de assistência administrativa mútua em assuntos fiscais entre as partes, independentemente de a pessoa em causa ser residente ou nacional de uma parte, ou de qualquer outro Estado, quais sejam:

- a) a troca de informações, incluindo fiscalizações tributárias simultâneas e a participação em fiscalizações tributárias no exterior;
- b) a cobrança de créditos tributários, inclusive, medidas cautelares; e
- c) a notificação de documentos.²³⁵

4.7.2.1.2 Tributos abrangidos

Os tributos abrangidos pela Convenção estão relacionados em seu artigo 2º²³⁶, os quais, no caso do Brasil, constam do art. 2º do Decreto 8.842/2016, nos seguintes termos:

Art. 2º Ao depositar a Carta de Ratificação à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, em 1º de junho de 2016, o Governo brasileiro fez as seguintes declarações:

I - para a República Federativa do Brasil, a Convenção cobrirá os seguintes tributos listados no Artigo 2º, parágrafo 1º, desse ato internacional (Anexo A da Convenção):

- a) parágrafo 1º.a.i: **Imposto sobre a Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido;**
- b) parágrafo 1º.b.ii: **Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público;**
- c) parágrafo 1º.b.iii.D: **Imposto sobre os Produtos Industrializados;** e
- d) parágrafo 1º.b.iii.G: **qualquer outro tributo administrado pela Secretaria da**

²³⁵ Art. 1º, item 3 da Convenção, promulgada pelo Decreto nº 8.842/2016 (BRASIL, 2016a).

²³⁶ 1. Esta Convenção aplica-se: a) aos seguintes tributos: i) tributos sobre a renda ou lucros, ii) tributos sobre ganhos de capital que incidem separadamente do tributo sobre a renda ou lucros, iii) tributos sobre o patrimônio, estabelecidos por conta de uma Parte; e b) aos seguintes tributos: i) tributos sobre a renda, os lucros ou os ganhos de capital, ou sobre o patrimônio, estabelecidos por conta das subdivisões políticas ou autoridades locais de uma Parte, ii) contribuições obrigatórias para a seguridade social pagáveis às administrações públicas ou aos organismos de seguridade social de direito público, e iii) tributos de outras categorias, com exceção dos direitos aduaneiros, estabelecidos por conta de uma Parte, designadamente: A) tributos sobre sucessões ou doações, B) tributos sobre a propriedade imobiliária, C) tributos sobre o consumo em geral, tais como tributos sobre o valor agregado ou sobre vendas, D) tributos específicos sobre determinados bens e serviços, tais como aqueles sobre consumos específicos (excise taxes), E) tributos sobre a utilização ou a propriedade de veículos a motor, F) tributos sobre a utilização ou a propriedade de bens móveis, com exceção dos veículos a motor, G) quaisquer outros tributos; iv) tributos das categorias visadas na alínea iii) acima, estabelecidos por conta das subdivisões políticas ou autoridades locais de uma Parte.”

Receita Federal do Brasil, observando o disposto no caput do parágrafo 1º.b.iii; e II - a Autoridade Competente para a República Federativa do Brasil é o Secretário da Receita Federal do Brasil (Anexo B da Convenção) (BRASIL, 2016a, grifo nosso).

4.7.2.1.3 Modalidades de troca de informações da Convenção Multilateral

Nos termos do artigo 4º²³⁷, que versa sobre a troca de informações, as partes trocarão informações “previsivelmente relevantes para a administração”. Tal regra assegura uma troca de informações bastante ampla em matéria fiscal, mas, ao mesmo tempo, esclarece que as partes não têm total liberdade para “pedir indiscriminadamente informações (*fishing expeditions*) ou solicitar informações cuja relevância seja improvável para o esclarecimento dos assuntos fiscais de uma pessoa ou de um grupo ou de uma classe determinável de pessoas” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 31).

A Convenção aborda os cinco principais métodos de cooperação administrativa entre os Estados em matéria fiscal nos artigos 5º ao 9º, dentre eles, a troca automática de informações:

Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária

Art. 5º - Troca de informações a pedido

1. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido fornecer-lhe-á todas as informações visadas no Artigo 4º relativas a uma pessoa ou a uma transação determinada.

2. Se as informações disponíveis nos arquivos do Estado requerido não lhe permitirem dar cumprimento ao pedido de informações, esse Estado deverá tomar todas as medidas necessárias a fim de fornecer ao Estado requerente as informações solicitadas.

Art. 6º - 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 4º.

Art. 7º - Troca espontânea de informações

1. Uma Parte fornecerá, sem pedido prévio, à outra Parte as informações de que tenha conhecimento, nas seguintes circunstâncias:

- a) a primeira Parte mencionada tem razões para presumir que possa haver uma perda de receita tributária na outra Parte;
- b) uma pessoa sujeita a tributação obtém, na primeira Parte mencionada, uma redução ou isenção de tributo suscetível de gerar uma majoração de tributo ou uma sujeição a tributo na outra Parte;
- c) as transações comerciais entre uma pessoa sujeita a tributação em uma Parte e uma pessoa sujeita a tributação na outra Parte são conduzidas através de um ou mais países, de tal modo que daí pode resultar uma diminuição do tributo numa ou na

²³⁷ Art.4º, 1. De acordo com o disposto na presente Seção, as Partes trocarão quaisquer informações previsivelmente relevantes para a administração ou o cumprimento de suas legislações internas relativas aos tributos abrangidos pela presente Convenção.

outra Parte ou em ambas;

d) uma Parte tem razões para presumir que uma redução de tributo possa resultar de transferências fictícias de lucros no seio de grupos de empresas;

e) na sequência de informações fornecidas a uma Parte por outra Parte, a primeira Parte mencionada pôde recolher informações que se revelam de interesse para a determinação do tributo na outra Parte.

2. Cada Parte tomará as medidas e implementará os procedimentos necessários para que as informações visadas no parágrafo 1º sejam disponibilizadas com vista à comunicação à outra Parte.

Art. 8º - Fiscalizações tributárias simultâneas

1. A pedido de uma delas, duas ou mais Partes consultar-se-ão com vista à determinação dos casos e procedimentos que devam ser objeto de fiscalização tributária simultânea. Cada uma das Partes decidirá se pretende, ou não, participar de uma determinada fiscalização tributária simultânea.

2. Para efeitos da presente Convenção, por fiscalização tributária simultânea entende-se a fiscalização levada a cabo em virtude de um acordo nos termos do qual duas ou mais Partes concordam em fiscalizar simultaneamente, cada uma delas no respectivo território, a situação tributária de uma ou mais pessoas, que se revista de interesse comum ou relacionado, com vista à troca de informações relevantes assim obtidas.

Art. 9º - Fiscalizações tributárias no exterior

1. A pedido da autoridade competente do Estado requerente, a autoridade competente do Estado requerido poderá autorizar representantes da autoridade competente do Estado requerente a presenciarem a parte apropriada da fiscalização tributária no Estado requerido.

2. Se o pedido for aceito, a autoridade competente do Estado requerido dará conhecimento, logo que possível, à autoridade competente do Estado requerente da data e do local da fiscalização, da autoridade ou do funcionário encarregado dessa fiscalização, e bem assim dos procedimentos e condições exigidos pelo Estado requerido relativamente à realização da fiscalização. Todas as decisões relativas à realização da fiscalização tributária serão tomadas pelo Estado requerido.

3. Uma Parte poderá informar um dos Depositários de sua intenção de não aceitar, como regra geral, os pedidos referidos no parágrafo 1º. Essa declaração poderá ser efetuada ou retirada em qualquer momento (BRASIL, 2016a, grifo nosso)²³⁸.

Ao comentar o art. 6º, que trata da troca automática de informações, a OCDE destaca “o fato de terem como objeto um volume de informações específicas de mesma natureza, relativas, em regra, a pagamentos provenientes do Estado que fornecer as informações e impostos retidos na fonte nesse Estado”, o que melhora o cumprimento fiscal, bem como contribui para a detecção de fraudes que poderiam permanecer ocultas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 34). Destaca ainda que

Se os contribuintes tiverem conhecimento deste acordo e, por consequência, da natureza das informações intercambiadas, serão induzidos a um melhor cumprimento das suas obrigações fiscais, sendo de esperar uma redução do número de casos, assim como do montante subavaliado das declarações de rendimento, no espaço de alguns anos (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 34).

²³⁸ Conferir também: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 33-39).

Para Jeffrey Owens (2013), a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, “é um instrumento poderoso para atingir a troca automática, já que permite todas as formas de cooperação administrativa entre os países e, ao mesmo tempo, possui regras mais restritivas sobre a proteção da confidencialidade”. Instrumento que “deverá evoluir para um modelo verdadeiramente global de intercâmbio automático, principalmente após a adoção da convenção por todos os países que compõem o G20” (OWENS, 2013, p. 464, 465).

4.7.2.1.4 Proteção do sujeito passivo e limites às obrigações para prestar assistência

As limitações gerais ao fornecimento de informações²³⁹, que seguem o padrão dos Modelos da OCDE, estabelecem que o Estado solicitado não está obrigado a prestar informações nas seguintes situações (ROCHA, 2015, p. 118), conforme art. 21:

Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária

Art. 21 - Proteção das pessoas e limites à obrigatoriedade de prestação de assistência
1. Nenhuma disposição da presente Convenção poderá afetar os direitos e as salvaguardas garantidos às pessoas pela legislação ou pela prática administrativa do Estado requerido.

2. Salvo no que diz respeito ao Artigo 14, as disposições da presente Convenção não poderão ser interpretadas no sentido de impor ao Estado requerido a obrigação de:

a) tomar medidas em desacordo com sua legislação ou sua prática administrativa, ou com a legislação ou a prática administrativa do Estado requerente;

b) tomar medidas que sejam contrárias à ordem pública;

c) fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua própria legislação ou prática administrativa, ou na legislação ou prática administrativa do Estado requerente;

d) fornecer informações suscetíveis de revelar um segredo comercial, industrial, profissional ou um processo comercial, ou informações cuja divulgação seja contrária à ordem pública;

e) prestar assistência administrativa, se e na medida em que se considere que a tributação do Estado requerente é contrária aos princípios tributários geralmente aceitos, ou às disposições de uma convenção destinada a evitar a dupla tributação ou de qualquer outra convenção celebrada com o Estado requerente;

f) prestar assistência administrativa tendo em vista a implementação ou o cumprimento de uma disposição da legislação tributária do Estado requerente, ou a satisfação de uma obrigação conexa, que seja discriminatória face a um nacional do Estado requerido em confronto com um nacional do Estado requerente em idênticas circunstâncias;

g) prestar assistência administrativa, se o Estado requerente não tiver esgotado todas as medidas razoáveis previstas pela sua legislação ou prática administrativa, salvo se o recurso a tais medidas causar dificuldades desproporcionais;

h) prestar assistência à cobrança nos casos em que os encargos administrativos para

²³⁹ Sérgio André Rocha (2015) observa que a Convenção não estabelece de forma expressa nenhum direito para os contribuintes; apenas limita-se a dispor que “os direitos e as salvaguardas garantidas a pessoas pelas leis ou pelas práticas administrativas do Estado solicitado” não serão afetados (ROCHA, 2015, p. 117). Ainda sobre a proteção dos direitos dos contribuintes na troca de informações conferir: (ROCHA, 2016a).

esse Estado sejam claramente desproporcionais face aos benefícios que possam ser obtidos pelo Estado requerente. (BRASIL, 2016a, grifo nosso).

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 21, tal qual previsto no referido art. 26.5 da Convenção Modelo da OCDE, estabelecem que o Estado solicitado não pode declinar em fornecer informações solicitadas ao argumento de que não necessita de tais informações para seus próprios objetivos fiscais, tampouco valer-se do argumento do sigilo bancário.

Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária

Art. 21 - Proteção das pessoas e limites à obrigatoriedade de prestação de assistência [...]

3. Se o Estado requerente solicitar informações ao abrigo da presente Convenção, o Estado requerido recorrerá aos poderes de que dispõe para obter as informações solicitadas, mesmo que o Estado requerido não necessite dessas informações para os seus próprios fins tributários. A obrigação constante do período anterior está sujeita aos limites previstos na presente Convenção, mas tais limites, designadamente os limites previstos nos parágrafos 1º e 2º, **não devem, em caso algum, ser interpretados no sentido de permitir que o Estado requerido se recuse a prestar tais informações pelo simples fato de essas informações não se revestirem de interesse para si, no âmbito interno.**

4. As disposições da presente Convenção, designadamente o disposto nos parágrafos 1º e 2º, **não poderão em caso algum ser interpretadas no sentido de permitir que o Estado requerido se recuse a prestar informações unicamente porque essas são detidas por um banco, outra instituição financeira, um mandatário ou por uma pessoa agindo na qualidade de agente ou fiduciário, ou porque essas informações são conexas com os direitos de propriedade de uma pessoa.** (BRASIL, 2016a, grifo nosso)²⁴⁰.

A regra geral sobre confidencialidade consta do primeiro parágrafo do art. 22 e estabelece que as informações obtidas “serão consideradas sigilosas e protegidas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna dessa Parte e, [...] em conformidade com as salvaguardas exigidas por força da legislação interna da Parte que presta as informações e por ela especificadas”.

4.7.2.2 Common Reporting Standard – CRS (Padrão Comum de Relatório)

O CRS define os diferentes tipos de contas e contribuintes abrangidos pelo programa, as informações da conta que deverão ser reportadas, as instituições financeiras obrigadas a reportar tais informações e os procedimentos de *due diligence* a que estão sujeitas. Tais procedimentos são cruciais, pois ajudam a garantir a qualidade das informações reportáveis.

²⁴⁰ Conferir também: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 56-64).

Sob este padrão, as jurisdições obtêm reporte das instituições financeiras e automaticamente trocam com parceiros de tratados, conforme apropriado, informações financeiras anuais relativas a todas as contas de reporte, identificadas por instituições financeiras com base em regras de reporte comum e due diligence. O termo "**informação financeira**" significa juros, dividendos, saldo da conta, rendimento de certos produtos de seguros, o resultado da venda de ativos financeiros e outros rendimentos gerados no que diz respeito a ativos mantidos na conta ou pagamentos efetuados relacionados a tal conta. O termo "**Contas reportáveis**" significa contas de indivíduos e entidades (que inclui trusts e fundações), e o padrão inclui a exigência de verificar as entidades passivas para informar sobre as pessoas controladoras relevantes (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2013b, p. 38, grifo nosso, tradução nossa).^{241 242}

Segundo a OCDE, um modelo efetivo para troca automática de informações de contas financeiras requer um padrão comum nas informações a serem reportadas pelas instituições financeiras e trocadas com as jurisdições de residência, o que resultará em otimização da informação e significativa oportunidade para o país de residência melhorar o *compliance* (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 11-12). Tal fato demonstra a preocupação da OCDE “com a padronização da informação, sem a qual seria vã qualquer tentativa de sistematização da troca automática” (ROCHA, 2015, p. 123).

Os procedimentos de *due diligence* previstos nas seções I a IX, do *Common Standard on Reporting and Due Diligence for Financial Account Information*, são semelhantes aos procedimentos do FATCA e visam a identificar os tipos de contas que deverão ser reportados ao fisco e, posteriormente, reportadas entre os países signatários (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 29-61).

O CRS foi concluído e aprovado pela OCDE e pelo G20 em 2014. Ato seguinte, iniciou-se o processo de compromisso entre os membros do Fórum Global e, atualmente, conta com mais de 100²⁴³ jurisdições empenhadas em implementar o CRS em 2017/2018 e garantir a troca automática eficaz de informações com os respectivos parceiros. O Brasil comprometeu-se a trocar informações com base no CRS em 2018.

²⁴¹ “Under the standard, jurisdictions obtain from reporting financial institutions and automatically exchange with exchange partners, as appropriate, on an annual basis financial information with respect to all reportable accounts, identified by financial institutions on the basis of common reporting and due diligence rules. The term “financial information” means interest, dividends, account balance, income from certain insurance products, sales proceeds from financial assets and other income generated with respect to assets held in the account or payments made with respect to the account. The term “reportable accounts” means accounts held by individuals and entities (which includes trusts and foundations), and the standard includes a requirement to look through passive entities to report on the relevant controlling persons.

²⁴² Ver também: (ROCHA, 2015, p. 121-123).

²⁴³ Conferir em: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016f).

4.7.2.3 Acordo Multilateral de Autoridade Competente (Multilateral Competent Authority Agreement – MCAA)

Este Acordo, cuja base legal é o artigo 6º da Convenção Multilateral, traduz o CRS para a legislação doméstica e estabelece a estrutura internacional que permite a troca de informações financeiras. Nas jurisdições em que existam outros instrumentos de intercâmbio de informações (tratado bilateral, por exemplo), o acordo de autoridade competente (CAA) que, no caso, será bilateral, terá a mesma função (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 13, 215).

Embora a OCDE aponte que o art. 26 da Convenção Modelo sobre a Tributação da Renda e do Capital também seja suporte legal para a troca de informações a pedido e automática, ela reconhece que, no caso de intercâmbio automático, a base deve ser a Convenção Multilateral, por ser mais eficiente e de alcance global, conforme observa Sérgio André Rocha (2015): “é evidente que este documento [art. 26 da Convenção Modelo sobre a Tributação da Renda e do Capital] tem como regra geral a troca de informações a pedido”, tal qual ocorre com a Convenção Modelo sobre Troca de Informações, em que a “OCDE expressamente reconhece a aplicação limitada à troca de informações a pedido.”²⁴⁴ Na verdade, prossegue o autor, foi a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária que trouxe regramentos específicos acerca do intercâmbio automático (ROCHA, 2015, p. 119, 124).

A troca de informações no âmbito do CRS e do FATCA é bastante semelhante, primeiro, porque em ambos os modelos a troca é de forma automática; segundo, porque o tipo e a natureza das informações a serem prestadas e os procedimentos de *due diligence* são praticamente os mesmos, ressalvado o fato de que no FATCA os dados a serem reportados referem-se a residentes ou cidadãos dos EUA, o tratado é de natureza bilateral (IGA – Modelo 1) e existe a possibilidade de retenção na fonte de rendimentos oriundos dos EUA, no caso de descumprimento pelas instituições financeiras, enquanto no CRS o tratado é de natureza multilateral, as informações a serem reportadas referem-se somente a residentes e não há a hipótese de retenção na fonte.

No âmbito da União Europeia, as medidas previstas no CRS foram implementadas pela Diretiva 2014/107/EU (UNIÃO EUROPEIA, 2014), de 9 de dezembro de 2014, que alterou a Diretiva 2011/16/EU (UNIÃO EUROPEIA, 2011), na parte que versa sobre troca

²⁴⁴ No mesmo sentido: “O art. 26 da Convenção Modelo da OCDE, bem como o Modelo OCDE de Acordo de Troca de Informações, reportam-se exclusivamente às informações ‘a pedido’” (XAVIER, 2009. p. 14).

automática de informações obrigatória na área fiscal. No Brasil, a Convenção Multilateral depositada na OCDE em 01.06.2016, com previsão de entrada em vigor em 01.10.2016, e promulgada pelo Decreto 8.842, de 29 de agosto de 2016, nomeou como autoridade competente o Secretário da Receita Federal do Brasil, o qual já assinou o MCAA, assim como mais de 80 jurisdições (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016g).

O MCAA estabelece detalhes acerca das informações a serem trocadas entre as jurisdições, bem como elenca, no Anexo A, as jurisdições em que não haverá reciprocidade na troca de informações (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 13, 218).

Tal qual no FATCA, entende-se por “jurisdição da instituição financeira”: i) qualquer instituição financeira que seja residente na jurisdição, e exclui qualquer filial dessa instituição financeira que esteja localizada fora da jurisdição, e (ii) qualquer filial de uma instituição financeira que não seja residente na Jurisdição, mas que esteja localizada na Jurisdição (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 217).

As informações a serem trocadas entre as jurisdições, tais como nome, dados da conta e do seu titular, identificação da instituição financeira e o montante total bruto, dos juros, dividendos, das receitas, creditados nas contas, na essência, são as mesmas que os países parceiros FATCA deverão informar aos EUA, ressalvando-se o fato de que no âmbito da Convenção Multilateral serão trocadas somente informações de residentes²⁴⁵.

As informações serão trocadas no prazo de nove meses após o ano civil a que se refere a informação, estão sujeitas às regras de confidencialidade e garantias previstas na Convenção e, se necessário, às garantias estabelecidas na respectiva legislação doméstica que podem ser especificadas pela autoridade competente. No caso de quebra de confidencialidade, falhas de salvaguardas, sanções e medidas corretivas aplicadas, referida autoridade notificará o Secretariado da OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 219, 220).

Verifica-se, pois, que a implementação da troca automática, com base no CRS, significa uma otimização do FATCA, uma espécie de FATCA Global (GATCA)²⁴⁶. Neste

²⁴⁵ Conferir: Seção 1, (1) (h) (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014b, p. 225).

²⁴⁶ GATCA é nomenclatura informal para o FATCA global, também chamado de - Automatic Exchange of Information - AEOI (Troca de automática de informações). OECD (2016). Automatic Exchange of Information. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016h).

programa, as jurisdições enviam informações de contas financeiras para a jurisdição de residência do titular da conta, sem a necessidade de celebrar um tratado bilateral, tal qual no FATCA, uma vez que são signatárias da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária. Quanto à adoção do CRS pelas instituições financeiras, acreditamos não haver maiores problemas, haja vista que já estão preparadas para atender ao FATCA, cuja sistemática (*due diligence*, dados reportáveis) é semelhante.

Para o português José Casalta Nabais, o FATCA “provocou um ambiente de cooperação no domínio fiscal até há pouco impensável”, com efeitos tanto nas instituições financeiras como na União Europeia e OCDE. Acerca das medidas implementadas pela OCDE, na luta contra a fraude e evasão fiscal, Casalta Nabais destaca o plano BEPS e o CRS, medidas alinhadas com a troca automática de informações tributárias, sem as restrições do sigilo bancário.

Uma lei extraterritorial de combate à fraude e evasão fiscal cuja adopção pelo Congresso dos EUA que veio desencadear **efeitos tanto na esfera das instituições financeiras** e não financeiras com relações económicas com empresas norte-americanas como na política fiscal dos Estados e **organizações como a OCDE e a União Europeia, proporcionando um ambiente de cooperação no domínio fiscal até há pouco impensável**. Em relação a estas é de sublinhar que a **FATCA está a ter claras implicações na actual política fiscal de luta contra a fraude e evasão fiscal**. O que é visível no relatório e plano de acção da OCDE, adoptados em 2013, de luta contra a erosão da base tributável e transferência de resultados das empresas, e, mais recentemente, já em 2014, na adopção de uma espécie de **FATCA global**, o documento *Global Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information* constituído pelo *Competent Authority Agreement* (Model Competent Authority Agreement – CAA) e pelo *Common Reporting Standard* (Common Reporting and Due Diligence Standard – CRS). E, em relação à União Europeia, as medidas que esta vem planeando nesse domínio, todas elas, como as da OCDE, no sentido de uma efectiva troca automática e irrestrita de informações tributárias sem a possibilidade de invocação de entraves internos como os relativos ao sigilo bancário e cambial (NABAIS, 2014, p. 154, 155).

Vejam, a seguir, como o FATCA, o CRS e a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Tributária impactaram o sigilo bancário no cenário mundial.

4.8 Reflexos do FATCA, do CRS e da Convenção Multilateral no sigilo bancário no cenário mundial

No capítulo 2, tópico 2.5, verificamos, com base em estudo elaborado pela OCDE em 1997, que naquela época muitos países já permitiam o acesso da administração tributária às informações financeiras do contribuinte, sem prévia autorização judicial e de forma automática, embora, em alguns países o acesso ainda fosse a pedido e com algumas

restrições.

Com a implementação do FATCA, CRS e a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, conforme visto anteriormente, a atual realidade mundial é a administração tributária ter acesso à movimentação financeira do contribuinte de forma automática, sem prévia autorização judicial e sem restrições, tanto no âmbito interno, o que já acontece, quanto no âmbito externo, o que acontecerá a partir de 2017/2018, com a implementação do CRS.

Sanches e Gama já alertavam sobre as vantagens desse novo cenário em que a “regra” é a administração tributária ter acesso à movimentação financeira do contribuinte de forma automática. Vejamos:

As vantagens da informação automática são óbvias. A Administração Fiscal dispõe de toda a informação de que necessita sem perder tempo e recursos a pedi-la, e a mesma informação pode ir sendo analisada e comparada informática e automaticamente com a história declarativa do contribuinte. Assim, essa informação, mesmo sem recurso a uma análise humana, pode ser tratada de modo a enviar sinais de alerta em determinadas circunstâncias, os quais permitem um controle mais eficiente, mesmo em relação a situações que antes não haviam levantado suspeitas. Por outro lado, mesmo no que toca às instituições financeiras, não é certo que os custos administrativos destes mecanismos sejam superiores aos da análise do casuística dos pedidos do Fisco (SANCHES; GAMA, 2011, p. 287).

A seguir, apresentamos o Quadro 2 que demonstra a situação das jurisdições em relação ao FATCA, CRS, Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, bem como se a jurisdição figura na lista brasileira de paraísos fiscais.

Quadro 2: situação das jurisdições em relação ao FATCA, CRS e à Convenção Multilateral

Jurisdição	FATCA / IGA ¹	CRS ²	Paraíso fiscal ³	Conv. Multil. ⁴	Jurisdição	FATCA / IGA	CRS	Paraíso fiscal	Conv. Multil.
África do Sul	mod. 1	2017	não	sim	Ilhas Maurício	mod. 1	2018	sim	sim
Albânia	-	2018	não	sim	Ilhas Turcas e Caicos	mod. 1	2017	sim	sim
Alemanha	mod. 1	2017	não	sim	Ilhas Virgens Britânicas	mod. 1	2017	sim	sim
Andorra	-	2018	sim	sim	Índia	mod. 1	2017	não	sim
Angola	mod. 1	-	não	não	Indonésia	mod. 1	2018	não	sim
Anguilla	mod. 1	2017	sim	sim	Iraque	mod. 2	-	não	não
Antigua e Barbuda	mod. 1	2018	sim	não	Irlanda	mod. 1	2017	sim	sim
Arábia Saudita	mod. 1	2018	não	sim	Islândia	mod. 1	2017	não	sim
Argélia	mod. 1	-	não	não	Israel	mod. 1	2018	não	sim
Argentina	-	2017	não	sim	Itália	mod. 1	2017	não	sim
Armênia	mod. 2	-	não	não	Jamaica	mod. 1	-	não	sim
Aruba	-	2018	sim	sim	Japão	mod. 2	2018	não	sim
Austrália	mod. 1	2018	não	sim	Jersey	mod. 1	2017	sim	sim
Áustria	mod. 2	2018	não	sim	Kosovo	mod. 1	-	não	não
Azerbaijão	mod. 1	-	não	sim	Kuwait	mod. 1	2018	não	não
Bahamas	mod. 1	2018	sim	não	Letônia	mod. 1	2017	não	sim
Bahrein	mod. 1	2018	sim	não	Líbano	-	2018	sim	não
Barbados	mod. 1	2017	sim	sim	Liechtenstein	mod. 1	2017	sim	sim
Belarus	mod. 1	-	não	não	Lituânia	mod. 1	2017	não	sim
Bélgica	mod. 1	2017	não	sim	Luxemburgo	mod. 1	2017	não	sim
Belize	-	2018	sim	não	Macau	mod. 2	2018	sim	não
Bermudas	mod. 2	2017	sim	sim	Malásia	mod. 1	2018	não	sim
Brasil	mod. 1	2018	não	sim	Malta	mod. 1	2017	não	sim
Brunçi	-	2018	sim	não	Marrocos	-	-	não	sim
Bulgária	mod. 1	2017	não	sim	México	mod. 1	2017	não	sim
Burkina Faso	-	-	não	sim	Moldova	mod. 2	-	não	sim
Cabo Verde	mod. 1	-	não	não	Mônaco	-	2018	sim	sim
Camboja	mod. 1	-	não	não	Montenegro	mod. 1	-	não	não
Camarões	-	-	não	sim	Montserrat	mod. 1	2017	sim	sim
Canadá	mod. 1	2018	não	sim	Nauru	-	2018	sim	sim
Catar	mod. 1	2018	não	não	Nicarágua	mod. 2	-	não	não
Cazaquistão	mod. 1	-	não	sim	Nigéria	-	-	não	sim
Chile	mod. 2	2018	não	sim	Noruega	mod. 1	2017	não	sim
China	mod. 1	2018	não	sim	Nova Zelândia	mod. 1	2018	não	sim
Chipre	mod. 1	2017	sim	sim	Países Baixos	mod. 1	2017	não	sim
Cingapura	mod. 1	2018	sim	sim	Panamá ⁵	mod. 1	2018	sim	sim
Colômbia	mod. 1	2017	não	sim	Paraguai	mod. 2	-	não	não
Coréia do Sul	mod. 1	2017	não	sim	Peru	mod. 1	-	não	não
Costa Rica	mod. 1	2018	sim	sim	Polônia	mod. 1	2017	não	sim
Croácia	mod. 1	2017	não	sim	Portugal	mod. 1	2017	não	sim
Curaçao	mod. 1	2017	sim	sim	Quênia	-	-	não	sim
Dinamarca	mod. 1	2017	não	sim	Reino Unido	mod. 1	2017	não	sim
Dominica	mod. 1	2017	sim	não	República Checa	mod. 1	2017	não	sim
Emirados Árabes Unidos	mod. 1	2018	sim	não	República Dominicana	mod. 1	-	não	sim
El Salvador	-	-	não	sim	República Eslovaca	mod. 1	2017	não	sim
Eslovênia	mod. 1	2017	não	sim	Romênia	mod. 1	2017	não	sim
Espanha	mod. 1	2017	não	sim	Rússia	-	2018	não	sim
Estados Unidos	-	-	não	sim	Samoa	-	2018	sim	não
Estônia	mod. 1	2017	não	não	San Marino	mod. 2	2017	sim	sim
Filipinas	mod. 1	-	não	sim	Santa Lúcia	mod. 1	2018	sim	não

Finlândia	mod. 1	2017	não	sim	Santa Sé	mod. 1	-	não	não
França	mod. 1	2017	não	sim	São Cristóvão e Nevis	mod. 1	2018	sim	sim
Gabão	-	-	não	sim	São Martinho	-	2018	sim	sim
Gana	-	2018	não	sim	São Vicente e Granadinas	mod. 1	2018	sim	sim
Georgia	mod. 1	-	não	sim	Senegal	-	-	não	sim
Gibraltar	mod. 1	2017	sim	sim	Seychelles	mod. 1	2017	sim	sim
Granada	mod. 1	2018	sim	não	Sérvia	mod. 1	-	não	não
Grécia	mod. 1	2017	não	sim	Suécia	mod. 1	2017	não	sim
Groenlândia	mod. 1	2017	não	sim	Suíça	mod. 2	2018	não	sim
Guatemala	-	-	não	sim	Tailândia	mod. 1	-	não	não
Guernsey	mod. 1	2017	sim	sim	Taiwan	mod. 2	-	não	não
Guiana	mod. 1	-	não	não	Trinidad e Tobago	mod. 1	2017	não	não
Haiti	mod. 1	-	não	não	Tunísia	mod. 1	-	não	sim
Honduras	mod. 1	-	não	não	Turquemenistão	mod. 1	-	não	não
Hong Kong	mod. 2	2018	sim	não	Turquia	mod. 1	2018	não	sim
Hungria	mod. 1	2017	não	sim	Ucrânia	mod. 1	-	não	sim
Ilha de Man	mod. 1	2017	sim	sim	Uganda	-	-	não	sim
Ilha Niue	-	2017	sim	sim	Uruguai	-	2018	não	sim
Ilhas Cayman	mod. 1	2017	sim	sim	Uzbequistão	mod. 1	-	não	não
Ilhas Cook	-	2018	sim	não	Vanuatu	-	2018	sim	não
Ilhas Faroé	-	2017	não	sim	Vietnã	mod. 1	-	não	não
Ilhas Marshall	-	2018	sim	não					

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos de (BRASIL, 2010a; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016f; U.S. TREASURY DEPARTMENT, 2016b)

- 1- Jurisdições que aderiram ao FATCA e optaram pelo Acordo Intergovernamental – IGA modelo 1, em que o fisco tem acesso às informações bancárias do contribuinte, e modelo 2, em que as informações bancárias são repassadas pelas instituições financeiras diretamente para o IRS (U.S. TREASURY DEPARTMENT, 2016b).
- 2- Jurisdições que se comprometeram com a implementação do Common Reporting Standard – CRS em 2017 e 2018 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016f).
- 3- Jurisdições que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, conforme Instrução Normativa RFB n.1037, de 04 de junho de 2010, atualizada pela Instrução Normativa RFB n.1658, de 13 de setembro de 2016.
- 4- Jurisdições que assinaram a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016j).
- 5- O Panamá, que esteve na mídia recente em função do Panamá Papers (RODRIGUES, 2016; THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS, 2016), se comprometeu formalmente perante a OCDE, em julho de 2016, a assinar Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016i). A assinatura ocorreu em 27.10.2016.

De acordo com o Quadro 2, verifica-se que, dentre os países que aderiram ao FATCA, 99 optaram pelo IGA modelo 1, modelo em que a administração tributária tem acesso às movimentações financeiras do contribuinte de forma automática e sem prévia autorização judicial. Verifica-se ainda que mais de 100 países já assinaram a Convenção Multilateral e estão empenhados em implementar o CRS em 2017/2018. Por fim, verifica-se que, dentre as jurisdições que aderiram ao IGA modelo 1 e/ou assinaram a Convenção Multilateral, muitas figuram na lista brasileira de paraíso fiscal.

Tais informações, além de permitirem uma visão geral do sigilo bancário no cenário mundial, que na atualidade caminha de mãos dadas com a transparência fiscal, demonstram o

quão seria delicada e incômoda a situação do Brasil, em relação aos demais países, caso a LC 105/2001 fosse declarada inconstitucional.

4.9 O programa BEPS - *Base Erosion and Profit Shifting* (OCDE)

A tributação é essencial para a soberania dos países, mas a interação de regimes tributários pode criar atritos como a dupla tributação, bem como gerar lacunas cuja consequência é a não tributação das receitas de pessoas jurídicas, seja no país de origem, seja no país de residência. No âmbito interno, tende a prevalecer o princípio da congruência – “um pagamento que constitui uma despesa dedutível do contribuinte é, em princípio, tributável nas mãos de quem o recebe, a não ser que esteja explicitamente isento”, – diferentemente do que ocorre em nível internacional, ainda que haja coerência em pontos específicos, como as regras que evitam a dupla tributação (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p. 9).

Apesar do forte trabalho e empenho dos países para eliminar a dupla tributação com vistas a “minimizar as distorções comerciais e os impedimentos ao crescimento econômico sustentável”, verifica-se, ao longo do tempo, que nos diversos sistemas tributários ainda existem lacunas que se revelam verdadeiras oportunidades para a erosão da base tributária e a transferência de lucros (*Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*) (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p. 9).

A incapacidade de combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros por medidas unilaterais, além de revelar as falhas do atual sistema de tributação internacional, demonstra a “necessidade de se partir de um modelo coordenado com base em convenções bilaterais rumo a uma ordem jurídica tributária internacional complexa, na qual o multilateralismo será a pedra de toque na estruturação da tributação das empresas multinacionais” (TAKANO, 2014, p. 64).²⁴⁷

Estudos da OCDE demonstram que a erosão da base tributária e a transferência de lucros está relacionada a dois fatores:

- a) interação das diversas legislações tributárias cuja consequência pode ser uma dupla não tributação, ou a uma tributação inferior à devida;
- b) “transferência de lucros para fora das jurisdições nas quais ocorrem as atividades que geram esses mesmos lucros”.

²⁴⁷ Conferir também: (LIMA, 2015, p. 219).

Nesse contexto, a tributação reduzida, ou até mesmo a não tributação, revela-se motivo de preocupação em termos de política fiscal quando relacionada a artifícios “que segregam artificialmente os rendimentos tributáveis das atividades que os geram”. É dizer, o problema emerge quando “os rendimentos gerados por atividades transnacionais possivelmente não são tributados em lugar nenhum, ou ficam indevidamente sujeitos à tributação inferior à ordinária” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p.10).

Para Takano, o BEPS “indica que a erosão da base tributável decorre, em grande parte, justamente de políticas tributárias realizadas sem qualquer preocupação com uma coordenação e harmonização entre as práticas de Direito Tributário Internacional ou a política tributária de outros países” (TAKANO, 2014, p. 71).

Com a disseminação da economia digital²⁴⁸ surgem novos desafios para a tributação internacional, tais como identificar como as empresas, nesse modelo de economia, “acrescentam valor e geram os seus lucros”, quais os parâmetros para os “conceitos de origem e residência”, quais as características dos rendimentos tributáveis. Ao mesmo tempo, é importante observar que nesse modelo de negócio o resultado de um deslocamento para uma jurisdição diversa com uma carga tributária menor não necessariamente representa, por si só, uma falha no sistema vigente. Daí, a necessidade de verificar de forma cuidadosa as empresas da economia digital, com vistas a “determinar se e em que medida será necessário adaptar a legislação vigente, para ter em conta as características específicas desta indústria e prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p.10-11).

Ante as deficiências e os desafios apontados anteriormente e em atenção ao requerido pelo G20²⁴⁹, a OCDE publicou, em 2014, o Plano de Ação para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros (Plano BEPS - *Plan on Base Erosion and Profit Shifting*) cujo objetivo é combater estruturas internacionais que provocam a perda de arrecadação de impostos de pessoas jurídicas, em decorrência de planejamentos tributários que permitem a “transferência de lucros para localidades que oferecem um tratamento fiscal mais favorável, a ponto de provocar a erosão da base tributária” (ORGANISATION FOR

²⁴⁸ “A economia digital caracteriza-se por basear-se como nenhuma outra nos ativos intangíveis, pelo uso massivo de dados (particularmente dados pessoais), pela utilização generalizada de modelos de negócios multilaterais, capturando valor das externalidades geradas por produtos gratuitos, e pela dificuldade em determinar a jurisdição na qual o valor é criado” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p.10).

²⁴⁹ Reunião do G20, realizada no México, em 18 e 19 de junho de 2012, explicitou na declaração final “a necessidade de prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2013a, p. 16).

ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2013a, p. 15), bem como “dotar os países de instrumentos domésticos e internacionais para uma melhor harmonização dos poderes de imposição tributária com as atividades econômicas” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p.10-11).

O projeto BEPS OCDE / G-20 inclui os 34 membros da OCDE, todos os membros do G-20 e mais de 40 países em desenvolvimento com participação em pé de igualdade (*equal footing*)²⁵⁰.

4.9.1 Ações mais relacionadas à transparência fiscal

O Plano BEPS identifica 15 ações, muitas das quais coordenadas entre si, que foram agrupadas por Yariv Brauner em cinco tópicos:

- a) ações de caráter geral relacionadas a determinados desafios em curso no regime fiscal internacional (ações 1 e 5);
- b) ações substanciais para combater a vulnerabilidade exposta pelo BEPS e que requerem revisão técnica para enfrentar esses desafios (ações 2, 3, 4, 6 e 7), segundo Brauner, esse tópico inclui talvez as “verdadeiras” ações do BEPS;
- c) ações relacionadas aos preços de transferência (ações 8, 9, 10 e 13);
- d) ações que tratam de questões administrativas e de conformidade (11, 12 e 14);
- e) ação que trata do instrumento multilateral da visão do BEPS (ação 15) (BRAUNER, 2014, p. 69).

Praticamente todas as ações estão, em maior ou menor grau, relacionadas à transparência, entretanto, as ações 11 (estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de

²⁵⁰ A proposta de ampliar a participação no Projeto BEPS OCDE / G20 em condições de igualdade dos países em desenvolvimento foi aprovada pelo G20, em 27 de fevereiro de 2016, em Xangai, na China: “Communiqué. G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting. Shanghai, February 27, 2016. [...] 7. To ensure a consistent global approach, we endorse the inclusive framework proposed by the OECD for the global implementation of BEPS project and encourage all relevant and interested non-G20 countries and jurisdictions, which commit to implement the BEPS project, including developing countries, to join in the framework on an equal footing. We support that the specific challenges faced by developing countries in BEPS implementation should be appropriately addressed under the framework. We remain committed to implementing the standard for information exchange on request as well as for Automatic Exchange of Information (AEOI), and call on all financial centers and jurisdictions to do so by 2017 or at the end of 2018. We reiterate our call for all countries to join the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters and look forward to the progress report by the Global Forum (UNIVERSITY OF TORONTO, 2016).

lucros e as ações para remediá-los), 12 (exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo) e 13 (reexaminar a documentação de preços de transferência: regras), são as que mais se relacionam com o tema (HIRATA; PEREIRA, 2013, p. 557). Acrescentamos ainda a ação 15 (desenvolver um instrumento multilateral). Vejamos, com mais detalhe tais ações:²⁵¹

a) ação 11:

- ✓ estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los: recomendações relacionadas à análise econômica – impacto e ações preventivas/repressivas – da erosão da base tributária e da transferência de lucros; revisão de dados já existentes, identificação de novos tipos de dados a serem coletados e desenvolvimento de metodologias baseadas em dados globais (ex. o investimento estrangeiro direto, dados da balança de pagamentos) ou micros (ex. oriundos de informações financeiras, ou declarações tributárias), sempre observando o respeito à privacidade dos contribuintes e os custos para as administrações tributárias e o setor privado. Ação coordenada com as ações 5, 13 e 12 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p. 23-24).

b) ação 12:

- ✓ exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo: recomendações de legislação doméstica que obriguem as empresas a apresentar declaração²⁵² de “transações, esquemas, ou estruturas de caráter agressivo ou abusivo”, com ênfase em “esquemas tributários internacionais onde se procurará definir de forma abrangente o conceito de ‘benefício tributário’, que possa englobar essas transações. ” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014a, p. 24). O principal objetivo da divulgação obrigatória é aumentar a transparência, fornecendo ao fisco, antecipadamente, informações sobre planejamentos fiscais potencialmente

²⁵¹O relatório final de cada uma das 15 ações, com informações detalhadas, ver: (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015L).

²⁵² Constava da Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015, artigos 7º - 12, que o conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolvesse atos ou negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento de tributo deveria ser declarado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até 30 de setembro de cada ano. Entretanto, na votação da MP, convertida na Lei nº 13.202, de 8 de dezembro de 2015, referidos artigos não foram aprovados. Conferir ainda (SCHOUERI; GALENDI JÚNIOR, 2015, p. 252;254).

agressivos e identificar seus promotores. Por outro lado, a obrigatoriedade de declaração funciona como mecanismo de dissuasão, uma vez que o contribuinte pode pensar duas vezes antes de realizar um esquema dessa natureza. Ação coordenada com a ação 11 (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015k, p.9).

c) ação 13:

- ✓ reexaminar a documentação de preços de transferência: regras relativas à documentação dos preços de transferência para aumentar a transparência para a administração tributária, levando em consideração a conformidade dos custos para as empresas. Regras que obrigam empresas multinacionais a fornecerem aos governos informações necessárias sobre a alocação total da renda, a atividade econômica e os impostos pagos entre os países, de acordo com um modelo comum (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015l, p. 9).

As recomendações contemplam uma abordagem tripartida. Vejamos.

- a) o arquivo mestre (*master file*): trata de informações amplas, uma visão geral do grupo de negócios da empresa multinacional (*Multinational enterprise – MNE*) a fim de auxiliar as administrações fiscais na avaliação da presença de risco significativo de preços de transferência. São informações relacionadas à natureza dos negócios em nível global, políticas gerais de preços de transferência, alocação global de renda e atividade econômica (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015l, p. 14). O objetivo é assegurar que o contribuinte aplique corretamente os requisitos dos preços de transferências (PRICEWATERHOUSE COOPERS, 2015, 83);
- b) o arquivo local (*local file*): trata de informações detalhadas relativas a negócios específicos entre empresas, as quais complementam o arquivo mestre e visam a assegurar que o contribuinte tenha cumprido o princípio *arm's length*²⁵³ na aplicação do preço de transferência. O arquivo local concentra-se em informações relevantes para a análise de preços de transferência relacionados às operações efetuadas entre

²⁵³ "O princípio *arm's length* consiste, sinteticamente, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo-se trata-los como entidades separadas (*separate entity approach*), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo" (SCHOUERI, 2013b, p.37).

uma filial do país local e empresas de diferentes países e que são importantes no contexto do sistema tributário do país local (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015l, p. 15). O objetivo é “disponibilizar às autoridades fiscais a informação necessária para conduzir um diagnóstico informado dos riscos em preços de transferência” (PRICEWATERHOUSE COOPERS, 2015, 83).

- c) relatório *Country-by-country* (CBC): trata de informações agregadas de toda jurisdição fiscal, informações relativas à alocação global da renda, os impostos pagos, indicadores da localização da atividade econômica entre as jurisdições fiscais em que o grupo MNE atua. O relatório contém ainda uma lista de todas as entidades constituintes para as quais informações financeiras são reportadas, incluindo a jurisdição fiscal de incorporação, quando for diferente da jurisdição fiscal de residência, bem como a natureza das principais atividades de negócios efetuadas por essa entidade Constituinte (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015l, p. 16). O objetivo é “munir as autoridades fiscais de informação útil para uma inspeção exaustiva e apropriada” (PWC, 2015, 83). Ação coordenada com a ação 11.

Os três documentos (arquivo mestre, arquivos locais e o CBC) demandarão dos contribuintes posicionamentos mais consistentes quando da aplicação das regras de preços de transferências. Em relação às administrações tributárias, proporcionarão uma melhor avaliação dos riscos das operações, uma seleção mais eficaz dos alvos para auditoria, bem como oferecerá maiores subsídios para verificar se determinadas empresas utilizam os preços de transferência e/ou outras práticas relacionadas com o objetivo de deslocar, de forma artificial, quantidade substancial de renda em ambientes de vantagens fiscais (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015l, p. 9).

d) Ação 15

- ✓ Desenvolver um instrumento multilateral: o objetivo principal é modificar os mais de 3000 tratados fiscais bilaterais existentes, de forma sincronizada e eficiente, e implementar medidas desenvolvidas no curso do Projeto OECD-G20 BEPS, sem a necessidade de renegociá-los, bem como eliminar a dupla tributação. O instrumento multilateral, que convive com os tratados bilaterais então existentes, propõe uma abordagem inovadora para lidar com a rápida evolução da economia

global e a necessidade de se adaptar rapidamente às regras internacionais (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015n, p. 24).

Ante a complexidade da rede de tratados fiscais bilaterais e as consequências práticas das alterações de regras de tributação internacional, é fundamental que o instrumento multilateral assegure a “transparência e a clareza dos compromissos” empreendidos pelas partes (administração tributária, contribuintes e terceiros) (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2015n, p. 29, 49).

4.9.2 Críticas ao BEPS

Para o professor da USP Gerd Willi Rothmann (2014), o maior interesse dos promotores do BEPS seria evitar a dupla não tributação. A justificativa seria que os países industrializados passam por “problema de caixa”, e, na busca de medidas para resolver tal situação, a “questão da dupla não tributação evidentemente é primordial”. Portanto, não se trata de medida para evitar a bitributação, mas sim para evitar a “dupla não tributação”. Com uma visão bastante crítica ao programa, Rothmann afirma não conhecer “nenhum lugar, nenhum texto, que proíba a dupla não tributação”. Defende que o que precisa melhorar é a “relação entre o Fisco e contribuinte, de uma forma de conflito para a cooperação, [...] o que, necessariamente, envolve a transparência”. Por fim, com o intuito de suavizar as críticas efetuadas, reconhece como positiva e da maior relevância a discussão do BEPS, principalmente em função do “grau técnico elevadíssimo dos participantes” (ROTHMANN, 2014).

João Francisco Bianco (2014) reconhece o BEPS como um conjunto de medidas ambiciosas e diversificadas, e acredita que pelo menos algumas de suas ações lograrão êxito, principalmente as relacionadas à troca de informações. Por outro lado, embora não veja no BEPS uma força descomunal “para evitar a dupla não tributação”, lança uma crítica ácida no sentido de que o programa seria “um grande cartel dos países desenvolvidos que querem garantir as suas bases tributárias, à custa de trazer de volta, à custa de impedir os países menos desenvolvidos, de adotar políticas de incentivos, ao chamamento de investimentos por meio de incentivos fiscais.”

Luís Eduardo Schoueri (2014), embora bastante crítico do programa, enxerga no

BEPS medidas bastantes positivas em termos de diagnóstico, o que considera muito importante. Entretanto, em relação às medidas, de forma cuidadosa, deixa claro que muitas delas – e não todas – “ não são realizáveis”. Aponta ainda que

a grande discussão que falta no BEPS é saber: segurança jurídica, regras claras, ambiente para geração de riqueza. A erosão da base, erosão de base tributária é desaparecimento da própria base, ou seja, é a falta de produção de riqueza, são dois temas. Não, me parece que BEPS junta dois problemas numa só expressão, que são inversos; ‘profit shifting’ é uma coisa, o lucro existe e foi transferido; ‘base erosion’ é outra, é o desaparecimento da própria riqueza, aquela riqueza tributável que não existe, que é aquele investidor, aquele empresário, diante de tamanhas incertezas não empreende (SCHOUERI , 2014, p.12-13).

Ao corroborar o posicionamento de João Francisco Bianco (2014), Luís Eduardo Schoueri (2014), de forma mais ácida ainda, entende não se tratar de um cartel, mas sim de “quase quadrilha”, uma vez que “os direitos dos contribuintes são deixados de lado sob uma alegação de uma necessidade global”. Por fim, defende que

se os países em desenvolvimento não puderem ter uma tributação de acordo com a sua realidade econômica, se não puderem oferecer incentivos tributários que compensem a falta de estrutura, de infraestrutura que oferecem, esses países estão fadados ao subdesenvolvimento. Exigir desses países que tenham carga tributária e legislação tributária equivalente àqueles que já atingiram um grau maior de desenvolvimento, é condená-los ao subdesenvolvimento (SCHOUERI , 2014, p.12-13).

Pasquale Pistone (2014) reconhece o BEPS como “a mais importante forma de evolução do Direito Tributário Internacional”, ou até mesmo da “inteira história da soberania fiscal dos estados”. Observa, entretanto, que alguns pontos, como a adaptação do projeto aos países em desenvolvimento e ouvir o contribuinte, devem ser observados para evitar que o programa não se transforme em um cartel. São pontos que podem “permitir que o BEPS seja uma importante reforma no contexto da coordenação fiscal internacional”, afinal, o BEPS não é “perigoso por natureza”. Por fim, destaca a importância de compreender a relação do projeto com o processo de transparência fiscal (PISTONE, 2014, p. 15-17).

Para nós, na linha do posicionamento de Pasquale Pistone (2014), o BEPS é um projeto ousado e inovador no ordenamento jurídico tributário internacional. Na era da economia digital, em que a mobilidade do capital é virtual e as fronteiras físicas entre as jurisdições praticamente desaparecem, é necessária a adaptação das regras de tributação, mas sem desconsiderar a segurança jurídica. Concordamos que determinadas medidas devem ser analisadas de acordo com as particularidades e a realidade econômica de cada jurisdição, daí,

a necessidade de um diálogo, tanto no âmbito interno, quanto externo.

Entretanto, principalmente nas medidas listadas anteriormente relacionadas à transparência fiscal, não vislumbramos hipóteses de violação de direitos do contribuinte.

O plano BEPS apenas propõe medidas, as quais, para sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, deverão estar de acordo com as regras constitucionais brasileiras. Nesse sentido, é possível que determinada medida restrinja o direito do contribuinte, tal qual a troca de informações financeiras entre as jurisdições, mas, conforme observamos no capítulo 3, se houver uma justificativa constitucional para tal restrição ao direito fundamental, não há que se falar em violação de direitos; há no caso uma convivência harmônica.

Por fim, entendemos que aqui também se aplicam as observações citadas anteriormente por Sérgio André Rocha (2015) acerca da ambivalência. Nesse sentido, é necessário estar atento para um potencial caráter ambivalente de determinadas ações do BEPS, pois, se de um lado, há o interesse das jurisdições em evitar e/ou diminuir a evasão tributária, por outro lado, essas jurisdições também buscam medidas que possam evitar comportamentos abusivos de outras jurisdições. Daí, a importância da transparência fiscal como um dos pilares do BEPS. Retirar o véu das operações ocultas ou de difícil identificação às lentes das administrações tributárias não só permite que as jurisdições enxerguem fatos de interesse tributário além de suas fronteiras, mas também permite que soluções conjuntas e coordenadas sejam encontradas, ao invés de iniciativas unilaterais ou isoladas, as quais têm demonstrado pouca efetividade no ambiente globalizado, independentemente de se tratar de uma jurisdição desenvolvida ou em desenvolvimento.

4.10 Síntese do capítulo

Neste capítulo, abordamos os compromissos assumidos pelo Brasil no cenário internacional em relação à troca automática de informações financeiras, tanto no âmbito do FATCA, quanto da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária com base no CRS, bem como as ações implantadas pelo BEPS. Compromissos cujo pano de fundo versam sobre combate à fraude fiscal, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, contexto em que a transparência fiscal e a troca de informações ocupam cada vez mais espaço. É o Brasil integrado no novo paradigma de tributação denominado

Fisco Global, nas palavras de Heleno Taveira Torres (2015a)²⁵⁴. No âmbito do FATCA, o compromisso assumido pelos EUA e aproximadamente 100 jurisdições que assinaram acordo intergovernamental modelo 1, dentre elas o Brasil, permite que os fiscos de ambos os países troquem, automaticamente, informações financeiras de seus contribuintes, as quais são mantidas sob a proteção do sigilo fiscal pelos respectivos fiscos. Apesar das críticas relacionadas ao FATCA, o fato é que jurisdições importantes no cenário mundial concordaram em participar do programa, bem como se comprometeram a unir esforços para o desenvolvimento de programa semelhante, o que resultou no CRS cuja implementação ocorrerá a partir de 2017.

Com as portas abertas e o caminho preparado pelo FATCA, a OCDE, em conjunto com o G20, implementou o CRS que, ao amparo da Convenção Multilateral, permitirá que mais de 100 jurisdições troquem informações entre si, sem a necessidade de um acordo bilateral, tal qual no FATCA; daí, falar-se que o CRS é uma espécie de FATCA Global.

Neste cenário, o acesso do fisco às movimentações financeiras do contribuinte ocorre sem reserva de jurisdição, e a troca entre os países de forma automática. Importante é observar, porém, que a informação automática convive de forma harmônica com a informação a pedido. Conforme exposto no capítulo 2, a informação automática refere-se ao acesso sistêmico – modalidade em que somente a Receita Federal acessa, via sistema, o montante global mensal movimentado pelo contribuinte, sem identificação da origem ou natureza dos gastos, de acordo com informações prestadas pelas instituições financeiras; são essas informações, na essência, que serão trocadas com os demais países de forma automática.

A informação a pedido, por sua vez, refere-se ao acesso indispensável – modalidade em que a autoridade tributária da União (uma vez que se trata de troca de informações com base em tratado) poderá solicitar os dados bancários diretamente para a instituição financeira, no caso de negativa do contribuinte, nas hipóteses que especifica.

As medidas anteriores, por si só, são suficientes para que muitos contribuintes que se encontram à margem da legislação tributária, com ativos ocultos no exterior que deveriam ser declarados e não o foram, regularizam-se perante o fisco de forma espontânea, uma vez que é questão de tempo para serem descobertos. Situação totalmente diferente do que ocorria no passado.

Ativos mantidos no exterior de forma irregular acarretam expressivos prejuízos aos

²⁵⁴ Ver também (TORRES, 2015b).

cofres públicos dos países desenvolvidos, em desenvolvimento e emergentes. A consequência disto é que “os contribuintes honestos acabam suportando o ônus do déficit arrecadatório; os negócios legítimos são expostos a desvantagem competitiva; a confiança na justiça do sistema tributário é prejudicada” (OWENS, 2013, p. 446, 447).

Medidas relacionadas à transparência fiscal, fim do sigilo bancário, troca de informações melhoram a “equidade dos sistemas tributários, já que esta é uma das formas mais eficazes de lidar com a preocupação de que os ricos não estejam arcando com sua justa parcela da carga tributária” (OWENS, 2013, p. 458).

5 O STF E O SIGILO BANCÁRIO PERANTE A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

5.1 Introdução

O objetivo deste capítulo é analisar o posicionamento do STF em relação ao sigilo bancário perante o fisco nos termos da LC 105/2001, em especial os julgamentos ocorridos em 2010 (AC 33 e RE 389.808) e 2016 (RE 601.314 e ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859).

Inicialmente, destacamos a importância da jurisprudência, em conjunto com a doutrina, para o estudo do Direito.

Em seguida, em uma rápida passagem, analisamos a jurisprudência do STF em relação ao sigilo bancário, antes dos julgamentos citados anteriormente.

No tópico seguinte, analisamos os votos proferidos na AC 33 e no RE 389.808 – conhecidos como caso GVA. Trata-se dos primeiros julgados em que o STF enfrentou, ainda que parcialmente, a constitucionalidade da LC 105/2001. O objeto da controvérsia, no tocante à referida LC, foi o seu art. 6º e o Decreto 3.724/2001, que o regulamentou. O julgamento contou com bruscas mudanças de posicionamento e ausência de um dos ministros, fatores que foram cruciais para o resultado do julgamento.

A seguir, analisamos votos proferidos pelos ministros no julgamento do RE 601.314 e as ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, julgamento conjunto em que o pleno do STF, por 9x2, considerou constitucionais os artigos 5º e 6º da LC 105/2001 (BRASIL, 2001c) e os respectivos decretos regulamentares, Decreto 4.489/2002 e o Decreto 3.724/2001 (BRASIL, 2001a).

Por fim, apontamos algumas críticas de conteúdo em relação ao descumprimento da cláusula de reserva de plenário em 2010, na AC 33 e ao posicionamento de alguns Ministros. Destacamos que o receio do acesso direto do fisco aos dados bancários está, em última análise, relacionado a uma visão negativa do tributo, ou seja, a uma resistência cultural ao dever de pagar impostos. Receio que refletiu na Câmara dos Deputados com a propositura do Projeto de Lei Complementar (PLP) 239/2016, de autoria do Deputado Diego Garcia, com o objetivo de que o acesso aos dados bancários pelo fisco, nos termos do art. 6º (acesso indispensável), ocorra somente mediante autorização judicial.

5.2 A importância da jurisprudência

Conforme observa Marciano Seabra de Godoi (2011), é de fundamental importância estudar o direito sob as luzes da jurisprudência dos tribunais, o que não é tradição no Brasil. Não se revela um bom caminho encastelar-se no estudo doutrinário e isolar-se do conhecimento jurisprudencial. É preciso também estudar e analisar, criticamente, a jurisprudência. Na mesma trilha, Attila de Souza Leão Andrade Júnior (1996) aponta que é preciso “auscultar” a jurisprudência dos tribunais, “repositório de profícuos ensinamentos” (ANDRADE JÚNIOR, 1996, p. 15)²⁵⁵. Caso contrário, corre-se o risco de não entender “o direito concreto” que existe por trás da cortina de fumaça das “soluções normativas” propostas pelos doutrinadores. Nessa trilha, Godoi (2011) enisna que

[...] o conhecimento científico e rigoroso do direito supõe necessariamente o estudo da jurisprudência. Mesmo aqueles que se propõem a oferecer ao leitor uma mera introdução a determinado ramo do direito **não podem prescindir da abordagem séria da jurisprudência.** Não conheceremos as normas que decorrem do texto constitucional se não investigarmos em profundidade os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. É certo que esses acórdãos não consistem necessariamente nas melhores soluções interpretativas para nosso direito, mas constituem as soluções que – por diversos fatores – prevalecem nas atuais circunstâncias. **Se os doutrinadores** (que não têm o poder de decisão normativa tal como os juízes) **não estudarem e avaliarem criticamente a jurisprudência, não conhecerão – e perderão grande parte da capacidade de influenciar – o direito concreto que existe mais além das soluções normativas defendidas por cada corrente doutrinária** (GODOI, 2011a, p. 210, grifo nosso).

Ainda em relação à análise crítica dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, oportunas são as palavras do ex-Ministro Cezar Peluso:

No Brasil, o mundo jurídico não reage à altura aos erros do Supremo. A maioria das críticas não tem pertinência, não avança no conteúdo, o que seria fundamental para melhorar a qualidade. Nos Estados Unidos, eles não perdoam. Há uma produção acadêmica com massa crítica sobre as decisões da Suprema Corte (PELUSO apud CARVALHO, 2010)²⁵⁶.

Diante de casos concretos, os ministros do STF discutem como deve ser interpretada a norma tributária; “se e quando o seu sentido literal mais evidente pode ser transcendido por outro sentido; se é ou não relevante considerar os efeitos práticos que serão gerados pela

²⁵⁵ Os livros de doutrina, em geral, no Brasil, sobre matéria jurídica, pecam pelo fato de raramente auscultarem a jurisprudência de nossos tribunais. Parece-nos uma grande falha, pois os julgados são também repositório de profícuos ensinamentos, e ninguém melhor que os juízes para amalhá-los já que conseguem aliar os conhecimentos doutrinários dos juristas ao conhecimento empírico e casuístico oriundo das controvérsias que se lhes submetem (ANDRADE JÚNIOR, 1996, p. 15).

²⁵⁶ Conferir também em (GODOI, 2011, p. 9).

solução interpretativa que consideramos a única ou a mais correta (GODOI, 2011a, p. 210). É o que veremos a seguir.

5.3 Histórico do sigilo bancário no STF

A controvérsia em torno do acesso aos dados bancários pelo fisco, sem autorização judicial, nos termos da LC 105/2001, conforme veremos a seguir, resume-se, basicamente, aos seguintes julgados:

- a) AC 33 e RE 389.808, julgamento ocorrido em 2010, cujo resultado foi no sentido de que o acesso do fisco aos dados bancários depende de prévia autorização judicial; e
- b) RE 601.314 e ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, julgamento ocorrido em 24.02.2016, cujo resultado, ao revés, foi no sentido de que o fisco não depende de prévia autorização judicial para acessar os referidos dados bancários.

Antes de analisarmos os referidos acórdãos, em uma rápida passagem, abordamos a jurisprudência do STF em relação ao tema.

Em 1954, o plenário do STF, por unanimidade, entendeu que o sigilo bancário é relativo (BRASIL, RMS 2.172, 1954). O Ministro Nelson Hungria, de forma enfática, assim se posicionou: “perante o nosso direito positivo, não tenho dúvida [sic] que a justiça penal ou civil pode devassar, para sua indispensável elucidação, o segredo bancário” (BRASIL, RMS 2.172, 1954, p. 31). Além da relatividade do sigilo bancário, verificou-se ainda o requisito da indispensabilidade, ou seja, o acesso deve ser considerado indispensável para a apuração dos fatos. Desde essa época, o STF já indicava que o sigilo bancário era relativo; o acesso, porém, dependia de autorização judicial.

Em maio de 1966, a terceira turma do STF (BRASIL, RMS 15.925, 1966b) decidiu que “não há perigo de devassa ou quebra de sigilo, porquanto [...] os Agentes do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo (art. 201 – Decreto. nº 47.373/59) sob pena de responsabilidade” (BRASIL, RMS 15.925, 1966b, p. 1333). Observa-se neste julgado que o STF adotou uma interpretação literal da norma prevista no Regulamento do Imposto de Renda, vigente à época, que reproduz o art. 202 do Decreto-Lei 5.844/43, ainda vigente, o qual dispõe sobre a cobrança e fiscalização do imposto de renda, nos seguintes termos: “aquele que, em serviço do Imposto de Renda, revelar informações que tiver obtido no cumprimento do dever profissional, ou no exercício do ofício em emprego, será

responsabilizado como violador de segredo, de acôrdo com a lei penal” (BRASIL, 1943).

Em novembro de 1971, a Primeira Turma do STF permitiu que o fisco do Município de Salvador tivesse acesso às fichas contábeis do livro razão referentes a contratos subsidiários efetuados com terceiros para refinanciamento (BRASIL, RE 71.640, 1971). O STF acatou a tese do acórdão recorrido no sentido de que, nos termos do art. 195 e 197, II do CTN²⁵⁷ e do art. 38, §5º, da Lei 4.595/64²⁵⁸, que revogou o art. 17 do Código Comercial²⁵⁹, a garantia do sigilo, em relação aos efeitos da fiscalização tributária, não é absoluta, devendo a Fazenda Pública, sob pena de responsabilidade criminal, guardar o sigilo. Nesse sentido, as instituições financeiras estavam obrigadas a “prestar todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, às autoridades administrativas”. A Primeira Turma do STF entendeu ainda, mediante interpretação extensiva e teleológica que, embora o §5º do art. 38 da Lei 4.595/64 tenha permitido o acesso aos dados bancários somente aos fiscos estaduais e federais, a “regra do art. 195 abrange, não há dúvida, os Estados e Municípios” (BRASIL, RE 71.640, 1971, p. 301-303).

Em março de 1992, o plenário do STF indeferiu o acesso do Delegado de Polícia Federal aos dados bancários do ex-Ministro de Estado Antônio Rogério Magri, ante a inexistência no inquérito policial instaurado de elementos probatórios mínimos de autoria do delito (BRASIL, PET 577 QO/DF, 1993). Embora a temática refira-se à solicitação de dados financeiros, no bojo de uma ação penal, este julgado traz posicionamentos relevantes acerca do sigilo bancário.

O STF firmou o posicionamento no sentido de que o acesso aos dados bancários do indivíduo, de acordo com a Lei n. 4.595/64, não afronta o artigo 5º, X e XII da CRFB/88²⁶⁰.

Para o Ministro Carlos Velloso, o sigilo bancário, “espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5º, X)”, além

²⁵⁷ Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – CTN: Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. [...] Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: [...] II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras (BRASIL, 1966a).

²⁵⁸ Lei 4.595/64: Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente (BRASIL, 1964a).

²⁵⁹ Lei 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial (Parte revogada pela Lei 10.406, de 10.1.2002): Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício. (Vide Decreto Lei nº 385, de 1938) (BRASIL, 1938).

²⁶⁰ No mesmo sentido Agravo Regimental no Inquérito n. 897-5/DF (BRASIL, 1995b).

de proteger “interesses privados”, atende à finalidade de ordem pública de “proteção do sistema de crédito”. Observou o Ministro, porém, que não se trata de um “direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social,²⁶¹ [...] na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei”. Fez questão ainda de registrar que as exceções ao sigilo bancário constavam basicamente dos parágrafos do art. 38 da Lei 4.595/64, recepcionada, à época, como lei complementar, tendo em vista o disposto no art. 192 da CRFB/88 (BRASIL, PET 577 QO/DF, 1993, p. 16-17; 25).

Para o Ministro Celso de Mello a intimidade, um dos direitos da personalidade, repousa sob a proteção do art. 5º, X, da CRFB/88, “cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público”. O sigilo bancário, continua o Ministro Celso de Mello, “traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade”. Embora relativo, o acesso aos dados bancários deve ser medida excepcional, o que demanda extrema cautela e prudência do Poder Judiciário (BRASIL, PET 577 QO/DF, 1993, p. 26, 27).

O Ministro Marco Aurélio entendeu que o sigilo bancário encontra amparo no inciso XII do artigo 5º da CRFB²⁶², no ponto referente à inviolabilidade dos dados. Segundo o Ministro, o referido inciso não trata de quatro situações isoladas (correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas), mas sim de dois blocos, “o primeiro, abrangendo a ‘correspondência’ e as ‘comunicações telegráficas’: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas”; o segundo, a envolver ‘dados’ e ‘comunicações telefônicas’”. Nesse sentido, o sigilo de dados pode ser afastado, de acordo com a parte final do preceito, conforme a expressão “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.” (BRASIL, PET 577 QO/DF, 1993, p. 20). Portanto, para o Ministro Marco Aurélio, o sigilo bancário só pode ser afastado mediante autorização judicial e para fins penais.

Em outubro de 1995, o plenário do STF, por maioria, indeferiu mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil que se negava a apresentar determinados dados bancários ao Ministério Público Federal (BRASIL, MS 21.729, 2001e). Entendeu o STF que o Banco do Brasil não poderia invocar o sigilo bancário para negar ao Ministério Público

²⁶¹ No mesmo sentido: (BRASIL, RMS 15.925, 1966b; BRASIL, RE 71.640, 1971; BRASIL, MS 2.172, 1954).

²⁶² CRFB/88, art. 5º, 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 (BRASIL, 1988).

Federal informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos às empresas do setor sucroalcooleiro, com recursos subsidiados pelo erário federal. O mandado de segurança foi indeferido, porque a maioria dos ministros entendeu que não se tratava de operação bancária comum, mas sim de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público; portanto, deveria prevalecer o princípio da publicidade (art. 37 da CRFB/88). Este julgado contém vários posicionamentos acerca do acesso aos dados bancários que merecem destaque.

O Ministro Relator Marco Aurélio, voto vencido, firme no seu posicionamento anterior, indeferiu o pleito do Ministério Público Federal no sentido de que o sigilo bancário encontra proteção nos incisos X e XII do artigo 5º da CRFB/88 e somente pode ser afastado por ordem judicial, posicionamento que foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Carlos Velloso.

O Ministro Francisco Rezek sustentou que o instituto do sigilo bancário é matéria que deve ser tratada pela “legislação complementar”. No seu entendimento:

Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não naquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – do qual já se repetiu ad nauseam, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcendental, mas bastante prosaico – da vida das pessoas e das empresas, contra a curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 117, grifo do autor).

Observou que a vida financeira, tanto das pessoas jurídicas quanto naturais, não teria motivo para “enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima” – Poder Judiciário, Parlamento, Ministério Público, Administração Tributária, “já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados”. Ressaltou não saber a que serviria a “mística do sigilo bancário”, a não ser que se presumam falsos, e por isso não coincidentes, os dados registrados no cadastro bancário e/ou fiscal. Por fim, esboçou o entendimento no sentido de que o constituinte não quis dar ao sigilo bancário proteção igual às comunicações telefônicas, cujo acesso depende do aval do Poder Judiciário. A comunicação telefônica, continuou o Ministro Francisco Rezek, relaciona-se, na maior parte das vezes, à “estrita privacidade pessoal” (inciso X do art. 5º da CRFB/88), tema distinto da “relação contábil entre uma casa bancária e seus clientes” (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 121).

O Ministro Sepúlveda Pertence, praticamente, na mesma senda do Ministro Francisco Rezek, salientou que “o sigilo bancário só existe no Direito Brasileiro por força de lei ordinária”; é dizer, não se trata de intimidade ou dados com proteção nos incisos X ou XII, respectivamente, do art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 169). No tocante ao inciso XII, assim como o Ministro Rezek, valendo-se do estudo do Professor Tércio Sampaio Ferraz²⁶³, pontuou que o objeto protegido é a comunicação de dados, até mesmo em relação ao Poder Judiciário, e não os dados propriamente ditos²⁶⁴, o que inviabilizaria qualquer investigação administrativa.

Não entendo que se cuide de garantia com **status constitucional**. Não se trata da "intimidade" protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação "de dados" e não os "dados", o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse. Reporto-me, no caso, **brevitatis causae**, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 169, grifos do autor).

O Ministro Ilmar Galvão entendeu que, salvo a hipótese de Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 58, §3º da CRFB/88), a “quebra” de sigilo depende de autorização judicial. Se antes da CRFB/88, em relação ao acesso aos dados bancários, poderia haver dúvidas se o processo a que se referia o art. 38 da Lei 4.595/64 seria ‘judicial’ ou ‘administrativo’²⁶⁵, tal dúvida já não mais existiria, “pois nem sequer ao Fisco, a quem incumbe prevenir a sonegação de impostos, notadamente os que recaem sobre rendimentos auferidos pelos contribuintes, outorgou a Constituição o poder de devassa das contas bancárias”. Pelo contrário, o art. 145, §1º da CRFB/88 ressaltou que devem ser respeitados os direitos individuais, o que significa dizer que o poder investigatório do fisco encontra “limite na intimidade, na vida privada, na casa, na correspondência e nas comunicações em geral, mesmo de dados, valores que se encontram ao abrigo da garantia constitucional de inviolabilidade” (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 126-129).

O Ministro Ilmar Galvão ressaltou ainda que se ao fisco, cuja atividade preponderante “é fiscalizar rendimentos do contribuinte, os quais têm na conta bancária um espelho de sua vida econômico-financeira”, não é permitido o acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, de igual forma ao Ministério Público, no tocante aos procedimentos administrativos

²⁶³ Conferir o posicionamento do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011) no tópico 3.4 do capítulo 3.

²⁶⁴ No mesmo sentido o Ministro Nelson Jobim: (BRASIL, RE 219.780, 1999c, p. 484). Conferir ainda: (BRASIL, RE 418.416, 2006d) (BRASIL, AP 307, 1995a).

²⁶⁵ Acerca dessa discussão conferir tópico 2.4 do capítulo 2.

– não judiciais – não poderia ser franqueado tal acesso (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 128). Por fim, ciente da importância do acesso aos dados bancários pelo fisco, bem como de que o processo de solicitação de autorização judicial acarreta muito mais transtornos para o fisco do que para o Ministério Público, já em 1995, o Ministro dava sinais de que a exceção perante o fisco – acesso aos dados bancários sem autorização judicial – seria plausível.

Na verdade, **se exceção houvesse à regra, revestir-se-ia ela, inegavelmente, de muito mais plausibilidade, v.g. relativamente à Fiscalização do Imposto de Renda**, que há de estar em permanente vigilância, na busca de sinais de riqueza dos contribuintes, do que em relação ao Ministério Público, cuja iniciativa tem em mira casos específicos, em face dos quais o requerimento ao Juiz não acarreta maiores transtornos (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 128, grifo nosso).

Durante o voto do Ministro Carlos Velloso, o qual sustentava que o sigilo bancário está sob a proteção do direito à privacidade (inciso X do art. 5º da CRFB/88), não é um direito absoluto, mas somente pode ser “quebrado” pela autoridade judicial, que tem o dever da imparcialidade, o Ministro Moreira Alves fez a seguinte observação: “dizer-se que não é direito absoluto é uma construção; pelo texto, a inviolabilidade seria absoluta, porque ao contrário do inciso XII, nem sequer se admite a possibilidade de o juiz autorizar” (BRASIL, MS 21.729, 2001e, p. 135). No entendimento do Ministro Moreira Alves, a relatividade desse direito decorre também da sua finalidade, o que autoriza a legislação infraconstitucional a disciplinar as exceções que o acesso seria permitido, bem como as autoridades que poderiam acessar os dados bancários. O que temos, na espécie, é o Ministro Moreira Alves demonstrando, de forma didática, que o STF, ao interpretar o art. 5, inciso X, da CRFB/88, no que tange ao sigilo bancário x privacidade, valeu-se do método teleológico.

Em abril de 1996, o plenário do STF (BRASIL, Inquérito 732, 2000a), por unanimidade, negou solicitação da Receita Federal de fornecimento de cópia de documentação resultante do acesso aos dados bancários do indiciado para a instrução de inquérito penal. Entendeu o STF que a negativa do pedido estava de acordo com o disposto no §1º do artigo 38 da Lei 4.595/64²⁶⁶, segundo o qual as informações ordenadas pelo Poder Judiciário e prestadas por instituições financeiras revestem-se do mesmo caráter sigiloso, cujo acesso é franqueado somente às partes legítimas na causa. À época, sequer foi cogitada a tese de transferência de sigilo bancário, ou seja, os dados então protegidos pelo sigilo

²⁶⁶Lei 4.595/64, art. 38, § 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma (BRASIL, 1964a).

bancário ao serem transferidos para o fisco estariam protegidos pelo sigilo fiscal, sem prejuízo do primeiro, tese que ganharia forma mais tarde.

O que verificamos nos julgados anteriores, após a CRF/88, é a discussão do sigilo bancário no bojo de processos cujo acesso do fisco aos dados bancários figura de forma indireta, ou seja, não é a questão principal, fato reconhecido nas palavras do Ministro Maurício Corrêa, em abril de 1999, nos seguintes termos: “Enfim, a tese, em si, relativamente ao sigilo bancário, na nova ordem constitucional, não foi enfrentada e decidida, todavia, até hoje” (BRASIL, RE 219.780, 1999c, p. 483)²⁶⁷.

Em 2006, o pleno do STF enfrentou o art. 5º, XII, da CRFB/88 e firmou posicionamento no sentido de que a proteção constitucional se refere à comunicação ‘de dados’ e não aos ‘dados em si mesmos’, ainda que armazenados em computador (BRASIL, RE 418.416, 2006d)²⁶⁸. A tese que já havia sido discutida na AP 307/1995 e no MS 21.729/2001, desta vez foi enfrentada de forma direta e explícita. Destacamos o posicionamento bastante elucidativo do Ministro Cezar Peluso sobre o tema.

Sem dúvida, o inviolável, nos termos da Constituição, não são quaisquer elementos da informação ou de informática, mas os processos de comunicação em si. O objeto tutelado, portanto, é o processo de comunicação, enquanto restrito aos comunicantes, independentemente do conteúdo da comunicação, porque se trata, na verdade, de resguardar a privacidade dos interlocutores em ato típico de intersubjetividade. [...] Tiro daí uma prova **per absurdum**: se estivéssemos pensando em sigilo de registros, isto é, entendida a palavra "dados", não como objeto de comunicação eletrônica em processo, mas como objeto de mero registro, esta norma constitucional, além de absurda, tornaria inviável o exercício de todo um complexo de atividades estatais. Por quê? Porque teríamos a seguinte contradição: se esses dados, tomados como registros, não são invioláveis em outros meios de registro, como, p.ex., em livros, em fichários, em meio magnético, como poderiam ser invioláveis pelo simples fato de estarem armazenados num computador? [O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) Nem a Microsoft sonhou com esse privilégio dos arquivos, só porque inseridos em computador.] Bastaria à pessoa transferir - os que possam fazê-lo - de outros meios de armazenamento para o computador, para essa simples transferência transformar os dados em sigilosos. [...]. Os livros comerciais não são apenas acessíveis ao Fisco e à investigação policial, mas, por expressas disposições do Código de Processo Civil e de outras velhas normas, são-no também às partes, isto é, a outros negociantes. Fazem prova a favor e contra o comerciante nas suas relações comerciais e, por isso mesmo, são acessíveis. Não há sigilo nenhum nesses dados. E como imaginar que o Fisco, por exemplo, procederia à fiscalização, se não pudesse ter acesso a esses dados? Como sustentar que, se eles estiverem em ficha manual, podem ser vistos, mas, se

²⁶⁷ No RE 219.780, Relator Ministro Carlos Velloso, a Fazenda Nacional recorreu do acórdão que havia decidido que empresa administradora de cartões de crédito pode se recusar a prestar informações ao fisco sobre o movimento financeiro de clientes, tendo em vista as garantias constitucionais da intimidade e do sigilo da fonte (art. 5º, X, XII e XIV da Constituição Federal). Tratava-se de uma ótima oportunidade para o sigilo bancário perante o fisco ter sido discutido em toda sua amplitude, mas o RE não foi conhecido por questões processuais. (BRASIL, RE 219.780, 1999c).

²⁶⁸ No RE 418.416 compartilharam dessa tese os Ministros: Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ellen Gracie.

estiverem no computador, o Fisco não os possa ver? Isso demonstra que a inteligência e a racionalidade da norma não podem vincular-se a uma interpretação que leve a compreender a palavra "dados" como "registros", senão como processo de comunicação, de interlocução. Isto é, a palavra "dados" é aqui tomada como "registro", em particular, para exprimir fenômeno da comunicação, típico da rede mundial de computadores. O que está sendo objeto da tutela constitucional, imediatamente, é o processo de comunicação em si (BRASIL, RE 418.416, 2006d, p. 1309-1310).

Como se trata de norma que integra as cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, §4º, IV, a qual não admite emendas tendentes a abolir direitos individuais, na mesma linha de pensamento, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que o mundo atual, em termos de avanços tecnológicos, “obriga a um tipo de interpretação construtiva, sob pena de os textos se tornarem imprestáveis”, caso contrário, estar-se-ia sujeito a um “raciocínio circular”, cujo resultado seria um “emparedamento argumentativo e interpretativo”, o que contribuiria com a impunidade e a criminalidade (BRASIL, RE 418.416, 2006d, p. 1314).

Em 2007, a Segunda Turma do STF, em sede de agravo de instrumento, afastou a alegação de violação do direito à intimidade em função da aplicação da LC 105/2001 (BRASIL, AI-AgR 655.298, 2007d). Ao negar provimento ao agravo que postulava o destrancamento do recurso extraordinário, o Ministro Relator observou que a controvérsia havia sido decidida à luz de texto normativo infraconstitucional – Lei n. 5.172/66 (Código Tributário Nacional), Lei Complementar n. 105/01 – dentre outras. Portanto, eventual ofensa à Constituição dar-se-ia de forma indireta, impeditivo para a admissão do extraordinário. Oportuno é observar que a Turma negou provimento por unanimidade, presentes os Ministros Celso de Mello (presidente), Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau e ausente o Ministro Gilmar Mendes. Veja-se que se trata de um precedente contrário ao posicionamento dos Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso.

Ainda em 2007, a Ministra Cármen Lúcia distinguiu, no inciso X do art. 5º da CRFB/88, para fins de sigilo bancário e fiscal, os segredos do “ser” e do “ter” (BRASIL, RE 461.366, 2007e). Os segredos do “ser” – “o que você é, pensa e sente”, no entendimento da Ministra, são “segredos absolutos resguardados na Constituição”, uma vez que estão relacionados “à vida e à dignidade de cada um”. Os segredos do “ter”, por outro lado, surgiram “no Estado Moderno, com a exacerbação do individualismo”. Por fim, a Ministra afirmou não ter “apreço algum por sigilo bancário”, no sentido de que as normas não devem ser tão rígidas como defendido por outros ministros, e pontuou que “antes tudo tinha que ser mais claro; e, hoje, brigamos pela transparência”, (BRASIL, RE 461.366, 2007e, p. 690-692). Nesse trecho do voto, a Ministra Cármen Lúcia já deixava claro qual o seu

posicionamento acerca do sigilo bancário perante o fisco, o que veio a se confirmar mais tarde.

No mesmo sentido, os julgados a seguir sustentam, em síntese, de uma forma ou de outra, que o acesso aos dados bancários depende de autorização judicial fundamentada: BRASIL, RHC 74.807, 1997); (BRASIL, RMS 23.002, 1998d); (BRASIL, RE 215.301, 1999e); (BRASIL, Carta Rogatória – CR 9.528, 2001f); (BRASIL, RE 225.099, 2002c); (BRASIL, AI 334.006, 2002a); (BRASIL, AGR, 2.790, 2003d); (BRASIL, HC 84.758, 2006c).

5.4 O STF e o sigilo bancário perante o fisco nos termos da Lei Complementar 105/2001

A constitucionalidade do acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem intermediação do Poder Judiciário, nos termos da LC 105/2001, foi discutida de forma direta pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez em 2010 na AC 33/PR, julgada em 24.11.2010 (Relator Ministro Marco Aurélio), vinculada ao RE 389.808/PR, sem repercussão geral²⁶⁹, julgado em 15.12.2010 (Relator Ministro Marco Aurélio), conhecidos como caso GVA. Referido RE ainda aguarda o julgamento de embargos de declaração, sob a alegação de não ter observado a cláusula de reserva de plenário, conforme veremos, mais adiante.

A controvérsia, entretanto, chegou ao final em 2016, quando o STF julgou o RE 601.314 (Relator Ministro Edson Fachin), com repercussão geral, e as ADI's 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 (Relator Ministro Dias Toffoli), conforme veremos a seguir.

5.4.1 AC 33 e RE 389.808 – Caso GVA

A discussão acerca do acesso do fisco aos dados bancários, na AC 33 e no RE 389.808, tratou somente do acesso indispensável (art. 6º da LC 105/2001). Eis o resumo da controvérsia:

A matéria tem origem em comunicado feito pelo Banco Santander à empresa GVA Indústria e Comércio S/A, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil

²⁶⁹ Repercussão Geral: instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45, que permite ao STF selecionar os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e, decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada (arts. 1035 -1039 da Lei nº 13.105, de 16. 03.2015 (Código de Processo Civil – CPC). (BRASIL, 2015c).

– com amparo na Lei Complementar nº 105/01 – havia determinado àquela instituição financeira, em mandado de procedimento fiscal, a entrega de extratos e demais documentos pertinentes à movimentação bancária da empresa relativamente ao período de 1998 a julho de 2001. O Banco Santander cientificou a empresa que, em virtude de tal mandado, iria fornecer os dados bancários em questão. A empresa ajuizou o RE no Supremo contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que permitiu “o acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo do procedimento fiscal regularmente instaurado”. Para a GVA, “o poder de devassa nos registros naturalmente sigilosos, sem a mínima fundamentação, e ainda sem a necessária intervenção judicial, não encontram qualquer fundamento de validade na Constituição Federal”. Afirma que foi obrigada por meio de Mandado de Procedimento Fiscal a apresentar seus extratos bancários referentes ao ano de 1998, sem qualquer autorização judicial, com fundamento apenas nas disposições da Lei nº 10.174/2001, da Lei Complementar 105/2001 e do Decreto 3.724/2001, sem qualquer respaldo constitucional (BRASIL, 2010b).

Na AC 33 (BRASIL, 2003c), em 05.07.2003, o Ministro Marco Aurélio deferiu a liminar para impedir, até o julgamento final do RE 389.808, o fornecimento de informações bancárias à Receita Federal, bem como a não utilização daquelas até então obtidas sem autorização judicial. Decorridos mais de sete anos, em 24.11.2010, o Plenário do STF, por 6 votos a 4, entendeu por não referendar a liminar concedida; vencidos o Ministro Marcos Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Cesar Peluso e Celso de Mello. O Ministro Joaquim Barbosa, que negou referendo à liminar e abriu a divergência, foi acompanhado pelos Ministros Carlos Brito, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

Situação diversa ocorreu com o RE 389.808 (BRASIL, 2011d), julgado em 15.12.2010. Por 5 votos a 4, os ministros entenderam que o acesso do fisco aos dados bancários depende de autorização do Poder Judiciário. Acompanharam o Relator, Ministro Marco Aurélio, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cesar Peluso; vencidos os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie; ausente o Ministro Joaquim Barbosa. Eis a ementa do acórdão:

SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto 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, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 218, grifo nosso).

O julgamento do RE ocorrido 21 dias após a sessão em que não se referendou a liminar na AC 33, contou com detalhes que foram decisivos para o resultado. O Ministro Gilmar Mendes, que havia negado referendo à liminar na AC 33, modificou o seu posicionamento

defendido em doutrina de sua autoria e como ex-Advogado-Geral da União, e deu provimento ao RE. O Ministro Joaquim Barbosa, que abriu a divergência do voto condutor da negativa de referendo à liminar, não estava presente na sessão do julgamento do RE. Como seu posicionamento era conhecido, conforme defendido pela Ministra Ellen Gracie na sessão de julgamento, se estivesse presente provavelmente o julgamento naquela sessão teria terminado empatado e seria decidido em outra data e com resultado diverso, uma vez que o Ministro que tomaria posse logo em seguida seria o Ministro Luiz Fux, o qual, enquanto Ministro do STJ, foi o responsável pelo Recurso Especial repetitivo²⁷⁰ que permite o acesso do fisco aos dados bancários, sem autorização judicial, ou então, o feito estaria pendente de julgamento, mas, agora, com um precedente julgado em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

A seguir, os principais argumentos utilizados pelos Ministros na AC 33 e no RE 389.808.

O Ministro Marco Aurélio, Relator e condutor do voto vencedor no RE, entendeu que a “quebra” do sigilo bancário pelo fisco merece uma reflexão maior ante o inciso XII do art. 5º, da CRFB/88, por se tratar de regra de inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, cujas exceções são: investigação criminal ou instrução processual penal, desde que sob o primado do judiciário, e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), art. 58, §3º, CRFB/88, que atuam com poderes próprios das autoridades judiciais. Para o Ministro revela-se inviável estender a exceção de inviolabilidade, quando se tratar de finalidades diversas de investigação criminal ou instrução processual criminal. Com vistas a resguardar a dignidade do cidadão, “permite o afastamento do sigilo, mediante ato de órgão equidistante, mediante ato do Estado juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses, e, mesmo assim, para efeito de persecução criminal” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 224). Tal qual adotado em julgados anteriores, o Ministro não admite a transferência do sigilo bancário para o fisco, nem se decorrente de decisão judicial.

Após ressaltar a permissão concedida ao Ministério Público Federal no MS 21.729, ocasião em que votou vencido, e o caso referia-se a acesso a verbas públicas, o Ministro Marco Aurélio pontuou que a Receita Federal, “fiscalista por excelência”, é parte na relação jurídico-tributária, com interesse fiscal arrecadador e que a quebra de sigilo por esse órgão revelaria verdadeira coação política na cobrança de tributos, o que contrária a jurisprudência

²⁷⁰ REsp 1.134.665 (BRASIL, 2009d).

do STF estampada nas súmulas 70, 323 e 547.²⁷¹ Por fim, conferiu à LC 105/2001 e ao Decreto 3.724/2001 “interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 229).

O Ministro Joaquim Barbosa, que votou somente na AC 33, analisou basicamente questões processuais e negou referendo à liminar. Em determinado trecho do voto, ao se manifestar pela ausência de verossimilhança da alegação, observou o Ministro que o mérito do recurso extraordinário envolvia a análise de matéria que estava pendente de julgamento no STF; referia-se às ADI’s que questionavam a constitucionalidade da LC 105/2001, da Lei 10.174/2001 e do Decreto 3.724/2001, e que não havia “qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal manifestando-se pela inconstitucionalidade da prática de prestação de informações bancárias à Receita Federal”. Nesse sentido, deveria prevalecer o “princípio basilar da constitucionalidade das leis”, o qual não cede ao “mero ajuizamento de ação direta de constitucionalidade” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 13).

O Ministro Dias Toffoli abriu a divergência no julgamento do RE 389.808 e, na linha do voto proferido na AC 33, observou que grande parte dos dados bancários e financeiros estão sob a guarda de instituições privadas. Com efeito, eventual divulgação dos dados dará azo à incidência do tipo penal previsto nos art. 10 e 11 da LC 105/2001, inclusive, no caso de autoridade fiscal, com responsabilização civil e administrativa previstas em lei, sem prejuízo da responsabilidade objetiva do Estado. Nesse sentido, continuou o Ministro, não há que se falar em quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de dados sigilosos, porquanto a lei a que se refere o art. 145, §1º da CF/88 respeita os direitos e as garantias individuais e criminaliza a quebra do sigilo. Aduziu ainda que a CRFB/88 distingue acesso a patrimônio, rendimentos e atividades econômicas. Assim, se a Receita Federal tem acesso a todos os bens do cidadão – conjunto maior –, via declaração de IR, por força de lei e não por força judicial, também deve ter acesso à atividade econômica, que é a movimentação bancária – conjunto menor (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 56-57; BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 230-232).

A Ministra Cármen Lúcia, na AC 33, limitou-se a acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa. No RE, em voto conciso, não vislumbrou agressão alguma aos direitos fundamentais, tampouco invasão de privacidade, porquanto entendeu que a LC

²⁷¹ Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (BRASIL, 1964b). Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (BRASIL, 1964c). Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais (BRASIL, 1969).

105/2001 não autoriza a publicidade dos dados, ao revés, apenas autoriza transferência para um órgão da Administração Pública para o cumprimento de suas finalidades. Por fim, afirmou que não lhe “parece absolutamente que tenha havido qualquer inconstitucionalidade sequer para configurar a necessidade de uma interpretação conforme” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 51; RE 389.808, 2011d, p. 233). Esse trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia explicita que, ao dar interpretação conforme, o Ministro Marco Aurélio, Relator, considerou inconstitucional o art. 6º da LC 105/2001. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

O Ministro Ricardo Lewandowski, na AC 33, ao acompanhar o Relator, expressou preocupação em relação à crescente quantidade dos “mais diferentes órgãos desejando a quebra de sigilo de dados cobertos exatamente por essa proteção constitucional sem a intermediação do Poder Judiciário”. No entendimento do Ministro, é necessário fortalecer o Poder Judiciário, que conta com dezesseis mil magistrados em todas as instâncias, e está de portas abertas para analisar eventual “quebra de sigilo”. No RE o Ministro limitou-se a acompanhar o Relator (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 52; BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 234).

O Ministro Carlos Brito, na trilha do Ministro Dias Toffoli, após observar que a CRFB/88 prestigia o fisco nos artigos 37, XXII; 131, §3º e 145, §1º, o qual remete ao art. 5º, XII, também da CRFB/88, assentou que a Constituição ao proteger “três atividades ou setores factuais de incidência”: comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, “o objetivo é preservar a privacidade das pessoas privadas”. A Constituição não quer é a “intercepção da conversa entre pessoas”, “intercepção clandestina ou desautorizada”, uma vez que essa “interlocução entre sujeitos de direitos” trata da privacidade – inciso X do art. 5º da CRFB/88. Distinguiu a intimidade – “o indivíduo consigo mesmo”, escrevendo em seu diário, por exemplo, “ele sozinho e sua consciência” – da privacidade – “relacionamento no âmbito menor de pessoas”, mensagens de e-mails, por exemplo, – e ressaltou que a conjugação dos incisos XII e X do art. 5º da CRFB/88 “abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, o vazamento de conteúdo de dados”. Por fim, tal qual a Ministra Cármen Lúcia, no RE 461.366, observou que o Direito Constitucional se preocupa cada vez mais com a “preservação dos dados do ser”; dados relacionados aos bens da personalidade, os quais serão preservados no futuro. Em contrapartida, os dados do ter “serão cada vez mais escancarados”, uma vez que, patrimônio, rendimentos, atividades econômicas, “são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem”. Por fim, observou que tudo isso faz parte da “lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares de sua democracia” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 19; BRASIL, RE

461.366, 2007e, p. 235;237). Note-se que o Ministro faz menção à transparência, argumento que será utilizado no julgamento de 2016.

Até então, os votos dos Ministros estavam de acordo com os posicionamentos já conhecidos, e também em consonância com os respectivos proferidos na AC 33. Coube ao Ministro Gilmar Mendes a mudança de posicionamento. No julgamento da AC 33, ele defendeu que a CRFB/88, “a princípio”, permite à administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, consoante ao art. 145, §1º, e, no caso de haver tensão entre o interesse do indivíduo e o da coletividade, em torno de informações relevantes para determinado contexto social, prevalece o último. Entendeu ainda, “*prima facie*”, não haver proibição para que norma infraconstitucional disponha sobre o acesso do fisco às informações protegidas dos contribuintes. Por fim, após invocar os precedentes Pet QO 577, MS 21.729, RE 219.780, AI-AgR 655.298 considerou não haver incompatibilidade entre o art. 6º da LC 105/2001 e o Decreto 3.724/01 com a CRFB/88 e negou referendo à liminar (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 44, 46).

Até então, o voto do Ministro na AC 33 estava em consonância com seu posicionamento enquanto ex-Advogado-Geral da União na época da promulgação da LC 105/2001, e também com o posicionamento esposado no Curso de Direito Constitucional, obra em coautoria com Paulo Gustavo Gonet Branco, em que sustentam que a quebra de sigilo bancário não é vista pelo STF como matéria sujeita à reserva de jurisdição, sendo facultado à lei que órgãos do Poder Público tenham acesso à informações protegidas, tal qual ocorreu com a LC 105/2001, veja-se:

O STF não toma a quebra do sigilo bancário com decisão integrante do domínio das matérias sob reserva de jurisdição. **À lei está facultado, portanto, que órgãos do Poder Público determinem a abertura dessas informações protegidas.** Cobra-se, todavia, que tais decisões sejam fundamentadas, apontando razões que tornem a providência necessária e proporcionada ao fim buscado. A propósito, **a Lei Complementar 105/2001 atribuiu a agentes tributários, no exercício do seu poder de fiscalização, o poder de requisitar informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial.** A lei cerca a providência de cuidados formais, com vistas a minimizar os custos para o direito à privacidade do investigado e assegurar que esteja nítida a necessidade da medida (MENDES; BRANCO, 2011, p. 324, grifo nosso).

No julgamento do RE, o Ministro Gilmar Mendes, em posicionamento totalmente contrário ao anterior, indagou: “por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante de uma medida cautelar?” Em seguida defendeu que, tendo em vista os valores a que se referem os direitos fundamentais, faz-se necessária a “observância do princípio da reserva de jurisdição”.

Interessante observar que no julgamento das ADI's, em 2016 o Ministro Gilmar Mendes retomou seu posicionamento anterior, conforme veremos mais adiante (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 238-240), sem explicitar os fundamentos de sua mudança de posicionamento.

A Ministra Ellen Gracie proferiu um voto bastante substancial na AC. Certamente, o voto que rebateu, de forma robusta, os principais argumentos dos defensores da reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco. Inicialmente, assinalou que a CRFB/88 não garante, de forma expressa e direta, o sigilo bancário, mas sim a inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados previstos nos incisos X e XII, do art. 5º. Nesse sentido, enquanto “a inviolabilidade da vida privada assegura o âmbito próprio de cada pessoa contra a curiosidade e a intromissão de terceiros”, o sigilo de dados impede o vazamento, compartilhamento das informações, sem autorização, com terceiros, ou seja, a garantia refere-se à comunicação de dados. Garantias aplicáveis às pessoas físicas, e também às “pessoas jurídicas, no que diz respeito às suas atividades internas e às informações que lhes digam particularmente respeito” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 62).

Em relação ao acesso do fisco às movimentações bancárias do contribuinte, entendeu não ser cabível o argumento de “vedação da exposição da vida privada ao domínio público”, pois, tal premissa é falsa. O que ocorre na espécie é a transferência dos dados ou das informações da instituição financeira para o fisco, “mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público”, nos termos do art. 198 do CTN. Logo, não há que se falar em quebra de sigilo, mas sim “transferência de sigilo dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 63).

Com apoio na doutrina de Américo Bedê Freire Júnior, pontuou que existem medidas muito mais ofensivas à intimidade do que o acesso às movimentações financeiras, tais como, “verificar o conteúdo de uma mala de qualquer passageiro que desembarca em território nacional”, “batidas policiais ou *blitz*, em que o veículo, a vestimenta e o próprio corpo das pessoas podem ser revistados em face de suspeitas de infrações”, “submissão às portas eletrônicas e aos detectores de metais”, inspeção do conteúdo no interior de bolsa ou sacola, como medidas para ingresso em determinados locais. Segundo a Ministra, tais medidas, geralmente admitidas, “representam circunstâncias da vida em que o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão das infrações prevalecem sobre a conveniência individual, guardados os critérios de necessidade, moderação e respeito” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 64).

Com efeito, entendeu a Ministra Ellen Gracie que as garantias fundamentais não podem figurar como “empecilho a uma tributação capaz de concretizar os princípios da personalidade e da capacidade contributiva, tampouco como escudo para o descumprimento do dever, também fundamental e constitucional, de pagar tributos”, fundamento implícito que permite à Administração adotar meios eficientes de fiscalização tributária (art. 145, §1º, CRFB/88), conforme as lições de Klaus Tipke e Yamashita e de José Casalta Nabais (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 65).

Aliás, como observou a Ministra, “inerente a tal dever fundamental de pagar tributos é o dever de colaboração com a Administração Tributária”, as denominadas obrigações tributárias acessórias (art. 113, §2º, do CTN), que impõem o dever de apresentar declarações, manter livros e registros contábeis/fiscais etc. e permitem o cotejo das movimentações financeiras com a contabilidade da empresa e viabiliza a conferência e verificação dos tributos devidos. Ainda nessa linha, observou que, nos termos do art. 195 do CTN²⁷², há “obrigações no sentido da transparência e da tolerância à fiscalização, sem o que o Fisco não teria meios para operar” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 66, 67).

Após aduzir que a LC 105/2001 estabelece “requisitos que funcionam como salvaguardas de intromissões levianas” – processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, indispensabilidade do exame dos dados bancários, conservação do sigilo – e não se trata de devassa nas contas do contribuinte, assentou que o direito à privacidade e ao sigilo cede “ao direito imediato da Administração ao exercício da fiscalização tributária”, à “possibilidade de uma melhor distribuição da carga tributária e à efetiva concretização dos princípios da capacidade contributiva (art. 145, §1º), da isonomia (art. 150, II) e da livre concorrência (art. 170, IV)”, valores importantes para a sociedade (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 68, 69).

Acerca da reserva de jurisdição, frisou que a CRFB/88 demanda autorização judicial, no caso de busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e prisão (art. 5º, LXI), cláusula que não existe em relação à garantia da vida privada e do sigilo de dados. Em relação ao argumento de imparcialidade da Receita Federal, enquanto parte na relação, a justificar a reserva de jurisdição, considerou-o insustentável, uma vez que, se por um lado o fisco busca a “eficiência arrecadatória”, por outro, deve obedecer aos princípios da legalidade

²⁷²CTN: Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram (BRASIL, 1966a).

(art. 150, I), impessoalidade e eficiência (art. 37). Tudo isso, sem olvidar do fato de que “o tributo é fiscalizado e cobrado, mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º, CTN)” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 70,71).

Por fim, enfatizou que a ausência de jurisdição não afasta o controle jurisdicional de toda atividade da fiscalização em relação a qualquer irregularidade que venha a ser praticada pelo fisco, hipótese em que o Judiciário, além de adotar as medidas necessárias, poderá, “inclusive, determinar indenização por danos materiais ou morais que efetivamente tenham decorrido da violação, sem prejuízo da responsabilização administrativa e penal dos agentes, se for o caso” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 72).

A essa altura do julgamento do RE, já havia 3 votos favoráveis (Ministros Marco Aurélio, Lewandowski e Gilmar Mendes) e 3 contrários (Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto). Faltavam os votos da Ministra Ellen Gracie, com posicionamento contrário ao provimento do RE, e dos Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso, com posicionamentos favoráveis ao RE. Em suma, já estava definido o provimento do RE, por 5 x 4. Feita a leitura da situação, a Ministra Ellen Gracie pediu vistas dos autos, ao argumento de que havia sido “tomada de dúvidas a respeito do tema”, mesmo após ter praticamente esgotado a matéria no voto preferido na AC 33, conforme visto anteriormente.

Ante o pedido de vista da Ministra Ellen Gracie, e considerando que o processo se referia a mandado de segurança, cujos efeitos da decisão são imediatos, ‘perplexo’ com a cassação da liminar, o Ministro Marco Aurélio propôs que o Tribunal, excepcionalmente, implementasse “uma medida acauteladora para aguardar-se, e não se tornar inócuo o início da apreciação desse recurso extraordinário”. Foi quando se instalou um debate tenso entre os ministros, uma vez que a proposta do Ministro Marco Aurélio teve acolhida entre seus pares (BRASIL, RE 389.809, 2011d, p. 244).

A verdade é que a Ministra Ellen Gracie não se sentia confortável em prosseguir com o julgamento diante da ausência do Ministro Joaquim Barbosa, cuja posição favorável ao fisco era conhecida. Tanto que, após pontuar não ser adequado o Tribunal decidir “conforme as presenças eventuais na bancada”, afirmou para o Presidente Peluso: “Vossa Excelência sabe muito bem que eu peço vista destes autos apenas para permitir a presença do Colega ao julgamento” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 252).

Após intenso debate, a Ministra Ellen Gracie argumentou “que posta a questão como está”, ou seja, implementada a medida acauteladora, seu direito ao voto estaria cerceado. Em resposta, o Ministro Peluso observou que a Ministra teria toda a oportunidade de votar, após o pedido de vista. Por outro lado, os Ministros que ainda não haviam votado é que não teriam a

“oportunidade de votar depois de inutilizado o remédio! ” Referia-se o Ministro ao fato de que, com o pedido de vista, prevaleceria a decisão da AC 33 que havia cassado a liminar e, posteriormente, com o voto do Ministro Joaquim Barbosa, o julgamento ficaria empatado, ou seja, ainda prevaleceria a decisão da instância inferior que permitia à Receita Federal a utilização dos dados bancários.

Encerrado o debate, a Ministra Ellen Gracie abriu mão do pedido de vista e votou pelo improvimento do recurso extraordinário, nos termos do voto proferido na AC 33, e alertou que a questão estava para ser decidida com um quórum que lhe “parecia inadequado” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 254). A pertinente observação da Ministra Ellen Gracie já dava pistas da inobservância da cláusula de reserva de plenário.

Entendemos que a Ministra Ellen Gracie poderia ter agido de forma diferente e sem prejuízo para as partes. Bastaria ter prosseguido com o pedido de vista e aceitado a medida acauteladora proposta pelo Ministro Marco Aurélio. Com efeito, se por um lado a Receita estaria provisoriamente impedida de acessar ou utilizar os dados bancários, por outro, não estaria correndo o prazo decadencial, haja vista que o fisco estaria impedido de efetuar o lançamento, não por inércia, mas sim em função de uma decisão judicial, o que na espécie, significa suspensão do prazo decadencial²⁷³. Posteriormente, retomado o julgamento, com a presença do Ministro Joaquim Barbosa, o resultado teria terminado empatado e seria finalizado com a chegada do novo Ministro, no caso o Ministro Luiz Fux.

O voto do Ministro Celso de Mello, dentre os que defendiam a reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco, foi o que mais se aprofundou no tema. Os argumentos utilizados no RE 389.808 foram os mesmos da AC 33.

Tal qual o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello entendeu que a administração tributária não está em posição equidistante do contribuinte, nem dispõe do atributo da “*terzietà*” [imparcialidade], inerente apenas à jurisdição, e destacou que a proteção contida no §1º do art. 145 da CRFB/88 impõe ao fisco, no exercício de sua competência, o dever de respeito aos direitos individuais dos contribuintes (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 255, 256).

Na trilha do HC 93.050, de sua relatoria, sustentou que “os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode

²⁷³ Nesse sentido se manifestou o Ministro Cezar Peluso: “Cassada a medida liminar com o julgamento do recurso extraordinário, do qual é incidente, a requerida [administração tributária] poderá retificar o lançamento, acrescentando-lhe elementos de prova, pois não se concebe possa ser ao final agravada a título de omissão ou inércia, quando inibida, por decisão judicial, no período em que esta produziu efeitos, de inserir os mesmos dados no lançamento” (BRASIL, AC 33,2003c, p. 38).

caracterizar ilícito constitucional”; com efeito, a administração tributária, “embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar ‘respeitados os direitos individuais e nos termos da lei’” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 260).

Segundo o Ministro, o direito à intimidade e à privacidade – manifestações dos direitos da personalidade – são prerrogativas de ordem jurídica que reconhecem “em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada”. Daí, tal qual defendeu no MS 23.669-MC/DF (BRASIL, 2000b), observou que “a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade e à privacidade”, uma vez que representam, nas palavras de Hannah Arendt, “o direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 261-262).

Aduziu ainda que o sigilo bancário, embora não absoluto, reflete a “projeção da garantia fundamental da privacidade – e da intimidade financeira das pessoas”, por isso, enquanto valor constitucional, não está sujeito “a intervenções estatais ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 261-262).

Entendemos, conforme demonstrado no capítulo 3 desta dissertação, que o acesso do fisco aos dados bancários não significa uma transposição arbitrária de questões pessoais do contribuinte para o domínio público, tampouco uma intervenção estatal inidônea ou mera intrusão do Poder Público. O que existe é a transferência de dados bancários – sob domínio privado da instituição financeira e protegidos pelo sigilo bancário – para a administração tributária, de acordo com o regramento legal, os quais passam a estar protegidos também pelo sigilo fiscal. Ademais, além da vedação legal de publicidade de tais dados, há também o interesse tributário que, alinhado com o dever fundamental de pagar tributos, está em consonância com os princípios da eficiência do Estado (art. 37), o princípio da igualdade tributária (art. 150, II) e o da capacidade econômica (art. 145, §1º)²⁷⁴.

Por fim, segundo o Ministro Celso de Mello, a exceção derrogatória à inviolabilidade do sigilo de dados – sigilo bancário – somente pode emanar do Poder Judiciário, ressalvada a competência das CPIs (art. 58, §3º, CRFB/88), sem o que não se deve impor à instituição financeira o dever de fornecer à administração tributária as informações solicitadas, conforme

²⁷⁴ Conferir Capítulo 3, tópico 3.7.2.

exposto a seguir.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, **somente** os órgãos do Poder Judiciário **dispõem** do poder de decretar essa medida extraordinária, **sob pena** de a autoridade administrativa interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. **Apenas o Judiciário**, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), **pode eximir** as instituições financeiras **do dever** que lhes incumbe **em tema** de sigilo bancário (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 273, grifos do autor).

[...]

A inviolabilidade do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado **só possam** emanar de órgãos estatais – **os órgãos do Poder Judiciário** (e, excepcionalmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, **aos quais** a própria Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 275-276, grifos do autor).

O Ministro Cesar Peluso, ao votar na AC/33, deu mais ênfase aos requisitos processuais necessários para a concessão da medida. Em relação ao sigilo bancário, limitou-se a pontuar que, “embora não diretamente”, a matéria já havia sido ventilada pelo STF no MS 21.729, MS 23.851, PET 2.790 AgR e RE 215.301, e o posicionamento prevalente foi no sentido de que “a proteção aos dados bancários configura manifestação do direito à intimidade e ao sigilo de dados”, previstos nos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88, “só podendo cair à força de ordem judicial ou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, ambas com suficiente fundamentação” (BRASIL, AC 33, 2003c, p. 32-33).

Conforme visto acima, o condutor do voto vencedor, o Ministro Relator Marco Aurélio deferiu a “ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários” do contribuinte, bem como conferiu à LC 105/2001 e ao Decreto 3.724/2001²⁷⁵ “interpretação conforme à Carta Federal, tendo como conflitante com esta a que implique afastamento do sigilo bancário do cidadão, da pessoa natural ou da jurídica, sem ordem emanada do Judiciário”. Veja-se que o art. 6º da LC 105/2001 garante ao fisco, de acordo com os requisitos que especifica, acesso direto às movimentações financeiras; ao exigir autorização judicial para tal, o que temos na espécie, conforme observado pela Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 233), é a declaração de inconstitucionalidade do referido mandamento legal. Optou, entretanto, o Ministro Relator pelo eufemismo constitucional e conferiu interpretação conforme ao texto legal.

Ocorre que, ao considerar o art. 6º da LC 105/01 inconstitucional, mediante

²⁷⁵ O Decreto 3.724/2001 regulamentou o art. 6º (acesso indispensável) da LC 105/2001; conferir capítulo 2, tópico 2.4.

interpretação conforme, o plenário não atendeu aos requisitos dos artigos 97 da CRFB/88²⁷⁶ e 173 do Regimento Interno do STF²⁷⁷ que exigem maioria absoluta de seus membros – no caso, seis votos – para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público²⁷⁸. Assim, conforme observa Augusto Cesar de Carvalho Leal (2013), o resultado proclamado, em desacordo com a Constituição e o Regimento Interno do STF, “ambos veículos de normas de ordem pública, que deveriam ter sido conhecidas de ofício”, faz com que o acórdão não consubstancie “precedente idôneo a pacificar a questão e a revelar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria” (LEAL, 2013, p.18, 14)²⁷⁹.

Talvez seja por esse motivo que, após o intenso debate durante o julgamento, a Ministra Ellen Gracie tenha ressaltado que a questão estava para ser decidida com um quorum inadequado. Ainda assim, sustentamos que o melhor seria a Ministra ter aceitado a medida acauteladora proposta pelo Ministro Marco Aurélio, e deixado o término da votação para outro momento. O resultado desse RE, que apesar das falhas apontadas anteriormente não configurou um precedente válido, gerou no mundo jurídico a falsa sensação de que a questão estava pacificada no STF e o acesso aos dados bancários só poderia ocorrer, mediante ordem judicial²⁸⁰, o que certamente provocou um crescente número de demandas judiciais, até para os contribuintes que entendiam a LC 105/2001 como constitucional. Conforme veremos mais adiante, o referido RE figura como justificativa para o projeto de lei complementar proposto na Câmara dos Deputados logo após o STF ter julgado constitucional os artigos 5º e 6º da LC 105/2001 em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

A seguir, analisamos o RE 601.314 e as ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859.

²⁷⁶ CF: art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (BRASIL, 1988)

²⁷⁷ Regimento Interno STF: Art. 143. O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal. Art. 173. Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros. **Parágrafo único.** Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*. (BRASIL, 2016L).

²⁷⁸ Ministros que votaram pela inconstitucionalidade: Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (5 ministros); Ministros que votaram pela constitucionalidade: Ellen Gracie, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Dias Toffoli (4); Min. Joaquim Barbosa estava ausente. O Ministro Luiz Fux ainda não havia tomado posse em substituição ao Ministro Eros Grau que se aposentou em maio/2010.

²⁷⁹ A falta de atendimento aos requisitos apontados foram objeto de embargos de declaração da Fazenda Nacional e da Procuradoria Geral da República que ainda aguardam julgamento até a presente data.

²⁸⁰ Conferir notícias da época (SANTOS, 2010; BRASIL, 2010b; PORTAL BRASIL, 2010).

5.4.2 RE 601.314 e ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859

Desde a edição da LC 105/2001, passados 15 anos, esta foi a primeira vez que o plenário do STF enfrentou, na íntegra, o sigilo bancário, perante o fisco. Ponto que merece destaque neste julgamento refere-se aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial o FATCA e suas consequências sobre os bancos brasileiros.

Conforme vimos no capítulo 5²⁸¹, com a implementação do FATCA, desde 01.07.2014, as instituições financeiras brasileiras estão obrigadas a reportar ao IRS informações sobre as contas consideradas de interesse dos EUA, as *US accounts* (contas de residentes ou cidadãos dos EUA). No caso de descumprimento das regras do FATCA, referidas instituições estão sujeitas à retenção de 30% de pagamentos provenientes de fontes dentro dos EUA. Tais informações são repassadas pelas instituições financeiras brasileiras para a Receita Federal do Brasil que, por sua vez, as repassa para o IRS.

Nesse contexto, caso o STF tivesse decidido pela reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco, para cumprir as regras do FATCA, as instituições financeiras teriam que obter consentimento expresso do cliente²⁸² (*US accounts*) para informar os dados ao fisco brasileiro para fins de repasse ao IRS. No caso de negativa do cliente, a instituição financeira poderia cancelar sua conta, contratos etc., mas esse posicionamento poderia gerar repercussões cíveis por quebra de contrato, sem contar que, dependendo do tipo de cliente, poderia não ser interessante para o banco perdê-lo; poderia ainda não cumprir as regras do FATCA e assumir o risco de sofrer a retenção de 30% dos valores oriundos de fonte dos EUA, o que a colocaria em condições desfavoráveis para competir no mercado internacional, além sofrer restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do FATCA²⁸³.

Verifica-se, pois, que se o STF tivesse decidido pela reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco, tal posicionamento deixaria as instituições financeiras em uma posição extremamente delicada, ante às consequências elencadas anteriormente. É possível inferir, portanto, que houvesse uma certa 'pressão' por parte das instituições financeiras pela não reserva de jurisdição, o que significa dizer que, por coincidência, nesse caso específico, os interesses do fisco e das instituições financeiras estavam alinhados.

Em fevereiro de 2016, o plenário do STF entendeu que é constitucional o artigo 6º da

²⁸¹ Conferir capítulo 5, tópico 5.6.

²⁸² Nos termos do art. 1º, §3º, V, da Lei Complementar 105/2001 não constitui violação do dever de sigilo a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados.

²⁸³ Conferir (FREITAS JÚNIOR, 2016b).

LC 105/2001 e que a Lei 10.174/2001²⁸⁴ não ofendeu o princípio da irretroatividade das leis tributárias (BRASIL, RE 601.314, 2016m), vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Tendo em vista tratar-se de RE com repercussão geral, o STF fixou as seguintes teses:

Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.**

Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 2, grifo nosso).**

Na mesma sessão de julgamento, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o plenário também considerou constitucionais os artigos 5º e 6º da LC 105/2001 e seus respectivos decretos regulamentares, Decreto 4.489, de 28 de novembro de 2002 e o Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001 (ADI’s 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, Relator o Ministro Dias Toffoli²⁸⁵). Entendeu o plenário que a hipótese trata de transferência de sigilo e não quebra de sigilo bancário. Abaixo, em síntese, a ementa do acórdão.

Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. [...] **Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias.** Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes.

1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária. [...]

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009 (sic) [2002]) consagram, de modo expresso, a permanência do

²⁸⁴ A Lei 10.174, de 09 de janeiro de 2001, alterou o art. 11 da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, e permitiu à Receita Federal utilizar, à época, os dados da CPMF para fins de lançamento de crédito nos seguintes termos: Art. 11[...] § 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores." (NR) (BRASIL, 2001b).

²⁸⁵O julgamento das ADI’s 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 constam do mesmo acórdão.

sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. **Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.**

5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. **Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.**

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o **Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários** (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), a cumprir os **padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias**, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. **Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.**

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos. [...]

9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2390, 2397, e 2386 conhecidas e julgadas improcedentes. **Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 1-4, grifo do autor e nosso).**

Vejamos os principais fundamentos utilizados pelos Ministros.

5.4.2.1 Ministro Edson Fachin

Após fazer um histórico legislativo – Leis 4.595/64, 9.311/96 e LC 105/2001 – e jurisprudencial – REsp 1.134.665²⁸⁶, AC 33 e RE 389.808 – sobre o tema, o Ministro Edson

²⁸⁶ A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu razão à Fazenda Nacional, sob o rito do recurso repetitivo. REsp 1.134.665, Relator Ministro Luiz Fux (à época ministro do STJ): PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO

Fachin, com vistas a justificar sua decisão, tanto em relação ao resultado quanto aos pontos de partida, à luz da “controlabilidade racional e democrática da argumentação”, apresentou breves premissas jurídico-filosóficas. Forte na complexidade constitucional que gravita em torno do sigilo bancário e os limites do poder de fiscalização da administração tributária, entendeu ser necessário observar as peculiaridades do sistema constitucional tributário nacional, cuja tradição aponta para um “processo de ampliação da rigidez e exaustividade” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 26).

Sob a premissa da igualdade constitucional tributária, aduziu ser necessário o afastamento de duas visões:

- a) a “concepção de tributação que considera o sistema constitucional tributário um instrumento de defesa do cidadão”: nessa visão, segundo o Ministro Fachin, nas palavras de Marçal Justen Filho, o contribuinte opõe-se à arrecadação tributária, como uma espécie de defesa contra a espoliação do Estado, aliado ao argumento de que quanto menos recurso nas mãos do Estado, menos desperdício, desvios de verbas públicas e corrupção;
- b) a visão do Sistema Tributário Nacional como “instrumento para o abastecimento dos cofres públicos”, concepção que vai de encontro aos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito e aos objetivos²⁸⁷ da CRFB/88 previsto em seu art. 3º (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 26, 27).

Ainda nessa linha, com o apoio da doutrina de Liam Murphy e Thomas Nagel, assentou que a interpretação mais adequada aos valores da CRFB/88, principalmente em relação aos objetivos da República elencados em seu art. 3º, “é aquela que considera a tributação como instrumento para a produção da igualdade entre os cidadãos. Por conseguinte, o tributo extrai seu significado normativo do princípio constitucional da igualdade” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 28).

Por fim, em relação ao aspecto jurídico-filosófico, delimitou o litígio constitucional

DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. [...] 14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto (BRASIL, REsp 1.134.665, 2009d).

²⁸⁷ CRFB/88: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

ao confronto entre “o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 30), situação em que se revela insuficiente a concepção unitária que enxerga o Estado em situação contraposta ao contribuinte. Veja-se:

Nesse âmbito, evidencia-se a insuficiência de uma concepção unitária “Fisco-Contribuinte”, tal como explica Marçal Justen Filho:

“As relações entre tributação e justiça social evidenciam a insuficiência essa concepção unitária ‘fisco-contribuinte’, em que se contrapõe o Estado ao particular ‘pagador de tributos’. **Não existe uma categoria unitária de particulares, com interesses homogêneos e comuns.** Os diferentes particulares têm interesse distintos e diversos no tocante à atividade tributária do Estado. **Isso deriva da ausência de homogeneidade na distribuição de riqueza.** Enormes parcelas da sociedade são destituídas de riqueza mínima necessária a sujeitar-se a tributação direta de seus patrimônios. **As garantias tributárias são relevantes e essenciais não para todo e qualquer ‘cidadão’, mas apenas para os titulares de fortuna. O conflito não se põe entre ‘Estado e contribuinte’, mas entre ‘cidadão titular de riqueza’ e ‘cidadão destituído de riqueza’.**” (op. cit., p. 226)

Trata-se, portanto, da difícil tarefa de equalizar em uma concretude histórica o duplo compromisso da igualdade, isto é, o autogoverno coletivo e a autonomia individual. (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 30, grifo nosso).

Em relação à constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001, na perspectiva da autonomia individual, entendeu o Ministro Fachin que a controvérsia se resume à conformação normativa do direito à privacidade, que “não foi genericamente garantida pela Carta Constitucional, uma vez que o constituinte optou por uma fórmula legislativa que tutelasse autonomamente os diversos direitos correlatos à integridade moral do sujeito de direitos”. Nesse sentido, o sigilo bancário significa “uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 32, 33).

Veja-se que Ministro fez questão de frisar que o sigilo bancário protege as informações bancárias contra ingerências ‘arbitrárias’ ou ‘ilegais’, ainda que do Estado, o que significa dizer que a ingerência que não for arbitrária é permitida. É o que ocorre, por exemplo, com o acesso dos funcionários do banco aos dados bancários, quando do exercício de suas atividades, e do fisco, nos termos da LC 105/2001.

No âmbito do autogoverno coletivo e do Estado Fiscal, em que os tributos são indispensáveis, observou o Ministro Fachin que o dever fundamental de pagar tributos, na doutrina de José Casalta Nabais, em decorrência do princípio da subsidiariedade, impõe “uma responsabilidade coletiva da comunidade política para satisfazer as necessidades dos cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis nos aspectos socio-econômicos”

(BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 33). Referida observação gera reflexos na oponibilidade do sigilo bancário contra o fisco, uma vez que ao limitar o direito subjetivo à privacidade impede que o segredo bancário seja utilizado com a finalidade de sonegar tributos.

Destacou o duplo compromisso do princípio da igualdade: pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte; e o comprometimento do Estado com a satisfação das necessidades coletivas de seu povo, “chaves de leitura” para interpretar o artigo 145, §1º, da CRFB/88, no sentido de que a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte pelo fisco significa a concretização do princípio da capacidade contributiva, o qual corre o risco de ser violado no caso de negativa de acesso do fisco aos dados bancários dos contribuintes nas hipóteses previstas nos incisos do art. 3º do Decreto 3.724/01, que regulamentou o art. 6º da LC 105/2001 (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 37).

Entendeu ainda que o legislador não ultrapassou os limites constitucionais, uma vez que estabeleceu limites objetivos para a requisição de informações financeiras pelo fisco, quais sejam: processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; e que os exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente –, bem como manteve o sigilo das informações recebidas, nos termos do art. 198 do CTN, o que revela, na hipótese, “translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 37).

Até então, os argumentos apresentados pelo Ministro Edson Fachin alinhavam-se àqueles explicitados nos votos vencidos no RE 389.808, em especial o da Ministra Ellen Gracie.

A inovação ocorreu quando o Ministro enfatizou que a questão do “sigilo bancário não se restringe aos limites da territorialidade brasileira, dado que se trata de uma questão transconstitucional”, o que está em consonância com o novo paradigma de tributação denominado pelo Professor Heleno Taveira Torres de “Fisco Global”. Nesse contexto, chamou a atenção para o esforço do G20, em conjunto com a OCDE, na implementação do Fórum Global de Transparência Fiscal e a “missão de acabar com a era sigredo bancário (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 35). Destacou os compromissos internacionais, em matéria tributária, assumidos pelo Brasil²⁸⁸:

- a) Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Tributária;

²⁸⁸ Acerca dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil conferir capítulo 4.

- b) Convenção para Troca Automática de Informação Financeira em Matéria Tributária *Common Reporting Standard (CRS)*;
- c) o plano *BEPS – Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Plano de Ação para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros);
- d) *Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA* (Lei de conformidade tributária de contas estrangeiras).

Ainda em relação à transparência internacional, o Ministro mencionou estudo divulgado pela organização não-governamental *Transparency International*, no sentido de que o Brasil ainda não possuía, “uma adequada definição de proprietário beneficiário e mecanismos para assegurar que as autoridades competentes estejam aptas para identificar o efetivo proprietário de entidades legais domésticas e internacionais que operam no Brasil”; lacuna que veio a ser preenchida, em maio de 2016²⁸⁹ (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 36).

Enfim, destacou o Ministro Fachin que

[...] no plano internacional, o Estado brasileiro tem reiteradamente tomado decisões soberanas a fim de se integrar ao conjunto de esforços globais de combate à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas jurídicas e arranjos comerciais.

Tais escolhas políticas parecem acertadas, caso o parâmetro seja a fruição empírica dos direitos fundamentais, tendo em vista a gravidade da situação brasileira e mundial, como, por exemplo, segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, 2 a 5% do PIB global (USD 0,8 a 2 trilhões) passa anualmente por processo de branqueamento de capitais, ao passo que aproximadamente 8% da riqueza mundial está localizada em paraísos fiscais (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 36).

Em relação à Lei 10.174/01 (BRASIL, 2001b), que permitiu à Receita Federal utilizar os dados da CPMF para fins de lançamento de crédito, a questão de fundo, que se aplica também à LC 105/2001, é saber se o novo mecanismo fiscalizatório descrito pode ser empregado para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da CPMF, cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência desse diploma legislativo, à luz do princípio da irretroatividade tributária.

Segundo o Ministro Fachin, não há que se falar, na hipótese, em aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que a alteração promovida pela lei tratou de atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que

²⁸⁹ A Receita Federal do Brasil publicou a Instrução Normativa RFB nº 1.634, em 06 de maio de 2016, que obriga a identificação do beneficiário final das empresas nacionais e estrangeiras que vierem de alguma forma operar no país (art. 8º e 9º) (BRASIL, 2016b). Conferir capítulo 4, tópico 4.5

evidencia o caráter instrumental da norma e está em consonância com o artigo 144, §1º, do CTN²⁹⁰.

5.4.2.2 Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli defendeu seu posicionamento já externado no julgamento da AC 33 e RE 389.808 e destacou dois pontos que refletem a sua compreensão sobre o tema:

(i) a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental (notadamente de violação à intimidade), pois, não há “quebra de sigilo bancário”, mas, ao contrário, a afirmação daquele direito; e (ii) a confluência entre os deveres do contribuinte (**o dever fundamental de pagar tributos**) e os deveres do Fisco (**o dever de bem tributar e fiscalizar**), esses últimos com espeque, inclusive, nos mais **recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil** (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 24, grifo nosso).

Entendeu o Ministro Dias Toffoli que a “quebra” de sigilo bancário, em afronta à garantia prevista no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da CRFB, ocorreria se houvesse a circulação dos dados, o que inexistente na hipótese, uma vez que os dispositivos determinam, de forma expressa, a permanência do sigilo das informações (art. 5, §5º e art. 6º, parágrafo único da LC 105/2001)²⁹¹, o que remete ao artigo 198 do CTN que veda “a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. Ademais, continuou o Ministro, as divulgações das informações bancárias tanto pelas instituições financeiras quanto pelo servidor público constituem crime, conforme previsto nos artigos 10 e 11 da LC 105/2001.

Reportando-se ao voto da Ministra Ellen Gracie na AC 33, pontuou que os mencionados dispositivos legais (artigos 5º e 6º) tratam de ‘informações’; com efeito, o que ocorre não é a quebra de sigilo, mas sim a transferência do sigilo dos bancos ao fisco. Nessa linha, assentou não haver distinção entre as espécies de sigilo que aponte mais seriedade do sigilo bancário em face do fiscal. “Ao contrário, os segredos impostos às instituições

²⁹⁰ CTN: Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros (BRASIL, 1966a).

²⁹¹ LC 105/2001: Art. 5º [...]§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor. Art. 6º [...] Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (BRASIL, 2001c).

financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos que são à mais estrita legalidade”. Assim, a utilização dos dados bancários pelo fisco, além de não desnaturar o caráter sigiloso da movimentação financeira do contribuinte, também não implica a violação de sua privacidade (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 26).

Com apoio em Ada Pellegrini Grinover, o Ministro Dias Toffoli observou que o direito à privacidade compreende a defesa da pessoa contra a divulgação de informações particulares, ainda que conhecidas pelo divulgador de forma legítima. Nesse sentido, não há violação de privacidade por parte do fisco ao acessar os dados bancários do contribuinte, uma vez que tais informações não são divulgadas, porquanto protegidas pelo sigilo fiscal, mas tão somente utilizadas sob o amparo do art. 145, §1º da CRFB/88.

Após salientar que o gerente de banco tem acesso aos dados bancários dos cidadãos e que grande parte das movimentações bancárias e financeiras ocorrem no âmbito das instituições privadas, indagou o Ministro Dias Toffoli: “Um gerente de banco é mais confiável que um Auditor da Receita? A sociedade confia no agente privado, mas não confia no agente público, na instituição pública, na manutenção do dever de sigilo?”²⁹²

Entendeu o Ministro que a hipótese não trata de devassa da vida financeira do contribuinte, aliás, em termos de violação de privacidade e vazamento de informações, afirmou de forma incisiva que “aparece na imprensa muito mais quebra de sigilo judiciário do que quebra de sigilo de contas bancárias, imposto de renda²⁹³”.

O Ministro Dias Toffoli fez uma afirmação grave, verdadeira e extremamente sensível: o vazamento de informações no âmbito do Judiciário, informação referendada pelo Ministro Zavaski e acompanhada de um silêncio eloquente do plenário. No ponto, indagamos aos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello se o uso indevido das informações financeiras seria fazer o cotejamento de dados da movimentação financeira do contribuinte com os valores declarados ao fisco para apurar eventual irregularidade em relação ao cumprimento das obrigações fiscais.

Observou ainda o Ministro Dias Toffoli que se o fisco tem acesso ao “conjunto maior” – declaração de bens –, por força de dispositivo legal, com mais razão ainda poderia ter acesso ao “conjunto menor” – informações financeiras –, também sem autorização judicial, desde que respeitados os direitos individuais do contribuinte. A corroborar tal

²⁹² Conferir vídeo no You Tube (1h07min30s): Direto do Plenário. Julgamento Conjunto: RE 601.314, ADIs: 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 (BRASIL, 2016k1).

²⁹³ Conferir vídeo no You Tube (1h13min45s): Direto do Plenário. Julgamento Conjunto: RE 601.314, ADIs: 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 (BRASIL, 2016k1).

argumento, salientou que se a previsão legal para entrega da declaração de imposto de renda fosse diária, as informações financeiras deveriam ser declaradas diariamente ao fisco. Tendo em vista a impraticabilidade de tal medida, o legislador estabeleceu o prazo de entrega anual. Verifica-se, pois, arrematou o Ministro, que a obrigatoriedade de declarar não é imposição judicial, mas legal²⁹⁴.

Em seguida, o Ministro Dias Toffoli explicitou o desenvolvimento paulatino da atuação da fiscalização, que se inicia com o acesso sistêmico (art. 5º da LC 105/2001), meio menos gravoso ao contribuinte, em que a natureza das informações é bastante restrita, limitando-se à identificação dos “titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”. Somente no caso de detecção de indícios de falhas, incorreções, omissões etc., mediante o cotejamento de informações, é que será realizado o acesso indispensável (art. 6º da LC 105/2001), os quais exigem requisitos objetivos para tal acesso, conforme já salientado anteriormente²⁹⁵. Embora o Ministro tenha detalhado as diferenças dos acessos sistêmico e indispensável, verifica-se que alguns ministros, em especial o Ministro Lewandowski, não compreenderam, na íntegra, como funcionam tais acessos. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

Com esses argumentos, o Ministro Toffoli assentou que a LC 105/2001, e os respectivos decretos regulamentadores, não promoveram uma “devassa” na vida financeira do contribuinte. Ao revés, além de respeitarem os direitos e as garantias individuais, nos termos do art. 145, §1º da CRFB/88, atenderam também ao princípio da razoabilidade.

Firme na confluência dos deveres do cidadão e do fisco, para fins de implementação da justiça social, em que a tributação figura como um importante instrumento, tal qual o Ministro Fachin, o Ministro Dias Toffoli, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos, na doutrina de Casalta Nabais e Marciano Buffon, e da adoção de mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, a qual traz efeitos drásticos para o Estado Fiscal. Vejamos:

A solução do presente caso perpassa, portanto, pela compreensão de que, **no Brasil, o pagamento de tributos é um dever fundamental**.
A propósito do tema, vale destacar, por seu pioneirismo, a obra do jurista português José Casalta Nabais. No livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, o

²⁹⁴ Conferir vídeo no YouTube (1h16min30s): Direto do Plenário. Julgamento Conjunto: RE 601.314, ADIs: 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 (BRASIL, 2016k1).

²⁹⁵ Acerca dos acessos sistêmico e indispensável, conferir capítulo 2.

professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra **demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental.**

Na doutrina brasileira, vale mencionar os estudos de Marciano Buffon, que, se debruçando sobre a conceito em referência, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos numa sociedade que se organiza sob as características do Estado Social – como é o caso do Brasil –, pois, nesse modelo, o Estado tem o dever de assegurar a todos uma existência digna, o que pressupõe a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais do cidadão, por meio da prestações que demandam recursos públicos. [...]

A sonegação fiscal [...] determina drástica redução da receita pública, o que impacta negativamente na prestação de serviços essenciais pelo Estado e, conseqüentemente, na concretização de direitos fundamentais sociais, tais como educação, saúde e assistência e previdência sociais. [...] inviabiliza a concretização dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

No estado fiscal, em que os cidadãos estão ligados por um liame de solidariedade, do qual decorre um dever de contribuir financeiramente para o funcionamento do Estado, o cidadão detém o direito de que todos os demais contribuintes paguem o tributo devido, de modo que haja uma distribuição justa dos encargos financeiros. A sonegação fiscal subverte essa lógica, visto que, embora a arrecadação possa ser menor que a esperada, as necessidades de caixa do governo jamais diminuem, o que **redunda em aumento da carga tributária.**

Nesse cenário, importa destacar que o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 se mostra de extrema significância ao efetivo combate à sonegação fiscal no país (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 31-35, grifos nosso e do autor).

O Ministro Dias Toffoli destacou também os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, elencados anteriormente, e, ao destacar as atividades do Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais, lançou mão de um dos principais argumentos para o desate do tema. Pontuou o Ministro que:

O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global, a adotar esse padrão a partir de 2018, de modo que não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena, inclusive, de descumprimento de seus compromissos internacionais (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 39, grifo do autor).

Referiu-se o Ministro Dias Toffoli ao intercâmbio automático de informações financeiras com base no padrão CRS (Padrão Comum de Relatório), concluído e aprovado pela OCDE e pelo G20, em 2014, cuja base legal é a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária aprovada pelo Decreto Legislativo n. 105, de 15 de abril de 2016 (BRASIL, 2016c) e promulgada pelo Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016 (BRASIL, 2016a). Conforme elencado de forma detalhada no capítulo 4 desta dissertação²⁹⁶, mais de 100 países, dentre eles vários paraísos fiscais, já assinaram a

²⁹⁶ Conferir capítulo 4, tópico 4.7.2.2.

Convenção Multilateral e estão empenhados em implementar o CRS em 2017/2018. O Brasil comprometeu-se a trocar informações, a partir de 2018.

Ao salientar que o movimento de cooperação internacional para o intercâmbio automático de informações financeiras dos contribuintes com as administrações tributárias é uma tendência internacional, que já ocorre em vários países²⁹⁷, o Ministro Dias Toffoli sinalizou, subliminarmente, para os demais Ministros que se o STF entendesse pela reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco, além de expor o Brasil a uma situação delicada no cenário mundial, haja vista que vários países, dentre eles muitos paraísos fiscais, já aderiram ao referido intercâmbio de informações²⁹⁸, estaria ainda o STF a direcionar o país para a contramão das nações mais desenvolvidas do mundo em termos de transparência fiscal.

Por fim, acatando sugestão dos Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, explicitou que os “Estados e Municípios” somente poderão ter acesso às informações financeiras referentes ao art. 6º da LC 105/2001 (acesso indispensável), após a matéria estar “devidamente regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, o qual foi formulado de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos dados bancários” (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 48). Nesse sentido, o Ministro asseverou que a regulamentação da matéria pelos Estados e Municípios deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias:

- i) **pertinência temática** entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança **no processo administrativo instaurado;**
- ii) **prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo** (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;
- iii) **submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente;**
- iv) **existência de sistemas eletrônicos de segurança** que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos;
- v) **estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;**
- vi) **amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões**, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999 (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 48, grifo nosso).

²⁹⁷ Conferir Quadro 2, capítulo 4, tópico 4.8.

²⁹⁸ Países que figuram na lista de paraísos fiscais do Brasil (Instrução Normativa RFB n.1.037, de 04 de junho de 2010) que aderiram ao CRS e à Convenção Multilateral, com previsão de troca de informações em 2017/2018: Barbados, Bermudas, Curaçao, Ilhas Cayman, Ilhas Maurício, Ilhas Virgens Britânicas, Irlanda, Jersey, Mônaco, dentre outros (BRASIL, 2010a).

O primeiro ponto a ser observado em relação ao item anterior é que a regulamentação a ser efetuada abrange somente os Estados e Municípios, o que inclui o Distrito Federal. Nesse sentido, o acesso aos extratos bancários pelo fisco federal (art. 6º da LC 105/2001), nos termos do Decreto 3.724/2001, foi considerado hígido, tanto que funcionará como modelo para os demais entes federativos.

O segundo ponto refere-se às garantias processuais do contribuinte na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99 (BRASI, 1999b) e à exigência de formalização de um processo administrativo. Percebe-se que os ministros não entenderam, com total nitidez, como ocorre o acesso do art. 6º da LC 105/2001. É que o Decreto menciona processo administrativo ou procedimento fiscal em curso²⁹⁹, sendo o último o mais comum, uma vez que até então o que o fisco tem são apenas indícios de irregularidades fiscais; não há um processo administrativo formalizado. Este somente existirá, se houver um lançamento. Portanto, se o Decreto foi considerado constitucional e modelo para os demais entes, entendemos que o termo processo administrativo abarca o procedimento fiscal.

Em relação às garantias previstas na Lei 9.784/99, principalmente em relação à ciência em todas as fases do procedimento e o amplo acesso aos autos, elas já constam do Decreto 70.235/72, que cuida do procedimento administrativo no âmbito fiscal, e do art. 42 da Lei 9.430/96, conforme observado no capítulo 2³⁰⁰.

Significa dizer, portanto, que o acesso aos extratos bancários pode ocorrer tanto no âmbito de um processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, e obrigatoriamente, devem ser observadas todas as demais garantias ora elencadas, sob pena de nulidade do eventual lançamento. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

5.4.2.3 Ministro Roberto Barroso

Em um voto didático e substancial, o Ministro Barroso destacou sua antiga posição doutrinária, em que a regra geral é a reserva de jurisdição sempre que se tratar de quebra de sigilo fiscal, bancário ou telefônico, até mesmo em relação à CPI. Justificou tal posicionamento ao argumento de que, em se tratando de “segurança da cidadania” e

²⁹⁹ Observamos no capítulo 2, tópico 2.4 que o legislador ao mencionar processo administrativo ou procedimento fiscal o legislador eliminou a controvérsia então existente na redação do § 5º do art. 38 da Lei 4.595/64 que se referia a “processo instaurado”, o que foi entendido como processo judicial. No ponto em análise, entendemos que o Relator utilizou o termo processo administrativo de forma genérica, de forma a abarcar o procedimento fiscal.

³⁰⁰ Conferir capítulo 2, tópico 2.4

“proteção dos direitos fundamentais”, um “órgão externo àquele diretamente interessado” deve exercer o controle (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 44; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 52). Ressalvou, todavia, que no caso da Receita Federal a regra geral merece uma atenuação. O que vemos é a preocupação do Ministro Barroso em esclarecer que mudou seu posicionamento doutrinário por motivos que entendeu consistentes. Situação totalmente diversa daquela que ocorreu com o Ministro Gilmar Mendes, no RE 389.808 e que, novamente, se repetiu neste julgamento, conforme veremos mais adiante.

Posto isso, apontou o Ministro Barroso que, em decorrência do processo de massificação, característica da administração fiscal, na segunda metade do século XX, prevalece no atual contexto do Direito Tributário o tributo lançado por homologação, situação em que a maior parte da arrecadação depende da cooperação do contribuinte, que assume a responsabilidade de calcular, declarar e recolher o tributo. Nesse sentido, transferir tal responsabilidade para os contribuintes e não permitir ao fisco seu efetivo controle, mediante a negativa de acesso direto aos dados bancários, “equivale a estabelecer uma presunção quase absoluta³⁰¹ em relação às declarações de pagamento efetivadas por aqueles que, de certo modo, são interessados no não pagamento”, o que obsta a administração tributária e abre espaço para a “evasão tributária e a sonegação fiscal, que corroem as ideias de justiça e de igualdade fiscal” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 3; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 64).

No atual ambiente de globalização e sociedade de risco, faz-se necessária uma mudança tanto na relação entre o Estado e a sociedade, quanto entre os Estados e os instrumentos para combater a evasão fiscal, lavagem de dinheiro, o terrorismo, enfim, os riscos da modernidade. Nesse ambiente, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, pontuou o Ministro Barroso que a transparência na atividade financeira, “em contraponto à transparência na conduta do contribuinte garantida pelas normas antielisivas, pelas regras anti-sigilo bancário e pelo combate à corrupção ativa, pode conduzir à minimização dos riscos fiscais do Estado Democrático de Direito”³⁰² (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 4; BRASIL, 2.390, 2016o, p. 66).

O Ministro Barroso também destacou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, bem como o movimento global de pressão às práticas de lavagem de dinheiro e evasão fiscal internacional, e pontuou que:

³⁰¹ Esse argumento também foi abordado pelo Ministro Dias Toffoli; vide : BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 36.

³⁰² Em relação à globalização, sociedade de risco e transparência, conferir capítulo 4, tópico 4.2.

Todos esses instrumentos de direito internacional trazem mecanismos de controle e cooperação internacional que, em maior ou menor medida, pressupõem a coleta interna e o compartilhamento de informações fiscais e econômicas entre Estados. Ou seja, **em sede internacional, a abordagem do tema já pressupõe a ausência de empecilhos internos à obtenção dos dados e caminha no sentido de se estabelecer** mecanismos que possibilitem as trocas automáticas de informações, inclusive superando a lógica do pedido específico de informações (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 56; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 68, grifo nosso).

Firme também no dever fundamental de pagar tributos, observou que é comum as pessoas esquecerem, após séculos, que o contrato social trata de um “acordo entre pessoas e não entre essas e o Estado”; nesse sentido, pondera:

Se a criação do Estado é um projeto coletivo, deve-se reconhecer que a solidariedade se projeta com muita força no direito fiscal, que se traduz na disciplina da repartição igualitária dos custos dos direitos prestados e/ou garantidos pelo Estado. Nesse contexto, **o pagamento de tributos constitui-se um dever fundamental estabelecido constitucionalmente**. Dever esse juridicamente fundamentado quer na feição Fiscal assumida pelo Estado contemporâneo, quer no elenco de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e que pressupõem o necessário financiamento (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 57-58; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 69-70, grifo nosso).

Nesse projeto coletivo de Estado, em que é dever de todos contribuir, na medida de sua capacidade contributiva, uma vez que a principal fonte de financiamento é o tributo, entendeu o Ministro Barroso, sob a doutrina de Klaus Tipke, que a função das autoridades “não corresponde ao mero interesse do Tesouro, mas sim ao interesse que o contribuinte tem de que os demais também paguem os tributos devidos”. É dizer, a administração tributária atua como um “agente fiduciário da comunidade solidária formada por todos os contribuintes”, raciocínio em consonância com os artigos 145, §1º (capacidade contributiva) e 150, II (isonomia tributária) da CRFB/88. (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 58-59; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 70-71).

Ante tais premissas, o pensamento do Ministro Barroso pode ser sintetizado da seguinte forma:

- (i) na feição atual do Estado, todos têm a **obrigação de contribuir, na medida das suas capacidades**, para a manutenção do Estado Fiscal; e
 - (ii) para garantir a efetividade da primeira afirmação, é necessária a criação de **regras que auxiliem a fiscalização e arrecadação de tributos** possibilitando que tais recolhimentos possam representar de maneira concreta o percentual da riqueza revelada pelo contribuintes.
- Um sistema tributário constitucional que consagre a capacidade contributiva e a utilize na gradação dos seus tributos, mas **não conceda à autoridade fiscal os mecanismos necessários para fazer cumprir esse objetivo na prática e coibir os abusos, frustra a vontade da Constituição** de promover uma repartição equitativa da carga tributária, o que é, repito, um direito de todos (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 10-1; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 72).

No tocante à proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, como o principal argumento constitucional contra o acesso das autoridades fiscais aos dados bancários, o Ministro Barroso assentou que o STF caminhou em “rumo oposto” ao resto do mundo ao decidir, no RE 389.808, pela reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco³⁰³.

O Ministro Barroso tocou no ponto central do problema e, após pontuar que a discussão nunca havia alcançado “a profundidade, a pluralidade e a visibilidade do debate travado no presente recurso” assentou que era preciso o STF “aprofundar a discussão e atualizar seu entendimento sobre a correlação entre o direito à intimidade e o sigilo bancário nos dias atuais” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 61; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 73). O que vemos é o Ministro Barroso, de forma explícita, afirmar que a jurisprudência do Tribunal estava equivocada.

À luz do direito comparado, observou o Ministro que o rigor da reserva de jurisdição “não encontra eco nas principais democracias do mundo, tal qual Estados Unidos, França, Portugal, Alemanha, tampouco na Cortes Constitucionais da Espanha e Itália, por exemplo³⁰⁴.

Entendeu que a oposição de sigilo bancário ao fisco não “tem relação direta” com as garantias constitucionais do direito à intimidade e à proteção da vida privada; mas, ainda que

³⁰³ Em El mito del secreto bancario ante el fisco: el caso de Brasil, ao analisar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (FATCA, CRS – analisados no capítulo 4), observamos que caso o STF entendesse pela reserva de jurisdição do sigilo bancário seria uma demonstração de que o país caminha em direção oposta às maiores economias do mundo, veja: “[...] ii. En el ámbito del CRS, demostraría que el país camina en dirección opuesta a las economías más grandes del mundo; impediría que Brasil recibiera del exterior información que pudiera constituir delitos fiscales; dejaría al país en una posición extremadamente delicada en el escenario internacional, dado que las jurisdicciones mencionadas en la lista brasileña de países o dependencias con tributación favorecida y regímenes fiscales privilegiados (Islas Caimán, Islas Bermudas, Barbados, Liechtenstein, etc.) se unirían al modelo. Por último, es en el escenario global que afirmamos que el secreto bancario ante las autoridades fiscales es un mito. Si en el pasado reciente dicho secreto ya era cuestionado, con la implementación de nuevas medidas de transparencia en este nuevo paradigma de tributación con más razón no hay necesidad de hablar de su existencia; recordando siempre que tales datos una vez transferidos a las autoridades fiscales siempre estarán protegidos por el secreto fiscal.” “[...] ii) No âmbito do CRS, demonstraria que o país caminha em direção oposta às maiores economias do mundo; impediria que o Brasil recebesse do exterior informações que podem configurar ilícitos tributários; deixaria o país numa posição extremamente delicada no cenário internacional haja vista que jurisdições que constam da lista brasileira de países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados (Ilhas Cayman, Ilhas Bermuda, Barbados, Liechtenstein etc.) já aderiram ao modelo. Enfim, é no cenário do fisco global que afirmamos que o sigilo bancário perante o fisco é um mito. Se no passado recente tal sigilo já era questionado, com a implementação de novas medidas de transparência neste novo paradigma de tributação com mais razão ainda não há que se falar em sua existência; lembrando-se sempre de que tais dados uma vez transferidos para o fisco sempre estarão protegidos pelo sigilo fiscal” (FREITAS JÚNIOR, 2016a, p. 77, tradução nossa). Conferir também (FREITAS JÚNIOR, 2016b).

³⁰⁴ Acerca do sigilo bancário no cenário mundial, conferir capítulo 4, tópico 4.8

tivesse, não faz parte do “seu núcleo essencial³⁰⁵”, tal qual pretendem os defensores de “uma concepção quase absoluta de sigilo bancário”; nesse sentido,

[...] os direitos fundamentais, aí incluídos **a intimidade e a vida privada, podem sofrer restrições** e o grau aceitável de compressão desses direitos varia também de acordo com circunstâncias e os demais direitos em jogo, sem que isso, *prima facie*, possa ser considerada uma violação à Constituição. Sendo assim, somente através de uma análise à luz do caso concreto será possível definir se a restrição promovida a um determinado direito fundamental respeitou ou não o princípio da proporcionalidade, postulado que irá conduzir o processo de decisão (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 65; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 76).

À luz do princípio da proporcionalidade, aduziu ainda que o acesso do fisco à movimentação financeira do contribuinte, sem prévia autorização judicial, é medida que atende aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A medida revela-se adequada, uma vez que confere maior eficiência e capilaridade à fiscalização, incrementa a arrecadação e adimplência voluntária, promove justiça fiscal, dificulta a vida dos sonegadores, além de funcionar como instrumento de combate ao terrorismo, ao tráfico internacional de drogas e armas, ao permitir o rastreamento e cotejamento de fluxos financeiros, mediante a troca de informações entre os países.

No campo da necessidade, entendeu o Ministro Barroso que não existe outro meio igualmente idôneo que permita ao fisco acessar os dados bancários daqueles contribuintes que pretendem ocultá-los.

Por fim, a medida também é proporcional em sentido estrito porquanto, na análise entre o custo e o benefício, eventuais restrições às garantias fundamentais dos contribuintes são compensadas com a promoção de outros benefícios também de índole constitucional, tais como: isonomia tributária e da justiça fiscal (art. 150, II), concretização dos princípios da eficiência e da economicidade na cobrança dos créditos tributários (arts. 37 e 70,), garantia da livre concorrência, o que evita vantagens indevidas decorrentes da sonegação fiscal (art. 170, IV), contribuição para o princípio da razoável duração do processo, uma vez que menos processos judiciais contribuem para o descongestionamento do Judiciário (art. 5º, LXXVIII).

Aduziu o Ministro Barroso que, na essência, a argumentação e os métodos de atuação do Judiciário são jurídicos, entretanto, quando a questão envolve “jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis³⁰⁶”, é notória a “dimensão política”, o que ocorre em função da

³⁰⁵ O posicionamento do Ministro Barroso guarda semelhança com a teoria do suporte fático amplo. Conferir capítulo 3, tópico 3.6.3

³⁰⁶ Para o Ministro Roberto Barroso, “Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos

“atuação criativa” do intérprete, das “cláusulas abertas” e das “escolhas entre soluções alternativas” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 69; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 80).

Nessa linha de pensamento, a percepção desenvolvida nos últimos tempos é que a norma jurídica deixou de ser “o relato abstrato do texto legal” e assumiu a feição de “produto da integração entre o texto e a realidade”, ocasião em que, para se descobrir a “vontade constitucional”, faz-se necessário verificar os fatos subjacentes (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 70; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 80).

Assim, para se alcançar o verdadeiro significado da norma constitucional, o qual ultrapassa o texto frio da lei, entendeu o Ministro que é preciso fazer, em primeiro lugar, uma leitura moral da Constituição, em seguida, uma interpretação evolutiva, com vistas a uma atualização do texto constitucional e, por fim, uma interpretação pragmática, cujo objetivo é produzir o melhor resultado para a sociedade, respeitados os valores e direitos fundamentais³⁰⁷.

Ainda dentro do pragmatismo, campo em que o contextualismo e o consequencialismo merecem destaque, o Ministro apresentou três argumentos que demonstram a necessidade de revisão da jurisprudência do STF em relação ao sigilo bancário, perante o fisco.

a) Efeitos sistêmicos sobre a atividade da fiscalização.

Na transferência de dados da instituição financeira para o fisco, guardião natural de informações financeiras dos contribuintes regulares com suas obrigações fiscais, a garantia da intimidade (art. 5º, X, da CRFB/88) é preservada, vedada, sob pena de responsabilização criminal, cível e administrativa, a divulgação para terceiros. Na declaração de imposto de renda das pessoas físicas constam informações associadas diretamente à intimidade do contribuinte (filho fora do casamento, desconhecido do conjugue, e declarado como dependente, despesas médicas relativas a doenças graves, doações feitas a pessoas físicas,

parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. Três situações geradoras de casos difíceis são a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais e as colisões de normas constitucionais” (BRASIL, RE 601.314, 2016, p. 69; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 80).

³⁰⁷ “A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa” (BRASIL, RE 601.314, 2016, p. 70; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 81).

indicação de doença grave, que permitem a isenção do imposto etc), entre outras. “Nem por isso, se cogita de declarar tais obrigações inconstitucionais ou condicionar o seu fornecimento à prévia determinação judicial” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 72; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 83). Observou ainda que um dos efeitos sistêmicos da corrente favorável ao sigilo bancário é que seria vedado ao fisco o acesso às informações bancárias, sem prévia autorização judicial. Por outro lado, os contribuintes que fornecem tais dados ao fisco, mediante declaração de rendas, o fazem por força da legislação tributária e não por liberalidade. Com efeito, por coerência, todos os dispositivos legais que exigem a informação dos referidos dados bancários do contribuinte também seriam inconstitucionais, o que teria um efeito drástico não somente para a fiscalização, mas para o sistema tributário em geral.

b) Consequências para o sistema tributário interno.

Incremento da carga fiscal sobre contribuintes que estão sujeitos à retenção na fonte (assalariados, servidores públicos etc.), os quais suportarão o ônus tributário de uma pequena parcela que sonega imposto, mas com forte poder econômico e representatividade na população. E também refletirá no aumento da tributação sobre o consumo, de forma a agravar cada vez mais a injustiça fiscal.

c) Consequências no Campo Internacional.

Na era da globalização e da sociedade de risco, em que os países se esforçam para atrair capitais e travam uma forte batalha contra os paraísos, criar óbices para o sigilo bancário perante o fisco significa distanciar o Brasil das nações mais desenvolvidas, bem como caminhar em direção oposta à transparência. No aspecto prático e geopolítico, representa o “isolamento do Brasil no cenário internacional, além de, mais diretamente, frustrar diversos acordos internacionais já celebrados” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 74; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 85).

Esse último ponto demonstra exatamente o contrário do que defendem Ives Gandra e Misabel Derzi. Para esses autores, a ausência de sigilo bancário perante o fisco acarretaria a fuga de capitais do país e seria prejudicial em termos de investimentos internacionais, conforme elencado no capítulo 3.

5.4.2.4 Ministro Teori Zavascki

O Ministro Teori Zavascki, reportando-se ao seu voto proferido à época em que ainda integrava o STJ³⁰⁸, sustentou de forma concisa, mas objetiva e consistente, a constitucionalidade do acesso do fisco aos dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial. Destacou três ordens de valores que, no seu entendimento, circundam o tema:

- a) o direito à privacidade e à intimidade;
- b) a preservação da segurança das informações; e
- c) a reserva prévia de jurisdição.

Em relação à privacidade dos dados bancários, na linha dos votos proferidos pelos Ministros Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence, no MS 21.729, sustentou que a matéria não se enquadra no art. 5º da CRF/88, ao revés, trata-se de matéria “eminentemente infraconstitucional” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 86; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 97).

Reportando-se às informações previstas no art. 5º, §1º, da LC 105/2001, observou que os contribuintes já estão obrigados a informá-las ao fisco na respectiva declaração de ajuste anual. Referiu-se o Ministro Teori Zavascki à declaração de rendas da pessoa física, “retrato” da situação patrimonial/financeira do contribuinte no dia 31 de dezembro de cada ano-calendário.

Ocorre que determinadas movimentações financeiras encerram o seu ciclo ao longo do próprio ano-calendário e não constam da fotografia patrimonial/financeira do dia 31.12. O valor depositado na conta bancária do contribuinte em 06.05 do ano X e sacado em outra data, antes do dia 31.12, do mesmo ano X, por exemplo, não consta da declaração de rendas referentes a esse ano-calendário. Entretanto, se a periodicidade de entrega da declaração de rendas fosse diversa, diária ou mensal, por exemplo, tal valor deveria ser informado ao fisco, por força da legislação tributária já existente. Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, por praticabilidade, o legislador estabeleceu um prazo maior de entrega, no caso anual. Nesse sentido, o que a LC permite é que o fisco tenha acesso às movimentações financeiras que não constam da declaração de rendas. O que é impraticável para o

³⁰⁸ Referiu-se o Ministro ao voto proferido no: (BRASIL, EREsp 608.053, 2006b).

contribuinte de forma isolada, não o é para a instituição financeira, que consolida todos os dados e informa ao fisco mediante a entrega da e-financeira³⁰⁹, obrigação acessória que caminha de mãos dadas com o princípio da eficiência.

Assim, continuou o Ministro, se houvesse uma reserva de intimidade em relação às referidas informações financeiras, haveria também em relação a outras informações prestadas ao fisco que são “muito mais íntimas”, tal qual pensão alimentícia, filhos, dependentes, questões de saúde que vão “desde a pediatria à geriatria, passando pela psiquiatria”. É dizer, a questão não se coloca no plano da intimidade (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 87; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 98).

Note-se que o Ministro afirma que determinadas informações prestadas ao fisco são “muito mais íntimas”, o que quer dizer que há intimidade nos dados bancários, tal qual defendemos no capítulo dois. Entretanto, o fato de os dados bancários integrarem parte da intimidade/privacidade do contribuinte não significa dizer que não possam ser acessados pelo fisco; a intimidade/privacidade dos dados existe, porém não é oponível ao fisco.

Em arremate, salientou o Ministro Zavascki, que não há que se falar em intimidade das pessoas jurídicas, ante a obrigatoriedade que elas têm de prestar contas ao fisco, à CVM, aos seus acionistas; enfim, estão sujeitas à publicidade tanto da situação patrimonial, quanto financeira.

No tocante à segurança das informações, entendeu que não há quebra de sigilo, uma vez que o art. 6º da LC 105/2001 autoriza, expressamente, o acesso das autoridades fiscais. Quanto ao risco de vazamento, após observar que o risco pode ocorrer tanto na instituição financeira, quanto na Receita Federal, indagou: o que a reserva prévia de jurisdição acrescentaria em termos de segurança? E de forma enfática respondeu: “absolutamente nada, pelo contrário!” Para o Ministro, a participação do Judiciário somente ampliaria o risco de insegurança dessas informações. E, na linha do que o Ministro Toffoli já havia dito, pontuou que “há muito mais vazamento de informações protegidas por lei que constam em processo judicial do que propriamente vazamento de informações bancárias ou informações fiscais” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 88; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 99).

Em relação ao terceiro ponto, reserva prévia de jurisdição, destacou o Ministro Zavascki que o ato da Receita Federal, como qualquer outro ato administrativo, está sujeito ao controle jurisdicional. Não está sujeito, entretanto, ao controle ‘prévio’ de jurisdição. Para o Ministro a jurisdição repressiva é “suficientemente eficaz”. Assim, se houver abusos “o

³⁰⁹ Acerca da declaração e-financeira, conferir capítulo 2.

contribuinte poderá obter as medidas desconstitutivas ou anulatórias próprias da jurisdição repressiva” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 88; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 100).

Por fim, pontuou que há uma indesejada tendência de se cultivar muito mais o ‘ter’, o patrimônio, do que o ‘ser’, as pessoas, e que o verdadeiro pano de fundo, em torno do sigilo bancário, é impedir a ação fiscalizatória do fisco.

[...] eu vejo, nesse embate envolvendo sigilo bancário - que não é novo -, uma espécie de **culto fetichista aos dados bancários, preocupado, não propriamente a preservar a intimidade das pessoas, mas a impedir que o acesso das autoridades a dados bancários** impeça que eles realizem, com eficiência, a fiscalização da correção das informações, que já são obrigatoriamente prestadas nas declarações anuais (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 89; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 100, grifo nosso).

5.4.2.5 Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber também acompanhou ambos os relatórios na íntegra, e, para não repisar os argumentos com os quais concordou, resumiu seu posicionamento no sentido de que se a hipótese regrada pela LC/2001 tratasse de “quebra de sigilo bancário”, aí, sim, haveria lugar para a reserva de jurisdição. Entretanto, continuou a Ministra, sua convicção se firmou no sentido de que a espécie trata de “transferência do sigilo bancário” e não de quebra de sigilo em relação ao “acesso do Fisco às informações bancárias”. Entendeu ainda que, na hipótese, o interesse coletivo deve ser privilegiado, à luz do art. 145, §1º da CRFB/88 (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 90; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 101).

Segundo a Ministra, o sigilo bancário tem estatura constitucional, mas isso não impede o acesso do fisco às movimentações financeiras para cumprir seu mister, haja vista que o interesse público sobrepõe ao privado.

Não há dúvida de que o interesse público há de sobrepair sim sobre o interesse privado, bem como **de que o sigilo bancário tem estatura, sim, constitucional, proteção constitucional.** Sob tal prisma, entendo que os contornos do **direito fundamental ao sigilo bancário não impedem a existência de um sistema de arrecadação que inclua, adotadas as devidas cautelas,** o acesso do Estado a determinados dados por instituições do Estado responsáveis por zelar pela lisura das relações tributárias, em hipótese em que se opera verdadeira transferência de sigilo (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 94; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 105).

5.4.2.6 Ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia, reportando-se ao seu voto proferido no RE 389.808, repisou que, na transferência de dados para o fisco não há quebra de sigilo, com efeito, “não

há agressão ou afronta ao art. 5º da CRFB, ao princípio do segredo dos dados financeiros”. Pontuou que em relação à pessoa jurídica não há que se falar em intimidade, mas sim em privacidade, uma vez que “intimidade vem de imo, que é a alma do ser humano”. E, prosseguindo, entendeu que na hipótese não há rompimento da privacidade/intimidade, porquanto não há publicidade dos dados bancários, o que ocorre é a ciência das informações para um ente da Administra Pública que demanda os referidos dados, o que, até mesmo pelo princípio da eficiência, não necessita de reserva de jurisdição (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 101; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 110).

5.4.2.7 Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio manteve-se firme no seu posicionamento a favor da reserva de jurisdição do sigilo bancário. Reportando-se ao RE 389.808, do qual foi Relator, entendeu que o pleno do STF estava revendo uma jurisprudência, sem que houvesse mudança alguma na Carta Constitucional, o que gera insegurança jurídica.

Repisou que, em termos de garantia constitucional, o sigilo bancário encontra abrigo no sigilo de dados previsto no inciso XII da CRFB/88 e somente por ser afastado por ordem judicial, o qual detém a prerrogativa da quebra de sigilo, e apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Nesse sentido, assentou que não é admissível “que a Receita, órgão fiscalizador e arrecadador, tenha prerrogativa superior à do Judiciário, assegurada na Carta da República”, uma vez que restaria vulnerada “a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 118; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 128).

Acerca dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, aduziu que o país é uma nação soberana e os tratados internacionais não se sobrepõem à Constituição em caso de conflito. Entendeu pertinente a busca da transparência em termos de cooperação mundial, mas sem atropelos, sem desbordar das liberdades fundamentais.

[...] O Brasil ainda é uma nação soberana, e não se sobrepõe a Carta, tratados e convenções com ela conflitantes. O dever maior do Supremo, assim se proclama, é o de guarda, não dos tratados e convenções internacionais, não da reciprocidade internacional, mas da Constituição Federal.

Veio um argumento que nos conduziria à postura da hipocrisia, do politicamente correto, ou seja, o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Conserte-se o Brasil com "c" e com "s", mas sem menosprezo às liberdades fundamentais. **Somente se avança culturalmente e somente se tem Estado verdadeiramente Democrático de Direito quando essas liberdades são observadas.**

Cooperação mundial? Assustou-me a evocação da cooperação mundial, porque escancarou, a mais não poder, que os dados recebidos são utilizados nessa mesma cooperação. [...] Mas a Receita quer os dados, sigilosos por mandamento maior, o decorrente da Carta, para adentrar o campo da cooperação mundial! **Busquemos a transparência**, mas sem atropelos, porque não se avança culturalmente dessa forma. **A cooperação internacional deve ser harmônica com o arcabouço normativo pátrio, sem o que não pode ser implementada** (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 120; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 130, grifos nosso).

Por fim, o Ministro Marco Aurélio deu “interpretação conforme aos dispositivos legais atacados, de modo a afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos”. Indagado pelo Presidente da STF, o Ministro Lewandowski, acerca da interpretação conforme dada, o Ministro Marco Aurélio foi claro: “Repetindo, como o que, no fecho do precedente no Recurso Extraordinário nº 389.808, ou seja, o acesso direto”. E, no tocante ao compartilhamento de informações, arrematou: “O compartilhamento, apenas vislumbro possível, consideradas as finalidades previstas na cláusula final do inciso XII do art. 5º, investigação criminal ou instrução criminal e a Receita não atua fazendo as vezes do Ministério Público”. (RE 601.314, 2016m, p. 122-123; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 132-133).

Verifica-se, pois, que o Ministro deu interpretação conforme para impedir o acesso do fisco aos dados bancários sem autorização judicial. A esta altura, repetimos o que apontamos no RE 389.808: se a LC 105/2001 permite tal acesso, o que temos na espécie é um eufemismo para disfarçar o claro juízo de inconstitucionalidade, o que só confirma o descumprimento da cláusula de reserva de plenário no referido RE 389.808.

5.4.2.8 Ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux, reportando-se ao REsp 1.134.665 (BRASIL, 2009e) de sua relatoria enquanto ministro do STJ, entendeu que o acesso aos dados bancários do contribuinte pelo fisco, sem autorização judicial, nos termos da LC 105/2001, não padece de vício algum. Observou ainda que a referida legislação complementar está alinhada com a aplicação de novos critérios de apuração ou processos de fiscalização pela administração tributária previsto no art. 144, § 1º, do CTN, “o que conjura por completo essa alegação de retroatividade, porque o CTN impõe que qualquer método de apuração tributária entra em vigor imediatamente” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 125; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 136). A seguir trechos da ementa do REsp 1.134.665:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. [...]

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002). [...]

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001). [...]

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, *caput*, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. [...]

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da personalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional (BRASIL, REsp 1.134.665, 2009e, grifo nosso).

5.4.2.9 *Ministro Gilmar Mendes*³¹⁰

O Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, observou que a controvérsia em torno do sigilo bancário deve ser analisada à luz dos parâmetros constitucionais estabelecidos no art. 145, §1º e art. 5º, inciso X, da CRFB/88, e não no inciso XII, que, no seu entendimento, trata apenas da proteção constitucional da comunicação de dados e não dos dados em si³¹¹. Em seguida, destacou os diferentes mecanismos de acesso aos dados bancários previstos na LC 105/2001, o acesso sistêmico (art. 5º) e o acesso “incidental” (art. 6º)³¹².

Assentou que “a intimidade representa um espaço de autonomia individual longe dos olhos e da intervenção do Estado, e o cidadão tem o direito de manter fora do conhecimento público seus assuntos privados, sua vida privada. Mas, há limites, esta não é uma garantia absoluta” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 130). Veja-se que o Ministro trata a intimidade como um direito relacionado à autonomia individual e à privacidade, em contraposição ao que é público.

Em relação ao julgamento do Caso GVA, em que seu voto no RE 389.808 foi decisivo para o resultado, limitou-se a dizer que:

Apreciando o mérito do RE 389.808, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, decidiu este Tribunal pela **reserva de jurisdição, rechaçando a possibilidade de a Receita Federal do Brasil acessar diretamente os dados bancários do contribuinte, sem prévia intervenção judicial.** [...]

Na ocasião, acompanhei o relator. **Votei no sentido de reconhecer a necessária reserva da jurisdição** e afirmar a indispensabilidade de intervenção judicial para que a autoridade fiscal pudesse acessar dados bancários do contribuinte (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 132, 134).

Ressaltou que o ponto central do tema é identificar quais os limites do direito em análise, ou seja, qual autoridade “pode determinar a quebra/transferência de sigilo bancário”. Se por um lado não se trata de uma “garantia universal”, uma vez que o acesso às informações financeiras é indispensável para determinadas atividades estatais, por outro, continuou o Ministro Gilmar Mendes, com apoio na doutrina de Ives Gandra, o “acesso direto e indiscriminado” a tais informações pode fragilizar a garantia constitucional de

³¹⁰ O Ministro Gilmar Mendes proferiu voto apenas no (RE 601.314 e na ADI 2.859, uma vez que estava impedido de participar do julgamento das ADI’s 2.390, 2.386 e 2.397, em decorrência de sua atuação como Advogado-Geral da União à época.

³¹¹ Nesse sentido HC 91.867: “não se confundem *comunicação telefônica* e *registros telefônicos*, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é *da comunicação de dados e não dos dados*” (BRASIL, 91.867, 2012, p. 1).

³¹² O acesso a que se refere o art. 6º da LC 105/2001 que o Ministro chama de acesso ‘incidental’, nós o denominamos de acesso ‘indispensável’, conforme elencado no capítulo 2, tópico 2.4.

proteção à privacidade (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 134).

Ciente dos riscos de banalização que o tema envolve, citou como exemplo o caso Francenildo (BRASIL, Pet. 3.898, 1999d), em que houve o crime previsto no art. 10, da LC 105/2001, ou seja, quebra de sigilo³¹³ propriamente dito, uma vez que o acesso ocorreu fora das hipóteses previstas em lei. Entendeu, entretanto, que “há razões suficientes para que se reconheça a constitucionalidade da legislação impugnada” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 134,135).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais”. Tanto que o STF já assentou várias vezes que o sigilo bancário não é absoluto e está sujeito a restrições. No caso do direito à privacidade ou à intimidade, observou que são “direitos passíveis de conformação”, é dizer, não se trata de uma “pura restrição”. Assim, o legislador infraconstitucional está autorizado a delimitar o âmbito de proteção desses direitos, os quais o Ministro denomina “direitos de âmbito de proteção marcadamente normativos” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 136-137).

Em seguida, aduziu que as medidas previstas na LC 105/2001 não ofendem a Constituição, uma vez que respeitam o “núcleo essencial” do direito à privacidade/intimidade e atendem ao princípio da proporcionalidade, nos seus aspectos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação à adequação, entendeu que as medidas permitem ao fisco cumprir sua função constitucional de fiscalizar e cobrar tributos. Na mesma linha de outros Ministros que o antecederam, destacou a importância dos tributos no Estado Social de Direito, o qual não existe sem o Estado Fiscal, e a função do fisco de fazer valer o dever fundamental de pagar impostos, com apoio na já citada doutrina de José Casalta Nabais.

Vale dizer, não se trata apenas de **autorizar o Fisco** a conhecer as operações financeiras dos contribuintes. Mas de permitir que possa lançar mão desses dados para promover cruzamentos, averiguações e conferências com outros de que já dispõe e, ao fim, exigir os tributos que eventualmente tenham sido pagos a menor, se for o caso.

Enfim, é fazer valer o **dever geral de pagar impostos** e de graduar essas exações conforme a **capacidade econômica – *rectius*: contributiva** – do sujeito passivo. [...] Não há nisso um simples elogio ao imposto em desprestígio dos direitos e garantias do cidadão-contribuinte. Ao contrário, o reconhecimento do **Estado Fiscal** afirma, de fato, a importância do dever geral de pagar impostos numa sociedade, mas também implica reconhecer **limites à atividade impositiva**, na medida em que

³¹³ Conferir capítulo 2, tópico 2.4 diferença entre quebra e transferência de sigilo.

o Poder Público depende da **propriedade privada** – porque é dela que retira os impostos – para subsistir. [...] Assim, **instrumentos como os previstos na Lei Complementar 105/2001, destinam-se a conferir efetividade a esse dever geral de pagar impostos e, sobretudo, a garantir que se faça de forma justa a repartição dos custos do Estado, na forma do previsto no art. 145 da Constituição Federal (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 138-139-140, grifo nosso).**

Observou que, além da transferência de sigilo das informações financeiras para o fisco, a legislação tributária concedeu ainda às autoridades fiscais, para fins de efetivação do dever de pagar impostos, “meios, recursos, instrumentos –, que não raro, podem se revelar bastante invasivos – para “identificar [...] o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” e, assim, graduar de maneira justa a repartição da carga fiscal (art. 145, §1º)”, tais como o exame de mercadorias, livros, arquivos, documentos e demais papéis dos contribuintes (art. 195 do CTN), a inspeção de bagagens e cargas oriundas do exterior, acesso a volumes e recipientes para verificar mercadorias³¹⁴ (BRASIL, RE 601.314, 2012m, p. 138, 139, 141). Para corroborar seu posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes transcreveu trechos do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da AC 33:

Na mesma linha, vale rememorar a seguinte passagem do **voto da Ministra Ellen Gracie, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Cautelar n. 33**, em que Sua Excelência dizia justamente da extensão dos poderes fiscalizatórios conferidos à Autoridade Fazendária e trazia exemplos. Veja-se a o voto, *in verbis*:
O Juiz Federal Américo Bedê Freire Júnior, em artigo sobre a matéria, destaca que **são admitidas medidas muito mais ofensivas à intimidade que a análise de movimentações bancárias**. Refere-se ele ao direito da Administração “*de verificar o conteúdo de uma mala de qualquer passageiro que desembarca em território nacional*”. (“A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da Receita Federal como forma de viabilizar a justiça fiscal”, RDDT 97, p. 18). Podemos acrescentar, ainda, as chamadas “*batidas policiais*” ou blitz, em que o veículo, a vestimenta e o próprio corpo das pessoas podem ser revistados em face de suspeitas de infrações. E o que se dirá da freqüente submissão às portas eletrônicas e aos detectores de metais para o ingresso em instituições financeiras e em órgãos públicos, inclusive neste Tribunal? (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 141, grifo nosso).

Veja-se que os fundamentos anteriormente utilizados pela Ministra Ellen Gracie foram aceitos pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da AC 33; posteriormente, em

³¹⁴ Decreto n. 6.759, de 5 de fevereiro de 2009: art. 332. A verificação para trânsito será realizada na presença do beneficiário do regime e do transportador, observado o disposto no art. 566. [...] §2º Sempre que julgar conveniente, a fiscalização poderá determinar a abertura dos volumes ou recipientes, para a verificação das mercadorias. [...] art. 566. A verificação da mercadoria, no curso da conferência aduaneira ou em outra ocasião, será realizada por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, ou sob a sua supervisão, por Analista-Tributário, na presença do viajante, do importador ou de seus representantes. [...] §2º A verificação de bagagem ou de outra mercadoria que esteja sob a responsabilidade do transportador poderá ser realizada na presença deste ou de seus prepostos, dispensada a exigência da presença do viajante ou do importador (BRASIL, 2009a).

menos de um mês³¹⁵, foram rechaçados no julgamento do RE 389.808, quando proferiu o voto decisivo para o desprovimento do recurso, e agora novamente aceitos. Voltaremos a esse ponto mais adiante.

No quesito necessidade, entendeu que ambos os acessos, sistêmico (art. 5º) e incidental (art. 6º), são necessários, uma vez que o acesso rápido e direto “às informações bancárias dos contribuintes revela-se absolutamente indispensável” para que o fisco cumpra o seu dever de fiscalizar e arrecadar tributos. Nesse sentido, defendeu o Ministro Gilmar Mendes que recorrer ao Poder Judiciário sempre que houvesse necessidade de acesso aos dados bancários, além de ser medida “inviável, na prática”, também não atenderia às necessidades do fisco em termos de “celeridade”, ou de troca de informações previstas nos “acordos internacionais celebrados” pelo Brasil. Na verdade, enfatizou o Ministro, “serviria apenas para procrastinar o envio das informações, criando uma etapa a mais no procedimento, a permitir que muitos créditos [...] acabem nunca sendo constituídos de fato” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 143).

Concordamos, na íntegra, com o Ministro Gilmar Mendes, apenas não entendemos porque o Ministro, conhecedor do tema, uma vez que era o Advogado da União, à época da promulgação da LC 105/2001, defendeu posicionamento exatamente contrário no RE 389.808, uma vez que a situação fática era exatamente a mesma. Abordaremos esse ponto mais adiante.

Ainda em relação ao quesito necessidade, assentou que a Carta Constitucional não deve ser lida sob as luzes dos acordos internacionais, ao revés, a Constituição é que impõe a submissão de tais acordos ao texto constitucional. Não obstante, observou Gilmar Mendes, “perceber o contexto econômico em que se insere o tema em deslinde é essencial para compreender o sentido e a importância das disposições impugnadas e também as consequências deste julgamento, inclusive no plano internacional”. Verifica-se, pois, que os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil foram fundamentais para o desate do sigilo bancário perante o fisco, sem prévia autorização judicial (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 145).

Em seguida, com apoio na doutrina de Marcos Aurélio Pereira Valadão, pontuou o

³¹⁵ No julgamento da AC 33, em 24.11.2010, o Ministro Gilmar Mendes negou referendo à liminar, na mesma linha do voto da Ministra Ellen Gracie. Em 15.12.2010, no julgamento do RE 389.808, o Ministro Gilmar Mendes, em sentido contrário à Ministra Ellen Gracie, que ratificou o voto proferido na AC 33, entendeu que deveria prevalecer a reserva de jurisdição em relação ao sigilo bancário perante o fisco e deu provimento ao RE.

movimento da OCDE e G20 em prol do fim da era do sigilo bancário³¹⁶, a transparência tributária internacional, o Fórum de Transparência e Troca de Informações Tributárias. No que tange à “erosão de bases tributárias” e à “volatilidade de capitais”, observou a importância de medidas para “garantir efetividade à fiscalização tributária e combater a evasão, o planejamento tributário internacional abusivo, a lavagem de dinheiro e mesmo a corrupção”, medidas alinhadas com o Plano BEPS. Ainda dentro do quesito necessidade, destacou o intercâmbio de informações com os Estados Unidos no âmbito do FATCA³¹⁷ (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 144, 145).

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, entendeu que a importância da transferência de sigilo para o fisco supera as restrições impostas aos contribuintes e destacou a manutenção do sigilo dos dados por parte do fisco, bem como os requisitos objetivos estabelecidos tanto no acesso sistêmico, quanto no acesso incidental, nos termos da LC 105/2001 e dos decretos regulamentares.

Salientou que, ao dizer que na espécie ocorre ‘transferência’ de sigilo e não ‘quebra’ de sigilo, não se trata de simples jogo de palavras. Afinal, os dispositivos legais impugnados determinam o sigilo das movimentações financeiras do contribuinte, é dizer, protegem a “intimidade financeira do sujeito passivo” e asseguram que as movimentações bancárias estejam incólumes à “curiosidade alheia”, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 6º da LC 105/2001 e art. 198, do CTN. Ademais, consta do art. 10 da referida LC, no caso de violação do sigilo, pena de reclusão e multa. Nesse sentido, se informações financeiras compartilhadas com a administração tributária não são divulgadas, não há que se admitir “segredo em relação às operações bancárias contra o Fisco” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 146, 147).

Após diferenciar as modalidades de acesso e tratar dos requisitos objetivos previstos no Decreto 4.489/2002, que regulamentou o art. 5º (acesso sistêmico), e no Decreto 3.724/2001, que regulamenta o art. 6º (acesso incidental), observou que o arcabouço normativo estabeleceu “todo um conjunto de procedimentos, cautelas e responsabilidades

³¹⁶ Acerca do pronunciamento da OCDE acerca do fim da era o sigilo bancário, para Thais de Moraes o entendimento da OCDE, dentre os vários possíveis, é no sentido de que “o sigilo perdeu a razão de ser. Afinal, afirmar que a era de algo acabou pode sugerir que esse algo (no caso, o sigilo bancário) não mais se justifica, tal qual um instituto a ser superado”. Entendemos de forma diversa. O sigilo bancário deve existir, afinal protege a intimidade e/ou privacidade do contribuinte, somente não deve existir perante as autoridades fiscais. Essa a leitura da OCDE, tanto que consta no próprio artigo da autora a recomendação da própria OCDE para que os países revisem seu arcabouço normativo “sobre sigilo bancário no sentido de remover impedimentos ao acesso dessas informações pelas autoridades fiscais” (MORAES, 2016, p. 406).

³¹⁷ Acerca das medidas propostas pela OCDE e pelo G20, da transparência tributária internacional, do Fórum de Transparência e Troca de Informações Tributárias, do FATCA e do Plano BEPS, conferir capítulo 4.

para o uso das informações obtidas junto às instituições bancárias. Descumpridos esses ritos e requisitos, o procedimento de cobrança restará eivado de nulidade” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 148, 149). O Ministro Gilmar Mendes foi o que mais destacou as diferenças entre as duas modalidades de acesso aos dados bancários, certamente pelo fato de ter trabalhado na gestão da aprovação da LC 105/2001, uma vez que à época era Advogado-Geral da União.

Por fim, esclareceu que não estava a afirmar que a LC 105/2001 é válida somente “se acompanhada exatamente das regras hoje instituídas pela regulamentação federal”. Não é o caso. No seu entendimento, a LC 105/2001 é constitucional e deixa espaço para regulamentação por parte dos demais entes federativos em relação ao artigo 6º, regulamentação que deverá observar os requisitos da legislação federal, com vistas a evitar uma “devassa indevida, irrestrita, despropositada ou irresponsável”, o que seria inconstitucional (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 149).

Em relação à irretroatividade da Lei 10.174/2001, aduziu que o dispositivo legal não institui ou majora tributo, não modifica elementos do fato gerador, tampouco da relação jurídico tributária. Trata-se, portanto, de norma procedimental que garante ao fisco mecanismos que lhe permita aferir e dimensionar a real ocorrência do fato gerador do tributo.

5.4.2.10 Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio e manteve-se firme em seu posicionamento já externado em julgamentos anteriores, em especial no RE 389.808, analisado no tópico anterior, no sentido de que o acesso do fisco aos dados bancários somente pode ocorrer em decorrência de ordem emanada do Poder Judiciário. Entendeu ainda não haver sentido o fato de o legislador infraconstitucional ter concedido ao fisco o acesso direto aos dados bancários.

Cabe esclarecer, desde logo, que a noção de privacidade leva em consideração **as múltiplas dimensões** em que essa ideia nuclear se desenvolve, **projetando-se**, p. ex., **no plano da privacidade financeira que se revela comum** tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

Esse tema **ganha maior relevo** se se considerar o **círculo de proteção** que o ordenamento constitucional **estabeleceu** em torno das pessoas, **notadamente dos contribuintes do Fisco**, **objetivando** protegê-los **contra** ações **eventualmente** arbitrárias **praticadas** pelos órgãos estatais da Administração Tributária, **o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva**, que torna **inafastável a necessidade** de autorização judicial **para efeito de exposição e revelação** de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário. [...]

Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à **própria** Administração Tributária, **incumbindo-a de superar**, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, **a situação de polaridade conflitante que**

a opção ao contribuinte, **quando**, na realidade, essa função, de caráter eminentemente arbitral, **deve** ser desempenhada pelo Poder Judiciário, **que ostenta**, nessa particular condição institucional, o atributo – *inerente à jurisdição* – da “*terzietà*” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 152-153; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 137-138 grifos do autor).

Em relação ao argumento de que a questão não envolve quebra do sigilo bancário, mas sim transferência de sigilo das instituições financeiras para o fisco ou compartilhamento de informações sigilosas, entendeu que se trata de “um claro eufemismo” com vistas a disfarçar a “evidente inconstitucionalidade que afeta a pretensão do Estado de manter, por deliberação própria e sem controle jurisdicional prévio, uma contínua fiscalização do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, 157; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 142).

Observou ainda o Ministro Celso de Mello que a administração tributária já dispõe de instrumentos suficientes, como o CTN e a medida cautelar fiscal, para cumprir seu mister de fiscalizar e cobrar tributos.

Não se desconhece que a Administração Tributária **já dispõe** de instrumentos suficientes e necessários à **preservação** de *seus legítimos interesses*, **como resulta**, por exemplo, do próprio Código Tributário Nacional e da Lei nº 8.397/92, **que instituiu a medida cautelar fiscal, viabilizando-se, desse modo**, o eficaz exercício do poder estatal voltado ao contribuinte para levá-lo a cumprir a sua obrigação de pagar tributos *quando legitimamente exigíveis*. (BRASIL, RE 601.314, 2016m, 155; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 140).

No tocante ao CTN, conforme elencado no capítulo 2, a jurisprudência firmou-se no sentido de que o fisco não poderia ter acesso aos dados bancários do contribuinte sem autorização judicial.

Em relação à medida cautelar fiscal, e esse é o ponto central que queremos destacar, o objetivo desse instrumento, instituído pela Lei 8.397, de 06 de janeiro de 1992³¹⁸, é garantir o

³¹⁸ Lei 8.937, de 6 de janeiro de 1992 que instituiu a medida cautelar fiscal. Art. 1º O procedimento cautelar fiscal poderá ser instaurado **após a constituição do crédito**, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Parágrafo único. O requerimento da medida cautelar, na **hipótese dos incisos V, alínea "b", e VII, do art. 2º, independe da prévia constituição do crédito tributário**. Art. 2º **A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário**, quando o devedor: I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação; III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; V - **notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal**: a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; b) **põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros**; VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; VII - **aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei**; VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; IX - pratica outros atos que dificultem ou

adimplemento do crédito, tributário ou não tributário, quando o devedor incorrer em conduta prescrita em lei presumível de que a obrigação não será honrada.

Talvez tenha passado despercebido ao Ministro Celso de Mello que, ao analisar os dados bancários do contribuinte, o fisco tem apenas um indício. Conforme observou o Ministro Teori Zavascki, “o Fisco ainda não tem elementos decisivos para dizer que há um ilícito fiscal. O Fisco quer apenas exercer sua função fiscalizatória, que pode chegar à conclusão de que não existe ilícito nenhum” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 88; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 99). É dizer, ainda não há nenhum crédito tributário apto a justificar a propositura da cautelar fiscal; falta objeto. Tanto que, para a concessão da medida cautelar fiscal, o art. 3º da Lei 8.937/1992 estabelece que é essencial a prova literal do crédito fiscal. Portanto, forçoso concluir que a medida cautelar fiscal não se revela um instrumento suficiente que permita ao fisco exercer seu papel de fiscalização com eficiência, no que tange às informações financeiras, como pretende fazer crer o Ministro Celso de Mello.

5.4.2.11 Ministro Ricardo Lewandowski

Em um voto conciso, o Ministro Lewandowski aderiu à maioria já formada no sentido de declarar a constitucionalidade da LC 105/2001, porém, deu interpretação conforme ao art. 6º da LC 105/2001.

Inicialmente, observou que, embora tenha acompanhado o Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 389.808, após calorosos debates, convenceu-se de que “estava na senda errada³¹⁹”, e que havia chegado a hora de mudar de posição e permitir o acesso direto às informações financeiras, medida efetiva e repressiva contra as “organizações criminosas, ao narcotráfico, à lavagem de dinheiro, ao terrorismo, não raro crimes de matiz internacional”. Nota-se que, de forma implícita, o Ministro também destaca a importância do acesso às informações financeiras decorrentes dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, o que permitirá combater os crimes a que se referiu (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 171; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 156).

O Ministro Lewandowski sintetizou a controvérsia do sigilo bancário na seguinte contraposição: de um lado, a garantia constitucional do direito à privacidade, e do outro, o

impeçam a satisfação do crédito. Art. 3º **Para a concessão da medida cautelar fiscal é essencial: I - prova literal da constituição do crédito fiscal; II - prova documental de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.** (BRASIL, 1992).

³¹⁹ Este trecho não consta do voto escrito, somente do voto oral. Conferir vídeo no YouTube (1h56min20s): Direto do Plenário. Julgamento Conjunto: RE 601.314, ADIs: 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 (BRASIL, 2016k2).

dever republicano de pagar impostos, decorrente do art. 145, §1º, da CRFB/88, que permite ao fisco exercer sua atividade fiscalizatória de forma eficaz e tributar o contribuinte de acordo com a capacidade econômica.

E entendeu que o “poder-dever de tributar” conferido ao Estado, permite a concretização dos direitos fundamentais de segunda geração arrolados no art. 6º da CRFB/88³²⁰, com vistas a atingir o objetivo fundamental da República previsto no inciso III do art. 3º da CRFB/88 – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – o qual se alinha à redução da desigualdade material (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 171-172; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 156-157).

Nesse sentido, convenceu-se de que, na hipótese, não há quebra de sigilo, mas sim transferência de sigilo para fins fiscais; ademais, continuou, o arcabouço legislativo garante a confidencialidade dos dados contra terceiros estranhos ao Estado, sob pena de responsabilização dos agentes.

Conforme observamos anteriormente, o Ministro Toffoli ajustou o voto para incluir as sugestões tanto do Ministro Barroso, quanto as ponderações do próprio Ministro Lewandowski, em relação ao art. 6º da LC 105/2001. Entretanto, o Ministro Lewandowski, não convencido, deu interpretação conforme ao referido artigo, no sentido de que o acesso indispensável somente pode ocorrer, em síntese, mediante os seguintes requisitos: processo administrativo instaurado, ato motivado, conforme o Decreto 3.724/2001, notificação do contribuinte, com amplo acesso aos autos. Veja-se:

Não obstante, na linha do que já havia adiantado, e na direção da proposta do Ministro Barroso, **dou interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar 101/2001**, para que os dados sigilosos de interesse fiscal somente possam ser acessados depois da **instauração de competente processo administrativo**, por **ato devidamente motivado**, nos moldes hoje preconizados no Decreto 3.724/2002, compreendendo os três níveis político-administrativos da Federação. Além disso, com a **imediata notificação do contribuinte**, ao qual se assegurará o mais **amplo acesso aos autos**, garantindo-lhe o **direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões**, de maneira a permitir que possa exercer, a todo o tempo, o **controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos do que atualmente dispõe a Lei 9.784/1999** (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 172; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 157, grifo nosso).

Os requisitos elencados anteriormente que levaram o Ministro Lewandowski a dar interpretação conforme, mesmo após o Ministro Toffoli ter ajustado seu voto deixam transparecer que o acesso a que se refere o art. 6º, LC 105/2001 não foi bem compreendido

³²⁰ CRFB/88: art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

pelo Ministro, conforme veremos adiante.

5.5 Análise crítica do posicionamento do STF

A seguir apresentamos algumas críticas ao conteúdo dos julgados elencados anteriormente.

5.5.1 O posicionamento do STF antes e após a LC 105/2001 e o descumprimento da cláusula de reserva de plenário no RE 389.808

Em relação aos julgados anteriores à LC 105/2001, embora a controvérsia da reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco não tenha sido enfrentada diretamente pelo plenário do STF, verificamos que o entendimento prevalecente é o de que o acesso do fisco aos dados bancários somente poderia ocorrer mediante autorização judicial.

Em relação ao RE 389.808, indagamos: a mais alta corte do país desconhecia que estava prestes a incorrer no descumprimento da cláusula de reserva de plenário? Mesmo após as observações das Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie? (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 233, 254). Cremos que não, admitir tal hipótese seria admitir um erro crasso, o que não é compatível com o comportamento dessa Corte; pelo contrário. Se é assim, por que não aguardaram o comparecimento dos ministros ausentes para atingir o *quorum* suficiente, conforme determina o Regimento Interno do STF³²¹? Não temos resposta.

Poder-se-ia argumentar que o STF não considerou inconstitucional o dispositivo legal impugnado, teria apenas – dentre os vários sentidos possíveis para o art. 6º da LC 105/2001 – dado uma interpretação ‘conforme’ à constituição. Discordamos. Para nós, a interpretação conforme, neste caso específico, diferente daquela dada pelo Ministro Lewandowski, como veremos a seguir, trata-se de um eufemismo para disfarçar o juízo de inconstitucionalidade. Se a LC 105/2001 permite ao fisco acessar os dados bancários sem prévia autorização judicial, e o STF, mediante interpretação conforme, entende que “conflita com a CRFB/88 a norma legal que atribui à Receita Federal, parte na relação jurídico-tributária, o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte” (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 218), o que temos na espécie, senão uma declaração de inconstitucionalidade? Comprova tal fato o voto

³²¹ Regimento Interno do STF: art. 173. [...] Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum* (BRASIL, 2016L).

do Ministro Marco Aurélio, no RE 601.314 e das ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, conforme elencado anteriormente.

No julgamento conjunto do RE 601.314 e das ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, a maioria dos ministros entendeu que o sigilo bancário repousa na garantia constitucional do direito à intimidade e/ou privacidade (art. 5º, X CRFB/88), mas o acesso aos dados bancários pelo fisco, sem autorização judicial, não configura violação daqueles direitos, uma vez que não há publicidade das informações. Entenderam os ministros que os dados são repassados para o Estado – Administração Tributária – que tem o dever de sigilo, o que não significa uma ingerência indevida. Daí, falar-se em transferência de sigilo da instituição financeira para o fisco.

O posicionamento do Ministro Barroso sintetizou bem a questão, de forma a abarcar tanto o posicionamento daqueles que enxergam o sigilo bancário sob a garantia constitucional do direito à intimidade e/ou privacidade, quanto o posicionamento contrário. Segundo o Ministro, a oposição de sigilo bancário ao fisco não tem relação direta com as garantias constitucionais do direito à intimidade e à proteção da vida privada. Mas, ainda que assim o fosse, o sigilo das operações financeiras não faz parte do núcleo essencial do direito à intimidade e/ou privacidade. Portanto, é passível de restrição pelo legislador infraconstitucional, principalmente para compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar tributos, bem como para concretizar a isonomia tributária e a capacidade contributiva, valores fundamentais do Estado Fiscal.

No tocante ao sigilo de dados previsto no inciso XII do art. 5º da CRFB/88, dentre os votos vencedores, o assunto foi abordado somente pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que a proteção constitucional se refere à comunicação de dados e não dos dados em si. Entretanto, o Ministro esqueceu-se de mencionar que tal posicionamento fora enfrentado de forma direta pelo plenário do STF em 2006, no RE 418.416, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em que prevaleceu a tese de que a proteção constitucional se refere à comunicação 'de dados' e não aos 'dados em si mesmos', ainda que armazenados em computador.

5.5.2 A reviravolta dos argumentos do RE 389.808; a importância dos compromissos internacionais; a alegada arbitrariedade do fisco e o vazamento de informações no Judiciário

O que verificamos nesse julgamento foi a reviravolta dos argumentos dos votos

vencidos no RE 389.808, principalmente os argumentos dos votos da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Dias Toffoli, tais como, dever de pagar tributos, concretização dos princípios da igualdade tributária e capacidade contributiva previstos no art. 145, §1º da CRFB/88, transferência de sigilo bancário para o sigilo fiscal, dentre outros, aos quais acresceu-se o argumento que, para nós, tanto motivou a inclusão da matéria em pauta, após 15 anos de espera, quanto foi decisivo para o deslinde da controvérsia: os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em conjunto com a transparência fiscal. Tanto que o assunto foi abordado em praticamente todos os votos vencedores.

Não estamos a dizer que o acesso aos dados bancários pelo fisco, sem prévia autorização judicial, ocorreu somente em função dos compromissos internacionais; não, não é o caso. Tanto que na hipótese de o Brasil denunciar³²² os acordos internacionais de que faça parte tal acesso continuaria tal como preconizado na LC 105/2001. Os fundamentos para tal acesso foram criteriosamente elencados nos votos analisados anteriormente e também por nós defendido no capítulo 2, desta dissertação. O que estamos a dizer é que tais compromissos funcionaram como propulsores e criaram a necessidade de que o tema ganhasse prioridade na pauta do STF. Para nós, se não fossem os recentes acordos celebrados pelo Brasil, com forte impacto no cenário brasileiro e mundial, a matéria ainda estaria aguardando julgamento³²³. Uma pequena amostra disso foi a rapidez para a aprovação do acordo com os Estados Unidos para a implementação do FATCA, conforme abordado no capítulo 4³²⁴, bem como o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, Relator das ADI's, ao mencionar que o Brasil havia se comprometido com o G20 e o Fórum Global a trocar informações com base no padrão CRS a partir de 2018.

Referidos compromissos internacionais – FATCA, CRS (FATCA Global), Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, Fórum Global de Transparência Fiscal³²⁵ – deixaram o STF em uma situação delicada e forçaram o Tribunal a olhar o sigilo bancário, perante o fisco, em âmbito mundial. Caso o STF tivesse entendido que o acesso do fisco aos dados bancários depende de prévia autorização judicial, além de

³²² “A denúncia é o ato unilateral pelo qual uma parte em um tratado anuncia sua intenção de se desvincular de um compromisso internacional de que faça parte, desobrigando-se de cumprir as obrigações estabelecidas em seu bojo sem que isso enseje a possibilidade de responsabilização internacional. Logicamente, a denúncia extingue o tratado bilateral. Nos atos multilaterais, a denúncia implica apenas a retirada da parte do acordo, cujos efeitos cessam para o denunciante, mas permanecem para os demais signatários”. Há autores que denominam a denúncia de compromissos multilaterais de “retirada”. (PORTELA, 2011, p. 126).

³²³ A ADI 2.390, em análise, levou 15 anos para ser julgada (distribuída em 2001, julgada em 2016), mas há outros processos mais morosos, tais como a ADI 73, 24 anos (distribuída em 1989, julgada em 2013), a Reclamação 271, 20 anos (distribuída em 1988, julgada em 2012).

³²⁴ Conferir internalização do FATCA, capítulo 4, tópico 4.6.3 (nota de rodapé).

³²⁵ Conferir capítulo 4 acerca dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

impedir a administração tributária de exercer com efetividade e celeridade o seu mister, tal medida causaria um forte impacto nas instituições financeiras, que teriam sérias dificuldades em relação às regras do FATCA, bem como deixaria o país numa situação desconfortável no cenário mundial em termos de transparência fiscal, é dizer, praticamente impedido de trocar informações financeiras automáticas com outros países, inclusive vários paraísos fiscais, no âmbito do CRS³²⁶.

Acerca dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e da transparência fiscal em nível mundial, o Ministro Marco Aurélio observou que a cooperação internacional deve estar em harmonia com o “arcabouço normativo pátrio, sem o que não pode ser implementada”. E arrematou que “A partir do momento em que haja o compartilhamento totalmente fora das balizas constitucionais, desaparece o próprio sigilo. [...] sigilo com compartilhamento não é sigilo; como segredo participado a outrem deixa de ser segredo” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 121).

Na visão do Ministro Marco Aurélio, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, os quais estão na linha da transparência fiscal, ao permitirem o compartilhamento de informações financeiras sigilosas, desbordaram das balizas constitucionais, assim como a LC 105/2001. Discordamos. Conforme elencamos no capítulo 4, desta dissertação, na era do ‘Fisco Global’, as principais nações do mundo não mais vivem isoladas, a troca de informações de dados bancários é uma tendência mundial, não se trata de um caso isolado no Brasil. Conforme salientou o Ministro Barroso, o sigilo bancário perante o fisco não encontra eco nas principais democracias do mundo. Ademais, os argumentos elencados anteriormente e pelos demais ministros demonstram que o acesso aos dados bancários, sem autorização judicial, além de não configurar violação de privacidade/intimidade, encontra amparo constitucional. Para o Ministro Marco Aurélio o fato de haver uma legislação que impõe o dever de sigilo dos dados compartilhados não significa absolutamente nada, afinal, segundo o

³²⁶ Nesse sentido já nos manifestamos: “Caso o Supremo Tribunal Federal tivesse julgado inconstitucional o acesso pelo fisco aos dados bancários sem reserva de jurisdição, vislumbramos que no âmbito do FATCA as instituições financeiras teriam que obter consentimento expresso do cliente (US accounts) para informar os dados ao fisco brasileiro para fins de repasse ao IRS. No caso de negativa do cliente teríamos a seguinte situação: a) a instituição financeira cancelaria a conta do cliente, contratos etc.; o que poderia gerar repercussões cíveis por quebra de contrato; por outro lado dependendo do tipo de cliente poderia não ser interessante para o banco perdê-lo; b) a instituição financeira não cumpriria as regras do FATCA e assumiria o risco de sofrer a retenção de 30% dos valores oriundos de fonte dos EUA o que a colocaria condições desfavoráveis para competir no mercado internacional, sofrendo restrições ou incremento de custos para operar com instituições financeiras participantes do FATCA. (COELHO, 2015, p. 87). No âmbito do CRS, demonstraria que o país caminha em direção oposta às maiores economias do mundo; impediria que o Brasil recebesse do exterior informações que podem configurar ilícitos tributários; deixaria o país numa posição extremamente delicada no cenário internacional, haja vista que jurisdições que constam da lista brasileira de países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados (Ilhas Cayman, Ilhas Bermuda, Barbados, Liechtenstein etc.) já aderiram ao modelo.” (FREITAS JÚNIOR, 2016b).

Ministro, se é segredo não pode ser compartilhado. Ora, o que dizer então do acesso aos dados bancários por parte dos funcionários do banco?

Para o Ministro Celso de Mello o sigilo bancário, que ostenta proteção constitucional, protege os contribuintes contra “ações *eventualmente* arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da Administração Tributária”, daí, a necessidade de atuação do Poder Judiciário para impedir a “devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras”. Nesse sentido, segundo o Ministro, compartilhamento de informações ou transferência de sigilo significam um “eufemismo” para disfarçar uma patente inconstitucionalidade (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 153, 157 168).

Tendo em vista que não ocorre a publicidade dos dados repassados ao fisco, os quais estão protegidos por lei, conforme salientado pelo Ministro Dias Toffoli e acompanhado por outros Ministros, indagamos: a qual atuação arbitrária do fisco o Ministro Celso de Mello se refere? Seria o fisco obter os montantes globais e fazer o cotejamento com os valores declarados para verificar se os contribuintes estão cumprindo corretamente suas obrigações fiscais? Ou seria solicitar os extratos bancários, depois de apurar uma divergência relevante entre o valor declarado e o valor movimentado em conta bancária? Seria arbitrariedade o fisco cumprir seu mister? Quantos casos de vazamento de informações financeiras por parte do fisco foram divulgados na mídia nos últimos 15 anos – desde a edição da LC 105/2001 –, tal qual ocorre quase que diariamente no âmbito do Judiciário?

A propósito, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello permaneceram silentes quando os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki afirmaram, de forma contundente, que o vazamento de informações sigilosas é muito maior no Poder Judiciário do que na Receita Federal.

5.5.3 O dever fundamental de pagar impostos

Acerca do dever fundamental de pagar impostos, dos 09 ministros que votaram pela inexistência de reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco, 04 invocaram o referido dever: os Ministros Edson Fachin (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 33); Barroso (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 57; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 68), Gilmar Mendes, (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 139) e Dias Toffoli (BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 31). A ideia central é que no Estado Fiscal, as necessidades financeiras do Estado devem ser cobertas, precípuamente, pelos impostos.

Luís Eduardo Schoueri³²⁷ (2016), ao comentar o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, no RE 601.314, assevera que o dever fundamental de pagar impostos é "algo que o próprio Casalta Nabais não acredita mais". Segundo o autor, a “argumentação no sentido de que os direitos fundamentais se financiam pelos tributos, e, portanto, existe um dever fundamental de pagar impostos, trata de uma premissa errada, pois os direitos fundamentais se financiam também pela sociedade”.

Tendo em vista que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa (art. 170 da CRFB/88), o que propicia uma existência digna, defende Schoueri que “os direitos fundamentais e sociais se asseguram pela sociedade civil”, logo, “não se deve tolerar a ideia de que o Estado brasileiro pressupõe um Estado assistencialista”. Em sentido contrário ao pressuposto de Casalta Nabais, finaliza: “direitos fundamentais se asseguram por uma combinação de Estado e sociedade privada, portanto, o espaço da sociedade privada deve ser preservado, por isso que a argumentação do dever fundamental de pagar impostos tem que ser revista”.

Analisemos o que pensa José Casalta Nabais (1998). Segundo o Professor Português, o imposto é um instituto jurídico que se apresenta como um dever fundamental cuja disciplina é traçada “ao nível constitucional onde integra a ‘constituição do indivíduo’”. Nesse sentido, “o imposto não deve ser considerado, como foi tendência durante o século passado, mormente na Alemanha, uma simples relação de poder, em que o estado faz exigências aos seus súbditos e estes se sujeitam em consequência dessa relação”. É dizer, o imposto não deve ser visto como um simples poder do Estado, tampouco como algo sacrificante para os cidadãos, mas sim como o “contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado” (NABAIS, 1998, p. 185).

Para justificar seu posicionamento, o autor assevera que os impostos são exatamente o instituto que permite ao Estado cumprir com as despesas públicas. A tributação funciona como um meio que possibilita ao Estado atingir seus objetivos, os quais se concretizam em tarefas do Estado Social. Nessa linha, temos de um lado o Estado Fiscal, que necessita do suporte financeiro para realizar suas atividades, e, de outro, o Estado Social, que se revela nas despesas públicas, investimentos, enfim, gastos – seja em bens ou serviços – em prol do cidadão. Veja-se:

³²⁷ (SCHOUERI, 2016). Seminário do Conselho Federal da OAB em Homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional, em 19.10.2016. Ver vídeo (1h55min). Luis Eduardo Schoueri é um dos advogados no RE 601.314.

Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. Por isso, a tributação não constitui, em si mesma, um objectivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objectivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, ou seja, em tarefas do estado de direito social. Um meio que, por um lado, pressupõe um certo tipo de estado do ponto de vista do seu suporte financeiro - um estado fiscal - e, de outro, se traduz, atento o seu actual carácter social, na exigência de uma parte considerável do rendimento ou património, enquanto tais ou enquanto gastos ou consumidos na aquisição de bens e serviços, dos seus cidadãos. E que, não podendo o estado dar (realizar prestações sociais) sem antes receber (cobrar impostos), facilmente se compreende que, quanto menos ele confiar na autorresponsabilidade dos cidadãos relativa à satisfação das suas necessidades (autossatisfação), mais se descure o princípio da subsidiariedade, extremado-se num estado social paternalista preocupado, se não mesmo obcecado, no limite, com a realização da felicidade até ao pormenor (que incluirá os próprios tempos livres) dos indivíduos e, conseqüentemente, mais se onera a sua capacidade de prestação fiscal (NABAIS, 1998, p. 185).

Firme no sentido de que o Estado Fiscal se concretiza no dever de pagar imposto, Nabais define o imposto como "a prestação pecuniária, unilateral, definitiva e coactiva, exigida de detentores de capacidade contributiva a favor de entidades que exerçam funções públicas com vista à realização de fins públicos não sancionatórios". Aponta ainda que os impostos não estão sujeitos apenas a um conjunto de limites formais estampados no princípio da legalidade, jungidos à ideia de segurança jurídica, mas também a um "significativo leque de limites materiais garantes da justiça fiscal" (NABAIS, 1998, p. 681, 683).

Como limites matérias, dentre outros, o autor elenca o princípio da igualdade fiscal, entendida como igualdade material pautada pela capacidade contributiva. Nesse sentido, "afirmado contra os privilégios próprios do estado pré-liberal, o princípio da igualdade fiscal teve sempre ínsita sobretudo a ideia de generalidade ou universalidade, nos termos da qual todos os cidadãos se encontram adstritos ao cumprimento do dever de pagar impostos, e da uniformidade, a exigir que semelhante dever seja aferido por um mesmo critério – o critério da capacidade contributiva" (NABAIS, 1998, p. 687).

No tocante ao princípio da capacidade contributiva, o qual considera como "*ratio* ou a causa da tributação", aduz que tal princípio distancia o legislador fiscal da arbitrariedade, obrigando-o a seleccionar fatos tributários reveladores de capacidade contributiva, ou seja, que "erija em objecto ou matéria colectável de cada imposto um determinado pressuposto económico que seja manifestação dessa capacidade e esteja presente nas diversas hipóteses legais do respectivo imposto" (NABAIS, 1998, p. 689).

O que temos, portanto, não é um Estado assistencialista, como sustenta Schoueri, tampouco se revela uma premissa equivocada a tese do dever fundamental de pagar impostos.

O que se verifica é um Estado Fiscal que necessita de recursos para satisfazer suas necessidades, que se traduzem em necessidades do cidadão. O que não significa dizer que a tese do dever fundamental de pagar impostos legitima qualquer comportamento arbitrário do fisco, tampouco desconsidera direitos dos contribuintes. Conforme vimos anteriormente, firme nos limites materiais do imposto, o princípio da capacidade contributiva, dentre outros, caminha exatamente na direção contrária, ou seja, como impeditivo para que o Estado venha a agir de forma arbitrária, “de qualquer forma, no interesse maior da arrecadação”, com vistas a “subverter o Estado Democrático de Direito” (GIANETTI, 2011, p. 115).

Portanto, quando se fala em dever fundamental de pagar impostos, pelos fundamentos anteriores, percebe-se que não se trata de uma tese ultrapassada, que deve ser revista e que tampouco seu próprio autor não mais nela acredita. Não é o caso. Tanto não é verdade, que o STF, com base na referida tese, fez o entrelaçamento ponderado entre as necessidades do Estado Social e o suporte financeiro do Estado Fiscal, com vistas a alcançar a justiça fiscal. O posicionamento do Ministro Barroso retrata bem o tema ao pontuar: “ainda que se considere o sigilo fiscal como uma decorrência do art. 5º, X, da CF/88”, forçoso é reconhecer que se “trata de uma dimensão eminentemente patrimonial”. Nesse sentido, “em um juízo de ponderação racional com o dever fundamental de pagar tributos e com o princípio da isonomia, materializado na esfera fiscal” em um dever de todos os contribuintes contribuírem de forma equânime para o financiamento do Estado”, referido direito – o sigilo – não somente pode, como deve ceder (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 64; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 75).

5.5.4 Questões em torno do artigo 6º da LC 105/2001 – acesso indispensável

Vejamos o posicionamento do Ministro Lewandowski e Dias Toffoli em relação ao acesso indispensável (art. 6º da LC 105/2001). Durante os debates, o Ministro Lewandowski assinalou que pretendia dar interpretação conforme, sem redução de texto, ao art. 6º da LC/2001, para que fossem observadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nos termos do art. 5º, LV, CRFB/88 as quais estão materializadas nos artigos 3º, II e 50, da Lei 9.784/99³²⁸, que garantem ao interessado ciência da instauração do processo, vista dos autos, cópias de documentos neles contidos,

³²⁸ Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999: Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; [...] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, [...] (BRASIL, 1999b).

conhecimento das decisões proferidas, bem como a necessidade de fundamentação dos atos administrativos, garantias que estão de alinhadas com a Súmula Vinculante do STF n. 14³²⁹.

O foco do Ministro centrava-se na proteção ao contribuinte e principalmente em relação aos Estados e Municípios. Veja-se:

[...] porque, aí, nós realmente protegemos o constituinte [contribuinte] de alguma forma, quer dizer, porque **não pode haver o processo sigiloso, o processo confidencial com relação ao cidadão, isso só ocorre nas ditaduras, nos regimes autocráticos**. Então, como exige o art. 6º da Lei Complementar 105, **aberto o processo administrativo, eu acho que o cidadão tem de ter imediatamente ciência disso, ele tem de ser cientificado, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei 9.784, e ter amplo acesso aos autos**. E essa decisão tem de ser motivada nos termos do Decreto 3.724. [...] como ela [Lei 9.784/99] vigora apenas no âmbito federal, e me parece que, no inciso II do art. 3º, é fundamental que se dê ciência da tramitação dos processos administrativos, **é possível que, em algum Município, em algum Estado, a pretexto de que a investigação é sigilosa, o processo corra em sigilo, quando isso é absolutamente inadmissível**, inclusive, à luz da nossa Súmula Vinculante 14 [...] (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 80, 83; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 91, grifo nosso).

Com vistas a elucidar a questão levantada pelo Ministro Lewandowski, o Ministro Toffoli esclareceu que a automaticidade do acesso às informações (art. 5º – acesso o sistêmico) é dada somente à Receita Federal, e que o acesso referente ao artigo 6º (acesso indispensável) está condicionado a um ‘processo administrativo aberto previamente’, o que pressupõe a intimação do interessado para a sua formação. Nesse ponto, nota-se que o Ministro Toffoli parece também não compreender o tema, com total nitidez. Nos termos do art. 6º da LC 105/2001, deve existir um ‘processo administrativo’ ou ‘procedimento fiscal em curso’, sendo esse último o mais comum. Pois, caso os indícios de irregularidades que deram causa ao procedimento fiscal não se confirmem, não haverá abertura de processo administrativo.

Conforme explicitado no capítulo 2, somente a Receita Federal tem acesso aos dados obtidos mediante o acesso sistêmico (art. 5º), os dados dos montantes globais movimentados pelo contribuinte, sem identificação da origem ou natureza dos gastos a partir deles efetuados, que permitem ao fisco cotejar informações e detectar indícios de irregularidades fiscais. Apurado indício, entra em cena o acesso indispensável (art. 6º). Deverá ser instaurado um procedimento de fiscalização/auditoria e o contribuinte será, obrigatoriamente, intimado

³²⁹ Súmula Vinculante 14 (STF): É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (BRASIL, 2009f).

do Termo de Início de Fiscalização, nos termos do Decreto 70.235/72³³⁰, e intimado a apresentar os extratos bancários, como pré-requisito para expedição de RMF (requisição de movimentação financeira às instituições financeiras), conforme previsto no art. 4º, §2º, do Decreto 3.724/2001. Veja-se que o arcabouço normativo impõe que o contribuinte deve ser intimado tanto para ciência do início da fiscalização, quanto para apresentar os extratos bancários.

Em seguida, ainda que os extratos bancários sejam obtidos via RMF, situação em que o contribuinte se recusa a apresentá-los, mesmo assim ele deverá ser intimado para comprovar a origem dos valores selecionados pela fiscalização³³¹.

Apurada irregularidade fiscal, será formalizado um processo administrativo e o contribuinte será novamente intimado para ciência do lançamento fiscal, ocasião em que será franqueado o contraditório, ampla defesa com amplo acesso aos autos, nos termos do Decreto 70.235/72 – PAF, sob pena de nulidade do lançamento, tal qual observado pelo Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 149)³³². Veja, portanto, que durante o procedimento fiscal o contribuinte é intimado do início do procedimento fiscal, para apresentar os extratos, para justificar os valores apurados pela fiscalização, do auto de infração, enfim, nos termos da legislação federal não ocorre o que o Ministro Lewandowski chamou de processo (procedimento) sigiloso ou confidencial, e, caso houvesse, ele seria nulo de pleno direito.

Verifica-se, pois, que as ponderações do Ministro Lewandowski já estão devidamente contempladas no ordenamento jurídico. Mas, nem por isso, o Ministro Lewandowski deu-se por convencido, e optou por dar interpretação conforme ao art. 6º da LC 105/2001.

Observe-se, porém, que a interpretação conforme dada pelo Ministro Lewandowski foi no sentido de que haja contraditório, ampla defesa, acesso aos autos, com vistas a evitar arbitrariedade, o que, tal qual já elencamos, está previsto na legislação. O Ministro não disse que os demais entes federativos não podem ter acesso aos dados bancários, tampouco que o acesso depende de prévia autorização judicial, mas sim que devem ser observados determinados requisitos. Tal situação só confirma o que sustentamos anteriormente: que a interpretação conforme utilizada no RE 389.808, trata, na verdade, de um claro juízo de

³³⁰ Decreto recepcionado como lei ordinária pela a CRFB/88 e que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências.

³³¹ Lei 9. 430, de 27 de dezembro de 1996: Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os **valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira**, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, **regularmente intimado**, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Conferir capítulo 2, tópico 2.4

³³² Conferir capítulo 2, tópico 2.4.

inconstitucionalidade. Lá, diferentemente deste caso, negou-se o acesso sem autorização judicial.

Diferentes e pertinentes foram as ponderações do Ministro Roberto Barroso, ao observar que enquanto a União editou o Decreto 3.724/2001 para regulamentar o acesso aos extratos bancários (art. 6º), os Estados e Municípios não o fizeram, o que lhes permitia o acesso sem nenhum regramento. Daí, a sugestão, acatada pelo Relator, de condicionar o acesso desses entes à regulamentação da matéria, de forma análoga ao referido decreto federal. Infere-se que o Ministro Barroso, em trilha diferente do Ministro Lewandowski, já havia vislumbrado que, no âmbito federal, o contribuinte estava devidamente protegido, nos termos da legislação em vigor; daí, sua sugestão de incorporar ao voto do Relator somente os itens relativos à segurança da informação – pertinência temática, autorização do pedido a um superior hierárquico e registros do acesso. Concordamos na íntegra com as sugestões do Ministro Barroso.

5.5.5 Posicionamento do Ministro Gilmar Mendes

Merece registro ainda o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Rememorando, temos a seguinte situação: novembro de 2010 (AC 33), o Ministro vota contra a reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o fisco; dezembro de 2010 (RE 389. 808), em menos de um mês, o Ministro, modificando seu posicionamento anterior, vota a favor da reserva de jurisdição; 2016 (BRASIL, RE 601.314, 2016m, ADI 2.859), o Ministro retoma o posicionamento inicial e vota contra a reserva de jurisdição e utiliza os argumentos do voto vencido da Ministra Ellen Gracie, o qual ele rejeitara em 2010.

Em 2010, o Ministro Gilmar Mendes se perguntava: por que haveria “de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante de uma medida cautelar? (BRASIL, RE 389.808, 2011d, p. 239). Em 2016, aquela pergunta se transformou na seguinte afirmação: “não se diga que a Administração poderia, sempre que preciso, adotar procedimentos judiciais para que o Poder Judiciário que (sic) lhe franqueasse o acesso às informações necessárias à fiscalização tributária”. Afinal, continuou o Ministro, proceder dessa forma “seria inviável, na prática. Não atenderia às necessidades da Administração Tributária, seja em termos de celeridade, ou de troca de informação, na forma do previsto em acordos internacionais celebrados”. E arrematou, “Ao que tudo indica serviria apenas para procrastinar o envio das informações, criando uma etapa a mais no procedimento, a permitir [...] que muitos créditos acabem nunca

sendo constituídos de fato” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 143).

Concordamos com o posicionamento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 601.314, afinal, não era de se esperar um voto menos substancial, já que o Ministro é um dos que mais conhece o tema, e certamente envidou esforços para a aprovação da LC 105/2001, uma vez que, à época, era o Advogado-Geral da União. Assim, indagamos ao Ministro Gilmar Mendes: o que teria ocorrido para que a facilidade em obter uma autorização judicial para o fisco acessar os dados bancários deixasse de sê-lo e se transformasse em uma medida procrastinatória, inviável na prática, sem que houvesse qualquer mudança no arcabouço normativo? O que teria ocorrido para que houvesse uma guinada de posicionamento no RE 389.808?

Poder-se-ia imaginar que a justificativa para sua mudança foram os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tanto que o Ministro, após rechaçar a reserva de jurisdição perante o fisco, destacou que “as informações trazidas a este julgamento deixam claro que há uma verdadeira tendência mundial, hoje em curso, no sentido de ampliar, cada vez mais, a troca de informações fiscais entre países e reduzir o espaço, nas legislações nacionais, para sigilo bancário contra o Fisco” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 143). Mas, se nos deixarmos levar por tal justificativa significa dizer que os demais argumentos lançados pelo Ministro não teriam força, e mais, bastaria a denúncia dos tratados, conforme citamos anteriormente, para que tal justificativa desaparecesse. Não; não é o caso. Os demais argumentos são robustos e com forte embasamento constitucional. Portanto, ficam as perguntas de conteúdo para o Ministro Gilmar Mendes.

Não questionamos a mudança de posicionamento do Ministro, pura e simplesmente; o que questionamos é a ausência de explicações, dos motivos para tanto. Nos votos dos Ministros Barroso e Lewandowski, há um mínimo de explicação para a mudança de posicionamento. O primeiro alegou que, em se tratando de Receita Federal, o acesso aos dados merece uma reflexão mais cuidadosa; o segundo reconheceu que os debates travados em plenário o convenceram de que estava na senda errada. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, não explicou porque mudou seu posicionamento, limitou-se a dizer que o tema lhe causava angústia.

Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, embora votos vencidos, mantiveram-se firmes no ponto de vista que sempre defenderam. O Ministro Marco Aurélio observou ainda que o Plenário do Supremo estava prestes a rever jurisprudência de 2010 – RE 389.808 –, o que, no seu entendimento, gera insegurança, uma vez que não houve mudança de texto constitucional. Antes de prosseguirmos, importante ressaltar que o precedente a que se refere

o Ministro, pelos motivos listados anteriormente, não pode ser considerado uma jurisprudência válida. Embora concordemos com a coerência dos citados Ministros, isso não significa dizer que concordamos com os posicionamentos, tampouco que toda mudança de posicionamento dependa de alteração do arcabouço normativo. Nesse aspecto, oportunas são as palavras do próprio Ministro Gilmar Mendes no RE 418.46, que, ao se referir às normas que integram as cláusulas pétreas, observou que o mundo atual, em ternos de avanços tecnológicos, “obriga a um tipo de interpretação construtiva sob pena de os textos se tornarem imprestáveis”. Caso contrário, estar-se-ia sujeito a um “raciocínio circular”, cujo resultado seria uma “emparedamento argumentativo e interpretativo”, o que contribuiria com a impunidade e a criminalidade (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 1314). É o caso. A mudança de interpretação não necessariamente depende de alteração do texto legislativo. O que defendemos, até mesmo para a segurança jurídica, é o mínimo de explicação, para que saibamos o motivo da mudança, o que não foi o caso do Ministro Gilmar Mendes.

5.5.6 O receio do acesso direto por parte do fisco aos dados bancários

O Ministro Dias Toffoli destacou em seu voto que o acesso dos gerentes de banco e demais funcionários da instituição financeira às movimentações financeiras dos contribuintes não caracteriza ofensa à intimidade e/ou privacidade, fato incontroverso.

Nessa linha de raciocínio, partindo do pressuposto de que é dever de todos pagar tributos, e considerando que não há invasão de privacidade e/ou intimidade no acesso aos dados bancários por parte dos funcionários da instituição financeira, por que o haveria no acesso por parte do fisco? Dito de outra forma, por que o acesso do fisco é considerado indevido? Para nós, a resposta está no fato de que os funcionários do banco não têm competência legal para apurar irregularidades fiscais, lançar e cobrar tributos. É dizer, o receio não está no acesso aos dados bancários, mas sim nas eventuais consequências fiscais de tal acesso. O que se revela uma contradição, pois, se existe um dever fundamental de pagar tributos, o que obstaria às autoridades fiscais, no exercício de suas atribuições de Estado, fiscalizar se as obrigações fiscais estão regulares?

Poder-se-ia alegar uso indevido das informações bancárias, por parte do fisco. Vejamos.

Conforme elencamos no capítulo 2, desde a edição da LC 105/2001, a Receita Federal não apurou nenhum caso de uso indevido ou de vazamento de informações financeiras, o que não quer dizer que não possa vir a acontecer. Não obstante, tal fato demonstra que os

requisitos previstos no arcabouço normativo que regula a matéria são observados com cuidado pelas autoridades fiscais, fato que levou o Ministro Barroso a exigir tais requisitos dos demais entes federativos. Por outro lado, conforme já destacamos nesta dissertação, há muito mais vazamentos de informações judiciais sigilosas do que informações fiscais, tanto é verdade que os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki afirmaram que o risco de vazamento por parte do Poder Judiciário é muito maior. Repisamos, neste ponto, a resposta do Ministro Zavascki ao indagar-se acerca do que acrescentaria a prévia reserva de jurisdição em termos de segurança: “absolutamente nada. Pelo contrário! [...] a participação do Judiciário somente ampliaria o risco de insegurança das informações” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 88; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 99, grifo nosso).

Para nós, o receio do acesso direto do fisco aos dados bancários se enquadra no perfil daqueles que seguem a linha dos autores, denominados por Marciano Seabra de Godoi, “ultraliberais”, os quais adotam “ainda hoje posturas muito parecidas com as que, no século passado³³³, consideravam odioso e restritivo de direitos o dever de pagar impostos” (GODOI, 2011a, p. 229). Para tanto, valem-se do manto da garantia constitucional do direito à privacidade e/ou intimidade, para disfarçar a visão do tributo como algo odioso.

Attila de Souza Leão Andrade Júnior (1996), ao tratar da interpretação sociológica do Direito, chama atenção para o fato de ser comum, no Direito Tributário, principalmente no caso do imposto de renda – imposto que guarda uma forte relação com a movimentação financeira³³⁴ –, uma “enorme resistência à sua aplicação efetiva”. Para o autor, trata-se de um fenômeno de índole cultural que traz efeitos drásticos para o sistema tributário, tais como: ênfase nos impostos sujeitos a retenção na fonte e o incremento de alíquotas dos impostos diretos ou indiretos, como forma de compensação do prejuízo causado pela parcela sonegada, fato abordado no voto do Ministro Barroso (ANDRADE JÚNIOR, 1996, p.117-118). Veja-se:

É também comum no Direito Tributário, mormente no caso dos impostos diretos tais como o **imposto de renda**, e a despeito da severa sanção das normas tributárias, uma enorme resistência à sua aplicação efetiva. **Existe uma resistência generalizada contra o tributo e entendemos que o fenômeno só se possa explicar à luz de razões eminentemente culturais. Há, mesmo, uma certa tolerância**

³³³ “Durante muitos séculos, o tributo significou de fato e de direito um autêntico jugo social, um agravo à liberdade de quem o pagava, uma degradação da cidadania de quem o devia. Até o estabelecimento, a partir de fins do século XVIII, do chamado **Estado Fiscal**, o tributo era algo excepcional em dois sentidos: no sentido de que não era a forma comum e ordinária de ingresso e financiamento público e no sentido de que era percebido como uma exceção à regra de que a norma jurídica se inspira em princípios gerais tidos como justos na consciência coletiva de um povo, e não em puras razões de conveniência dos governantes” (GODOI, 2011a, p. 228).

³³⁴ Vide art. 42 da Lei 9.430/96 (BRASIL, 1996d)

cultural e social dos que se apregoam como sonegadores ou ludibriadores do fisco. Há, portanto, um permanente descompasso entre a validade formal da norma tributária acompanhada de sanção e a sua eficácia real que é prejudicada por essa resistência natural da coletividade nacional contra a tributação. Este fenômeno tem efeitos drásticos na própria política tributária nacional: a primeira consiste em enfatizar os impostos de fonte pois estes, ao contrário dos que dependam de lançamento espontâneo por parte dos contribuintes, garantem mais eficazmente a arrecadação. A segunda consequência é o aumento sempre constante das alíquotas dos impostos quer diretos na fonte ou os indiretos sobre os bens produzidos e consumidos no País. Desta forma, **compensam-se os grandes prejuízos do erário na arrecadação dos impostos decorrentes do constante ludíbrio por parte dos contribuintes** (ANDRADE JÚNIOR, 1996, p. 117-118).

É o que o Ministro Zavascki chamou de “culto fetichista aos dados bancários” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 89; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 100). A preocupação das pessoas não é preservar a intimidade, mas impedir o acesso das autoridades fiscais aos dados bancários, os quais permitem realizar com eficiência a fiscalização das informações que, obrigatoriamente, por imposição legal, já deveriam constar das declarações anuais.

Oportuno relembrar, a esta altura, as observações de Liam Murphy e Tomas Nagel no sentido de que o atual modelo em que vivemos jamais existiria sem a estrutura fornecida pelo Estado, que depende dos impostos para mantê-la.

[...] na economia moderna na qual ganhamos nosso salário, compramos nossa casa, temos a nossa conta bancária, economizamos para a aposentadoria e acumulamos bens pessoais, e na qual usamos nossos recursos para consumir ou investir, seria impossível sem a estrutura fornecida pelo governo [Estado], que é sustentado pelos impostos (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 11).

Enfim, se temos a propriedade de algum bem, se existem as instituições privadas, se temos a garantia de que podemos invocar o determinado direito, recorrer ao Poder Judiciário etc., é porque existe o Estado, o qual depende dos tributos para se manter. Nesse mesmo sentido, citamos as palavras de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2012):

É preciso nos determos na consideração do Estado. Estado (poder) e Direito (norma) se entrelaçam. Há quem veja, aqui e alhures, mormente os jusnaturalistas, o Direito fora do Estado. Argumentam com os estatutos de um clube privado e regras outras não produzidas pelo Estado, até mesmo contratos inominados, para provar a tese. Ora, qualquer estatuto ou contrato só poderá obrigar as pessoas envolvidas porque uma norma de Direito terá dito: "É lícito, em tais e quais circunstâncias, aos particulares, celebrar convenções que devem ser obedecidas." **De todo modo, se desobedecidas, não será sempre um órgão do Estado que as fará cumprir?** [...] **O Estado está como que no centro do universo jurídico.** No Direito Tributário, dominado pelo *principio da legalidade*, só o Legislativo produz leis, e o Legislativo é um dos *Poderes* do Estado. O Direito Tributário é, necessariamente, aplicado por atos administrativos praticados por funcionários do Poder Executivo, que também é um *Poder do Estado*. Finalmente, o Judiciário resolve as pendências tributárias, *outro Poder do Estado* ante o qual nenhuma relação jurídica pode ser subtraída (art. 5º, XXXV, da Constituição) (COÊLHO, 2012, p.32, 33).

Daí, ter sido conferido ao Estado, por “delegação do povo”, o poder de tributar, poder esse que, se por um lado é “vital para o Estado, beneficiário da potestade, por outro, a sua disciplinação e contenção são essenciais à sociedade civil ou, noutras palavras, à comunidade dos contribuintes” (COÊLHO, 2012, p.34).

Conforme lembrou o Ministro Barroso, após séculos, é comum as pessoas se esquecerem de que o Contrato Social foi firmado entre as pessoas e não entre essas e o Estado. Nesse contexto, é pressuposto do Estado Fiscal a contribuição de todos, na medida de sua capacidade contributiva. O que o acesso aos dados bancários permite ao fisco é verificar se as partes do Contrato Social estão regulares com suas obrigações fiscais, bem como coibir que alguns tenham que contribuir mais para compensar a conduta diversa daqueles que resistem em contribuir na exata medida de sua capacidade contributiva. É o que o Ministro Barroso também observou ao pontuar que a função das autoridades não corresponde ao “mero interesse do Tesouro, mas sim ao interesse que o contribuinte tem de que os demais também paguem os tributos devidos”. É o fisco agindo como um “agente fiduciário da sociedade da comunidade solidária formada por todos os contribuintes” (BRASIL, RE 601.314, 2016m, p. 58-59; BRASIL, ADI 2.390, 2016o, p. 70).

5.5.7 O inconformismo com a decisão do STF ecoou na Câmara dos Deputados

Por fim, oportuno observar ainda que, embora o plenário do STF tenha entendido pela constitucionalidade da LC 105/2001, por uma ampla maioria, no mundo político há vozes que discordam desse posicionamento. Concluído o julgamento em 24.02.2016, no dia 03.03.2016³³⁵ o Deputado Diego Garcia (PHS-PR) propôs o Projeto de Lei Complementar nº 239/2016 (GARCIA, 2016) com o objetivo de alterar o art. 6º da LC 105/01 (acesso indispensável), no sentido de que o acesso aos dados bancários (extratos bancários) por parte das autoridades tributárias da União e demais entes ocorra somente mediante autorização judicial. A justificativa do referido projeto de lei é que o STF modificou, radicalmente, o posicionamento consolidado no RE 389.808 ao permitir o livre acesso aos dados bancários do contribuinte, o que ofende a intimidade e a privacidade do cidadão. Veja-se:

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, **alterou radicalmente**

³³⁵ O Projeto de Lei Complementar nº 239/2016 foi proposto no dia 03.03.2016 e no dia 15.03.2016 o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o regime de tramitação com prioridade.

entendimento consolidado desde 2010, no julgamento do Recurso Extraordinário 389.808. Em julgado, no mínimo, contraditório, aquela corte entendeu que é possível a quebra do sigilo bancário do contribuinte pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Apesar de respeitarmos qualquer sentença procedente do mais alto colegiado do judiciário, **não concordamos com a decisão proferida.**

Trata-se de claro desrespeito ao direito à intimidade e à privacidade do cidadão. Como afirmou o decano da Corte, Ministro Celso de Mello: “A Administração Tributária, embora podendo muito, não pode tudo”. Nesse sentido, cabe ressaltar que a Lei Complementar nº 105, de 2001, cujo art. 6º foi julgado constitucional pelo julgamento supracitado, permite a quebra do sigilo pelos fiscos dos estados membros e dos mais de 5 mil municípios da federação. Ou seja, **além de inconstitucional, é medida extremamente temerária para o contribuinte, pois pode se transformar em instrumento de achaques e perseguições** (GARCIA, 2016, grifo nosso).

Veja-se que o precedente citado foi o RE 389.808³³⁶, que incorreu no descumprimento da cláusula de reserva de plenário. Mais uma vez nos deparamos com a importância do posicionamento dos ministros do STF. Tivesse o Ministro Gilmar Mendes mantido seu posicionamento já conhecido no referido RE, tivesse a Ministra Ellen Gracie aceitado a proposta cautelar do Ministro Marco Aurélio, o referido RE não estaria a ser citado como um precedente válido. Resta saber se o inconformismo daqueles que se utilizam do manto do direito fundamental, para disfarçar a falta de propósito para com o dever fundamental de pagar tributos, será suficiente para mudar o recente e válido posicionamento do STF, que manteve o Brasil alinhado às principais nações do mundo. Esperamos que não!

5.6 Síntese do capítulo

Neste capítulo, abordamos o posicionamento do STF em relação ao sigilo bancário perante o fisco, nos termos da LC 105/2001, em especial os julgamentos ocorridos em 2010 (AC 33 e RE 389.808) e 2016 (RE 601.314 e ADI’s 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859).

Inicialmente, destacamos a importância do estudo da jurisprudência – repositórios de

³³⁶ No mesmo sentido, Tháís de Moraes considera o RE 389.808 um “*leading case*”, “antiga jurisprudência” do STF como uma interpretação garantista da Constituição. Para a autora, tanto o sigilo bancário dos dados abarcados pelo acesso indispensável – art. 6º da LC 105/2001, quanto a transparência fiscal internacional, são institutos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e não podem ser afastados “peremptoriamente”. Nesse sentido, discordou do posicionamento do STF sob os seguintes argumentos: i) quebra de sigilo ocorre quando terceiros têm acesso aos dados bancários, ainda que esse terceiro seja o Estado (Fazenda Pública), portanto, não há que se falar em transferência de sigilo; ii) em relação aos instrumentos internacionais de combate ao crime, o novo posicionamento do STF deixa dúvidas em relação ao contribuinte não criminoso, que também terá seus dados acessados pelo fisco; iii) a exigência de autorização judicial – poder equidistante – garante que o cidadão, não criminoso, defenda sua privacidade na “hipótese de ingerência indevida do Estado”. Segundo a autora “o fundamento do sigilo bancário é a proteção à intimidade e à privacidade, direito fundamental consagrado pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal como cláusula pétreia”, e “o fundamento da transparência fiscal internacional é a cooperação entre os povos (art. 4º, inciso IX, da Constituição) e o interesse da arrecadação e da fiscalização (art. 145, parágrafo 1º, da Constituição e art. 199, parágrafo único, do CTN)” (MORAES, 2016, p. 405-430).

grandes ensinamentos –, em conjunto com o estudo da doutrina, o que não é tradição em nosso país, conforme observam Marciano Seabra de Godoi e Attila de Souza Leão Andrade Júnior.

Em seguida, em uma rápida passagem pela jurisprudência do STF, antes da LC 105/2001, verificamos que, embora o sigilo bancário perante o fisco não tenha sido enfrentado diretamente pelo plenário, o posicionamento prevalecente é no sentido de que o referido instituto tem amparo constitucional no inciso X (intimidade/privacidade) e/ou inciso XII (inviolabilidade dos dados), do artigo 5º da CRFB; não é absoluto; e o acesso por parte do fisco depende de autorização judicial.

No tópico seguinte, analisamos os votos proferidos na AC 33 e no RE 389.808 – conhecidos como caso GVA, primeiros julgados em que o plenário do STF enfrentou a LC 105/2001, ainda que parcialmente (6º e o Decreto 3.724/2001).

Na AC 33, o plenário do STF negou referendo à medida liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, para impedir, até o julgamento final do RE 389.808, o fornecimento de informações bancárias à Receita Federal, bem como a não utilização daquelas, até então obtidas sem autorização judicial. Ao julgar o RE 389.808, o plenário deu interpretação conforme ao art. 6º da LC 105/2001 e exigiu autorização judicial para o acesso do fisco aos dados bancários, o que na verdade, significou um juízo de inconstitucionalidade, sem respeitar a cláusula de reserva de plenário, questionada em sede de embargos de declaração. Cruciais para o resultado desse julgamento foram a ausência do Ministro Joaquim Barbosa, que abriu a divergência na AC 33, e a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que havia negado referendo à liminar na AC 33.

A seguir, analisamos os votos proferidos pelos ministros no julgamento do RE 601.314 e as ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, julgamento conjunto em que o pleno do STF, por 9x2, considerou constitucionais os artigos 5º e 6º da LC 105/2001 e os respectivos decretos regulamentares, Decreto 4.489/2002 e o Decreto 3.724/2001.

O posicionamento do Ministro Barroso sintetizou bem a questão de forma a abarcar tanto o posicionamento daqueles que enxergam o sigilo bancário, sob a garantia constitucional do direito à intimidade e/ou privacidade, quanto o posicionamento contrário. Segundo o Ministro, a oposição de sigilo bancário ao fisco não tem relação direta com as garantias constitucionais do direito à intimidade e à proteção da vida privada. Mas, ainda que assim o fosse, o sigilo das operações financeiras não faz parte do núcleo essencial do direito à intimidade e/ou privacidade. Portanto, é passível de restrição pelo legislador infraconstitucional, principalmente para compatibilizá-lo com o dever fundamental de pagar

tributos, bem como para concretizar a isonomia tributária e a capacidade contributiva, valores fundamentais do Estado Fiscal.

Destacamos ainda o entendimento, principalmente por parte dos Ministros que enxergam o sigilo bancário como garantia constitucional do direito à intimidade e/ou privacidade, que o acesso aos dados bancários pelo fisco, sem autorização judicial, não configura violação daqueles direitos, uma vez que não há publicidade das informações. Ou seja, os dados são repassados para o Estado – Administração Tributária – que tem o dever de sigilo, o que não significa uma ingerência indevida. Daí, falar-se em transferência da instituição financeira para o fisco.

Entendeu ainda o plenário que os Estados e Municípios, o que inclui o DF, somente poderão ter acesso às informações financeiras previstas no art. 6º da LC 105/2001 (acesso indispensável), após a matéria ser regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte preconizadas na Lei nº 9.784/99 e o sigilo dos dados bancários. Em tal regulamentação deverá constar, em síntese, as seguintes garantias: pertinência temática entre as informações bancárias requeridas e o tributo; prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo; submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos para controle do acesso, mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.

Além dos argumentos dos votos vencidos no RE 389.808, citados anteriormente no posicionamento do Ministro Barroso, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil – FATCA, CRS (FATCA Global), Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, Fórum Global de Transparência Fiscal –, elencados no capítulo 4, tiveram um grande peso, haja vista que foram citados em praticamente todos os votos.

Por fim, apresentamos algumas críticas de conteúdo em relação ao posicionamento de alguns ministros e ao descumprimento da cláusula de reserva de plenário na AC 33.

Observamos que as ponderações que levaram o Ministro Lewandowski a dar interpretação conforme ao art. 6º da LC 105/2001 – observância das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal – já constam do arcabouço normativo; o que demonstra que a diferença entre os acessos sistêmico (art. 5º) e indispensável (6º) não foi compreendida com total nitidez, pelo Ministros Lewandowski e Dias Toffoli.

Criticamos ainda a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes que, em novembro de 2010 (AC 33), votou contra a reserva de jurisdição do sigilo bancário perante o

fisco; em dezembro de 2010 (RE 389. 808), votou a favor da reserva de jurisdição e em fevereiro de 2016 (RE 601.314, ADI 2.859), retomou o posicionamento inicial. Não criticamos a mudança de posicionamento pura e simplesmente, mas sim a falta de explicação para a mudança.

Observamos ainda que o grande receio do acesso direto do fisco aos dados bancários está relacionado a uma visão negativa do tributo; a preocupação não é preservar a intimidade, mas sim impedir o acesso das autoridades fiscais aos dados bancários para verificar o cumprimento das obrigações fiscais. Nesse sentido, valem-se do manto da garantia constitucional do direito à privacidade e/ou intimidade, para disfarçar a visão do tributo como algo odioso.

Por fim, destacamos que o inconformismo com a decisão do STF ecoou na Câmara dos Deputados que, tão logo encerrado o julgamento da matéria, propôs o Projeto de Lei Complementar nº 239/2016 com o objetivo de alterar o art. 6º da LC 105/01 (acesso indispensável) no sentido de que o acesso aos dados bancários (extratos bancários) por parte das autoridades tributárias da União e demais entes ocorra somente mediante autorização judicial.

6 CONCLUSÃO

A questão principal em relação ao sigilo bancário diz respeito ao alcance das garantias constitucionais do direito à intimidade, à privacidade e/ou direito ao sigilo de dados previstos nos incisos X e XII do art. 5º da CRFB/88, e à autorização legal prevista nos art. 5º e 6º da LC 105/2001 que permitem o acesso das autoridades fiscais às informações bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial, à luz do art. 145, §1º da CRFB/88.

Desse modo, é necessário responder à indagação que serviu de fio condutor para a investigação: a LC 105/2001 pode autorizar o fisco a acessar os dados bancários do contribuinte, sem prévia autorização judicial? Dito de outra forma, o sigilo bancário é oponível perante o fisco?

Entendemos que as informações financeiras não encontram abrigo no inciso XII do art. 5º, que trata do sigilo de dados, mas sim no inciso X, que trata da intimidade e privacidade, posicionamento referendado pelo plenário do STF em 2006, no RE 418.416, julgado em que prevaleceu a tese de que a proteção constitucional inserta no referido inciso XII refere-se à comunicação ‘de dados’ e não aos ‘dados em si mesmos’, ainda que armazenados em computador.

De acordo com a teoria do suporte fático amplo, qualquer ação, conduta que tenha um mínimo de relação com o direito fundamental à intimidade ou privacidade deve fazer parte do seu âmbito de proteção *prima facie*. É o caso das movimentações financeiras. Por outro lado, se o referido bem jurídico sob a proteção constitucional sofrer uma intervenção estatal fundamentada constitucionalmente o que existe é uma restrição permitida e não uma violação de direito fundamental.

Assim, ciente da dificuldade em diferenciar a privacidade da intimidade, embora tal diferença exista, a partir da concepção ampla de privacidade, que abarca a intimidade, bem como na concepção de privacidade econômica e com base na teoria do suporte fático amplo, entendemos que as informações financeiras do contribuinte estão sob o âmbito de proteção *prima facie* da privacidade e/ou intimidade. Entretanto, a restrição a tal direito fundamental – configurada pelo acesso às informações financeiras pelo fisco, sem prévia autorização judicial – encontra justificativas na própria CRFB/88, nos princípios da eficiência (art. 37), da igualdade tributária (art. 150, II) e da capacidade contributiva (art. 145, §1), o que significa dizer que o referido acesso não configura uma violação aos citados direitos fundamentais.

Tendo em vista que no Estado Fiscal é dever de todos pagar tributos na medida de sua capacidade contributiva; que há não violação de privacidade/intimidade no acesso aos dados

bancários por parte dos funcionários das instituições funcionários; que o fisco tem acesso a dados muito mais sensíveis do contribuinte, os quais são mantidos em sigilo por imposição legal, tal qual as informações financeiras, concluimos que o verdadeiro receio do acesso direto do fisco aos dados bancários do contribuinte se enquadra no perfil daqueles que seguem a linha ultraliberal, os quais adotam, ainda hoje, posturas muito parecidas com as que, no século passado, consideravam odioso e restritivo de direitos o dever de pagar impostos. Para tanto, valem-se do manto da garantia constitucional do direito à privacidade e/ou intimidade para impedir o acesso às movimentações financeiras de forma célere.

Quanto ao argumento de uso indevido das informações financeiras pelo fisco, o que nos remete ao vazamento de informações, importa dizer que desde a edição da LC 105/2001 a Receita Federal não apurou caso algum de uso indevido ou vazamento de informações financeiras, embora isso não signifique que não possa haver vazamento, demonstra que os requisitos previstos no arcabouço normativo que regula a matéria são observados com cuidado pelas autoridades fiscais. Tanto é verdade que o STF, ao julgar a matéria, condicionou o acesso dos demais entes federativos à implementação de tais requisitos. Por outro lado, é incontroverso que há muito mais vazamentos de informações judiciais sigilosas do que informações fiscais.

Em relação ao posicionamento do STF, entendemos que a decisão conjunta do RE 601.314 e das ADI's 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859 foi correta. Concordamos que não há violação de privacidade/intimidade, uma vez que não há publicidade das informações, o que ocorre é a transferência de sigilo, os dados então protegidos pelo sigilo bancário continuam sob a proteção do sigilo fiscal, portanto, não há uma ingerência indevida do fisco.

Entendeu ainda o STF que Estados e Municípios somente poderão ter acesso às informações decorrentes do art. 6º da LC 105/2001 (acesso indispensável), após a matéria ser regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, o qual foi formulado de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos dados bancários. Frisamos que tal regulamentação mantém incólume o acesso no âmbito federal, tanto que o Decreto 3.724/2001, que regulamentou o referido artigo 6º, foi utilizado com parâmetro.

Concordamos que os demais entes federativos devem regulamentar o citado acesso e observar os requisitos propostos; em síntese: pertinência temática entre as informações bancárias requeridas e o tributo objeto de cobrança; submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do requerente; existência de sistemas eletrônicos de segurança; estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios. Afinal, são

requisitos que cuidam da segurança da informação financeira, que significa a segurança do contribuinte.

No tocante à prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, tal qual previsto na Lei 9.784/99, requisitos sugeridos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entendemos que são necessários, entretanto, já são contemplados na legislação vigente, o que nos leva a concluir que alguns Ministros não entenderam com total nitidez como ocorre o acesso previsto no citado art. 6º da LC 105/2001.

Os fundamentos elencados anteriormente, com exceção da regulamentação por parte dos entes federativos, já haviam sido lançados nos votos vencidos no RE 389.808, julgado em 2010, o qual decidiu pela reserva de jurisdição do acesso indispensável (art. 6º da LC 105/2001) e incorreu no descumprimento da cláusula de reserva de plenário, questionada em sede de embargos de declaração pendente de julgamento.

A novidade no julgamento de 2016 foram os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Para nós, tais compromissos foram fundamentais para o julgamento do tema, uma vez que fizeram com que o STF enxergasse o sigilo bancário perante o fisco, sem se descuidar da Carta Constitucional, sob os olhos do cenário mundial. É que os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, capitaneados pela OCDE e G20, com forte ajuda dos Estados Unidos, no âmbito do FATCA, demonstram que as principais nações do mundo praticamente decretaram o fim da era do sigilo bancário, frise-se, perante o fisco. Referidos compromissos fazem parte do conjunto de medidas cujo objetivo é combater a fraude fiscal, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, processo em que a transparência fiscal e a troca de informações financeiras ocupam lugar de destaque.

Ante o exposto, entendemos que o STF andou bem ao decidir que o acesso aos dados bancários do contribuinte não depende de prévia autorização judicial. O STF, ao olhar o sigilo bancário além das fronteiras brasileiras, permitiu, com fundamentos constitucionais, que o Brasil se mantivesse alinhado com os sistemas tributários das principais nações do mundo.

REFERÊNCIAS

ABERTURA de inquérito: Janot pede para PF investigar vazamento de pedidos de prisão de peemedebistas. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jun. 2016. Disponível em: <
<http://www.conjur.com.br/2016-jun-15/janot-pf-investigar-vazamento-pedidos-prisao>>
Acesso em: 17 ago. 2016.

ABRÃO, Carlos Henrique. **O sigilo bancário e as CPIs, o Ministério Público, a Receita Federal e o Judiciário**: aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais, São Paulo: Dialética, 1999.

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AIRES, António Manuel França; SPINACÉ, Guilherme. Considerações jurídicas sobre a implementação do Fatca no ordenamento brasileiro. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 271-285, mar./abr. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVAREZ, Michael Zavaleta; SPEER, Andrew; GODOY, Jarek Tello. Fiscalización tranfondeiriça: problemática do FATCA y proposta para LatinoAmérica. **Revista de direito tributário das Américas**, v. 4, n. 7, p. 159 - 235. jan./ jun. 2013.

ALVES, Eliana Calmon. Sigilo bancário. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v.3, n.1, p. 43-51, jan./jun. 2002.

ALVES, Francisco de Assis. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 412-429.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. **A interpretação do direito tributário segundo os tribunais**. São Paulo: Fiuza Editores, 1996.

ARNOLD, Brian J.; McINTYRE, Michael J.. **International tax primer**. Cambridge: Kluwer Law International, 1995.

AVILÉS, Angel Aguillo. Una vez más, acerca de la necesidad de hacer un verdadero análisis constitucional de las normas tributarias. **Revista española de derecho constitucional**, ano 23, v. 68, 2003, p. 11-87

AVI-YONAH, Reuven S. **Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare State**. Harvard Law Review, v. 113, n. 7, Mayo 2000.

BAKER, Philip. A tributação internacional no século XXI. **Direito Tributário Atual**, São Paulo, n.19, p. 41-51, 2005.

BALERA, Wagner. Capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.)

Capacidade contributiva. São Paulo: Resenha Tributária. Centro de extensão universitária. 1989. p. 235-275. (Caderno de Pesquisas Tributárias nº 14.).

BALERA, Wagner. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 522-540.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.9, n.36, p.102-131, out./dez.2001.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **O sigilo bancário e privacidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Bacen Jud e CCS - Cadastro de Clientes do SFN.** [S. l.]: BCB, 2016. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/n/JUDICIARIO>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos Interesses.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Banco Central e Receita Federal: comunicação ao Ministério Público para fins penais: obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 5, n. 17, p. 196-236, jul./set. 2002.

BASTOS, Frederico Silva. **Transparência fiscal internacional e administração tributária em rede:** o sistema regulatório e prático do intercâmbio de informações tributárias no Brasil e os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. 2014. 328f. Dissertação (Mestrado)-Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Fundação, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11730>> Acesso em: 14 set. 2016.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário:** análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIANCO, João Francisco. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 637-663

BIANCO, João Francisco. **Mesa de debate do IBDT de 27.11.2014.** In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. [S. l.]: IBDT, 2014. p. 11. Disponível em <http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra_27112014.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BORGES, Antônio de Moura; KHOURY, Laila José Antônio. O intercâmbio de informações sobre matéria tributária entre administrações estrangeiras: posição atual e especificidades no Brasil. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e Fiscal:** homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 351-380.

BOSLEY, Catherine; RUBIN, Richard. **Menu:** a record number of americans are renouncing

their citizenship. [S. I.]: Americans, 2015. p. 11. Disponível em <<http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-02-10/americans-overseas-top-annual-record-for-turning-over-passports>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRAUNER, Yariv. What the BEPS. Florida, **Tax Rev.**, v. 55, p. 16, 2014. Disponível em <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/642>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Portaria nº 335, de 30 de maio de 2006. Regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 maio. 2006a. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_335_2006.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial**, Brasília, 11 jan. 2001a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm> Acesso em: 20 set. 2016

BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. **Diário Oficial**, Brasília, 29 nov. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4489.htm> Acesso em: 20 set. 2016

BRASIL. Decreto nº 5.844, de 23 de setembro de 1943. Dispõe sobre a cobrança e fiscalização do imposto de renda. **Diário Oficial**, Brasília, 01 dez. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5844.htm> Acesso em: 8 out. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 set. 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm> Acesso em: 8 set. 2015.

BRASIL. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 7 mar. 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm> Acesso em: 25 set. 2016

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 maio. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8003.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.303, de 4 de setembro de 2014. Altera o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 set. 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8303.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 ago. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 set. 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm> Acesso em: 8 set. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 set. 2009b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 ago. 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8842.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.495, de 28 de dezembro de 1945. Transfere à Superintendência da Moeda e do Crédito as atribuições de que trata o Decreto-lei número 6.419, de 13 de abril de 1944, e dá outras providências. **Coleção de Leis Brasileira**, Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del8495.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 12, de 15 de agosto de 1996. Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 ago. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc12.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 21, de 18 de março de 1999. Prorroga, alterando a alíquota, a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e de direitos de natureza financeira, a que se refere o art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 mar. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc21.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 37, de 12 de junho de 2002. Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc37.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2003a. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 23 SET. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 jan. 1964a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> Acesso em: 25 maio. 2016.

BRASIL. Lei 556 de 25 de junho de 1850. **Código Comercial, Império**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm> Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966a**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.021, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 abr. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 abr. 1991a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.397, de 6 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jan. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8397.htm> Acesso em: 25 maio. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 out. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9311.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 mar. 1999b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 dez. 1996c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L9317.htm>. Acesso em: 25 set 2016.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez. 1996d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 25 set 2016.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 mar. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.174, de 9 de janeiro de 2001. Altera o art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2001b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10174.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.638, de 28 de dezembro de 2007. Altera e revoga dispositivos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 dez. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11638.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008. Dispõe sobre medidas tributárias destinadas a estimular os investimentos e a modernização do setor de turismo, a reforçar o sistema de proteção tarifária brasileiro, a estabelecer a incidência de forma concentrada da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins na produção e comercialização de álcool (...) **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jun. 2008b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111727.htm> Acesso em: 25 maio. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.941, 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 maio. 2009c. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111941.htm> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015c. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 11 maio. 2016.

BRASIL. Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1991b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp70.htm> Acesso em: 25 maio. 2016.

BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2001c. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm> Acesso em: 25 maio. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. **Acordos internacionais**. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2015e. Disponível em: < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais>> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Carga tributária no Brasil, 2013**: análise por tributos e bases de incidência Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil. CETAD, 2014c. Disponível em: < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2013.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras., Brasília: COAF, 2015d. Disponível em: < <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>> Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Decreto Legislativo nº 105, de 14 de abril de 2016. Aprova o texto da Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, assinada em 3 de novembro de 2011. Brasília, Senado Federal, 14 abr. 2016c. Disponível em: < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-intercambio-de-informacoes-relativas-a-tributos/convencao-multilateral-sobre-assistencia-mutua->

administrativa-em-materia-tributaria/decreto-legislativo-no-105-de-14-de-abril-de-2016>
Acesso em: 20 set. 2016

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Decreto Legislativo nº 146, de 25 de junho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jun. 2015f. Disponível em: <
http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-intercambio-de-informacoes-relativas-a-tributos/estados-unidos-da-america/copy_of_decreto-legislativo-no-211-de-12-de-marco-de-2013> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF Nº 341, de 15 de julho de 2003. Institui a Declaração de Operações com Cartões de Crédito (Decred) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 2003b. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15232>>
Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF Nº 507, de 11 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda referente ao exercício de 2005, ano-calendário de 2004, pela pessoa física residente no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 nov. 2005. Disponível em: <
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:ministerio.fazenda;secretaria.receita.federal:instrucao.normativa:2005-02-11;507>> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa SRF Nº 716, de 5 de fevereiro de 2007. Dispõe sobre a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda referente ao exercício de 2007, ano-calendário de 2006, pela pessoa física residente no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 fev. 2007c. Disponível em: <
http://www.normaslegais.com.br/legislacao/insrf716_2007.htm> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB Nº 802, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre a prestação de informações de que trata o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 dez. 2007a. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15755>>
Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB 811, de 28 de janeiro de 2008. Institui a Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jan. 2008a. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15765&visao=anotado>>
Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB n. 979, de 16 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o Regime Especial de Fiscalização (REF) de que trata o art. 33 da Lei Nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 dez. 2009d. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15945>> Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB 1.037, de 04 de junho de 2010. Multivigente Vigente Original. Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados.. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jun. 2010a. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>>
Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB nº 1.634, de 06 de maio de 2016. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 maio. 2016b. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=73658>> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jul. 2015b. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65746&>> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil**. Coordenação de Aylton Dutra Leal. (Cord.) Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2011a. Disponível em: <
<http://s.conjur.com.br/dl/manual-sigilo-fiscal-receita-federal.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Manual de intercâmbio de informações com o exterior - Processo 16853001764201697**. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2016. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão e-SIC. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2008c.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota conjunta Copes/Corin n. 2011/143**. Processo 16853000226201685. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2011b. Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão. [resposta em 25.01.2016].

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota executiva**: assunto: julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 – acesso a dados bancários pelo Fisco. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil. 2016d. Disponível em: <
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/fevereiro/arquivos-e-imagens/nota-executiva-sigilo-bancario.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita federal. Portaria RFB nº 1.687, de 17 de setembro de 2014. Dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos ao controle aduaneiro do comércio exterior e aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 set. 2014b. Disponível em: <
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=56317>>
Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita federal. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Portaria RFB nº 2.344, de 24 de março de 2011. Disciplina o acesso a informações protegidas por sigilo fiscal constantes de sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil.. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 mar. 2011c. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/imprimir.action?visao=original&idAto=30552>> Acesso em: 19 set. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Processo 16853000800201603**. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil.. Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2016e.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Notícias**: MPF denuncia seis por vazamento de informações da Operação Têmis: acusados vão responder por quebra de sigilo de Justiça. Brasília: MPF, 2016f. Disponível em: <http://cimpf.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias_new/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-denuncia-seis-por-vazamento-de-informacoes-da-operacao-temis> Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 77**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1999f. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=46>> Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Notícias**: STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo Fisco sem ordem judicial. Brasília: MPF, 2010b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168193>> Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. EM nº 00122/2015 MF. Brasília, 9 set. 2015g. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03%5CProjetos%5CEXPMOTIV%5CMF%5C2015%5C122.htm> Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 33/PR. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 fev. 2003c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2138726>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Inquérito n. 897-5/DF. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 mar. 1995b. .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição 2.790. Relator: Min. Nelson Jobim. **Diário de Justiça**, Brasília, 11 abr. 2003d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369791>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.389/DF. Relator: Min. Menezes Direito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 mar. 2008d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1896784>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.406/DF. Relator: Min. Menezes Direito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 mar. 2008e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1903276>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4006/DF. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 17 jan. 2008f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4006&processo=4006>> Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 601.314/SP. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 set. 2016m. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2689108>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.386/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 out. 2016n. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1896537>> Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.390/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 out. 2016o. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1896787>> Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.397/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 out. 2016p. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1899968>> Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.859/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 out. 2016q. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2106858>> Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 334.006/MT. Relator: Min. Sydney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 jun. 2002a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1907634>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 655.298/SP. Relator: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 set. 2007d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2507955>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 307/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 out. 1995a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703091/segunda-questao-de-ordem-na-acao-penal-ap-307-df>> Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória – CR 9528/CHI. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 fev. 2001d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1868610>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70.814. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 24 jun. 1994b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp>> Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424. Relator: Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 mar. 2004b. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.758 /GO. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 jun. 2006c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2242185>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.867/PA. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891867%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gvlf235>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93.050/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 01 ago. 2008h. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF n. 814**. Brasília, 10 a 19 de fevereiro de 2016h. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>> Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF: 22 a 26 fev. de 2016 - nº 815**. Brasília: STF, 2016i. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo815.htm>> Acesso em: 03 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 732/DF. Relator: Min. Moreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 fev. 2000a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1556499>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias**: STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial. Brasília: STF, 24 fev. 2016j. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N>> Acesso em 23 set. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21.729/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 out. 2001e. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1569577>>
Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.669-MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 abr. 2000b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1816436>>
Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.851/DF. Relator: Min. Celso De Mello. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 jun. 2002b. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1894608577>>
Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 577 QO / DF. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 23 abr. 1993. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28577%29+%28%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORL%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORV%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2ENORA%2E+OU+%28CARLOS+VELLOSO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zgok87u>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.898. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 dez. 1999d. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613877>> Acesso em:
15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Julgamento sobre acesso do Fisco a dados bancários é suspenso**. You tube, 19 de fev. 2016k1. [vídeo 1]. Disponível em: <
<https://www.youtube.com/watch?v=kcNZh8RiuBg>> Acesso em: 26 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Garantido ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem autorização judicial**. You tube, 19 de fev. 2016k2. [vídeo 2]. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=yTF_KIfG1is> Acesso em: 26 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário repercussão geral no Recurso Extraordinário 855.649/ Rio Grande do Sul. Relator: Celso Zucolotto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 set. 2015h. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855649%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jrbdm9m>> Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 215.301/CE. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 28 maio. 1999e. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1677128>>
Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 219.780-5/PE. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça**, Brasília, 10 set. 1999c. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1684528>> .
Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 225.099/PE. Relator: Min. Néri da Silveira. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 maio. 2002c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1699215>> Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 37.566. Relator: Min. Demócrito Reinaldo **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 mar. 1994a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=37566&b=ACOR&p=true&l=10&i=21> Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 389.808/PR. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 out. 2011d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2129315>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 71.640/BA. Relator: Djaci Falcão. **Diário de Justiça**, Brasília, 12 nov. 1971. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2871640%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/glvd93u>> Acesso em: 24 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 418.416/PE. Relator: Min. Menezes Direito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 dez. 2006d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205705>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 461.366/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 out. 2007e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2325138>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 608.053. Relator: Min. Teori Zavascki. **Diário de Justiça**, Brasília, 04 set. 2006b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=608053&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 115.063. **Diário de Justiça**, Brasília, 08 jun. 1998b, p. 20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 114741. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 dez. 1998c, p. 291.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.134.665. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 dez. 2009e. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.134665&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 74.807/MT. Relator: Min. Maurício Corrêa. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1655446>>

Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RI. [atualizado até julho de 2016]. **Diário de Justiça**, Brasília, 2016L. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 10.475. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 mar. 2000c. p. 124.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 15.925/GB. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 maio 1966b. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2815925%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hq5amte>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 23.002/RJ. Relator: Min. Ilmar Galvão. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 nov. 1998d. Disponível em:
 <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1689707>>
 Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 70. **Imprensa Nacional**, Brasília, 1964b. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=70.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 323. **Imprensa Nacional**, Brasília, 1964c. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=323.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 547. **Diário de Justiça**, Brasília, 1969. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=547.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 14. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 fev. 2009f. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>> Acesso em: 19 out. 2016.

BRÍGIDO, Carolina. **Gilmar Mendes crítica vazamentos em processos sigilosos**: Ministro do STF diz que é um contrassenso pedir o sigilo e depois divulgar o teor do caso. [S. l.]: O Globo, 7 jun. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-critica-vazamentos-em-processos-sigilosos-19458105>> Acesso em: 24 set. 2016.

BRITO, Edvaldo. Quebra do sigilo bancário pela administração tributária: impossibilidade. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2001. v. 5. p. 77-82.

CAMBI, Eduardo. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 26-28, maio./jun. 2001.

CAMPANILE, Vinícius T. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 597-627. (Nova série, n. 6).

CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, quousque tandem? A indicação dos juízes, os pedidos de vistas, os conflitos de interesse, o ativismo e as disputas entre ministros – a agenda de dificuldades do STF. **Revista Piauí**, v. 48, set. 2010. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-supremo-quousque-tandem/>> Acesso em: 14 out. 2016.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo bancário no Brasil: limites, competência e condições para a sua quebra**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CASSONE, Vitório. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 390-411.

CASTRO, Aldemário Araújo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela Lei Complementar n. 105/2001**. [Brasília]: Do Autor, 2001. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>>. Acesso em: 08 de jan. 2016

CASTRO, Aldemario Araujo. Considerações acerca dos sigilos bancário e fiscal, do direito fundamental de inviolabilidade da privacidade e do princípio fundamental da supremacia do interesse público sobre o privado. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e Fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 445-462

CEZAROTI, Guilherme. O acordo para intercâmbio de informações fiscais e bancárias celebrado entre Brasil e Estados Unidos: influência da posição do STF no julgamento do RE 398.808/PR sobre o sigilo bancário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.219, p.39-51, dez. 2013.

CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco: liberdade ou igualdade**. Curitiba: Juruá, 2009.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. Qual é o preço do direito ao sigilo bancário? A incorporação jurídica da legislação norte-americana foreign account tax compliance act ao ordenamento brasileiro sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista de Direito da ADVOCEF**, ano 10, n. 20, p. 51-71, maio 2015a.

COÊLHO, Carolina Reis Jatobá. Sigilo bancário e governança global: a incorporação do FATCA (foreign account tax compliance act) no ordenamento jurídico brasileiro diante do impacto regulatório internacional. **Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros**, Brasília, v.1, n.2 p. 83-122, jan./jul. 2015b.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Leis complementares 104 e 105/2001. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2227>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

COLETIVA - Acordo Brasil/EUA. YouTube, 26 de agosto de 2015. [Coordenador-Geral de Relações Internacionais, Flávio Antônio Gonçalves, fala em entrevista coletiva a respeito do Decreto 8.506 publicado no Diário Oficial da União, que formaliza acordo intergovernamental (IGA) assinado entre Brasil e Estados Unidos, em 23 de setembro de 2014, para melhoria da observância tributária internacional e implementação do FATCA (Foreign Account Tax Compliance)] Disponível em: <
<https://www.youtube.com/watch?v=MbvidYLykwc>> Acesso em: 01 fev. 2016.

COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL. Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 30, de 2010. Aprova o texto do 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, celebrado em Brasília, em 20 de março de 2007. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/95750>> Acesso em: 01 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Atos Administrativos**. Resolução n. 217 de 16 fevereiro de 2016. Altera e acrescenta dispositivos na Resolução 59, de 9 de setembro de 2008. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos?documento=3074>> Acesso em: 17 ago. 2016.

CORWIN, Manal; MUSER, Steven; DANILACK, Michael. [**Text of the fatca comment letter submitted by Federação Brasileira de Bancos**] [S. l.]: Bsmlegal, Dec. 2011. Disponível em: <
<http://www.bsmlegal.com/PDFs/Federacao%20Brasileira%20de%20Bancos.pdf>> Acesso em: 17 ago. 2016.

COSTA, Antonio José da. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 430-437.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário (com particular enfoque na tutela civil)** 2. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2001.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro - visão contemporânea (fevereiro de 2010). In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.541-582.

DERZI, Misabel Abreu Machado; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. A transparência fiscal e o controle da concorrência tributária como fatores de harmonização, em busca da globalização econômica mais eficiente e socialmente mais justa: uma análise do processo brasileiro de convergência ao padrão contábil internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz; et. al. (Coord.). **Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaías Coelho**. São Paulo: Fiscosoft, 2013, p.417- 442

DERZI, Misabel de Abreu Machado. O sigilo bancário, a Lei 9.613/98 e a intributabilidade do ilícito. **Repertório IOB de jurisprudência: civil processual penal e comercial**, n. 13, p. 273-264, 1. quin. jul. 1998.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Concorrência tributária e seus efeitos nos conceitos de renda e consumo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 198- 217. v.17.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Sigilo bancário e a administração tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 285-314. v. 5.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Roberto Moreira. Ônus da prova após a Lei Complementar 105/2001 e os depósitos bancários. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo , v.13, n.64 , p. 22-29, set./out. 2005.

DUARTE, Francisco de Assis Oliveira. Sigilos bancário e fiscal: administração tributária. LC nº 104/01 e LC 105/01: considerações. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 513-540.

ESPANHA. **La Constitución española de 1978**. Madri, 1978. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&tipo=1>> Acesso em: 22 out. 2016.

ESPANHA. **Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria**. BOE, Madri, n. 302, de 18 de diciembre de 2003, p. 44987;45065. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23186>> Acesso em: 22 out. 2016.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España. SSTC 234/1997 de 18 de diciembre**. Madri, 18 Dec. 1997. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en>> Acesso em: 22 out. 2016.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España. SSTC 70/2002 de 3 de abril**. Madri, 3 abr. 2002. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en>> Acesso em: 22 out. 2016.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España. Sentencia 233/2005, de 26 de septiembre**. Official State Gazzete, n. 258, Madri, 28 Oct. 2005. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/5493>> Acesso em: 22 out. 2016.

ESPANHA. **Tribunal Constitucional de España. Sentencia 292/2000**, de 30 noviembre. BOE, Madri, 4 jan. 2001. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt-BR/Resolucion/Show/SENTENCIA/2000/292>> Acesso em: 22 out. 2016.

ESTELLITA, Heloisa; BASTOS, Frederico Silva. O intercâmbio de informações tributárias e cooperação internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; et. al. (Coord.) **Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaías Coelho**. São Paulo: Fiscosoft, 2013.p. 583-634.

FABRINI, Fábio; MACEDO, Fausto; AFFONSO, Julia. **Ministro manda investigar vazamento da Acrônimo: Herman Benjamin quer saber quem passou para jornalistas dados da investigação sobre suposto pagamento de propina por empresas ao ex-ministro e governador de Minas, Fernando Pimentel (PT)**. [S. l.]: Estadão Política, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministro-manda>>

investigar-vazamento-da-acronimo/> Acesso em: 18 ago. 2016.

FARIA, Wilson Rodrigues; ROCHA, Alessandra M. Gonsales. O combate internacional à evasão fiscal - como FATCA pode afetar as instituições financeiras brasileiras. **Revista de Direito Bancário**, São Paulo, ano 16, v. 59, p. 381-392, jan./mar. 2013.

FATCA Information for Governments. S. 1.]: IRS, 28 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.irs.gov/businesses/corporations/fatca-governments>> Acesso em: 13 abr. 2016.

FERNANDES, Edison Carlos. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 628-636. (Nova série, n. 6).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; GRECO, Marco Aurélio. Sigilo bancário. **Revista Fórum de Direito Tributário RFDT**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./fev. 2003. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12810>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo bancário: privacidade e liberdade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 105-130

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito financeiro e tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.

FERREIRA, Bruno Santin. **Aplicabilidade e reflexos do FATCA ao ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. 68f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso)- Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em < <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6041/1/21010096.pdf> > Acesso em: 11 mar. 2016.

FLÔRES, Gisele Maria Dal Zot. Sigilo bancário e reserva de jurisdição. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, RS, v.16, n.1 , p.227-233, jan. 2002.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001**. Curitiba: Juruá, 2001.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. O processo e a quebra do sigilo bancário. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. v. 13, n. 1, p. 27-56, jan./jun. 2001.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da Receita Federal como forma de viabilizar a justiça fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 97, p. 16-19, out. 2003.

FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. El Mito del Secreto Bancario ante el Fisco: El Caso de

Brasil. **Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF**, n. 41, ago. /2016a, p. 53 – 78. Disponível em <<http://www.ciat.org/index.php/pt/productos-y-servicios/publicaciones/revista.html>>. Acesso em: 01.10.2016.

FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. Influência do FATCA no acesso aos dados bancários do contribuinte no Brasil e no mundo. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., 2016b. Montevideu – Uruguai. **Anais...** Montevideu: CONPEDI. 2016b. [Direito Tributário e Financeiro] (no prelo)

GALLARDO, Esther Bueno. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad: em particular, el derecho a la intimidade de los obligados tributários.** Madrid: Centro de de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

GARCIA, Diego. **PLP 239/2016.** Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, a fim de determinar que a quebra do sigilo bancário do contribuinte pela Secretaria da Receita Federal do Brasil seja realizada apenas após autorização judicial. Brasília: Câmara dos Deputados, 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078742>> Acesso em: 07 out.2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIANNETTI, Leonardo Varella. O sigilo bancário e a administração tributária: um enfoque no paradigma do estado democrático de direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO, 18., 2009. São Paulo. **Anais...** São Paulo: CONPEDI, 2009.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **O dever fundamental de pagar tributos e suas**

possíveis consequências práticas. 2011. 297f. Dissertação (Mestrdo) - Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

GODOI, Marciano Seabra de. Interpretação do direito tributário. In: ROCHA, Sérgio André. (Coord.). **Curso de direito tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2011a, p. 209-259.

GODOI, Marciano Seabra de. O quê e o porquê da tipicidade tributária. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi e ROCHA, Sérgio André. (Org.). **Legalidade e tipicidade no direito tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 72-99.

GODOI, Marciano Seabra. **Crítica à jurisprudência atual do STF em matéria tributária.** São Paulo: Dialética, 2011b.

GODOI, Marciano Seabra. **Justiça, igualdade e direito tributário.** São Paulo: Dialética, 1999.

GODOI, Marciano Seabra. Tributaçã e orçamento nos 25 anos da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Edição Comemorativa dos 25 Anos da Promulgação da Constituição de 1988, n.º 200, Brasília, 2013, p.137-151.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Aviso de incêndio: sigilo fiscal e restrições do Brasil ao art. 26 da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) Sigilo bancário e privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de

Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011c. p. 395-413.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Parecer PGFN/CAT nº 2512/2009**. [S. l.]: PGFN, 2009. Disponível em <<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br>> Acesso em: 02 mar. 2016.

GOMES, Noel. **Segredo bancário e direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2006.

GONÇALEZ, Antonio Manoel. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 551-562.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Sigilo fiscal e bancário: fundamentos normativos e principiologicos da quebra. **Revista brasileira de estudos constitucionais, RBEC**, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, p. 95-117, jan./abr. 2014.

GRAVELLE, Jane G. **Tax havens: international tax avoidance and evasion**. **Congressional Research Service**, 15 Jan. 2015. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40623.pdf>> Acesso em: 12 maio. 2016.

GRECO, Marco Aurélio. Sigilo bancário e a Lei Complementar nº 105/01. **Revista Fórum de Direito Tributário RFDT**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12811>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

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**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 175-188

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**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 161-174

GURGEL, Fátima Regina Máximo Martins. Breves comentários sobre as regras do FATCA (foreign account tax compliance act) ante a proteção ao sigilo bancário no Brasil. In: CURSO DE INTRODUÇÃO AO DIREITO AMERICANO: FUNDAMENTALS OF US LAW COURSE, 2., Brasília: Publicações da Escola da AGU, v. 3, n. 16. p. 129-149, 2012.

GUTTENTAG, Joseph; AVI-YONAH, Reuven. **Closing the international tax gap**. Washington, D.C.: Economic Policy Institute, 2005. p. 99-100. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=book_chapters> Acesso em: 10 abr. 2016.

HAGSTRÖM, Carlos Alberto. **Comentários à lei do sigilo bancário: Lei complementar nº 105, de janeiro de 2001**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

HAGSTRÖM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XXIX, n. 79, p.34-62, jul./set. 1990.

HAMATI, Cecília Maria Marcondes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS,

Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. n. 6. 2000. p. 275-285..(Nova série, n. 6).

HARADA, Kiyoshi. Poder de fiscalizar impostos e o sigilo bancário. **Doutrina Adcoas**, v. 1, n.1, p. 328-330, jan./1998.

HARADA, Kiyoshi. Sigilo bancário e fiscal como corolários do direito à privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal**: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 331-350

HIRATA, Dalton Yoshio; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. A importância da transparência fiscal no combate ao planejamento tributário internacional abusivo: o exemplo prático das sociedades holding. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; et. al. (Coord.) **Transparência fiscal e desenvolvimento**: homenagem ao professor Isaías Coelho. São Paulo: Fiscosoft, 2013.p.549-572.

INTERNAL REVENUE SERVICE. **Publications online**. [S. l.]: IRS, 2016a. Disponível em: <<https://www.irs.gov/publications/index.html> > Acesso em: 06 abr.2016.

INTERNAL REVENUE SERVICE. **Information for U.S. Taxpayers on the Requirements of Form 8938, Statement of Specified Foreign Financial Assets**. [S. l.]: IRS, 31 Aug. 2016b. Disponível em: <<https://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Information-for-U-S-Taxpayers>> Acesso em: 10 maio.2016.

INTERNAL REVENUE SERVICE. **IRS FBAR Reference Guide IRS Reference Guide on the Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR)**. [S. l.]: IRS, 2015. Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-utl/irsfbarreferenceguide.pdf>> Acesso em: 10 maio.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Capacidade contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária. Centro de extensão universitária. 1989. p.357-395. (Caderno de Pesquisas Tributárias nº 14)

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LACOMBE, Américo Masset. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 207-225.(Nova série, n. 6).

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Sigilo bancário e administração tributária brasileira**. Brasília: Advocacia Geral da União, 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/15543032> Acesso em: 11 jan. 2016

LEITE, José Adércio Sampaio. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEITE, José Adércio Sampaio. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Juciléia. Troca de Informações fiscais entre Estados: novos tempos de transparência? **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 34, p. 217-235 2015.

LOBO TORRES, Ricardo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

LOBO TORRES, Ricardo. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 147-159.

LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. São Paulo: Renovar, 2005. v.2.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 187-206. (Nova série, n. 6).

MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de jurisprudência: tributário constitucional e administrativo**, n. 9, p. 257-249, 1. quinz. maio 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Capacidade contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária. Centro de extensão universitária. 1989. p. 119-139. (Caderno de Pesquisas Tributárias n° 14).

MANIFESTO de uma centena: carta de advogados acusa "lava jato" de desprezitar garantias fundamentais. Revista **Consultor Jurídico**, 15 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-15/advogados-acusam-lava-jato-desprezitar-garantias-fundamentais>> Acesso em: 17 ago. 2016.

MARAFON, Plínio José. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 438-450.

MARQUES, Fernando de Oliveira. Título do artigo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 775-790.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **Corrupção, dinheiro público e sigilo bancário: Desconstruindo Mitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Capacidade econômica e capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Capacidade contributiva**. São Paulo: Resenha Tributária. Centro de extensão universitária. 1989. p.33 - 90.(Caderno de Pesquisas Tributárias n° 14).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária, 2000. Pesquisas tributárias. p. 45-81. (Nova série, n. 6).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário e privacidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 85-103

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Ruben. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 815-869.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

MELO FILHO, Álvaro. Dimensões jurídicas do sigilo bancário. **Revista forense**, v. 80, n. 287, p. 466-477, jul./set. 1984.

MELO, José Eduardo Soares de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 286-322. (Nova série, n. 6).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRETTI, Luiz Antonio Caldeira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 581-596.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Thaís Chanes de. O fim da era do sigilo bancário no Brasil. São Paulo, **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 35. p. 404-432, 2016.

MORGADO, Abílio Manuel de Almeida. Sigilo fiscal em Portugal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 189-222

MULEO, Salvatore. **Acquisizioni bancarie e profili costituzionali: le aporie della soluzione italiana**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 683-689.

MULLEN, Jethro. **Record number of Americans dump U.S. passports**. [S. l.]: CNN Money, Feb. 2016. Disponível em: < <http://money.cnn.com/2016/02/08/news/americans-citizenship-renunciation/> > Acesso em: 23 set. 2016.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões sobre o actual estado fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário RFDT**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jul./ago. 2003. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=13146> >. Acesso em: 11 jan. 2016.

NABAIS, José Casalta. Considerações sobre a sustentabilidade do estado fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 9, n. 49, p. 1951, jan./fev. 2011.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Livraria Almedia, 1998.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa. **Revista de Direito Público da Economia: RDPE**, Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 153-174, jul./set. 2014.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas acerca da transparência fiscal no direito brasileiro. **Arquivo Jurídico**, Teresina – PI, v. 1, n. 5, p. 40-58, jul./dez. 2013.

NEWLOVE, Russell. **Why expat Americans are giving up their passports**. [S. l.]: Business reporter, BBC News, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/35383435>> Acesso em: 07 jun.2016.

NORONHA, Marcos Antônio Pereira. O sigilo bancário. **Revista Fórum de Direito Tributário** Belo Horizonte, n. 11, ano 2, set./out. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=13903>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A troca de informações em matéria tributária: práticas e perspectivas brasileiras sobre o assunto. **Revista da PGFN**, Ano II, n. 3, p.139-160. 2012.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 291-314.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948**. Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Addressing the tax challenges of the digital economy, action 1 - 2015**: final report. Paris: OECD, 2015b. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Aligning transfer pricing outcomes with value creation, actions 8-10 - 2015**: final reports. Paris: OECD, 2015i. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Automatic exchange of information: what it is, how it works, benefits, what remains to be done**. Paris: OECD, 2012a.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**. Paris: OECD, 2013a. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>> Acesso em: 17 maio. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.

Convenção sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal. Paris: OECD, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.

Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, action 5 - 2015: final report. Paris: OECD, 2015f. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en> > Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Designing effective controlled foreign company rules, action 3 - 2015: final report. Paris: OECD, 2015d. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.

Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties, action 15 -2015: final report. Paris: OECD, 2015n. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. The 135 members of the Global Forum are: (the list of Global Forum observers can be found here).** [S. l.]: OECD, 2016a. Disponível em: < <http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/members/>> Acesso em: 24 jun. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. [S. l.]: OECD, 2016b. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/>> Acesso em: 24 jun. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **All jurisdictions** [S. l.]: OECD, 2016c. Disponível em: < <http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/#default>> Acesso em: 08 abr. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Harmful tax competition:** an emerging global issue. Paris: OECD, 1998.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.

Improving access to bank information for tax purposes. Paris: OECD, 2003.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.

Improving access to bank information for tax purposes. Paris: OECD, 2007.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments, action 4 - 2015:** final report. Paris: OECD, 2015e. Disponível em: < > Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **London Summit – Leaders’ Statement 2 A pril 2009.** Paris: OECD, 2009. Disponível em: <<http://www.state.gov/e/eb/ecosum/pittsburgh2009/resources/165077.htm>> Acesso em: 22 out. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Making dispute resolution mechanisms more effective, action 14 - 2015: final report. Paris: OECD, 2015m. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en> > Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Mandatory disclosure rules, action 12 - 2015: final report. Paris: OECD, 2015k. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes: Approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 January 2006. Paris: OECD, 2006a. Disponível em: < <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/36647823.pdf>> Acesso em: 16 maio 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Measuring and monitoring BEPS, action 11 - 2015: final report. Paris: OECD, 2015j. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241343-en>> Acesso em 07.06.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales.** Paris: OECD, 2000.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Members and partners. Paris: OECD, 2016d. Disponível em:< <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Model tax convention on income and on capital 2014.** Paris: OECD, 2015a.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements, action 2 - 2015:** final report. Paris: OECD, 2015c. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros.** Paris: OECD, 2014a. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status, action 7 - 2015:** final report. Paris: OECD, 2015h. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, action 6 – 2015:** final report. Paris: OECD, 2015g. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Secretary-General Report To The G20 Finance Ministers And Central Bank Governors.** Paris: OECD, 2013b.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Standard for automatic exchange of financial account information in tax matters**. Paris: OECD, 2014b.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Promoting transparency and exchange of information for tax purposes**. Paris: OECD, 19 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/newsroom/44431965.pdf>> Acesso em: 16 maio 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Tax co-operation: towards a level playing field. 2006 assessment by the global forum on taxation**. Paris: OECD, 2006b. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430286.pdf>>. Acesso em: 16 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Tax Information Exchange Agreements (TIEAs)**. Paris: OECD, 2016e. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>>. Acesso em: 20 maio 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Automatic Exchange**. Paris: OECD, 2016f. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/#d.en.345489>> Acesso em: 25 ago. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT Signatories of the multilateral competent authority agreement on automatic exchange of financial account information and intended first information exchange date. Paris: OECD, 2016g. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/MCAA-Signatories.pdf>> Acesso em: 27 maio 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes**. Paris: OECD, 2016h. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/automatic-exchange-of-information/>> Acesso em: 10 maio.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Panama decides to sign multilateral tax information sharing convention**. Paris: OECD, 2016i. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/panama-decides-to-sign-multilateral-tax-information-sharing-convention.htm>> Acesso em: 28 ago. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters Status – 26 September 2016**. Paris: OECD, 2016j. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf> Acesso em: 22 out.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The Convention on mutual administrative assistance in tax matters – twentieth anniversary edition**. Paris: OECD, 2008.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Transfer pricing documentation and country-by-country reporting, action 13 - 2015: final report**,

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015L. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>> Acesso em: 07 jun.2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Comentary**. Paris: OECD, 2012b.

OWENS, Jeffrey. O longo caminho rumo à transparência (The long march towards tax transparency). In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; et. al. (Coord.) **Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaías Coelho**. Tradução de Frederico Silva Bastos. São Paulo: Fiscosoft, 2013.p. 445-468.

PASTORELLO, Dirceu Antonio;. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 551-

PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Revista Esmafe, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 2, p. 187-212, maio 2001,

PIRAÍNO, Adriana. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 754-774

PIRES, Adilson Rodrigues. Sigilos bancário e fiscal .In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.) **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 315-330.

PISTONE, Pasquale. **Mesa de debate do IBDT de 27.11.2014**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. [S. l.]: IBDT, 2014. p. 15-17. Disponível em <http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra_27112014.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PONTES, Helenilson Cunha. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 366-388.(Nova série, n. 6).

PORTAL BRASIL. **Supremo decide que o Fisco não pode quebrar sigilo bancário sem autorização judicial**. Brasília: PB, 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2010/12/supremo-decide-que-o-fisco-nao-pode-quebrar-sigilo-bancario-sem-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 26 set. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3. ed.Salvador: JusPODIVM, 2011.

PORTUGAL. **Lei Geral Tributária** - Decreto-Lei n.º 398/98- 17-12-98 - DR n.º 290/98 Série I-A. Lisboa, 30 de novembro de 1998. Disponível em: <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/lgt/lgt_dl.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

PROGRAMA de anistia "convence" 7500 sonegadores. [S. l.]: Swissinfo, 15 out. 2009. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/programa-de-anistia--convence--7500-sonegadores/836710>>. Acesso em: 8 abr. 2016.

PRICEWATERHOUSE COOPERS. Analisar e agir, preparando o futuro: implementar o BEPS Action Plan. [S. l.]: PWC, 2015. Disponível em <<http://www.pwc.pt/pt/eventos/imagens/2015/pwc-beps-conferencia.pdf>>. Acesso em 10.06.2016.

PULIDO, Enrique Hernández; MARTIN, Patrick W. Fatca: su significado y relevancia para los sectores financiero y empresarial de México y latinoamerica con contactos con los EUA. **Revista tributária das Américas**, v. 2, n. 3, p. 265-279, jan./jun. 2011.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2002.

REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito à privacidade e controle concentrado de constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 17, n. 7, jul./ 2005.

RIBEIRO, Jamir Calili; CALILI, Simone Amália. Integração das administrações públicas tributárias: fatores sociopolíticos que devem ser considerados para combater a guerra fiscal e a crise de confiança. **Revista eletrônica de Direito**, v. 20, jun. 2013.

RIBEIRO, Rodrigo Araújo. A Lei Complementar sobre o Sigilo Bancário (105/2001) e a sua Harmonia com o Ordenamento Constitucional Brasileiro e com as Novas Tendências do Cenário Internacional. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 15, n. 5, maio, 2003. p. 21-26.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 20, p.13-43, jul./ago. 2003.

ROCHA, Sergio André. A tributação na sociedade de risco. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 24. 2010, p. 543-569.

ROCHA, Sérgio Andre. Exchange of Tax-Related Information and the Protection of Taxpayer Rights: Generalv Comments and the Brazilian Perspective. **Bulletin For International Taxation**, v. 70, n. 9, 25, p. 502- 515, Aug. 2016a.

ROCHA, Sergio André. O sigilo bancário está “morto”: STF alinha o Brasil ao padrão global de transparência. [S. l.]: Uol, mar. 2016b. Disponível em < <http://jota.uol.com.br/o-sigilo-bancario-esta-morto-stf-alinha-o-brasil-ao-padrao-global-de-transparencia>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior "Regras CFC"? Análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, v. 9, n. 54, p. 5-18, jan./fev. 2016.

ROCHA, Sergio André. Tributação de lucros no exterior, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 329-349. v. 17.

ROCHA, Sérgio André. **Troca internacional de informações para fins fiscais**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives

Gandra da Silva. (Coord.) Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 870.

RODRIGUES, Fernando. **Leia tudo sobre os Panama Papers no Brasil**. [S. l.]: Do autor, 2016. Disponível em: <<http://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2016/04/03/leia-tudo-sobre-os-panama-papers-no-brasil/>> Acesso em: 25 ago. 2016.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 323-365.(Nova série, n. 6).

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

ROTHMANN, Gerd Willi Rothmann. **Mesa de debate do IBDT de 27.11.2014**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. [S. l.]: IBDT, 2014. p. 9; 16. Disponível em <http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra_27112014.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à privacidade: o sigilo bancário e a fiscalização da Receita Federal do Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 103-125, mar./abr. 2015.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014

SANCHES, José Luís Saldanha; GAMA, João Taborda da. Sigilo bancário: crônica de uma morte anunciada. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269-290

SÁNCHEZ LÓPEZ, Maria Esther; CARRASCO PARRILLA, Pedro José. El intercambio internacional de información con especial referencia al secreto bancario. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.131-146.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. O sigilo e a lei tributária: transparência, controle da legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário para a administração tributária na Constituição e na Lei Complementar nº 105. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.583-634.

SANTOS, Ludmila. Receita não pode decretar quebra de sigilo bancário. **Revista Consultor Jurídico**, 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-15/fisco-nao-poder-decretar-quebra-sigilo-bancario-contribuinte>> Acesso em: 26 set. 2016.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O acesso direto aos dados bancários por parte do fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDI**, Belo Horizonte, ano 2, n.11, p. 1-39, set./out. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=13902>> Acesso em: 7 jan. 2016.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O sigilo bancário e a administração tributária (LC nº105/2001; IN-RFB nº 802/2007). **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 6, n.34, p. 1-65, jul./ago.2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54628>>. Acesso em: 7 jan.2016.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Segredos bancário e fiscal relacionados com a administração tributária e o ministério público. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-83.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de **Direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Estatuto mínimo do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 451-481.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. **Revista Direito Tributário atual**, São Paulo, n, 22, p. 267-287, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Mesa de debate do IBDT de 27.11.2014**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. [S. l.]: IBDT, 2014. p. 12-13. Disponível em <http://ibdt.org.br/material/arquivos/Atas/Integra_27112014.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Globalização, investimentos e tributação: desafios da concorrência internacional ao sistema tributário brasileiro. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, v. 113, p. 6-13, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O Direito Tributário Internacional: ampliando as fronteiras das reflexões tributárias (Relatório do I Congresso de Direito Tributário Internacional do IBDT). **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 19. 2005, p. 7-11.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O princípio do não retrocesso como nova perspectiva à denúncia de acordos de bitributação. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n, 29. 2013a, p. 237-249.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de transferência no direito tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013b.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 17. 2003, p. 20-49.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e cooperação internacional. **Revista Fórum de Direito Tributário Belo Horizonte**, ano 2, n.7, jan. / fev. 2004, p. 1-27.

SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; et. al. (Coord.) **Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao professor Isaías Coelho**. São Paulo: Fiscosoft, 2013. p.497-83-634.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Transparência fiscal e reciprocidade perspectivas interna e internacional. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.).

Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2015. p.248-287. v. 19.

SCHOUERI, Luís Eduardo. As normas gerais de direito tributário face à globalização da economia e do direito. In: SEMINÁRIO DO CONSELHO FEDERAL DA OAB EM HOMENAGEM AOS 50 ANOS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, 1, 2016.

Anais... Brasília: SCF, 2016. Disponível em: <

<https://www.youtube.com/watch?v=ZW3syHEDFO4> > Acesso em 24 out. 2016

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. A natureza do sigilo da função da autoridade administrativa e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 261-267

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2002. p. 33-40. v. 6.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico.** 28. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Eduardo Pereira de; PIRES, Antonio Cecilio Moreira. A inconstitucionalidade da LC 105, de 10.01.2001. **Revista Tributária e de Finanças Públicas,** São Paulo, v.11, n. 53, p. 247-260, nov./dez. 2003.

SOUZA, Fátima F. Rodrigues de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. Nova série, n. 6. 2000. p. 791-814.

STACK, Robert. **Treasury notes: Myth vs. FATCA: The Truth About Treasury's Effort To Combat Offshore Tax Evasion.** [S. l.]: Treasury, 2013. Disponível em:<
<https://www.treasury.gov/connect/blog/Pages/Myth-vs-FATCA.aspx>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributável e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. **Revista Direito Tributário Atual,** São Paulo, n. 32, p. 63-82. 2014.

TAKANO, Caio Augusto; SANTOS, Ramon Tomazela. **O "foreign account tax compliance act" (Fatca) e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro: reflexões a partir das perspectivas da eficiência, da praticabilidade e da proporcionalidade.** **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo, n. 226, p. 31-47, jul. 2014.

THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. The Panama papers: politicians, criminals and the Rogue Industry that Hides Their Cash. [S. l.]: Panamparers, 2016. Disponível em: <<https://panamapapers.icij.org/>> Acesso em: 30 set. 2016.

TIPKE, klaus, YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. O Brasil inova ao aderir às sofisticadas práticas do sistema do Fisco Global. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jul. 2015a. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/consultor-tributario-brasil-inova-aderir-praticas-sistema-fisco-global>> acesso em: 01 mar. 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Aperfeiçoamento do ordenamento jurídico para controle e tributação de ativos no exterior não declarado**: Audiência pública da CPI do HSBC no Senado Federal, em 30.04.2015, 7ª reunião. São Paulo: SENADO, 2016. Slide p. 7. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?7&reuniao=3289&codcol=1901>> Acesso em: 01 abr. 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **O Brasil inova como fisco global na luta contra a evasão fiscal**. [S. l.]: JornalGGn, 2015b). Disponível em <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/heleno_torres_-_trocas_de_informacoes_com_eua.2015.pdf> acesso em: 01 mar. 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Perguntas e respostas**. [S. l.]: Echr, 2016. Disponível em:<http://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_POR.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. (Atos legislativos) Directivas Diretiva 2014/107/UE Do Conselho de 9 de dezembro de 2014 que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade. **Jornal Oficial da União Europeia**, 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0107&qid=1464049971883&from=EN>> Acesso em: 23 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. (Actos legislativos) Directivas Directiva 2011/16/UE Do Conselho de 15 de Fevereiro de 2011 relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Directiva 77/799/CEE. **Jornal Oficial da União Europeia**, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0016&qid=1464051590433&from=EN>> Acesso em: 23 maio 2016.

U.S. TREASURY DEPARTMENT. [S. l.]: Treasury, 2016. Disponível em:<<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Joint-Statement-US-Fr-Ger-It-Sp-UK-02-07-2012.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016a.

U.S. TREASURY DEPARTMENT. Resource Center. **Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)**. [S. l.]: Treasury, 2016. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>> Acesso em: 25 ago. 2016b.

UNITED STATES. Senate. **Dividend tax abuse**: How offshore entities DODGE Taxes on U.S. stock dividends. Washington: HSGAC, Sep. 2008. Disponível em: <<https://www.hsgac.senate.gov/imo/media/doc/091108DividendTaxAbuse.pdf>> Acesso em: 16

maio 2016.

UNIVERSITY OF TORONTO. **G20 Information Centre**. Communiqué. Shanghai, Feb. 27, 2016. Disponível em <<http://www.g20.utoronto.ca/2016/160227-finance-en.html>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações constitucionais ao poder de tributar e tratados internacionais**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Troca de informações com base em tratados internacionais: uma necessidade e uma tendência irreversível. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, Brasília, v. 4, n.2, jul./dez. 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIALLE, Maria Izabel de Macedo. Fatca – Foreign Account Tax Compliance Act e o acordo entre o Brasil e os Estados Unidos da América para troca de informações tributárias. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 18, n. 104, p.41-45, jul/ago. 2015.

VITA, Jonathan Barros. As convenções para evitar a dupla tributação brasileiras: técnicas de negociação e análise estrutural segundo os modelos OCDE e ONU. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 24, 2010, p. 303-319.

WALD, Arnoldo. Sigilo bancário e os direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, Ano 6, n. 22, jan./mar. 1998. p. 15-31.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição e o sigilo bancário. **Revista da Fundação Milton Campos**. Jan./fev. 1998, p. 47-49.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

XAVIER, Alberto. Troca internacional de informações: as novas tendências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 9-25. v. 13.

YAMASHITA, Douglas. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Centro de extensão universitária. Pesquisas tributárias. 2000. p. 664-753. (Nova série, n. 6)